Percy García Cavero

DERECHO PENAL
Parte General

3ra edición corregida y actualizada

ideas
Solución Editorial

PERCY GARCÍA CAVERO

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

3ra edición corregida y actualizada

ideas
Solución Editorial

DERECHO PENAL - PARTE GENERAL

© PERCY GARCÍA CAVERO

© IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL S.A.C.
Jr. Azángaro 1075 of. 403
Teléfono: (01) 457-2150 / Cel.: 949050813
RUC: 20550760143
E-mail: ideas.solucion.editorial@gmail.com
www.editorialideas.com

3ª edición corregida y actualizada: mayo 2019
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2019-05477
ISBN Nº 978-612-47721-9-1
Proyecto Editorial N° 31501011900188

Edición y corrección de estilo: Andres Sixto Fernandez Ñahui

Diseño y diagramación: Enrique M. Tello Paravecino

Impreso en:
AGENCIA BRAND PERU S.A.C.
Cal. Toribio Rodriguez de Mendoza N°. 239 Urb. Isla Verde Lima - Lima - Pueblo Libre
R.U.C.: 20601221412

Mayo 2019

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú / Printed in Peru

Índice

Prólogo a la tercera edición 27
Prólogo a la segunda edición 29
Prólogo 31
Abreviaturas 33

PRIMERA PARTE
FUNDAMENTOS

Capítulo 1
Las ciencias penales

I. INTRODUCCIÓN 39
II. LA CRIMINOLOGÍA 40
1. Las causas del delito 41
2. La definición del delito 44
3. La crítica a los procesos de criminalización 45
4. La importancia de la criminología para las otras ciencias penales 46
III. LAS CIENCIAS JURÍDICO-PENALES 48
1. El Derecho penal sustantivo: la dogmática jurídico-penal 48
A. Interpretación 50
B. Elaboración de categorías y conceptos generales 51
C. Sistematización 52
D. Crítica 53
2. El Derecho procesal penal 53

A. La Ciencia del Derecho procesal (penal) 54
B. Las ciencias y disciplinas auxiliares 55
a. El Derecho judicial 55
b. La criminalística 56
c. La medicina legal y la psiquiatría forense 56
3. El Derecho penitenciario 57
IV. LA POLÍTICA CRIMINAL 58
V. EL DERECHO PENAL 60
1. Denominación 61
2. Concepto 61

CAPÍTULO 2
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO FORMAL

I. INTRODUCCIÓN 63
II. LA LEY PENAL 63
1. El Código Penal 65
2. Las leyes penales 66
III. LA NORMA JURÍDICO-PENAL 68
1. La norma de conducta 68
2. La norma de sanción 72
IV. LAS LEYES SANCIONATORIAS NO PENALES 73

CAPÍTULO 3
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO MATERIAL

I. INTRODUCCIÓN 75
II. LA TEORÍA DE LA PENA 75
1. Las teorías absolutas de la pena 76
2. Las teorías relativas de la pena 80
A. Las teorías de la prevención 80
a. La prevención general 81
a.1) La prevención general negativa 81
a.2) La prevención general positiva 84
b. La prevención especial 87
c. Las teorías de la unión 89
B. La función de restabilización de la pena 91

3. Concepción propia sobre la función de la pena 95
A. Punto de partida 95
B. El concepto de persona 96
C. El restablecimiento de la vigencia de la norma infringida 97
D. Los límites a la función de la pena 98
III. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD 99
1. Función 99
2. El sistema de doble vía 102
IV. LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA 104

CAPÍTULO 4
EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN 107
II. EL FUNDAMENTO DEL *IUS PUNIENDI* 108
III. EL TITULAR DEL *IUS PUNIENDI* 110
IV. LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO 111
1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos 113
A. Concepto de bien jurídico 114
B. El principio de lesividad 124
a. Los delitos de peligro abstracto 124
b. Los delitos de comportamiento 129
C. Hacia una comprensión diferenciada del bien jurídico y la reformulación de la lesividad 131
a. Los niveles analíticos del concepto de bien jurídico 131
b. La lesividad como defraudación de la norma 133
2. La *última ratio* o mínima intervención del Derecho penal 135
A. El principio de subsidiariedad 136
B. El principio de fragmentariedad 137
3. El principio de legalidad 137
A. Fundamento constitucional 139
B. Función en el sistema penal 141
C. Manifestaciones del principio de legalidad 143
a. La reserva de ley *(lex scripta)* 143
b. La taxatividad de la ley *(lex certa)* 147

b.1) La función del mandato de certeza o determinación 148
b.2) La flexibilización del mandato de certeza o determinación . 150
c. La prohibición de retroactividad *(lex praevia)* 162
c.1.) La irretroactividad de las leyes penales procesales y de ejecución 164
c.2) La aplicación de las reglas sobre la vigencia temporal de la ley penal a las normas del Derecho administrativo sancionador 168
c.3) La irretroactividad en el caso de las medidas de seguridad .. 168
d. La prohibición de analogía *(lex stricta)* 169
d.1) La analogía prohibida y la analogía permitida 170
d.2) La analogía permitida *in bonam partem* 172
d.3) La analogía *intra legem* 173
4. El principio de culpabilidad 174
A. La función de la culpabilidad 174
B. Culpabilidad de acto 177
C. Las manifestaciones del principio de culpabilidad 180
a. La imputación subjetiva 180
b. El sujeto responsable 182
5. El principio de proporcionalidad de las penas 182
A. La regulación legal 183
B. El principio de proporcionalidad y la función del Derecho penal 186
C. Las manifestaciones del principio de proporcionalidad de las penas 188
a. La proporcionalidad abstracta 189
b. La proporcionalidad concreta 192
D. Los parámetros de la proporcionalidad 193
a. La gravedad del hecho delictivo 194
b. La gravedad de la pena 195
E. La proporcionalidad en las medidas de seguridad 196
F. Un caso especial de proporcionalidad: el principio de *ne bis in idem* 196
6. El principio de resocialización 200
7. El principio de humanidad 204
V. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO 206

SEGUNDA PARTE
LEY PENAL

CAPÍTULO 5
LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

I. INTRODUCCIÓN 213
II. LAS REGLAS DE VIGENCIA TEMPORAL DE LA LEY PENAL 213
III. LAS REGLAS DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL .. 215
1. La temporalidad de ley penal en la función del Derecho penal 216
2. El momento del hecho 219
3. La ley penal más favorable 221
A. El ámbito de aplicación de la retroactividad benigna 222
B. El conflicto de leyes penales en el tiempo: La continuidad del injusto .. 223
C. La aplicación de la ley penal más favorable 228
D. La determinación de la ley penal más favorable 231
E. Los efectos de la aplicación de la ley más favorable 234
IV. LA VIGENCIA TEMPORAL EN EL CASO DE LEYES PENALES ESPECIALES 235
1. Las leyes penales temporales 235
A. Concepto 235
B. La aplicación temporal de las leyes penales temporales 236
C. El alcance de la regulación especial de las leyes penales temporales 237
2. Las leyes penales en blanco 241
A. La ley penal en blanco más favorable 241
B. La ley penal en blanco como ley penal temporal 244

CAPÍTULO 6
LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

I. INTRODUCCIÓN 247
II. LA VIGENCIA ESPACIAL DE LA LEY PENAL 249
1. El principio de territorialidad 251
A. El territorio 252
B. El lugar de realización del delito 253
a. Criterios de determinación del lugar del delito: El principio de ubicuidad 253
b. El alcance de la ubicuidad 256

2. La aplicación de la ley penal fuera del territorio nacional 261
A. El principio de personalidad 262
a. La susceptibilidad de extradición 264
b. La doble incriminación 266
c. El ingreso del agente al territorio nacional 267
B. El principio real o de protección 267
C. El principio de universalidad o de Justicia mundial 269
D. El principio de Administración de Justicia por representación 272

CAPÍTULO 7
LA APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

I. INTRODUCCIÓN 273
II. LOS PRIVILEGIOS PENALES ESTABLECIDOS EN EL DERECHO PÚBLICO INTERNO 275
1. La inviolabilidad (o indemnidad) 276
2. La inmunidad 278
3. El antejuicio político 278
III. LOS PRIVILEGIOS PENALES ESTABLECIDOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL 281
1. La inviolabilidad 281
2. La inmunidad 282

CAPÍTULO 8
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

I. INTRODUCCIÓN 283
II. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL 284
1. Los métodos de interpretación en el Derecho penal 284
2. La ordenación de los métodos de interpretación 285
III. LA PERSPECTIVA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL 287
1. La perspectiva accesoria 287
2. La perspectiva fáctica de análisis 288
3. Toma de posición: la interpretación autónoma de la realidad regulada 289
4. La modulación de la perspectiva interpretativa 291
A. La naturaleza del delito regulado 291

B. Las técnicas de tipificación 292
a. Las cláusulas generales y el fraude a la ley penal 292
b. La doctrina del levantamiento del velo 293
c. Las definiciones legales 296
d. Los elementos normativos del tipo de carácter jurídico 297
e. Las leyes penales en blanco 298
f. La accesoriedad administrativa de acto 300
IV. LOS LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL 302
1. La conformidad con la Constitución 303
2. El tenor literal de la ley penal 304
3. La interpretación restrictiva 306

TERCERA PARTE
LA TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO 9
LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN 311
II. LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL 312
1. Los precursores 313
2. El sistema clásico del delito: El método positivista 316
3. El sistema neoclásico: El neokantismo 318
4. El finalismo: Las estructuras lógico-objetivas 321
III. LAS TENDENCIAS MODERNAS EN LA DOGMÁTICA PENAL 323
1. La normativización del Derecho penal 324
A. La orientación político-criminal del sistema dogmático: El sistema teleológico de ROXIN 325
B. La normativización de las categorías dogmáticas con base en la función de la pena: El funcionalismo de JAKOBS 327
C. Una teoría del delito acorde con la función comunicativa de la pena: El normativismo de FRISCH 330
D. Las propuestas analíticas 331
2. El retorno al Derecho penal liberal 332
A. El liberalismo racionalista 333
B. La escuela de Frankfurt 336

IV. TOMA DE POSICIÓN: UNA TEORÍA DEL DELITO FUNDADA EN LA PERSONA 338
1. El fundamento de la teoría del delito 339
A. La búsqueda del fundamento 339
B. La persona y su dignidad 341
a. La dignidad humana absoluta como límite 342
b. La dignidad humana relativa como criterio de ordenación de la imputación penal 343
2. La teleología de la definición dogmática del delito 344
A. La teoría de la pena 344
B. La norma jurídico-penal 345
3. La base empírica del delito 347
4. La bipartición de la teoría del delito 348

CAPÍTULO 10
LA ACCIÓN

I. INTRODUCCIÓN 351
II. EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN 351
1. La acción como concepto previo al Derecho penal 352
A. El concepto causal de acción 352
B. El concepto final de acción 354
C. El concepto social de acción 355
2. La acción como concepto jurídico-penal 356
A. Los hegelianos 356
B. La realización típica 357
a. El concepto negativo de acción 358
b. El concepto personal de acción 359
C. El retorno a concepciones globales de la acción 360
3. Toma de posición 360
III. EL CONCEPTO AMPLIO DE ACCIÓN: LA UNIDAD DE SENTIDO DEL DELITO 363
1. El estatus de persona 363
2. El rol general de ciudadano y los roles especiales 365
A. El rol general: La competencia por organización 365
a. Los deberes de aseguramiento: Los deberes del tráfico 367
b. Los deberes de salvamento 367

B. Los roles especiales: Las competencias institucionales 369
a. La familia 371
b. El Estado 371
c. La confianza especial 373
d. La solidaridad 374
3. La evitabilidad individual 375
IV. EL CONCEPTO ESTRICTO DE ACCIÓN: EL SUSTRATO HUMANO BÁSICO DEL DELITO 377
V. LA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL 379
1. La acción como comisión 379
2. Los casos de falta de acción 380
3. La ausencia de regulación positiva de la *actio libera in causa* 383

CAPÍTULO 11
CUESTIONES GENERALES DE LA TIPICIDAD

I. INTRODUCCIÓN 387
II. LA EVOLUCIÓN DE LA TIPICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO 388
1. La tipicidad como categoría objetiva y descriptiva 388
2. Del descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto a la formación de un tipo subjetivo 388
3. Del descubrimiento de los elementos normativos del tipo a la normativización de la tipicidad 389
4. La relación entre tipicidad y antijuridicidad 391
III. LAS FUNCIONES DE LA TIPICIDAD 393
IV. LAS CLASES DE TIPOS PENALES 394
1. Los tipos penales cerrados, abiertos y las leyes penales en blanco 394
2. Los delitos comunes, especiales y de propia mano 396
3. Los delitos monosubjetivos y plurisubjetivos 398
4. Los delitos de mera conducta y los delitos de resultado (de lesión y de peligro) 399
5. Los delitos instantáneos, permanentes y de estado 400
6. Tipos penales objetivados y con elementos subjetivos especiales 402
7. Delitos de un solo acto y delitos de varios actos 403
8. Los delitos de emprendimiento, de preparación y de participación 404
9. Tipo penal básico, derivado y autónomo 405

10. Delito uniofensivo y pluriofensivo 405
V. LOS ASPECTOS DE LA TIPICIDAD: EL TIPO OBJETIVO Y EL TIPO SUBJETIVO 406

CAPÍTULO 12
EL TIPO OBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN 409
II. LOS ELEMENTOS OBJETIVO DEL TIPO 409
III. DE LA CONSTATACIÓN DE CAUSALIDADES A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 412
IV. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 417
1. La fundamentación de la teoría de la imputación objetiva 417
A. La función de prevención general de la norma penal 419
B. La teoría de la conducta típica y la limitación de la imputación objetiva 420
C. La infracción de un rol como defraudación de la norma 422
D. Toma de posición 423
2. La imputación objetiva en los delitos de dominio 424
A. La imputación del comportamiento 425
a. La creación de un riesgo penalmente prohibido 425
b. La competencia por la creación de un riesgo penalmente prohibido 430
b.1) El principio de confianza 431
b.2) La prohibición de regreso 435
b.3) El ámbito de competencia de la víctima 446
c. Figuras típicas que se configuran con la imputación del comportamiento 452
c.1) Los delitos de mera conducta 453
c.2) Los delitos de peligro abstracto 454
c.3) La tentativa en los delitos dolosos de resultado 459
c.4) Delitos de emprendimiento 460
B. La imputación del resultado 460
a. El vínculo objetivo entre el comportamiento prohibido y el resultado 462
a.1) La teoría de la evitabilidad 465
a.2) La teoría del incremento del riesgo 467

a.3) La teoría del fin de protección de la norma 468
a.4) Toma de posición 469
b. Las explicaciones alternativas del resultado 470
b.1) La concurrencia de riesgos 470
b.2) Los riesgos derivados 474
c. Figuras típicas que requieren la imputación del resultado 481
c.1) Los delitos de peligro concreto 481
c.2) Los delitos de lesión 484
c.3) Los delitos cualificados por el resultado 484
3. La imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber 487
A. La imputación del comportamiento 488
a. El obligado institucional 488
b. La infracción del deber positivo 489
c. Los límites de la competencia institucional 490
B. La realización del resultado 492

CAPÍTULO 13
EL TIPO SUBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN 493
II. LAS FORMAS DEL TIPO SUBJETIVO 496
1. Origen y evolución del lado subjetivo del delito 496
2. La distinción subjetiva del dolo y la culpa 498
A. La teoría de la voluntad 500
B. La teoría del conocimiento 502
3. La normativización del tipo subjetivo 503
A. La evitabilidad individual 503
B. La teoría de la probabilidad 505
III. EL DOLO 506
1. La configuración del dolo 507
A. Conocimiento e irrelevancia de la voluntad 508
B. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el *dolus malus*) 510
2. La imputación del conocimiento 516
A. Generalidades 516
B. La imputación del conocimiento por percepción y por valoración 519
C. La imputación del conocimiento del carácter antijurídico del hecho 525
D. Ceguera e ignorancia deliberada 528

3. El momento del dolo 531
4. El objeto del dolo 532
A. La conducta defraudatoria de la norma 532
B. La antijuridicidad de la conducta 533
C. El *dolus generalis* 535
D. El caso especial de las leyes penales en blanco 536
5. Los elementos subjetivos especiales del tipo 539
6. El error de tipo 540
A. Concepto 541
B. El alcance del error de tipo 544
a. El error sobre los elementos del tipo 544
a.1) El error por defectos cognitivos 544
a.2) El error por defectos valorativos 545
b. El error sobre el carácter prohibido del hecho 547
c. El error sobre la circunstancia de agravación 547
C. La relevancia normativa del error de tipo y su vencibilidad 548
a. Criterios de determinación de la relevancia del error de tipo 549
b. La vencibilidad del error de tipo 550
c. La superación del error por vías informales 555
IV. LA CULPA O IMPRUDENCIA 556
1. Concepto 556
2. La determinación del conocimiento culposo 559
3. La excepcionalidad de la incriminación de la culpa 561
4. El error de tipo en los delitos culposos 563
V. COMBINACIONES DE DOLO-CULPA: LA PRETERINTENCIÓN Y LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO 565
1. La preterintención o combinación dolo-culpa no cualificada 565
2. Los delitos cualificados por el resultado 566

CAPÍTULO 14
LA COMISIÓN POR OMISIÓN

I. INTRODUCCIÓN 571
II. LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA 572
III. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN (ARTÍCULO 13 DEL CP) 574

1. La necesidad de una cláusula general de la comisión por omisión 575
2. El ámbito de aplicación de la comisión por omisión 576
3. Elementos de la comisión por omisión 577
A. La posición de garantía (artículo 13 inciso 1) 577
B. La equivalencia normativa (artículo 13 inciso 2) 583
a. La imputación objetiva 585
a.1) La creación de un riesgo penalmente prohibido 587
a.2) La realización del riesgo en el resultado 588
b. La imputación subjetiva 589
IV. LA PENA DEL OMITENTE 590
V. EL CASO ESPECIAL DE LOS SUPERIORES QUE NO IMPIDEN LA COMISIÓN DEL DELITO DE SUS SUBORDINADOS 593

CAPÍTULO 15
LA ANTIJURIDICIDAD

I. INTRODUCCIÓN 597
II. EL CONTENIDO DOGMÁTICO DE LA ANTIJURIDICIDAD 598
III. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN 601
1. Fundamento 601
2. La estructura general de las causas de justificación 606
A. El aspecto objetivo de las causas de justificación 606
B. El aspecto subjetivo de las causas de justificación 608
3. Efectos de las causas de justificación 611
IV. DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR 614
1. La legítima defensa 614
A. Concepto y fundamento 614
B. Requisitos 615
a. La agresión ilegítima 616
b. La falta de provocación suficiente 621
c. La defensa necesaria 623
C. La legítima de defensa de tercero 626
D. ¿Restricciones ético-sociales a la legítima defensa? 627
E. La legítima defensa imperfecta 629
2. El estado de necesidad justificante 630
A. Delimitación 630

B. Requisitos 633
a. La situación de peligro 633
b. La acción de necesidad 636
c. La preponderancia del bien jurídico protegido 637
d. La cláusula de adecuación 640
C. La provocación de la situación de necesidad 641
D. El deber de soportar el peligro por deberes especiales 642
E. El estado de necesidad justificante en los delitos culposos 642
3. Los actos permitidos por el ordenamiento 643
A. Fundamento y sistemática 643
B. Supuestos de actos permitidos por la ley 644
a. El ejercicio regular de un derecho 644
b. El ejercicio legítimo de un cargo u oficio 645
c. El cumplimiento de un deber 647
c.1) Cuestiones generales 647
c.2) El caso especial de la colisión de deberes 649
4. Obediencia debida 654
A. Fundamento 654
B. Requisitos 656
a. Orden obligatoria 656
b. Autoridad competente 657
c. En el ejercicio de sus funciones 657

CAPÍTULO 16
CULPABILIDAD

I. INTRODUCCIÓN 659
II. LA EVOLUCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO 659
1. La categoría de la culpabilidad 659
2. La ubicación de la culpabilidad en la teoría del delito 665
III. EL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD 667
1. El concepto de persona 667
A. La individualidad 668
B. La socialidad 671
2. La configuración dogmática de la culpabilidad jurídico-penal 672

IV. EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD 674
1. La imputabilidad 675
A. La imputabilidad restringida 676
B. La semi-imputabilidad 678
2. El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal 679
A. Contenido 679
B. La determinación del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal 681
3. La exigibilidad de otra conducta 684
V. LA AUSENCIA DE CULPABILIDAD 686
1. La inimputabilidad 686
A. Concepto 686
B. Formas 686
a. Minoría de edad 686
b. Déficits de salud 687
b.1) La anomalía psíquica 688
b.2) La grave alteración de la conciencia 691
b.3) Las alteraciones de la percepción 692
C. La determinación de una causa de inimputabilidad 692
2. El error de prohibición 694
A. Concepto 694
B. Formas de error de prohibición 696
a. Error de prohibición directo 696
b. Error de prohibición indirecto 697
c. El error de validez 698
d. El error culturalmente condicionado 698
C. La vencibilidad del error 701
D. El error de prohibición en los delitos culposos 702
3. Situaciones de inexigibilidad 703
A. Estado de necesidad exculpante 704
a. Concepto y fundamento 704
b. Requisitos 707
b.1) El peligro actual que amenace la vida, la integridad corporal y la libertad 707
b.2) El peligro no puede evitarse de otro modo 710
b.3) El círculo de personas privilegiado 711

c. Efectos 711
d. Los deberes especiales de tolerancia 712
B. Miedo insuperable 712
C. Exceso en la legítima defensa 715
D. La objeción de conciencia 716
E. El grave peligro para la vida o salud de la gestante 718
F. La estrecha vinculación en los delitos de encubrimiento 722
G. El estado de necesidad estatal 723

CAPÍTULO 17
LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

I. INTRODUCCIÓN 725
II. LA AUTORÍA 727
1. Las teorías para determinar la autoría 728
A. El concepto restrictivo de autor 728
B. El concepto extensivo de autor 730
C. La teoría del dominio del hecho 731
D. La autoría como competencia preferente por la configuración del hecho 734
2. Propuesta de interpretación 736
A. La autoría en los delitos de dominio: La competencia por organización 737
a. La autoría directa 738
b. La autoría mediata 739
b.1) Fundamento 739
b.2) Clases 741
b.3) Límites 748
b.4) La tentativa en la autoría mediata 749
c. La coautoría 750
c.1) Fundamento 750
c.2) Elementos 752
c.3) Casos especiales 754
c.4) Límites 754
c.5) La tentativa en la coautoría 755
B. La autoría en los delitos de infracción de un deber: La competencia institucional 756

III. LA PARTICIPACIÓN 759
1. Fundamento 760
A. Teoría de la corrupción o de la culpabilidad 760
B. Teoría de la pura causación 761
C. Teoría de la participación en el injusto 761
D. El injusto único de intervención 763
E. Posición personal 764
2. Los principios de la participación 765
A. La mancomunidad de la participación 765
B. La accesoriedad de la participación 766
C. La incomunicabilidad de los elementos de naturaleza personal 770
3. Formas de participación 771
A. La instigación (o inducción) 772
a. Definición 772
b. Fundamento 773
c. Elementos 774
c.1) El elemento objetivo 775
c.2) El elemento subjetivo 777
c.3) El elemento final 779
d. Instigación en cadena 780
e. Penalidad 782
B. La complicidad (o cooperación) 783
a. Definición 783
b. Elementos 784
c. Clases 786
d. Tentativa 787
e. Penalidad 788
4. ¿Participación en los delitos de infracción de un deber? 788
IV. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS ESPECIALES 789
1. El actuar en lugar de otro 791
A. La relación de representación 792
B. Actuar como órgano de representación o como socio representante 794
C. La realización del tipo penal 796
D. Los elementos especiales deben concurrir en la representada 797

2. La participación en los delitos especiales 798
V. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS CULPOSOS 803

CAPÍTULO 18
LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN 807
II. IDEACIÓN O PROPÓSITO SERIO DE COMETER UN DELITO . 807
III. LOS ACTOS PREPARATORIOS 808
IV. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN 810
1. La tentativa: Fundamento del castigo 811
2. El alcance de la tentativa 814
3. Tentativa y delito putativo 816
4. Los elementos de la tentativa 819
A. La imputación objetiva: El comienzo de la ejecución sin consumación 819
B. La imputación subjetiva: La decisión de cometer el delito 822
5. La penalidad de la tentativa 825
6. El desistimiento 826
A. Fundamento 826
B. Las formas de manifestación del desistimiento 828
a. El desistimiento en la tentativa acabada 829
b. El desistimiento en la tentativa inacabada 830
c. El desistimiento en la tentativa fracasada 830
C. Requisitos del desistimiento 832
a. La eficacia 832
b. La voluntariedad 835
D. Efecto del desistimiento 837
V. LA REALIZACIÓN DEL HECHO: LA CONSUMACIÓN 838
1. El concepto formal y material de la consumación 838
2. El arrepentimiento activo 840
A. La criminalización en el estado previo a la lesión y reparación del daño 841
B. La escasa reprochabilidad y la reparación del daño 843
C. La contribución al esclarecimiento del delito 843
VI. EL AGOTAMIENTO DEL DELITO 844

Capítulo 19
El concurso de delitos

I. INTRODUCCIÓN 847
II. EL CONCURSO DE LEYES O CONCURSO APARENTE DE DELITOS 847
1. Fundamento dogmático 849
2. Los criterios de vinculación en el concurso de leyes 850
A. El principio de especialidad 851
B. El principio de subsidiariedad 854
C. El principio de consunción 857
D. ¿Principio de alternatividad? 858
3. Consecuencias jurídicas del concurso de leyes 860
A. La modificación de las consecuencias jurídicas del tipo penal desplazante 860
B. La recuperación de la aplicabilidad de los tipos penales desplazados 861
III. EL CONCURSO DE DELITOS 862
1. Concurso ideal de delitos 866
A. Concepto 866
B. Formas de manifestación de concurso ideal de delitos 868
a. Identidad completa 868
b. Identidad parcial 868
c. Identidad por vinculación (*Verklammerung*) 869
C. Consecuencias jurídicas 870
a. El principio de exasperación 871
b. El principio de combinación 872
2. Concurso real de delitos 873
A. Concepto 873
B. Consecuencias jurídicas 874
3. Supuestos de unidad de delito 878
A. Unidad de delito con base en la interpretación de los tipos penales 878
a. La realización típica iterativa 879
b. La realización típica sucesiva 880
c. Los delitos permanentes 881
d. Los delitos de varios actos: En especial los delitos compuestos 882
B. Supuestos de unidad de delito legalmente determinados 882

a. El delito continuado 882
a.1) Fundamento 883
a.2) Naturaleza jurídica 885
a.3) Elementos del delito continuado 886
a.4) Consecuencia jurídica 892
b. El delito masa 892
c. El delito colectivo 894
4. Concurrencia posterior: Concurso real retrospectivo 895

CAPÍTULO 20
LA TEORÍA DEL DELITO PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN 899
II. ¿RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA O PENAL? 900
III. EL SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA 902
1. El modelo de atribución del hecho de otro 902
2. El modelo de la responsabilidad por hecho propio 903
A. El injusto autónomo 904
B. El injusto común 905
3. El modelo de atribución de la Ley N° 30424 906
A. La imputación objetiva 909
B. La imputación subjetiva 911
C. La intervención delictiva 913
D. La culpabilidad 915
IV. EL MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS 917
1. El efecto exoneratorio: ¿Causa de exclusión de la punibilidad o falta de la creación de un riesgo prohibido? 918
2. Atenuación de la pena 919

CUARTA PARTE
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

CAPÍTULO 21
LA PENA

I. INTRODUCCIÓN 925
II. LA PUNIBILIDAD 927

1. Necesidad, ubicación y fundamento 927
2. Los presupuestos de la punibilidad 930
A. Las condiciones objetivas de punibilidad 931
B. Las causas de exclusión de la punibilidad 931
a. Causas personales de exclusión de la punibilidad 932
b. Causas materiales de exclusión de la punibilidad 932
3. Consecuencias dogmáticas 933
A. El error sobre la punibilidad 933
B. La intervención delictiva 934
C. El momento y el lugar del delito 936
4. Las figuras emparentadas 936
A. Los presupuestos de procedibilidad 937
B. Las causas de levantamiento de la pena 940
C. Causas de extinción de la acción penal 940
a. La muerte del imputado 941
b. La prescripción del delito 941
b.1) Concepto y fundamento 941
b.2) La determinación del plazo de prescripción 942
b.3) El cómputo del plazo de prescripción 945
b.4) El plazo extraordinario de prescripción 946
b.5) La interrupción y la suspensión del cómputo del plazo de prescripción 947
c. La amnistía 950
d. El derecho de gracia 951
e. La cosa juzgada 952
f. El desistimiento y la transacción en los delitos de acción privada .. 954
III. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA 954
1. El marco penal abstracto 956
A. La clase de pena 956
a. La pena privativa de libertad 957
b. Las penas restrictivas de libertad: La expulsión del país de extranjeros 959
c. Las penas limitativas de derechos 960
c.1) La prestación de servicios a la comunidad 961
c.2) La limitación de días libres 962

c.3) La inhabilitación 964
d. La pena de multa 969
B. El marco penal mínimo y máximo 971
a. El principio de legalidad 971
b. El principio de proporcionalidad 972
2. La concreción legal del marco penal 974
A. Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad 975
a. Las agravantes genéricas cualificadas 978
a.1) El prevalimiento del cargo 979
a.2) La comisión del delito desde un centro penitenciario 979
a.3) Los servicios de transporte de pasajeros 980
a.4) La reincidencia y la habitualidad 980
a.5) El uso de menores 985
a.6) El abuso de parentesco 986
a.7) Crimen organizado 986
b. Las atenuantes genéricas privilegiadas 987
c. Concurrencia de circunstancias genéricas modificativas del marco penal abstracto 989
B. Las circunstancias específicas modificativas del marco penal abstracto . 991
C. Concurso de delitos 992
3. La individualización de la pena 995
A. La proporcionalidad como principio informador de la individualización de la pena 997
a. El juicio de idoneidad: El principio de culpabilidad 997
b. El juicio de necesidad: En especial, la alternatividad penal 998
b.1) La suspensión de la ejecución de la pena 1000
b.2) La reserva del fallo condenatorio 1008
b.3) La sustitución de penas 1012
b.4) La conversión de penas 1013
c. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: los criterios de individualización de la pena 1015
B. Los criterios de individualización judicial de la pena 1020
a. El sistema abierto de determinación 1020
b. La dirección de la valoración 1021
c. La prohibición de doble valoración 1022
d. La ordenación de las circunstancias de individualización judicial de la pena en función de las categorías del delito 1023

d.1) Los criterios referidos al injusto objetivo 1023
d.2) Los criterios referidos al injusto subjetivo 1027
d.3) Los criterios referidos a la culpabilidad 1028
C. El sistema de individualización de la pena por tercios 1030
D. Las reglas de bonificación procesal 1032
4. El caso especial de las penas a las personas jurídicas: la Ley N° 30424 1033
A. El marco penal abstracto 1033
B. El marco penal abstracto-concreto 1034
C. La individualización de la pena 1035
IV. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENA 1036
1. La muerte del condenado 1036
2. La prescripción de la pena 1037
3. El cumplimiento de la pena 1037
4. La amnistía y el indulto 1038
5. La exención de pena 1039
6. El perdón del ofendido en los delitos de acción privada 1041

CAPÍTULO 22
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. INTRODUCCIÓN 1043
II. LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD 1045
1. Fundamento 1045
2. Los principios informadores de las medidas de seguridad 1048
A. El principio de legalidad 1049
B. La postdelictualidad 1051
C. El principio de proporcionalidad 1051
III. NATURALEZA JURÍDICA 1053
IV. LOS PRESUPUESTOS 1054
1. La realización de un delito 1055
2. La peligrosidad criminal 1056
3. El caso de los imputables relativos o peligrosos 1058
V. CLASES 1058
1. La internación 1059
2. El tratamiento ambulatorio 1061
VI. EL PROCESO DE SEGURIDAD 1062

CAPÍTULO 23
LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I. INTRODUCCIÓN 1067
II. EL DECOMISO 1068
1. El decomiso de objetos, instrumentos y efectos del delito 1069
A. Fundamento 1070
a. El decomiso de objetos del delito 1070
b. El decomiso de instrumentos del delito 1071
c. El decomiso de efectos del delito 1072
B. Naturaleza 1074
C. Procedencia 1075
a. Los bienes relacionados con el delito 1075
b. El decomiso facultativo o parcial 1077
c. El decomiso de bienes en manos de terceros 1077
d. El decomiso y la reparación civil 1078
e. La legitimidad procesal 1079
D. Formas especiales de decomiso 1079
a. El decomiso sustitutivo 1079
b. El decomiso de valor equivalente 1080
c. El decomiso ampliado 1081
E. La extinción de dominio 1082
a. Ámbito de aplicación 1082
b. La preminencia procesal 1083
c. Fundamento 1084
d. Las etapas del proceso de extinción de dominio 1085
F. Destino final de los bienes decomisados 1089
G. La incautación cautelar 1090
2. El decomiso de ganancias de las personas jurídicas 1091
A. Fundamento 1092
B. Requisitos 1094
III. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS 1095
1. Fundamento 1096
2. Naturaleza jurídica 1097
A. Las consecuencias accesorias como sanciones penales 1098

B. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas 1099
C. Toma de posición 1101
3. Presupuestos 1104
A. Presupuestos materiales 1104
a. El hecho principal 1104
b. Juicio de prognosis 1108
c. Test de proporcionalidad 1109
B. Presupuestos procesales 1110
a. Incorporación al proceso penal 1110
b. Parte procesal 1112
4. Clases 1113
A. Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo 1113
B. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años 1114
C. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la clase de aquéllas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito 1115
D. La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité 1116
E. La intervención de la persona jurídica 1116
5. Carácter facultativo u obligatorio de las consecuencias accesorias 1117
6. Los criterios de determinación de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas 1118
7. La imposición cautelar de consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas 1120
IV. MEDIDAS PREVENTIVAS PREVISTAS EN LEYES ESPECIALES ... 1122

CAPÍTULO 24
LA REPARACIÓN CIVIL

I. INTRODUCCIÓN 1125
II. LA REPARACIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO 1126
1. Sistema de determinación 1126
2. La determinación de la responsabilidad civil en el proceso penal 1128
A. Naturaleza jurídica 1128
B. Fundamento 1130

C. Los elementos 1131
a. La acción dañosa 1131
b. El daño 1132
c. La relación de causalidad 1133
d. Los factores de atribución 1134
3. Alcance de la reparación civil 1135
A. La restitución del bien 1135
B. La indemnización por daños y perjuicios 1136
C. La anulación de transferencias 1138
4. Los sujetos de la reparación civil 1139
A. Los responsables civiles 1139
B. El actor civil 1141
5. El incumplimiento del pago de la reparación civil 1141
6. Las vías judiciales 1143

Bibliografía 1147

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

Después de siete años cumplo con hacer entrega de una nueva edición del presente trabajo dedicado a la Parte General del Derecho Penal. Su primera edición estuvo dirigida a contribuir con la enseñanza del curso de Derecho Penal a los estudiantes de Derecho (por eso, el título inicial de "Lecciones"), pero la segunda edición alcanzó un nivel de mayor especialización en el tratamiento de los distintos temas. Esta tercera edición apunta a profundizar aún más el estudio de las instituciones generales del Derecho Penal, procurando un tratamiento integral y exhaustivo. Su estructura general se mantiene dividida en cuatro partes: Fundamentos, ley penal, teoría del delito y teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Además de la necesaria actualización bibliográfica y jurisprudencial realizada en cada uno de los capítulos, se ha agregado uno nuevo referido a las personas jurídicas a raíz de la aprobación de la Ley N° 30424. El capítulo que más cambios ha sufrido es el referido a la pena, debido a las múltiples modificaciones legales y a los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema, al punto de convertirse en el capítulo más largo.

Esta nueva edición ha sido la que más me ha costado concluir, posiblemente por el drama común del pluriempleo al que estamos condenados los profesores universitarios en el Perú. Pero sale en un momento, en el que, en mi modesta opinión, la discusión jurídica (y, en especialmente, la jurídico-penal) ha caído en un nivel de poca rigurosidad e incluso de manipulación: Legisladores que aprueban leyes penales para la tribuna sin ningún criterio técnico, periodistas que pontifican en temas penales en función de su línea editorial, políticos que presionan a jueces o fiscales con amenazas de escándalo, opinólogos que sirven a la tendencia de turno por cinco minutos de fama, activistas que creen que el derecho penal está a disposición de sus convicciones ideológicas y algún que otro mesías que cree que con el sistema penal va a cambiar el país y resolver los problemas de todos los peruanos. Mi único

deseo es que retomemos la senda de la discusión rigurosa, objetiva y respetuosa. Y espero que esta nueva edición ayude a cumplir con ese deseo.

Como siempre mi agradecimiento va, en primer orden, para mi familia: Martha, Esteban, Roser y Fátima. Sin ustedes nada tendría sentido. A la Universidad de Piura, mi gratitud por darme los momentos más felices del día: las clases con los alumnos. A Ronald Vílchez, Alejandro Chinguel y Ana Lucía Albújar, les quedo agradecido por ser el apoyo incondicional en mis distintos emprendimientos. A mis maestros académicos, Jesús María Silva, Urs Kindhäuser y Günther Jakobs y a mi maestro laboral, Antonio Abruña, gracias por todo lo recibido. A Renato Gálvez, Gerente de la Editorial Ideas, le quedo sumamente agradecido por su interés permanente y especial esfuerzo para poder comenzar a trabajar juntos. Y, finalmente, sé que en la actualidad no se ve políticamente correcto hacer explícitas confesiones de fe, pero no podría concluir un párrafo de agradecimientos si es que no le agradezco a Dios por todo. No hay tolerancia posible si no se parte del reconocimiento de la propia identidad.

Piura, 9 de marzo del 2019.

Prof. Dr. Dr. h.c. Percy García Cavero
Universidad de Piura

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La primera edición de las Lecciones de Derecho Penal, Parte General, desbordó la expectativa que tenía sobre su alcance y repercusión. El objetivo procurado con dicha publicación, tal como se planteó en su prólogo, era ofrecer un libro-texto que sirviese para el dictado del curso de Derecho Penal I, esto es, para la enseñanza en pregrado de la Parte General del Derecho Penal. Sólo así se explica, entre otras cosas, que el libro se publicara sin las correspondientes notas bibliográficas y con una simple indicación de la bibliografía básica en cada una de las lecciones. El hecho es que este libro no sólo ha servido para el propósito originario de ayudarme a la docencia universitaria, sino también para activar de alguna forma la discusión dogmática en varios escritos especializados e informar los puntos de partida de diversas decisiones jurisprudenciales. Esta generosa utilización del texto por parte de especialistas y magistrados, me plantea la necesidad de preparar una segunda edición que se ajuste mejor a estos propósitos. Por esta razón, esta nueva edición incorpora las correspondientes notas bibliográficas a lo largo de todo el texto, así como también referencias puntuales a los pronunciamientos jurisprudenciales, especialmente a los contenidos en los acuerdos plenarios emitidos por la Corte Suprema de la República.

Preparar la segunda edición de este libro ha sido un tanto más sacrificado en cuanto a tiempos que la primera por la mayor actividad profesional que llevo desarrollando en los últimos años. Pero no hay duda que la perspectiva de análisis se enriquece mucho cuando se es consciente de los problemas cotidianos y los procedimientos prácticos que se siguen para decidir las cuestiones penales. Definitivamente esta segunda edición tiene todavía muchas cosas que deben ser mejoradas tanto en la exposición de las ideas dogmáticas como en su utilidad práctica. Sin embargo, soy un convencido que sólo sometiendo un trabajo al escrutinio del público especializado y asumiendo la disposición de escuchar las voces críticas, se

puede conseguir un producto que sea realmente satisfactorio. Lo único que espero es tener la capacidad de poder procesar debidamente la información y las opiniones sobre los diversos temas tratados en estas Lecciones.

Acostumbrado como penalista a interpretar los sucesos en términos de imputación, con la posibilidad además de hacerla a varias personas, no puedo dejar de mencionar a todos los que han contribuido de una u otra manera a la elaboración de esta segunda edición. A Martha le debo ser el pilar de la familia en la que encuentro la mayor inspiración para seguir adelante. Realmente, y aunque no lo diga muy a menudo, no me imagino la vida sin ti. A Esteban y Roser les doy gracias por ese amor sin dobleces que sólo se puede encontrar en los niños. Nada es comparable a un abrazo de ustedes. A mis alumnos piuranos y limeños, en especial a los que forman el Taller de Derecho Penal José González López, les quedo agradecido por mostrarme que la mayor satisfacción de un profesor es sembrar el espíritu crítico en mentes ávidas de conocimiento. Finalmente, quiero expresar mi agradecimiento a Edgar Jara Cajamarca, Gerente General de la Editorial Jurista Editores, por dar cabida a esta obra en el repertorio de las valiosas publicaciones de su sello editorial.

Piura, 16 de noviembre del 2011.

Percy García Cavero
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Piura

PRÓLOGO

La razón que me ha animado a publicar las presentes lecciones de la Parte General del Derecho Penal, reside en la necesidad de tener que aprovechar al máximo las horas del curso de Derecho penal I que se dicta en la carrera de Derecho. A lo largo de los dieciséis años que llevo dedicados a la enseñanza universitaria he podido constatar que el tiempo del que se dispone para enseñar la Parte General del Derecho Penal es siempre insuficiente, lo que hace que se dicte el curso con una rapidez tal que difícilmente el alumno puede digerir de manera adecuada los conceptos generales que se imparten y ni qué decir de la absoluta falta de formación en la capacidad de poder hacer operativos dichos conceptos en la solución de casos concretos. Con la publicación de este libro-texto, pretendo revertir, o cuando menos paliar, estos defectos del sistema de enseñanza, pues los alumnos podrán leer las lecciones correspondientes antes entrar a las clases, dedicando las horas de dictado a absolver dudas, esclarecer puntos oscuros y discutir con base en la metodología del caso. Si no fuese por esta necesidad pedagógica, posiblemente no habría tomado aún la decisión de publicar este libro.

El presente libro está compuesto por veintitrés lecciones agrupadas en cuatro grandes partes: Fundamentos, la ley penal, la teoría del delito y la teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Como puede verse, el contenido del libro intenta abordar de manera completa la dogmática de la Parte General del Derecho Penal. Sin embargo, el análisis dogmático en cada lección no procura alcanzar el nivel de un estudio exhaustivo, sino exponer lo esencial de cada cuestión sin mayor profundización sobre la discusión doctrinal. Esto explica que haya prescindido de notas al pie de página que pudiesen haber hecho pesada la lectura al estudiante de Derecho. Al final de cada lección se indica una bibliografía compuesta por manuales, monografías o artículos que se estiman esenciales para abordar la lección

correspondiente. Está claro que se trata de una bibliografía básica sin ningún ánimo de exhaustividad.

A todos mis alumnos de Derecho Penal I les agradezco su contribución, seguramente inconsciente, a la formación de estas lecciones. Sus preguntas, dudas e inquietudes han sido la base sobre la que se ha construido este libro, el cual seguirá perfeccionándose con el estudio crítico que espero tengan los nuevos alumnos. La idea es ir mejorando estas lecciones permanentemente, pues no hay nada peor para un profesor universitario que quedarse en la repetición año tras año del mismo texto de enseñanza. Si con este libro consigo estimular la capacidad crítica de los alumnos y entrar a desarrollar mínimamente el método del caso en el dictado de las clases, me daré por plenamente satisfecho.

Piura, 29 de julio del 2008.

Percy García Cavero
Profesor de Derecho Penal

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, citado por año
AP	Actualidad Penal, citada por número y año
Apdo	apartado
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
Aufl.	Auflage (edición)
BGH	Bundesgerichthof (Tribunal federal alemán)
BT	Besonderer Teil (parte especial)
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
Cfr.	Confróntese
cit.	Citado
comp.	Compilador
coord.	Coordinador(es)
CP	Código Penal
CPC	Código Procesal Civil
CPP	Código Procesal Penal
CuCGPJ	Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, citado por año
dir.	Director
Diss.	Dissertation (tesis doctoral)
ed.	Edición
espec.	Especialmente
FS	Fesgabe o Festschrift (libro homenaje)

GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht, citada por año
HbWiStR	Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
Hrsg.	Herausgeber (editor)
HWiStR	Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
JA	Juristische Arbeitsblätter, citada por año
JR	Juristische Rundschau, citada por año
Jura	Juristische Ausbildung, citada por año
JuS	Juristische Schulung, citada por año
JW	Juristiche Wochenschrift, citada por año
JZ	Juristenzeitung, citada por año
KJ	Kritische Justiz, citada por año
LG	Landesgericht (Tribunal del Land)
LH	Libro Homenaje
LK	Leipziger Kommentar
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LTV	Ley de Títulos Valores
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, citada por año
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, citada por año
n.m.	Número marginal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, citada por año
NK	Nomos Kommentar
N°	Número
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, citada por año
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
op. cit.	Opus citatum (obra citada)
OWiG	Gesetz für Ordnungswidrigkeiten (Ley de contravenciones)
p.	Página
passim	en toda la obra
p.e.	Por ejemplo
PG	Parte General
PJ	Revista del Poder Judicial, citada por número
pp.	Páginas

RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, citada por número y año
REDUP	Revista de Derecho (Universidad de Piura), citado por año
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología, citada por número y año
RG	Reichgericht (Tribunal del Reino)
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, citada por año
R.N.	Recurso de Nulidad
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales, citada por número
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, citada por número y año
RTDPE	Rivista Trimestrale di Diritto penale dell' economia, citada por número y año
s.	siguiente
SBS	Superintendencia de Bancos y Seguros
SchweizZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, citada por número y año
S/f	sin fecha
SK	Systematischer Kommentar
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal)
StPO	Straprozeßordnung (Ordenamiento Procesal Penal)
Trad.	Traducción
Vol.	Volumen
Wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht, citada por año
Zis	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, citada por número y año
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, citada por año.

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTOS

CAPÍTULO 1
LAS CIENCIAS PENALES

I. INTRODUCCIÓN

Toda ciencia debe contar con un objeto de conocimiento. En el caso del Derecho penal, su objeto de conocimiento es el conjunto de disposiciones jurídicas promulgadas por el Estado para sancionar los delitos[1]. Sin embargo, los delitos son estudiados también científicamente desde perspectivas distintas a la jurídica, tal como ocurre, por ejemplo, con la criminología que los analiza como hechos sociales o la política criminal que apunta enfrentarlos de manera eficaz. Esta situación de cierta comunidad respecto del objeto de estudio ha hecho posible que el conjunto de ciencias o disciplinas referidas a los delitos se agrupen en una ciencia penal global[2], la que se encargaría, en general, de la investigación, ordenación y exposición de todo el sector de la vida relacionado con el delito y la mejor manera de hacerle frente (la llamada enciclopedia de las ciencias penales[3]). Pero debe quedar claro

---

1 Vid., GIMBERNAT ORDEIG: *Concepto y método*, p. 36: "*El objeto de la ciencia del Derecho penal es la ley positiva jurídico-penal*". Esto, sin embargo, como bien lo apunta JAKOBS: *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 21 y ss., no significa que el estudio científico se limite al conocimiento de la legislación positiva, sino que debe alcanzar a su legitimidad, esto es, la verdadera expresión de la constitución normativa de la sociedad.

2 Si bien se le reconoce a von Liszt como el principal impulsor de la idea de una ciencia penal global, hay que reconocer que se hizo con un predomino de las ciencias sociales sobre la disciplina jurídica, a la que se le asignó una función esencialmente didáctica. Vid., con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 46. Por el contrario, en la actualidad ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 1, n. m. 14, destaca al Derecho penal como la ciencia base de la llamada ciencia global del Derecho penal.

3 Vid., JIMÉNEZ DE ASÚA: *La ley y el delito*, p. 25 y ss.

que no se trata de una unificación metodológica de todas las disciplinas penales, sino de una sistematización de carácter funcional, esto es, de contribuir a que cada disciplina cumpla de la mejor manera con sus propios objetivos gnoseológicos e instrumentales.

En el presente libro dedicado al estudio de la Parte General del Derecho Penal no se va a realizar una exposición enciclopédica del fenómeno delictivo, sino, más bien, una que se circunscribe al enfoque jurídico-sustantivo. No obstante, para poder desarrollar de manera adecuada el enfoque propio del Derecho Penal, resulta necesario hacer, con carácter previo, una breve descripción panorámica de las distintas ciencias penales, dividiéndolas, a tal efecto, en criminológicas, jurídico-penales y político-criminales. La pretensión de verdad y de acierto a la que aspira toda ciencia solamente se podrá alcanzar, si se tiene en consideración las distintas perspectivas de análisis a las que se puede someter la realidad estudiada y la necesidad de interrelacionarlas[4].

II. LA CRIMINOLOGÍA

La criminología es la ciencia que se ocupa del "*delito como fenómeno social*"[5]. Bajo esta lógica, se ha encargado principalmente de determinar sus posibles causas (la llamada perspectiva etiológica)[6], así como también de mostrar sus diversas manifestaciones empíricas como circunstancias, características, regularidad, etc. (la llamada perspectiva fenomenológica)[7]. En los últimos años, sin embargo, su objeto de estudio se ha nutrido de una perspectiva sociológica que pone su acento más en los procesos sociales de criminalización y en la forma de prevenir más eficazmente los delitos[8]. En todo caso, con independencia de que el enfoque utilizado tenga un cariz más naturalista o sociológico, esta ciencia recurre siempre a un método de análisis empírico, tal como lo pone en evidencia el uso extendido de la investigación experimental, estadística u observacional. Así las cosas puede aceptarse como absolutamente válida la calificación comparativa que JESCHECK hace de la criminología como una ciencia fáctica frente al Derecho Penal como disciplina normativa[9].

---

4 "*La realidad, pues, se ofrece en perspectivas individuales. Lo que para uno está en último plano, se halla para otro en primer término*" (ORTEGA Y GASSET: *El Espectador*, p. 52).

5 Vid., SUTHERLAND/CRESSEY/LUCKENBILL: *Principles of Criminology*, p. 3.

6 Vid., SERRANO MAÍLLO: *Introducción a la criminología*, p. 27.

7 Vid., LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 3. n.m. 25.

8 Al respecto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Criminología*, p. 1 y s. En el Perú, VILLAVICENCIO TERREROS: *Introducción a la Criminología*, p. 3 y s.

9 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 66.

1. Las causas del delito

La visión tradicional de la criminología analiza al delito desde una perspectiva etiológica, esto es, para determinar cuáles son sus causas. Pese a que algunos sostienen que este enfoque se encuentra actualmente en crisis, no hay duda que los estudios criminológicos siguen atados, de una u otra manera, al análisis etiológico, siendo posiblemente lo novedoso que la explicación del delito se intente ahora encontrar en factores de muy diversa índole. En efecto, la criminología no se ha quedado en una explicación monocausal del delito que se circunscriba al delincuente individual, sino que ha entrado a analizar la incidencia de otros factores en la realización de las conductas delictivas. Como causas del delito entran en escena también las condiciones sociales criminógenas e incluso la propia víctima.

A los estudios criminológicos que parten de la idea de que la causa del delito reside fundamentalmente en el propio ser humano que lo comete, se les agrupa en torno a la llamada *antropología criminal*. En razón del origen individual de esta forma de ver la causa de los delitos, la antropología criminal ha sido dividida en *biología criminal* y *psicología criminal*[10]. La primera entiende que el hombre delincuente está determinado a cometer delitos en razón de ciertos aspectos de su constitución física, mientras que la segunda pone el énfasis de esta determinación, más bien, en ciertas desviaciones psicológicas del sujeto criminal.

En cuanto a la llamada biología criminal, los estudios de Cesare LOMBROSO son posiblemente los más representativos de esta perspectiva de análisis. Dichos estudios se esforzaron por encontrar una característica física común en los delincuentes que determinara su inclinación al crimen[11]. Si bien podría pensarse que esta forma de percibir la causa del delito se encuentra hoy completamente superada, no puede desconocerse que, en la actualidad, está teniendo lugar cierto renacimiento de las variables biológicas en la criminología contemporánea[12]. En efecto, los estudios referidos a la información genética han producido un importante estímulo para el resurgimiento del enfoque criminológico utilizado por la biología criminal,

10 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 66 y s. Debe hacerse la indicación de que existen al respecto ciertas diferencias terminológicas entre los autores. Algunos identifican la antropología criminal con la biología criminal (así, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 89), por lo que proceden luego a subdividir la bilogía criminal en somatología criminal (anatomía y fisiología) y psicología criminal. Con independencia de estas diferencias terminológicas, el hecho es que hay coincidencia en dividir las causas de la criminalidad procedentes del delincuente en unas de origen físico y otras de origen psicológico.

11 Destaca especialmente el trabajo *L'Uomo delinquente stutiato in rapporto alla Antropología, alla Medicina legale ed alle discipline carcelarie*, Milano, 1876.

12 Vid., con mayores referencias, SERRANO MAÍLLO: *Introducción a la criminología*, p. 217 y ss.

en especial, los que parten de la idea de poder identificar un gen del hombre delincuente[13].

La psicología criminal, por su parte, no se encarga de determinar las causas físicas en la constitución del ser humano que le lleven a delinquir, sino que apunta, más bien, a entender al delincuente como un sujeto poseedor de una anomalía psíquica que le hace tomar decisiones criminales. A Raffaele Garófalo se le asocia con esta perspectiva criminológica surgida en el marco del positivismo criminológico italiano[14]. La causa del delito residiría en cierta constitución psíquica deficiente del delincuente, la que podría provenir de la adquisición de ciertos modelos de conducta o, en casos graves, de una patología mental (psiquiatría criminal). Con la determinación de las causas psicológicas y el grado de distorsión psíquica del delincuente, se estará en capacidad de indicar el tratamiento adecuado para curar dicha distorsión y prevenir, de esta manera, la comisión de nuevos delitos. Modernamente esta perspectiva de análisis lleva a modelos teóricos conductuales, cognoscitivos o factoriales[15].

La *sociología criminal*, a diferencia de la antropología criminal, ubica las causas del delito en el plano social, de manera tal que la forma más eficiente de enfrentar la delincuencia sería mediante la reforma o la eliminación de los condicionantes sociales que provocan la comisión de los delitos. Debe destacarse, sin embargo, que, en su formulación originaria que proviene de Enrico Ferri, la sociología criminal no vio al delito como una consecuencia de causas exclusivamente sociales, sino, más bien, como una síntesis de factores biológicos, físicos y también sociales[16]. En los últimos tiempos el enfoque sociológico se ha vuelto notoriamente preponderante, radicando la diferencia entre los estudios fundamentalmente en la posición explicativa o crítica que se hace a la forma de estructuración social que origina o estimula la criminalidad.

Algunos, como fue el caso de Durkheim, entienden que el delito es un hecho normal que mantiene despierta la consciencia colectiva de la sociedad (el principio de normalidad del delito)[17]. Otros se centran, más bien, en los procesos sociales que

---

13 Vid., Muñoz Conde: *Introducción*, p. 196.

14 Vid., Garófalo: *La criminología*, p. 69: "*Creo que la anomalía psíquica existe en mayor o menor grado en todos los que, según mi definición, pueden llamarse criminales (...). Esta anomalía psíquica se funda, sin duda, sobre una desviación orgánica, importando poco que esta última no sea visible, o que la ciencia no haya todavía llegado a determinarla con precisión*".

15 Con mayores detalles, García-Pablos De Molina: *Criminología*, p. 408 y ss.

16 Ferri: *Sociología Criminal*, Tomo I y Tomo II, México DF, 2004 (reimpresión de la edición española a cargo de Antonio Soto y Hernández). Vid., la exposición de García-pablos de molina: *Criminología*, p. 246 y ss.

17 *Las reglas del método sociológico*, Madrid, 1978, *passim*.

determinan el origen o el aumento de la criminalidad, como es el caso de la teoría del aprendizaje social (el delito es un tipo de conducta que se aprende[18]), la teoría de la anomia (el delito se explica por la discrepancia entre los fines culturales y el acceso de determinados sujetos a medios legítimos para alcanzar esos fines[19]) o la teoría de la frustración (el delito es consecuencia de un estado de frustración por el bloqueo de oportunidades[20]). Con una perspectiva mucho más crítica respecto de la estructuración social, la teoría del etiquetamiento (*labeling approach*)[21], la criminología crítica[22] o la criminología del otro ("*criminology of the other*")[23] se ocupan de describir y también cuestionar los procesos sociales de criminalización y cómo se pretende resolver el problema de la criminalidad por las instancias de control penal.

Como causa del delito se ha estudiado también a la propia víctima, agrupándose los estudios criminológicos que se inscriben en esta perspectiva en torno a la llamada victimología[24]. Según esta disciplina, la víctima es, en algunos casos, con mayor o menor relevancia, causa o factor condicionante de la realización del hecho delictivo, por lo que el análisis de su conducta precedente permite explicar la realización del hecho delictivo. Desde esta perspectiva, muchas veces la reducción de determinado tipo de criminalidad puede depender de ordenar adecuadamente el propio comportamiento de la víctima[25]. Tal perspectiva en lo absoluto intenta hacer cargar en la víctima la responsabilidad por el delito, sino, más bien, identificar posibles elementos condicionantes, cuyo control pueda redundar en una mayor prevención. En la actualidad, la victimología se ha reconfigurado como una disciplina que, más allá de estudiar la intervención de la víctima en el delito, lo que busca es su efectiva protección, la reparación del daño y otorgarle la asistencia social necesaria[26].

La razón por la que la criminología procura determinar las causas del delito no responde a la simple satisfacción intelectual de sus cultores de saber lo que origina la criminalidad, sino que apunta fundamentalmente a aportar datos empíricos

18 Vid., con mayor detalle, García-Pablos De Molina: *Criminología*, p. 410 y ss.

19 Vid., Serrano Maíllo: *Introducción a la criminología*, p. 309 y ss.

20 Vid., Serrano Maíllo: *Introducción a la criminología*, p. 321 y ss.

21 Vid., respecto de los puntos de partida de este enfoque criminológico, García-Pablos De Molina: *Criminología*, p. 474 y ss.

22 Vid., la referencia en Villavicencio Terreros: *Introducción a la criminología*, p. 91 y s.

23 Vid., sobre esta perspectiva en el marco del análisis crítico que Garland: *La cultura del control*, p. 228 y ss., hace a los discursos modernos sobre el control del delito y la justicia penal.

24 Vid., la referencia al origen de la victimología, Bodero: *Relatividad y delito*, p. 168 y s.

25 Vid., así, Matos Quesada: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 36 (2012), p. 422.

26 Vid., García-Pablos De Molina: *LH-Vives Antón*, I, p. 696 y ss.

para prevenirla eficazmente. En la actualidad, se plantean dos modelos de prevención a partir de la obtención de esta información: uno etiológico, interesado por determinar las causas o raíces últimas del delito para neutralizarlas o controlarlas; y otro situacional, que apunta a identificar las variables espacio-temporales de las que se aprovecha el agente para cometer un delito y, de esta manera, combatir eficazmente el factor de "oportunidad"[27]. Mientras el primer modelo de estrategia de prevención es desarrollado fundamentalmente en las políticas públicas de lucha contra la criminalidad, el segundo se viene utilizando de manera cada vez más extendida en ámbitos específicos de especial exposición delictiva, como es el caso de los programas de cumplimiento normativo en las empresas para prevenir delitos de corrupción o lavado de activos.

2. La definición del delito

Para poder estudiar el delito como un fenómeno social, la criminología necesita primeramente definirlo. La postura más simple es aquella que recurre a la definición legal para determinar qué formas de actuación constituyen delito[28]. Esta postura contrastaría, sin embargo, con la autonomía científica de la criminología y se mostraría poco útil para los planteamientos que se presentan críticos frente al proceso formal de criminalización. Por esta razón, se intenta definir el delito desde un punto de vista, más bien, material, en atención a su carácter dañoso, desviado o disfuncional[29]. Algunos autores se han decantado incluso por un concepto no unitario de delito, conforme al cual podrá optarse por un concepto formal o material en función de los fines de la investigación criminológica específica[30].

El que la criminología se ocupe del delito como un fenómeno empírico, tiene como obligada consecuencia que su objeto de análisis evolucione como lo hace la sociedad misma. En ese sentido, puede que se presenten nuevos contextos sociales de realización de las conductas delictivas o puede ser incluso que adquieran carácter delictivo conductas disfuncionales que no se asemejan a las que usualmente se han criminalizado. Lo primero se presenta, por ejemplo, con los delitos de violencia de género[31], los delitos ambientales (*Green Criminology*[32]) o los delitos informáti-

27 Vid., García-Pablos De Molina: *LH-Vives Antón*, I, p. 695.

28 Sobre la concepción legal del delito, Serrano Maíllo: *Introducción a la criminología*, p. 60 y ss.

29 Sobre las concepciones materiales del delito, García-Pablos De Molina: *Criminología*, p. 57 y ss.

30 Vid., García-Pablos De Molina: *Criminología*, p. 62.

31 Vid., sobre este tema de interés criminológico, Larrauri: *Criminología crítica y violencia de género*, p. 15 y ss.

32 Vid., Lynch/Stretesky: *Exploring Green Criminology*, p. 3 y ss.

cos[33]. En estos casos, el interés protegido no es nuevo (la vida, la salud, el patrimonio), sino la forma en la que tiene lugar el acto lesivo de dicho interés. Ejemplo de lo segundo es la llamada delincuencia económica o corporativa. Desde finales de la primera mitad del siglo XX los estudios criminológicos se han esforzado seriamente por destacar la existencia de la llamada criminalidad de cuello blanco, cuyo autor no es una persona marginal, sino una socialmente integrada y exitosa en los negocios, pero con pretensiones de incrementar desmedidamente sus beneficios. Los trabajos del criminólogo norteamericano Edwin H. Sutherland constituyen el hito histórico de este cambio de paradigma respecto del perfil criminológico del delincuente[34].

3. La crítica a los procesos de criminalización

El tenor de los estudios criminológicos modernos es, sin lugar a dudas, la crítica a los procesos de criminalización de los comportamientos. No se trata de una actitud reciente, pues tal posicionamiento crítico se puede apreciar ya en los planteamientos formulados por la teoría del etiquetamiento o la criminología crítica. Sin embargo, lo particular de la situación actual es que el Derecho penal no se comprende ya como un instrumento utilizado para mantener a nivel político las relaciones de poder existentes, sino que sería consecuencia, más bien, de la presión que los medios de comunicación, determinadas organizaciones civiles y las redes sociales ejercen sobre los políticos, a los que sólo les interesa la ganancia electoral a corto plazo[35]. Al final la sociedad cae en un populismo punitivo que criminaliza conductas o intensifica la respuesta penal en función de un rechazo emocionalmente condicionado[36]. Así, se termina llevando al terreno del Derecho penal comportamientos que podrían manejarse solventemente con mecanismos de reacción menos intensos o se produce un incremento inútil de la severidad del castigo punitivo.

No hay que hacer una evaluación especial para poder concluir que resulta inaceptable el uso populista del sistema penal. Pero lo que urge en el análisis criminológico no es seguir resaltando esta deformación del sentido de la respuesta penal, sino encontrar la manera de neutralizar la presión social de carácter emocional. Está claro que la solución no puede ser suprimir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los medios de comunicación y mucho menos dejar de oír a las víctimas. Pero se necesita el establecimiento de tamices que racionalicen las demandas colectivas de sanción penal. Sin duda que uno de los puntos claves es

33 Vid., Miró Llinares: *El cibercrimen, passim.*, espec. p. 3 y ss.

34 Sutherland: *El delito de cuello blanco*, p. 3 y ss.

35 Como sostiene Garland: *La cultura del control*, p. 49, los políticos ya no escuchan la voz del experto o siquiera del operador, sino del público que se siente potencial víctima del delito.

36 Vid., al respecto, Alan Castillo: *Actualidad Penal* 27 (2016), p. 365 y ss.

que la falta de una respuesta rápida y, por lo tanto, irreflexiva incida en el prestigio del político o del operador. Si se consigue dejar la decisión de criminalización en manos de los técnicos y se respeta la independencia del juez que actúa en el marco de la legalidad, entonces la situación podría empezar a cambiar.

4. La importancia de la criminología para las otras ciencias penales

El adecuado tratamiento del delito requiere de una perspectiva interdisciplinaria que le permita a cada área científica formular planteamientos que se sustenten en datos ciertos y sean viables, desde un razonamiento práctico, para alcanzar sus propios fines. En razón de la conveniencia de esta interdisciplinariedad, el conocimiento obtenido por los estudios criminológicos debe ser utilizado en los planteamientos desarrollados al interior de las ciencias jurídico-penales y la política criminal.

En relación con el enfoque jurídico-dogmático, la criminología aporta claridad sobre la realidad que es apreciada, en clave normativa, por el penalista[37]. Está claro que los estudios criminológicos no son determinantes de los criterios normativos que regulan y definen la prestación que es propia del sistema jurídico-penal, pero esta peculiaridad no puede soslayar el dato real de que suministran información precisa sobre la base fáctica respecto de la cual se toma la decisión normativa. Esta repercusión se da tanto en aspectos concretos de la teoría del delito, como en la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Una dogmática jurídico-penal que pretenda no ser ciega a la realidad, debe ser receptiva del aporte cognoscitivo que realizan los estudios criminológicos.

A nivel de la teoría del delito, muchos criterios utilizados en la imputación penal no podrían ser definidos adecuadamente sin ayuda de los datos establecidos por la ciencia criminológica. Por ejemplo, la dañosidad o perturbación social sobre la que se construye el injusto penal cuenta indudablemente con una base sociológica que se aprecia de manera más exacta con el enfoque criminológico. Incluso la asignación de la responsabilidad penal por el daño producido puede encontrarse condicionada por situaciones identificadas por la criminología, como es el caso de la competencia de la víctima que se ha podido perfilar gracias a los estudios de la victimología que pusieron en evidencia su intervención determinante en el delito[38]. De una larga tradición es también la repercusión que los estudios de psicología criminal tienen en la configuración de la categoría de la imputabilidad penal[39]. A

37 Así, Gimbernat Ordeig: *Concepto y método*, p. 34; Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 67.

38 Vid., Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 99; Prittwitz, en *La víctima en el sistema penal*, Schünemann/Albrecht/Prittwitz/Fletcher: p. 64 y ss.

39 Vid., Muñoz Conde: *Introducción*, p. 206; García-Pablos De Molina: *Derecho Penal*, p. 512.

nivel de los delitos en particular, los estudios criminológicos son también de suma relevancia para la configuración de los tipos penales, como sucede con la represión de las organizaciones criminales, la corrupción, el lavado de activos o la violencia familiar.

En relación con las consecuencias jurídicas del delito, los estudios criminológicos aportan igualmente información sobre la base empírica a partir de la cual se toma la decisión de imposición de la pena. Así, los conceptos de reincidencia, habitualidad o peligrosidad solamente pueden ser correctamente definidos a partir de los estudios criminológicos sobre la inclinación de ciertas personas a la criminalidad[40]. Del mismo modo, la criminología referida a los procesos sociales de criminalización ha puesto en evidencia, en los últimos años, la influencia de las estructuras injustas de la sociedad en el génesis del delito, lo que ha reforzado la idea de cierta corresponsabilidad de la sociedad en los delitos cometidos por sujetos marginales. Con base en este dato, se abre la posibilidad de que el Derecho penal asuma normativamente la situación de marginalidad como una atenuante de la pena (la llamada co-culpabilidad de la sociedad[41]).

A nivel de la política criminal, los datos criminológicos sirven para determinar si el sistema penal produce el efecto real de reducir o mantener la incidencia de la criminalidad en niveles socialmente tolerables. Si ese efecto no se llegase a conseguir, entonces podría discutirse la necesidad de tener que mantener en vigencia el sistema penal. Habría que reemplazarlo por algo más efectivo o, en todo caso, menos gravoso. En el plano político, la existencia del sistema penal sólo puede encontrar justificación si es que puede desplegar consecuencias empíricas que contribuyan al control del problema de la criminalidad[42].

La falta de eficacia del sistema penal no tiene que provocar necesariamente su abandono, pues muchas veces la situación de déficit se puede revertir con una adecuada reformulación de las leyes penales. Igualmente aquí los estudios criminológicos juegan un papel sumamente importante, en la medida que ofrecen datos empíricos para que la política criminal general o específica de determinado grupo de delitos defina adecuadamente los mecanismos eficaces de reacción a partir de la

40 En este sentido, MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 203; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 68.

41 Vid., sobre la co-culpabilidad, PRADO SALDARRIAGA: *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*, p. 125.

42 Por esta razón advierte GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Criminología*, p. 205, que: "(...) *un Derecho Penal distanciado de la investigación criminológica, sin respaldo empírico, da la espalda a la realidad –la desprecia– con los riesgos que una actitud ignorante o arrogante de tal naturaleza comporta convertirse en coartada de un mero decisionismo*". Similarmente, MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 203.

correcta determinación de los factores criminógenos y las formas de aparición del delito. Como puede verse, la criminología suministra datos relevantes no sólo para decidir el "si", sino también el "como" debe intervenir el sistema penal[43].

III. LAS CIENCIAS JURÍDICO-PENALES

Dentro de las ciencias penales, las jurídico-penales comprenden las distintas ramas de la ciencia jurídica que se encargan de regular la determinación, imposición y cumplimiento de las sanciones penales por la comisión de hechos delictivos. Dado que en la actualidad el titular exclusivo del poder punitivo es el Estado, estas ciencias jurídicas forman parte del Derecho Público y responden, por ello, al interés público en la lucha racional contra el delito. Para ordenar su exposición, se va a tener en consideración los distintos momentos en los que el Estado ejerce el *Ius puniendi*: el sustantivo, el procesal y el penitenciario.

1. El Derecho penal sustantivo: la dogmática jurídico-penal

Se conoce como Derecho penal sustantivo al conjunto de disposiciones jurídicas que establecen qué conductas son consideradas delitos y las consecuencias jurídico-penales que conlleva su realización[44]. Estas disposiciones jurídicas pueden ser estudiadas, a su vez, desde dos perspectivas diferenciadas. En relación con su aplicación, la llamada dogmática jurídico-penal es la que se encarga de sistematizarlas para asegurar un tratamiento justo y uniforme de los casos concretos. Pero también pueden ser estudiadas en atención a su idoneidad para conseguir una efectiva reducción de la criminalidad en el marco de las garantías propias de un Estado de Derecho. En este caso, el Derecho penal sustantivo es tenido en consideración por la llamada política criminal científica. El enfoque propiamente jurídico es el que utiliza la dogmática, lo que no significa que el actor del sistema penal no cuente con un margen de decisión que le permita hacer política criminal.

La dogmática jurídico-penal se encarga del estudio de las leyes penales para su conocimiento, sistematización conceptual y correcta aplicación. Esta disciplina es lo que constituye fundamentalmente la asignatura del Derecho penal, lo que explica que SILVA SÁNCHEZ la catalogue como la *ciencia del Derecho penal por excelencia*[45]. Se le llama "dogmática" porque parte del estudio del Derecho penal positivo

---

43 Similarmente, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Criminología*, p. 193 y ss. Destaca especialmente en esta línea de pensamiento a la llamada criminología de campo o funcionalista, ARBUROLA VALVERDE: *Actualidad Penal* 45 (2018), p. 263 y ss.

44 Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 23.

45 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 45. En esta misma línea, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 61, la califican como el núcleo duro de la ciencia del Derecho penal, mientras que

como si fuese un conjunto de dogmas[46]. No obstante, debe quedar claro que esta dogmatización de la legislación positiva no debe entenderse como la aceptación cerrada y acrítica de una verdad absoluta e inmutable definida por la autoridad[47], sino como el punto de partida para el conocimiento exacto y la aplicación razonable del Derecho penal. Si es que la ley penal vigente no permite alcanzar una solución materialmente razonable, entonces la dogmática servirá para develar esta situación deficitaria, por lo que cabe reconocerle también una función crítica[48].

La necesidad de ordenar el conocimiento del derecho positivo no se debe tanto a la dificultad de determinar lo que dicen las leyes penales, sino para poder aplicarlas correctamente a los casos concretos[49]. En efecto, en la realidad, por poner un ejemplo, una persona no mata simplemente a otra como lo establece el tipo penal de homicidio, sino que este suceso tiene lugar bajo un conjunto circunstancias concretas que tienen incidencia en la imputación de la responsabilidad penal como la edad del autor, la neutralidad del comportamiento, la previa agresión ilegítima de la víctima o el carácter fortuito del resultado mortal[50]. Tal situación hace necesaria una teoría del delito que sea completa, lo que no es posible alcanzar si se atiende solamente a lo expresamente establecido en la regulación positiva. La ordenación conceptual de la normatividad penal asegura una Administración de Justicia Penal encausada dentro de la racionalidad del sistema penal. Como lo ha dicho Muñoz Conde: "*La dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica 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 del control y de la seguridad de esos límites*"[51].

Zaczyk, en *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, p. 210, sostiene que es la parte esencial de la ciencia del Derecho penal.

46 Así, Gimbernat Ordeig: *Concepto y método*, p. 36, nota 40: "*Dogmático porque parte de la ley –lo que ha de interpretar– como de un dogma*". En contra, sin embargo, Robles Planas, en *Estudios*, p. 10 y ss., al considerar que la sistemática en la dogmática nace con anterioridad a la ley positiva y que su formación comenzaría, en realidad, mediante la multiplicación de la complejidad en relación con los casos regulados.

47 Sobre la superación de una concepción de la dogmática como puesta al servicio de una autoridad indiscutible, Zaczyk, en *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, p. 198 y ss.

48 Vid., así, expresamente, Muñoz Conde: *Introducción*, p. 189 y s.

49 Por ello es completamente válida la afirmación de Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 61, de que la dogmática penal sirve de puente entre la ley y la *praxis* de una aplicación del Derecho penal por parte de los tribunales. Destaca igualmente la vocación práctica de la dogmática penal Caro John: *Manual*, p. 32 y s.

50 Similarmente, Gimbernat Ordeig: *Concepto y método*, p. 36 y ss.

51 Muñoz Conde: *Introducción*, p. 212.

Se ha cuestionado especialmente el carácter científico de los estudios dogmáticos, en el sentido de no ser más que una sistematización didáctica de las leyes penales[52]. Para responder a este cuestionamiento habría que precisar previamente qué es lo define a una ciencia. Si se considera que ciencia solamente puede ser el conocimiento que se ordena con base en el método descriptivo-experimental (concepto positivista de ciencia), difícilmente podrá atribuírsele a la dogmática jurídico-penal el carácter de ciencia[53]. Pero la situación cambia, sin duda, si se acepta también como científico el método comprensivo o hermenéutico propio de las ciencias humanas o del espíritu[54]. La dogmática jurídico-penal constituye precisamente una ciencia hermenéutica, en la medida que su objeto es la comprensión del Derecho penal[55], y su cientificidad se sustenta en que procura un mayor conocimiento sobre la correcta imputación jurídica de un delito conforme al ordenamiento penal[56]. En la actualidad, la opinión doctrinal dominante asume, sin mayores cuestionamientos, el carácter científico de la dogmática jurídico-penal[57].

Para que la dogmática jurídico-penal alcance el objetivo científico de dar un conocimiento completo sobre el contenido del Derecho penal que permita su correcta aplicación en la práctica conforme a la racionalidad revelada del sistema penal, debe cumplir con las siguientes funciones:

A. Interpretación

La primera función que la dogmática jurídico-penal debe cumplir es interpretar la regulación penal, esto es, asignar el sentido y valor a las disposiciones legales para medir su extensión precisa, su valor exacto y los límites de aplicabilidad a los casos concretos. Para llevar a cabo esta labor, el dogmático recurre a los métodos de interpretación de la ley, de los que nos ocuparemos más adelante en el capítulo

52 Sobre esta discusión del carácter científico o didáctico del Derecho penal, vid., PAWLIK: *Das Unrecht des Bürgers*, p. 11 y ss.

53 GIMBERNAT ORDEIG: *Concepto y método*, p. 38 y s.

54 Así, CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 60. Sobre el modelo dual de las ciencias que admite junto a las ciencias naturales y formales, las ciencias culturales o del espíritu, vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 152 y s.; PORCIÚNCULA: *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal*, p. 37 y ss.

55 WELZEL: *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 250; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 60; ROBLES PLANAS, en *Estudios*, p. 3.

56 En este orden de ideas, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 178, señala que "*en las proposiciones dogmáticas no se contienen meras afirmaciones o valoraciones arbitrarias, ni opiniones sin fundamento, sino que tras ellas puede y debe descubrirse un esfuerzo serio y tenaz, centenario, de afrontar los problemas que plantea la atribución de responsabilidad criminal de un modo racional y orientado al norte del «Derecho correcto»*".

57 Por todos, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 149 y ss.

referido a la interpretación de la ley penal. Lo que aquí se debe poner desde ya de manifiesto es que la interpretación de los textos legales resulta siempre necesaria, incluso en los casos en los que su contenido pueda entenderse sin mayor dificultad. Las leyes no utilizan una descripción circunstanciada del supuesto de hecho, sino que, por el contrario, lo usual es que recurran a conceptos generales que necesitan ser definidos en cuanto a su sentido y alcance al momento de tomar una decisión para el caso concreto.

No hay duda que la interpretación de los textos legales no es una tarea sencilla y menos aún conseguir la exclusión de la perspectiva del intérprete[58]. La pretensión de poder diferenciar el conocimiento y la decisión, limitando la interpretación al solo conocimiento de la ley, es en la actualidad irrealizable[59]. La dogmática penal requiere de decisiones valorativas previas sobre la correcta comprensión del sistema penal, para luego llevar a cabo la interpretación de las leyes penales[60]. En este orden de ideas, la única manera de excluir la pura arbitrariedad del intérprete es vincularlo a una comprensión de los conceptos básicos sobre los que debe construirse necesariamente el sistema penal[61]. La interpretación de las leyes penales no puede ser reducida a un proceso puramente formal o procedimental, sino que requiere una toma de posición sobre aspectos fundamentales como la persona, la norma y la sociedad. Para definir estos conceptos básicos, no hay duda que resulta necesario acudir a las aportaciones de la filosofía[62] y las ciencias sociales[63].

B. Elaboración de categorías y conceptos generales

A pesar de que la legislación utiliza conceptos en alguna medida generales, es necesario elaborar supra-conceptos y conceptos generales intermedios luego de la interpretación de los textos legales. Mediante la inducción y la abstracción, la dogmática jurídico-penal elabora categorías generales que permiten efectivizar el tratamiento igualitario de la Administración de Justicia, pues situaciones que, en sus particularidades, se mostrarían como distintas, podrán ser ordenadas en una misma

58 Vid., Sanz Morán: *LH-Gimbernat*, I, p. 648.

59 Vid., así, Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 63 y s., con mayores referencias.

60 En el mismo sentido, Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 64; Robles Planas, en *Estudios*, p. 12 y ss.

61 Similarmente, Zaczyk, en *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, p. 203 y s.

62 Defiende decididamente la necesidad de un dialogo con la filosofía para que la dogmática penal cuente con puntos de partida normativamente bien fundados, Pawlik: *Das Unrecht*, p. 38.

63 Vid., Hassemer: *Fundamentos*, p. 38: "*la teoría y la praxis del Derecho penal no pueden prescindir de las ciencias sociales y que, más allá del Derecho penal, se han de tomar en cuenta las necesidades y los intereses del sistema social*".

categoría general en razón de sus aspectos esenciales y merecer, por ello, un mismo tratamiento jurídico. Ejemplos de estos conceptos generales en la dogmática penal son las categorías de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad en la llamada teoría del delito, dentro de las cuales existen, a su vez, conceptos generales intermedios. La abstracción permite reconocer qué aspectos son esenciales y cuáles accidentales y, de esta manera, reducir la complejidad de cada caso particular al decidir sobre el mismo[64].

C. Sistematización

El dogmático debe proceder luego a hacer una sistematización unitaria de los conceptos o categorías generales desarrollados a partir de la interpretación de los textos legales contenidos en las leyes penales[65]. Algunos resaltan especialmente este aspecto específico de la dogmática jurídico-penal al señalar que es lo propio del pensamiento sistemático[66]. La labor de sistematización no solamente debe ser lógica en términos formales, sino que debe serlo también en términos reales o materiales, lo que significa tener en cuenta la naturaleza de las normas jurídico-penales y la función que específicamente se le atribuye a la pena[67]. No se trata, por lo tanto, de simplemente ordenar los conceptos existentes, sino de ir creando nuevos conceptos que respondan al sentido del sistema jurídico-penal.

La formación de un sistema conceptual sobre el delito y la pena contribuye, por otro lado, a la seguridad jurídica, en la medida que permite darle racionalidad al conjunto de disposiciones penales promulgadas por el Estado y asegura, de esta manera, que su aplicación judicial en cada caso concreto sea uniforme, calculable y controlable[68]. En efecto, la utilización de un sistema conceptual hace posible dejar de lado las diferencias accidentales y encontrar el sentido real de las cosas, tratando por igual los casos que, conceptualmente, sean iguales y distinto a los que no lo son. El orden del sistema contribuye esencialmente a la uniformidad y racionalidad de la aplicación de la regulación jurídico-penal[69]. Sin una dogmática asentada en la sistematización, el Derecho penal no podría enseñarse, aprenderse ni mucho menos controlarse.

---

64 Similarmente, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 49 y s.

65 Destaca la irrenunciabilidad del pensamiento sistemático, Engisch: *Studium Generale* 10. Jhg. 1957, p. 189. Sobre la importancia del sistema en la definición de una ciencia, Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*, p. 1 y ss. Críticamente sobre la importancia de la sistematización para la cientificidad de la dogmática, Cuerda Arnau: *LH-Mir Puig* (2017), p. 492 y s.

66 En este sentido, Caro John: *Manual*, p. 26.

67 Fundamental, Radbruch: *RECPC* 12-r1 (2010), p. 2.

68 Gimbernat Ordeig, en *Estudios*, p. 158; Kindhäuser: *Tareas de una dogmática jurídico-penal científica, pro manuscripto*, p.4.

69 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 7, n. m. 33.

El que el sistema conceptual formulado por la dogmática penal apunte a dar seguridad jurídica no debe llevar a la idea errónea de que dicho sistema debe permanecer inmutable y cerrado a los cambios de la realidad[70]. Todo lo contrario; desde hace varias décadas los estudios dogmáticos se han esforzado por desarrollar sistemas conceptuales que se encuentren abiertos al cambio social, de manera tal que las soluciones que se deriven del sistema se correspondan con las necesidades sociales de punición[71]. Una dogmática penal que no responda a las necesidades de su tiempo, tiene indudablemente los días contados. Esta constatación, sin embargo, no debe entenderse como la asunción de un relativismo valorativo en la construcción del sistema dogmático, sino como una necesaria labor de contextualización[72]. Si bien la dogmática penal debe estar referida siempre a la persona, no hay que olvidar que el entorno natural de la realización personal es la realidad social, lo que obliga a tener en consideración los aspectos constitutivos de la sociedad en un momento dado[73].

D. Crítica

Tal como se ha indicado, a la dogmática jurídico-penal cabe asignarle también una función crítica, pues si bien parte del Derecho positivo, no existe una fe ciega en la corrección de las formulaciones legales. El dogmático no se limita a sistematizar el Derecho penal vigente, sino que debe evaluar su correspondencia con criterios materiales como la dignidad humana, los derechos fundamentales o la democracia. La función crítica le permite precisamente poner de manifiesto cuáles son los vacíos legales o las disposiciones que llevan a soluciones contradictorias o inadecuadas. Debe quedar claro que esta función crítica no se lleva a cabo luego de la interpretación, conceptualización y sistematización de la normativa jurídico-penal, sino en cada uno de estos momentos[74].

2. El Derecho procesal penal

El Derecho procesal penal es la ciencia jurídico-penal que se ocupa de estudiar las normas que regulan el proceso formalizado en el que se decide la imposición de las consecuencias jurídicas previstas en la legislación penal ante la determinación de

70 Sobre la necesidad de un sistema abierto y móvil, Sanz Morán: *LH-Gimbernat*, I, p. 649 y s.

71 Vid., la orientación al problema de la dogmática penal contemporánea, Schünemann, en *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Schünemann (comp.), p. 35 y ss.; Silva Sánchez: *Aproximación*, p.78 y ss.; Muñoz Conde: *Introducción*, p. 275.

72 Vid., Jakobs: *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 35 y s.

73 En la misma línea, Zaczyk, en *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, p. 206.

74 En este sentido, Muñoz Conde: *Introducción*, p. 278 y s.

la realización de un hecho delictivo. A diferencia de los hechos sometidos a las leyes causales, en los que la consecuencia prevista en la ley natural se produce automáticamente con la verificación de la causa, en el caso de las leyes jurídicas la consecuencia jurídica prevista no tiene lugar de manera automática. En este sentido, resulta necesario que un juez o tribunal lleve a cabo un juicio de imputación en el que se determine primeramente que el hecho sometido a su conocimiento se encuentra suficientemente probado (*quaestio facti*) y que, en segundo lugar, ese hecho realiza el supuesto de hecho contenido en el tipo penal que autoriza a imponer la sanción penal prevista (*quaestio iuris*). El Derecho procesal penal sirve, pues, para la efectiva realización del Derecho penal sustantivo[75].

El Derecho procesal penal es estudiado científicamente por la ciencia del Derecho procesal. Su método, sin embargo, es igual al del Derecho penal sustantivo, por lo que puede también hablarse de una dogmática jurídico-procesal-penal. Si bien ambas dogmáticas se exponen, aún hoy, diferenciadamente, no debe soslayarse que, en la actualidad, existen intentos que procuran conformar un sistema integral del Derecho penal, en el que los conceptos jurídico-penales estén informados conjuntamente de la vertiente sustantiva y la procesal[76]. Sin embargo, dada la mayor cercanía de la regulación procesal con la actividad de los tribunales, una de las características más saltantes de la dogmática jurídico-procesal es su marcada vocación práctica y, por lo tanto, el natural reparo a formulaciones conceptuales demasiadas abstractas o filosóficas. Esta mayor incidencia práctica del objeto de estudio del Derecho procesal penal explica, por otra parte, que sea imprescindible el auxilio de otras ciencias o disciplinas técnicas para que el proceso penal alcance sus fines correspondientes[77].

A. La Ciencia del Derecho procesal (penal)

La ciencia jurídico-procesal tiene por objeto el conocimiento de las disposiciones legales que regulan el proceso penal, es decir, el conjunto de pasos necesarios para investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar las conductas punibles[78]. La interpretación de dichas disposiciones se ordena conforme al modelo procesal asumido.

---

75 Como lo dice BELING: *Derecho procesal penal*, p. 1: "(...) *el Derecho penal por sí solo y aislado no tendría ejecución en la realidad de la vida*". Por esta razón, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, I, p. 8 y ss., reconoce la naturaleza auxiliar del Derecho Procesal Penal, pero destacando su autonomía.

76 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *El sistema integral del Derecho penal*, WOLTER/FREUND (ed.), p. 21; RAGUÉS I VALLÈS, en *Anuario de Derecho Penal: La reforma del proceso penal peruano*, p. 129 y ss. En la doctrina penal nacional, CARO JOHN: *Manual*, p. 38.

77 ROXIN: *Derecho procesal penal*, p. 9, habla de una cooperación interdisciplinaria.

78 Similarmente, ROXIN: *Derecho procesal penal*, p. 8, señala que la teoría del derecho procesal penal analiza científicamente las normas de procedimiento penal.

En la actualidad, conviven en el país dos modelos procesales distintos, uno mixto (inquisitivo con rasgos acusatorios) que está en extinción y otro acusatorio garantista que está entrando en vigencia paulatinamente con el Código Procesal Penal de 2004. Este modelo procesal penal parte de distinguir claramente las funciones de acusar (Ministerio Público) y de juzgar (Poder Judicial)[79], reconociendo la necesaria vigencia de garantías procesales[80], así como estableciendo, al interior del proceso, los mecanismos para asegurar el respecto de dichas garantías. En este sentido, el Derecho procesal penal se ocupa no sólo de las disposiciones legales que permiten la imposición legítima de una sanción penal, sino también de los límites a las facultades de intervención de los órganos encargados de la persecución y sanción penal.

B. Las ciencias y disciplinas auxiliares

Como ya se ha indicado, para que el proceso penal alcance sus fines no basta seguir con lo que disponen las normas procesales sistematizadas por el Derecho procesal penal. Los jueces penales y, especialmente, el Ministerio Público deben recurrir además a distintas ciencias y disciplinas auxiliares para alcanzar los fines del proceso. Estas ciencias o disciplinas pueden tener un carácter jurídico o no. Especialmente cabe destacar, sin negar la existencia o el aporte de otras disciplinas, el Derecho judicial, la criminalística y la medicina legal.

a. El Derecho judicial

En lo que atañe al proceso penal, el Derecho judicial permite conocer la estructura y los principios de organización de los tribunales penales[81]. La Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de la Carrera Judicial y la Ley Orgánica del Ministerio Público constituyen la parte más relevante de esta rama del Derecho que permite una mejor definición del proceso penal. En estas normas orgánicas se contienen incluso normas de carácter procesal referidas al proceso penal regulado por el Código de Procedimientos Penales, como es el caso, por ejemplo, del recurso de queja de derecho contra los archivos dispuestos por los fiscales provinciales o la organización de las audiencias en los juicios penales. Por ello, no resulta extraño que BELING haya atribuido a esta rama del Derecho ser parte de un Derecho procesal penal en sentido amplio[82].

---

79 Vid., ARMENTA DEU: *Principio acusatorio*, p. 56 y ss.

80 Sobre el reconocimiento de principios y garantías procesales en el Título Preliminar del Código Procesal Penal, SAN MARTÍN CASTRO, en *El nuevo Proceso Penal*, Cubas Villanueva/Doig Díaz/Quispe Farfán (coord.), p. 14 y ss.

81 Vid., NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 154, en relación con lo que llama "Derecho de la organización judicial".

82 Vid., BELING: *Derecho procesal penal*, p. 3, quien utilizó la expresión de "Derecho de la organización de los tribunales" para referirse a lo que se conoce actualmente como Derecho judicial.

b. La criminalística

La criminalística fue sistematizada como una disciplina por Hans GROSS a finales del siglo XIX[83]. Se la ha definido como el conjunto de conocimientos y técnicas utilizados para la averiguación y el esclarecimiento del delito, el descubrimiento del delincuente y la aportación de las pruebas al proceso[84]. Se trata, para decirlo en palabras más sucintas, del arte de la pesquisa[85]. La contribución de la criminalística al proceso penal consiste concretamente en aportar las evidencias físicas con las que generar la suficiente base probatoria para dar por acreditada la base fáctica sobre la que se sustenta la imputación penal. Dado que no toda investigación penal se abre contra los que efectivamente son responsables de un delito, habría que decir que la criminalística ayuda también a descartar la responsabilidad penal de aquellos a los que se les implica indebidamente en la comisión de un delito.

Se ha discutido mucho sobre el carácter científico de la criminalística, pues algunos la consideran simplemente una técnica[86], mientras que otros señalan que se trata de una ciencia empírica[87] que se caracteriza por su multidisciplinariedad[88]. Pero más allá de esta discusión puntual, en la que no se va a entrar por razones de utilidad, la criminalística constituye, sin duda, una ayuda indispensable para el éxito del proceso penal y, por tanto, también para la realización del Derecho penal sustantivo. Sin el debido apoyo criminalístico, los procesos penales terminarán en absoluciones de los culpables o, lo que es peor, en la vulneración soterrada de las garantías para impedir precisamente la impunidad.

c. La medicina legal y la psiquiatría forense

La investigación penal requiere, en muchos casos, de conocimientos de carácter científico, como los conocimientos médicos o psiquiátricos, para el esclarecimiento de los hechos investigados. Es así que determinados profesionales de la salud se especializan en la aplicación de sus conocimientos médicos para la investigación criminal, dando origen a las llamadas medicina legal y psiquiatría forense[89]. Se trata de ciencias médicas puestas al servicio de la Administración de Justicia. Pero debe hacerse la precisión de que estas ciencias no auxilian exclusivamente al

83 Vid., GROSS: *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, passim.*

84 En este sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 68.

85 Así, JIMÉNEZ DE ASÚA: *La ley y el delito*, p. 26.

86 Así, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 145.

87 De este parecer, CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 79.

88 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 42; GUZMÁN: *Manual de criminalística*, p. 37.

89 Algunos autores como CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 79, consideran que la medicina legal y la psiquiatría forense forman parte de la criminalística.

sistema penal, sino que sirven también para otro orden de cosas jurídicamente relevantes como, por ejemplo, el reconocimiento de la paternidad, la declaración de la incapacidad civil, etc.

En el ámbito penal, las ciencias médicas resultan necesarias para el esclarecimiento de diversos aspectos fácticos del delito que se discuten en el proceso penal. Por poner algunos ejemplos: la medicina legal sirve para determinar las causas y los medios utilizados para dar muerte a una persona (necropsia) en los delitos contra la vida, la gravedad de las lesiones en el delito de lesiones o la existencia de una penetración violenta en la violación sexual (reconocimiento médico-legal). Por su parte, la psiquiatría forense ofrece datos empíricos relevantes para determinar la culpabilidad del autor (si es inimputable o no)[90], los daños psicológicos sobre la víctima o su incapacidad de comprensión y, por tanto, su mayor indefensión ante la conducta delictiva.

3. El Derecho penitenciario

El Derecho penitenciario contiene todas las disposiciones legales que regulan el cumplimiento de las penas privativas de libertad[91]. En este cuerpo normativo se incluyen no sólo las normas que disponen las condiciones en las que se deben ejecutar dichas penas, sino también aquellas que regulan la posibilidad de obtener ciertos beneficios por razones de resocialización: Los llamados beneficios penitenciarios. El Derecho penitenciario se enmarca, a su vez, en una rama más general a la que se le ha llamado el Derecho de ejecución penal[92], el cual no se limitaría a las penas privativas de libertad, sino que abarcaría las otras clases de pena y las medidas de seguridad. Parte de esta rama del Derecho sería también la actividad de registro de los procesados y condenados (tan importante para la operatividad de las agravantes cualificadas de reincidencia y habitualidad), así como la posterior rehabilitación registral, lo que JESCHECK/WEIGEND denominan Derecho registral penal[93].

En estrecha vinculación con el Derecho penitenciario se encuentra la llamada penología. Esta disciplina se ocupa del estudio y sistematización de las diversas sanciones penales como son las penas, las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias e incluso ciertas medidas procesales como la detención o la prisión pre-

90 Así, CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 80.

91 Similarmente, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 11. Si esta regulación puede considerarse una ciencia jurídica autónoma, es discutido. Por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 51 no creía que la preceptiva penitenciaria podía tener aún el título de *Derecho*.

92 Así, el Acuerdo Plenario N° 2-2015, punto 6. Igualmente, BROUSSET SALAS/VILCHEZ LIMAY: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 95 (2017), p. 12 y s.

93 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 26.

ventiva. Se le ha cuestionado su carácter de ciencia[94], su autonomía e incluso su alojamiento sistemático[95]. Su denominación (penology) se acuña en el año 1834 de la mano de Francis LIEBER[96], quien la concibe como la disciplina que se ocupa de la aplicación y ejecución de toda clase de pena. Nace así con una dimensión amplia que trata del castigo del delincuente, por lo que su perspectiva de análisis no se centra en un punto de vista técnico-jurídico, sino que se mueve fundamentalmente en un plano político-criminal y sociológico[97].

IV. LA POLÍTICA CRIMINAL

La política criminal se encarga de determinar la mejor manera de prevenir satisfactoriamente la realización de delitos[98]. Para esta disciplina penal, el Derecho penal es visto como uno de los instrumentos de lucha, quizá el más importante, con los que el Estado cuenta para hacer frente al problema social de la criminalidad[99]. No obstante, debe quedar claro que su perspectiva de análisis no es propiamente jurídica, sino, más bien, política. Como lo indica ZIPF, la política criminal es un sector objetivamente delimitado de la política jurídica general, esto es, la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal[100].

Pese al escaso estudio que, en los escritos especializados, se le ha dispensado a la política criminal en contraposición con la dogmática jurídico-penal, no hay razón para negarle derechamente el carácter de ciencia. Sin embargo, como su objeto de conocimiento no es algo tangible que sea empíricamente medible, sino decisiones y acciones que constituyen expresiones de la libertad humana, su cientificidad no puede ser determinada desde el paradigma positivista de las ciencias físicas[101]. Se trata, más bien, de lo que se conoce como una ciencia práxica que apunta específicamente a establecer propuestas plausibles para la prevención eficaz y garantista de

94 Se la niega JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 136.

95 Vid., así, sobre la discusión de si forma parte de la criminología o no, MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p.198 y s.

96 Vid., JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 136.

97 Similarmente, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 136: "*Así como el Derecho penitenciario es una parte del Derecho Penal, la Ciencia Penitenciaria es una rama separada de la Criminología*".

98 Vid., CANCHO ESPINAL: *LH-Paredes Vargas*, p. 461.

99 Vid., SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *Fundamentos de Política criminal*, p. 34: "*El Derecho penal es uno de los instrumentos de la Política criminal, un medio para la prevención de conductas «criminales» en la sociedad*".

100 Así, ZIPF: *Introducción a la política criminal*, p. 3.

101 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Política criminal*, p. 162.

las acciones humanas que, por su alto nivel de perturbación social, se consideran delitos y, por lo tanto, socialmente indeseables[102].

La finalidad de la política criminal de prevenir los delitos se debe ordenar con base en dos puntos de vista: la eficacia y las garantías fundamentales[103]. Esta afirmación permite identificar dos ejes esenciales sobre los que debe girar su funcionamiento. Por un lado, la política criminal tiene que establecer la forma más eficaz de erradicar o disminuir la criminalidad, teniendo en consideración, entre otros factores, la severidad de la pena o la certeza del castigo (*Zweckrationalität*). Por otro lado, debe someter a una valoración de legitimidad los medios concretamente utilizados para enfrentar la delincuencia, lo que, en el caso específico del Derecho penal, se hace en función del respeto a las garantías jurídico-penales (*Wertrationalität*).

Como se ha dicho, dentro de los distintos instrumentos con los que cuenta la política criminal para elaborar y ejecutar sus propuestas de acción frente a la criminalidad, se encuentra principalmente la respuesta punitiva[104]. Dado que hasta ahora no se ha podido cumplir con el viejo anhelo de Radbruch de poder reemplazar el Derecho penal por algo mejor, la política criminal sigue encontrando en la sanción penal un mecanismo que sirve, de alguna manera, a la necesaria prevención de los delitos. Este empleo político del Derecho penal tiene lugar tanto a nivel de la creación y modificación de las leyes penales, como en el ámbito de los pronunciamientos de los tribunales penales[105].

En el plano legislativo, la política criminal determina qué clase de conductas socialmente nocivas debe prevenirse por medio del Derecho penal y cómo debe hacerse de la manera más eficaz y respetuosa de los derechos fundamentales. Esta decisión valorativa se debe tomar sobre la base de los insumos empíricos ofrecidos fundamentalmente por la criminología[106]. El uso estratégico del sistema penal

---

102 En este sentido, Sánchez-Ostiz Gutiérrez: *Fundamentos de Política criminal*, p. 25. De una ciencia orientada a la práctica o práctica teorizada habla Zúñiga Rodríguez: *Política criminal*, p. 162.

103 Destaca tanto la racionalidad orientada al fin, como la orientada al valor en la política criminal moderna, Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 19 y ss.; Zúñiga Rodríguez: *Política criminal*, p. 162.

104 Debe indicarse que una política criminal que reduce sus estrategias de acción al uso del derecho penal, caerá en el más absoluto fracaso. El relativo efecto motivatorio de la pena no alcanza para mantener la criminalidad en niveles socialmente tolerables, por lo que resulta necesario desplegar acciones dirigidas a eliminar o cambiar los factores criminógenos, esto es, aquellas condiciones que ocasionan o favorecen las decisiones criminales y su posterior ejecución.

105 Vid., Sánchez-Ostiz Gutiérrez: *Fundamentos de Política criminal*, p. 23.

106 Vid., Zúñiga Rodríguez: *Política criminal*, p. 163. A partir de esto se entiende la afirmación de Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 62 y s., de que la política criminal constituye el puente entre la dogmática penal y la criminología.

debe ajustarse a determinados parámetros de racionalidad: ética (lo que merece y necesita protección penal, la forma en la que se atribuye responsabilidad y las sanciones que pueden imponerse), técnica-sistemática (claridad lingüística del texto y coherencia legislativa), teleológica (prevención eficaz y garantista de delitos) y pragmática (efectiva consecución de los objetivos)[107]. Por otro lado, la política criminal se ocupa también de la reforma del Derecho penal positivo vigente para mejorarlo en atención a la experiencia vivida y la evolución social (por ejemplo, la inclusión de nuevos tipos penales, la ampliación de los supuestos típicamente previstos, el aumento o disminución de la severidad de la pena, etc.)[108]. Si bien esta labor de reforma de la legislación penal requiere tener en consideración los principios regulatorios del sistema penal, no se trata de un trabajo dogmático, sino de política legislativa.

En el plano judicial, la política criminal se desarrolla al momento de la aplicación de las leyes penales por los tribunales penales. En este nivel sí existe una íntima relación entre la dogmática penal y la política criminal[109], por lo que, dentro de los límites de las leyes penales que impone el principio de legalidad, las decisiones judiciales deben optar por las soluciones político-criminalmente más convenientes[110] como, por ejemplo, el reforzamiento de la confianza en una norma esencial especialmente cuestionada o la interpretación más favorable al reo en caso de tipos penales con una redacción excesivamente amplia o severa. En la actualidad, existe un consenso más o menos extendido en los estudios dogmáticos sobre la necesidad de orientar las soluciones dogmáticas a la consecución satisfactoria de las finalidades político-criminales.

V. EL DERECHO PENAL

El breve repaso realizado sobre las distintas ciencias penales permite tener una visión más exacta de lo que se ocupa la ciencia jurídica del Derecho penal sustantivo en su perspectiva dogmática, o sea lo que de manera simplificada llamamos Derecho penal. Lo que corresponde ahora es entrar detenidamente en su estudio. En lo que queda de este capítulo se procederá introductoriamente a hacer algunas

107 Vid., con mayor detalle, Diez Ripollés: *La racionalidad de las leyes penales*, p. 91 y ss.; Nieto Martín, en *Hacia une evaluación racional de las leyes penales*, Nieto/Muñoz/Becerra (dirs.), p. 414 y ss.

108 Así, la perspectiva de *lege ferenda* de la política criminal, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 48.

109 Fundamental, Roxin: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde), Barcelona, 1972, passim.

110 En este sentido, Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 78.

consideraciones generales sobre su denominación y concepto, para abordar luego, de manera más amplia, todas sus particularidades en los capítulos siguientes.

1. Denominación

Para designar a la ciencia jurídica que regula la potestad punitiva del Estado se ha recurrido a la denominación de "Derecho penal". Esta denominación es la que finalmente se ha impuesto frente a la de Derecho criminal que, por ejemplo, se utiliza en los países de influencia anglosajona: *criminal law*[111]. Como puede verse, antes que recurrir al hecho que origina la intervención jurídica en este ámbito, la denominación utilizada se centra en la consecuencia más importante que se deriva del mismo[112], lo que es posiblemente lo más específico. En este aspecto, se sigue la terminología que actualmente es usada en la discusión alemana, en donde si bien en un principio se utilizó la denominación de *peinliches Recht* –que deriva de *Pein* que significa padecimiento, suplicio, penitencia– y posteriormente la de Derecho criminal (*Kriminalrecht*), desde principios del siglo XIX terminó por imponerse la de Derecho penal (*Strafrecht*)[113].

En cuanto a la denominación utilizada, habría que señalar que una referencia a secas al "Derecho penal" resulta de alguna manera incorrecta, pues con ella se alude únicamente al objeto de estudio (el Derecho penal). Pero si se tiene en cuenta que de lo que se trata es de conocer de una manera metódica el Derecho penal, la denominación adecuada debería ser la de "Ciencia del Derecho penal", pues no se trata del objeto en sí, sino de una manera de estudiarlo. Gimbernat Ordeig explica esta imprecisión terminológica con un ejemplo de las ciencias médicas: "la patología es la ciencia que estudia las enfermedades y a nadie se le ocurre llamarle al curso «enfermedades»"[114]. Pese a esta acertada precisión conceptual, nuestra exposición seguirá la tradición de llamarla simplificadamente "Derecho penal", haciendo aquí la salvedad sobre el correcto uso del término.

2. Concepto

En la doctrina penal se ha impuesto la definición del Derecho penal como el conjunto de preceptos jurídicos establecidos por el Estado que asocian al delito, como hecho, una pena como legítima consecuencia[115]. De este concepto se des-

111 Mir Puig: *Introducción*, p. 21.

112 Por eso, aunque cabe también la imposición de medidas de seguridad, la pena ocupa el papel principal como consecuencia jurídica del delito. Vid., así, Mir Puig: *Introducción*, p. 19.

113 Vid., Jiménez De Asúa: *La ley y el delito*, p. 17; Bustos Ramírez: *Introducción*, p. 3 y ss.

114 Gimbernat Ordeig: *Concepto y método*, p. 14.

115 La base de esta definición viene de von Liszt: *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, s/f, p. 5 que definió al Derecho penal como "*el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legitima consecuencia*".

prenden claramente tres componentes esenciales de lo que constituye el Derecho penal. Por un lado, el Derecho penal es objetivamente un sistema normativo compuesto por disposiciones jurídicas (Derecho penal objetivo-formal) que establecen la imposición legítima de una pena por la realización de un hecho delictivo (Derecho penal objetivo-material). Por otro lado, su generación no es espontánea, sino que es producto de una labor de protección desarrollada por el Estado, lo que haría necesario determinar en qué casos el Estado puede recurrir a la pena y cómo debe hacerlo (Derecho penal subjetivo). En los capítulos que siguen sobre los fundamentos del Derecho penal, se procederá a precisar los aspectos centrales de cada uno de estos tres componentes esenciales de su definición.

CAPÍTULO 2
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO FORMAL

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal objetivo en sentido formal puede ser definido como el conjunto de disposiciones jurídicas que establecen qué conductas constituyen delitos y cuáles son las penas aplicables a dichos delitos[1]. Para poder captar adecuadamente la estructura formal del Derecho penal resulta necesario diferenciar lo que se entiende por ley penal y por norma penal. Si bien muchas veces ambos términos se emplean indistintamente para referirse a las disposiciones legales de carácter penal, lo cierto es que no son lo mismo en el plano formal. Mientras la ley penal constituye expresión del principio de legalidad que exige la tipificación previa del delito y la pena, la norma penal contiene un mensaje prescriptivo que está en estrecha relación con la función asignada al Derecho penal[2]. Muy ilustrativa resulta al respecto la conocida afirmación de BINDING de que el delincuente no infringe la ley penal, sino que, por paradójico que suene, la cumple[3]. Lo que en realidad infringe es la norma penal que subyace al supuesto de hecho previsto en la ley penal.

II. LA LEY PENAL

La legalidad de la intervención estatal tiene en el Derecho penal una importancia capital. Dada la gravedad de las sanciones penales, éstas no pueden ser im-

---

1 Similarmente, LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 1, n.m. 6.

2 Así, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 311.

3 BINDING: *Die Normen*, p. 4. Acerca del planteamiento de Binding sobre las normas con mayor detalle, vid. JAKOBS: *Studia Iuridica* 98 (2009), p. 389 y ss.

puestas a una persona si previamente una ley en sentido estricto no ha precisado de manera clara las condiciones de su imposición. No hay pena sin una ley previa que describa suficientemente la conducta punible y la entidad de la pena a imponer, dice la formulación del principio de legalidad desde Feuerbach[4]. Si bien este principio es el factor determinante de la configuración del aspecto formal del Derecho penal, su estudio, como principio político-criminal que incide en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, se reservará para el capítulo que se ocupa del Derecho penal subjetivo. En este apartado, el análisis de la ley penal se centrará, más bien, en su estructura formal.

A diferencia de las leyes naturales en las que la causa y el efecto están unidas por una relación de causalidad, las leyes jurídicas vinculan el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica a través de un nexo de imputación[5]. Teniendo en cuenta esta particularidad, se puede comprender sin mayor inconveniente que la determinación del supuesto de hecho y la atribución de la consecuencia jurídica no tiene lugar a través de un simple proceso de verificación de realidades empíricas, sino que constituye, más bien, el resultado de un proceso de valoración. La peculiaridad de la ley penal es que el supuesto de hecho está constituido por un delito y la consecuencia jurídica por una pena aplicable a los responsables de su realización[6].

La dogmática jurídico-penal ofrece los insumos conceptuales para el proceso de determinación de los elementos formales de la ley penal. El supuesto de hecho es determinado por medio de la teoría del delito. Por su parte, la teoría de las consecuencias jurídicas del delito hace lo propio con la determinación de la pena a imponer a los responsables. Adicionalmente se ha desarrollado también la llamada categoría de la punibilidad, la cual se mueve en el plano del nexo de imputación que existe entre el delito, como supuesto de hecho, y la pena, como consecuencia jurídica. Como puede verse, los elementos constitutivos de la estructura formal de la ley penal no son determinados por medio de una simple constatación de realidades empíricas, sino sobre la base de valoraciones que parten de una comprensión previa sobre la función que cumple el Derecho penal.

---

4 Vid., desde la perspectiva de la coacción psicológica, Feuerbach: *Tratado*, p. 55.

5 Fundamental, Kelsen: *Teoría pura del derecho*, p. 50: "*En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición*".

6 Igualmente, Gimbernat Ordeig: *Concepto y método*, p. 18; Muñoz Conde: *Introducción*, p. 44, aunque utilizando el término norma penal en lugar de ley penal. Para Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 1. n.m. 2, las sanciones son las que formalmente definen los preceptos jurídico-penales.

1. El Código Penal

Siguiendo la vocación codificadora de la tradición napoleónica, nuestro sistema penal procura reunir las distintas leyes penales en un solo Código Penal. En la historia republicana de nuestro país, se han promulgado hasta el momento tres códigos penales: El Código Penal de 1863, el Código Penal de 1924 y el Código Penal de 1991, el cual sigue aún vigente[7]. Las distintas disposiciones legales contenidas en el texto punitivo actualmente vigente se agrupan en cuatro grandes partes.

En primer lugar, el Código Penal consta de un Título Preliminar (artículos I a X), en el que se establecen los principios generales que informan y orientan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En esta parte introductoria se hace mención no sólo a las funciones atribuidas a las penas y las medidas de seguridad legalmente previstas, sino también a la vigencia irrenunciable de los principios jurídico-penales como el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de lesividad o el principio de proporcionalidad[8]. Pero lo especialmente valioso de este reconocimiento preliminar de los principios rectores del sistema penal es que no se hace simplemente para facilitar su conocimiento o aplicación por los tribunales, sino para hacerlos de cumplimiento imperativo[9].

El Código Penal contiene, en segundo lugar, las llamadas reglas de la Parte General, es decir, disposiciones jurídicas que regulan las cuestiones comunes a todos los delitos o a una gran parte de ellos (artículos 1 al 105)[10]. Estas cuestiones generales están referidas a la aplicación de la ley penal, a los criterios de atribución del delito (p.e. el error, la legítima defensa o la intervención delictiva) y a la determinación de las consecuencias jurídicas aplicables (p.e. la imposición de la pena, las consecuencias accesorias o la reparación civil). A diferencia de las disposiciones legales de la Parte Especial que tienen un delito como supuesto de hecho y una pena como consecuencia jurídica, las de la Parte General sólo pueden aplicarse si es que se las pone en referencia con las de la Parte Especial. Se trata de proposiciones jurídicas incompletas que sirven para determinar aspectos del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica de una disposición legal de la Parte Especial[11]. Por ejemplo, el castigo de la tentativa previsto en la regulación general del Código Penal (artículo

---

7 Sobre el contexto histórico y las ideas que influyeron en la gestación y vigencia de los tres códigos penales de la época republicana, vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 268 y ss.

8 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 160.

9 Así, expresamente, Bramont Arias: *Derecho PUCP* 46 (1992), p. 16.

10 Sobre la Parte General de los códigos penales, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 15. Similarmente, Naucke: *Derecho Penal*, p. 222.

11 Vid., Gimbernat Ordeig: *Concepto y método*, p. 20 y s.

16), solamente puede tener lugar en relación con un delito doloso tipificado en la Parte Especial (homicidio, lesiones, secuestro, etc.).

En tercer lugar, el texto punitivo cuenta con disposiciones legales de la Parte Especial que establecen las figuras delictivas particulares[12], es decir, las formas de actuación que están penalmente sancionadas y la entidad abstracta de la sanción que le corresponde a los responsables de su realización (artículos 106 al 439). El legislador penal sistematiza los distintos tipos penales de la Parte Especial siguiendo, salvo algunas excepciones, el criterio de la titularidad del bien jurídico protegido[13]. Así, se tipifica primero los delitos contra la persona individual como el homicidio, las lesiones, los delitos contra el honor o contra la libertad. Posteriormente se hace lo propio con los delitos contra la sociedad, tales como los delitos contra el orden económico, la seguridad pública o la tranquilidad pública. Finalmente se regulan los delitos que afectan al Estado, como es el caso de los delitos contra la Administración Pública.

El Código Penal tiene, por último, una cuarta parte referida a las infracciones penales menores (artículos 440 al 452). Se trata de las llamadas faltas, las que, junto con los delitos, conforman el sistema bipartito de infracciones penales asumido por el artículo 11 del CP. Las faltas se sancionan, precisamente por su levedad, con penas que no implican la privación de la libertad y que, por ello, pueden ser impuestas por un juez de paz letrado (artículo 440 inciso 3 del CP). Esta regla, sin embargo, se ha flexibilizado por medio de modificaciones legales posteriores que autorizan a castigar como delitos casos especialmente graves de faltas contra la persona o con una pena privativa de libertad si el autor es reincidente o habitual. En cuanto a los principios generales previstos en el Título Preliminar y las reglas generales de la Parte General del Código Penal, éstos se aplican igualmente a las faltas, en tanto éstas no cuenten con una regulación específica, tal como se desprende expresamente del artículo 440 del CP[14].

2. Las leyes penales

Pese a su vocación napoleónica, el legislador penal peruano no regula todas las conductas delictivas en el Código Penal, sino que existen ciertos hechos delictivos que, por razones de especialidad o de técnica legislativa, están contenidas en leyes independientes. En estos casos, los hechos punibles no están formalmente incardinados en el Código Penal, sino que conforman una regulación especial. Esta

12 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 15; NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 222.

13 Igual criterio de ordenación de la Parte Especial se sigue en el Código penal alemán, como lo pone de manifiesto NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 229.

14 Así, TORRE MUÑOZ: *El proceso penal por faltas*, p. 267.

separación legislativa no implica, sin embargo, una desconexión de los tipos penales con los principios y reglas generales previstos en el Código Penal. Tal como lo dispone el artículo X del Título Preliminar, las normas generales del Código Penal son aplicables también a los hechos punibles previstos en leyes especiales[15].

La regulación especial de hechos punibles fuera del Código Penal puede darse de dos formas. En primer lugar, puede que la tipificación de la conducta delictiva se lleve a cabo en el marco de una regulación general de determinado tema o asunto, como sucede, por ejemplo, con la Ley N° 26496 que aprueba el régimen de la propiedad y comercialización de los camélidos sudamericanos, y en donde se tipifica, como delito, la caza de estos animales oriundos de esta parte del planeta. Se trata de una normativa administrativa que se encarga de regular las condiciones de tenencia y comercialización de los camélidos sudamericanos y que, para reforzar su observancia, incluye también normas de carácter penal. A esta forma de regulación de los delitos se le conoce como Derecho penal accesorio, muy usual y extendido en otros países como Alemania[16], y que más que enfocar la regulación por áreas jurídicas, recurre a un criterio de ordenación unitaria en atención a su objeto de regulación. En el Perú, por el contrario, es muy escaso el recurso a la técnica de tipificación de las leyes penales accesorias.

La segunda forma de regulación de conductas punibles fuera del Código Penal tiene lugar por medio de una regulación especial exclusivamente penal, tal como ha sucedido, por ejemplo, con el Decreto Legislativo N° 813 que tipifica específicamente los delitos tributarios o el Decreto Legislativo N° 1106 que regula el delito de lavado de activos. En estos casos, el legislador decide, por las especiales particularidades de determinados delitos, regularlos de manera detallada en una ley especial, lo que explica, por otro lado, que se prevea no sólo disposiciones sustantivas, sino también de carácter procesal e incluso de ejecución penal. Usual es también que las disposiciones penales sustantivas de las leyes penales especiales no sólo tipifiquen las conductas prohibidas, sino que incluyan reglas de Parte General que confirman la regulación establecida en el Código Penal o que la modifiquen en ciertos puntos muy particulares. Así, por ejemplo, en la ley de delitos aduaneros se hace una regulación especial de la tentativa, la cual se castiga en todos estos delitos con la pena mínima legal que corresponda al delito consumado[17].

Un tema discutible que conviene finalmente precisar es si por leyes especiales deben entenderse solamente aquellas de carácter penal o si se incluyen además otro tipo de leyes sancionatorias, como las de carácter administrativo. Pese a la proximi-

15 Sobre la aplicación supletoria de la Parte General a las leyes penales especiales, vid., con mayor detalle, García Cavero, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 257 y ss.

16 Vid., así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 7; Köhler: *Strafrecht*, AT, p. 83.

17 Vid., García Cavero: *Derecho penal económico*, PE, p. 797 y s.

dad normativa del Derecho Penal con el Derecho administrativo sancionador, consideramos que leyes penales especiales son solamente aquéllas que tienen carácter jurídico-penal[18]. Estas leyes se deben conformar en consonancia con los principios político-criminales recogidos en el Título Preliminar del Código Penal, mientras que los principios regulatorios de la actividad sancionatoria de la Administración Pública se encuentran, por el contrario, contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Si bien se admite en la normativa administrativa muchos principios de procedencia claramente penal, existen también diferencias sustanciales entre ambos órdenes jurídicos[19], como lo demuestra, por ejemplo, la posibilidad de exonerar ciertos ámbitos de la regulación administrativa de la observancia del principio de culpabilidad[20].

III. LA NORMA JURÍDICO-PENAL

En la base de toda ley penal completa –entiéndase como tal aquella que contiene un delito como supuesto de hecho y una pena como consecuencia jurídica–, existe una norma penal con un mensaje prescriptivo. En función de a quién se dirige la prescripción, la doctrina penal ha distinguido entre norma de conducta (dirigida a los ciudadanos) y norma de sanción (dirigida a los jueces)[21]. Las particularidades en cuanto al contenido prescriptivo de cada uno de estos tipos de norma, aconsejan que se haga una exposición diferenciada.

1. La norma de conducta

Con independencia de la cuestión sobre la legitimidad de las normas de conducta[22] o sobre su naturaleza penal o extrapenal[23], la dogmática penal se ha ocupado

18 Así, GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 259.

19 Así, la diferenciación cualitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, GARCÍA CAVERO: *Derecho penal económico*, PG, p. 135 y ss.

20 Igualmente, en el Derecho español, con parecer crítico, CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 52 y s.

21 Así, KINDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 1; EL MISMO, *GA* 1994, p. 200 y ss.; HAFFKE: en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 129 y ss.; MIR PUIG: *LH-Gimbernat*, I, p. 1314 y s.; MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, p. 614 y ss. A la norma de conducta y a la norma de sanción se les ha asignado también las calificaciones de primaria y secundaria respectivamente (así, MIR PUIG: *Derecho penal*, PG, L 2/5 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 311 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA: *Sobre la estructura de la norma penal*, p. 57; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 41), aunque otros autores invierten estas denominaciones (vid., KELSEN: *Teoría pura del derecho*, p. 76 y ss.).

22 Sobre esta cuestión elemental, HÖRNLE: *Strafitheorien*, p. 11 y s.

23 Acerca de la discusión sobre la naturaleza de las normas de conducta, vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 32 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 316 y ss.

de discutir su configuración en función de diversas perspectivas. Por un lado, se encuentran las posturas imperativistas que la entienden como una norma de determinación dirigida a las personas para ordenarles realizar o no realizar una conducta determinada[24]. A esta línea de interpretación de la norma penal se le oponen los que consideran que dicha norma constituye esencialmente una norma de valoración, es decir, un juicio de valor sobre una conducta determinada[25]. Se dice, en refuerzo de esta tesis, que, tal como lo admite consensuadamente la doctrina, no es posible prohibir u mandar algo si previamente no ha sido valorado negativa o positivamente[26].

En la situación actual de la dogmática jurídico-penal, se admite cierta complementación entre la función de determinación y la función de valoración para definir la norma de conducta dirigida a los ciudadanos[27]. Así, se dice que la norma penal es una norma de determinación, en la medida que está dirigida a motivar a los ciudadanos e incluso a ciertos inimputables motivables[28], pero también constituye una norma de valoración, en tanto la prescripción se sustenta en una valoración negativa de lo prohibido o positiva de lo mandado[29]. En la norma penal dirigida a los ciudadanos confluyen tanto la función de determinación, como la función de valoración.

La norma de conducta asume, por lo general, la forma de una prohibición (norma de prohibición), ya que proscribe la realización de determinadas conductas socialmente perturbadoras. Su finalidad es, por lo tanto, impedir que los destinatarios de la norma se inmiscuyan de forma especialmente grave en una esfera de organización de terceros[30]. Por ejemplo: El tipo penal recogido en el artículo 106 del CP que sanciona el delito de homicidio, contiene una norma de prohibición implícita:

---

24 Vid., Mir Puig: *Introducción*, p. 54. Dentro de las teorías imperativistas de la norma, Molina Fernández: *Antijuridicidad penal*, pp. 265 y ss., 289 y ss., diferencia entre las impropias y las propias, siendo la nota distintiva que las teorías imperativistas propias llevan el planteamiento hasta las últimas consecuencias.

25 En este sentido, Mezger: *Gerichtsaal* 89 (1924), p. 243 y s.; Radbruch: *SJZ* 1947, p. 633 y s., quien destaca como forma original del Derecho la norma de valoración, de manera que el injusto es tal no porque esté prohibido, sino que está prohibido porque es un injusto.

26 Vid., Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 335.

27 Vid., Mir Puig: *LH-Cerezo Mir*, p. 73 y ss.; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 1, n.m. 42 y ss.; Velásquez Velásquez: *Derecho Penal*, PG, p. 237. En la doctrina penal peruana, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 40; Alcócer Povis: *Introducción*, p. 15.

28 Así, Mir Puig: *Introducción*, p. 56; Álvarez García: *Sobre la estructura de la norma penal*, p. 90.

29 Vid., sobre esta complementación de las funciones atribuidas a la norma, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 93.

30 Similarmente, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 323.

No matar a otro. En consecuencia, la norma prohíbe todas las conductas que, de forma grave y socialmente intolerable, puedan menoscabar la vida de otra persona.

La norma penal puede presentarse también como una norma de mandato, es decir, como una prescripción que ordena realizar determinada acción. En este caso, la norma apunta a obtener de sus destinatarios prestaciones positivas de salvaguarda a favor de terceros[31]. El artículo 127 del CP, por ejemplo, ordena auxiliar a un herido o persona que está en estado de grave e inminente peligro. En el caso de los llamados garantes, existe un mandato general, contenido en el artículo 13 del CP, de impedir la realización de un delito, de manera tal que si no lo impiden responderán como si lo hubiesen producido activamente. Así, si concordamos este artículo con el artículo 106 del CP que prohíbe matar a otro, podrá formarse una norma de mandato que ordena a un garante a impedir la muerte de otro, de manera que si no cumple con esta prescripción será responsable por dicha muerte como autor del delito de homicidio.

El contenido de las prohibiciones puede ser modulado por las llamadas normas de permisión[32], mientras que lo mismo sucede con el contenido de los mandatos con las llamadas normas de exención[33]. En el caso de las permisiones, por ejemplo, el artículo 20 inciso 3 del Código penal autoriza a la persona que es víctima de una agresión ilegítima a defenderse racionalmente de dicha agresión, lo que puede llegar a realizarse mediante una conducta que lesiona un bien jurídico penalmente protegido, como las lesiones o incluso la muerte del agresor. Lo mismo ocurre con las exenciones en relación con los mandatos. Por ejemplo, a quien encuentra a un herido no se le exige auxiliarlo si dicho auxilio implica un riesgo propio.

De qué manera influyen las permisiones o exenciones en la determinación del contenido de las normas de prohibición o de mandato, es un tema discutido desde hace mucho en la doctrina penal. Algunos ven a las proposiciones permisivas o de exención como una autorización a la infracción de una norma de prohibición o de mandato en situaciones excepcionales. Esta perspectiva parte de sostener una infracción a la norma, pero no la violación al deber de actuar en determinado sentido, pues el surgimiento de tal deber depende de que no se cuente con ninguna permisión o exención[34]. Otros, por el contrario, entienden la permisión y la exención como parte de la determinación del contenido del mensaje prescriptivo de la

31 Vid., Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 323.

32 Vid., lo que Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 324, denomina proposiciones de permisión. Sobre la relación normológica de las normas de prohibición y las normas de permisión, vid., Mañalich, en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), p. 177 y ss.

33 Vid., así, Kindhäuser: *Teoría de las normas*, p. 18; Mañalich: *Revista de Estudios de la Justicia*, 12 (2010), p. 171 y ss.

34 Sobre este planteamiento, vid., Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 325.

norma[35], de manera tal que lo que está autorizado no puede incluirse en el ámbito de lo prohibido o mandado. En el plano normativo queda claro que a este último planteamiento le asiste plena razón al señalar que algo no puede estar, a la vez, prohibido y permitido, o mandado y exento[36].

En la actualidad han surgido planteamientos, como los formulados por Lothar Philipps[37] o Günther Jakobs[38], que sostienen que la distinción entre normas de prohibición que se infringen por acciones y normas de mandato que se infringen por omisiones resulta superficial. Lo decisivo es determinar lo que hace penalmente competente a una persona por un suceso socialmente perturbador. Por ello, el mensaje prescriptivo de la norma que prohíbe el homicidio no es "no causar la muerte de otro", sino "no ser competente por la muerte de otro"[39]. Conforme a la estructura normativa de la sociedad, esta competencia penal puede tener lugar por medio de dos fundamentos: la competencia por organización y la competencia institucional.

La imputación penal con base en una competencia por organización parte de la asignación a una persona de un ámbito de libre juego u organización. El sinalagma lógico a esa asignación consiste en la competencia por los riesgos que se deriven de la libre organización de dicho ámbito. Si el riesgo que afecta a un tercero se ha producido por una acción que produce causalmente el riesgo o por una omisión que impide la materialización de un riesgo asignado al ámbito propio de organización, es una cuestión casual que no resulta determinante para la infracción de la norma[40]. Lo que configura la infracción penal es el hecho de que el autor resulta competente por la indebida organización que ha permitido que el riesgo proveniente de su esfera de organización afecte a terceros de forma prohibida.

A la competencia por organización se le debe sumar la llamada competencia institucional. Esta competencia penal no se sustenta en el ejercicio de la libertad de organización del ciudadano, sino en la vinculación especial de su esfera de organización con otros intereses a partir de una institución social específica como la serían en la sociedad actual la familia, el Estado, la confianza especial o la solidaridad[41]. La competencia institucional se expresa, por lo general, como un deber positivo especial (por ejemplo, el deber de mutua asistencia entre los esposos) que

35 Vid., Mir Puig: *Introducción*, p. 55; Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 326.

36 Así, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 330 y s., considerando esta situación como contradictoria y perturbadora en la esfera de la motivación.

37 Philipps: *Der Handlungsspielraum*, p. 95 y ss.

38 Jakobs, en *Estudios*, p. 347 y ss.: El Mismo, *Acción y omisión*, p. 13.

39 Vid., Jakobs: *Stvdia Ivridica* 98 (2009), p. 398.

40 Vid., Jakobs, en *Estudios*, pp. 350, 363; El Mismo, *Acción y omisión*, p. 20.

41 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 7 y s.

puede infringirse tanto por una acción, como por una omisión[42]. Lo determinante de la imputación penal en estos casos es no haber contribuido a la preservación o generación de una situación social deseable auspiciada por la institución específica correspondiente.

2. La norma de sanción

Una ley penal completa establece que, si una persona realiza culpablemente la conducta contemplada como supuesto de hecho, se le deberá aplicar la sanción prevista como consecuencia jurídica. A partir de esta estructura de la ley penal, se ha deducido la existencia de una norma dirigida al juez para que le imponga la sanción correspondiente al autor del delito. A esta norma se le conoce como norma de sanción. En relación con esta norma se habla también de una función de determinación y de valoración. Como norma de determinación, la norma de sanción se dirige al juez para determinarlo a imponer al autor del delito la pena prevista en la ley[43]. Pero el cumplimiento de esta orden requiere que el juez determine previamente, con base en la infracción de la norma de conducta que subyace al tipo penal, si el autor realizó el hecho delictivo o no[44]. Aquí la norma de sanción opera como una norma de valoración.

En la doctrina penal se ha sostenido que las normas penales se dirigen únicamente a los jueces[45], lo que implicaría negarles el carácter de norma de conducta. Si bien es indiscutible que muchos ciudadanos actúan conforme a Derecho sin conocer siquiera las normas penales, también es cierto que, en otros casos, la regulación penal constituye un referente directo o indirecto para que las personas decidan el sentido de su actuación. Por lo tanto, negar absolutamente la posibilidad de que la norma penal pueda orientar la actuación de una persona es tan errado como afirmarla siempre. Lo relevante es, más bien, si la dogmática penal debe partir de uno u otro carácter de la norma al construir el sistema conceptual del delito. Una dogmática penal hecha con la finalidad de servir a los jueces penales en su labor de administrar justicia correctamente debe optar, sin duda, por una comprensión de la norma penal como norma de sanción, en la que se deben determinar las reglas para decidir la imputación penal. Este punto de partida no significa, sin embargo, que la perspectiva de la norma de conducta quede al margen de toda consideración

---

42 Sobre la irrelevancia de la distinción entre acción y omisión en el caso de las competencias institucionales, Jakobs: *Acción y omisión*, p. 21; Sánchez-Vera Gómez-Trelles: *Delito de infracción de un deber*, p. 107 y ss.

43 Destaca la evidente esencia imperativa de las normas de sanción (secundarias), Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 360.

44 Vid., Vogel: *Norm und Pflicht*, p. 27; Varela: *Dolo y error*, p. 114.

45 Vid., categóricamente, Mayer: *Normas jurídicas y normas de cultura*, pp. 45 y ss., 69 y ss.

al definir las reglas de imputación, sino que servirá como baremo de medición de la valoración judicial.

IV. LAS LEYES SANCIONATORIAS NO PENALES

Al ser el Estado el titular del *ius puniendi*, el Derecho penal forma parte del Derecho público[46]. Esta situación presenta algunos inconvenientes para delimitar claramente las leyes penales de otras leyes de Derecho público que establecen igualmente sanciones por la realización de conductas prohibidas. Podrían citarse, como ejemplo de leyes sancionatorias no penales, las que sancionan las infracciones de tránsito, las que impone la SUNAT por infracciones tributarias o el INDECOPI por la violación de las normas administrativas de protección de la competencia y la propiedad intelectual. En el plano formal no es posible encontrar un criterio de distinción, pues las leyes penales y las leyes administrativo-sancionatorias tienen la misma estructura lógica[47] al contar con una infracción como supuesto de hecho y una sanción como consecuencia jurídica.

Para diferenciar ambos tipos de leyes sancionatorias de Derecho público podría recurrirse, en primer lugar, al órgano legitimado para imponer las sanciones previstas. Mientras que las sanciones administrativas son aplicadas por entidades administrativas con facultades de ordenación de un determinado sector, las sanciones penales sólo pueden ser impuestas por jueces penales en un proceso penal. Si bien este criterio no precisa cuándo una sanción debe imponerla el juez y cuándo la Administración, existen ciertos límites que no pueden superarse. Así, por ejemplo, la Ley de Procedimiento Administrativo General establece en su artículo 230, inciso 1 que, en ningún caso, la Administración Pública podrá imponer una pena privativa de libertad, de manera tal que solamente los jueces penales podrán acceder a este tipo de sanción[48].

Para diferenciar materialmente las normas sancionatorias penales de las no penales, se ha recurrido al criterio de la mayor gravedad de la conducta penalmente prohibida y la consecuencia jurídica prevista en la ley penal[49]. Esta afirmación puede resultar, sin embargo, controvertida si se tiene en cuenta los casos concretos, pues puede ser que una conducta penalmente típica (por ejemplo, el hurto de un bien de poco valor) se considere menos lesiva que una infracción grave a la Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo N° 1034). Y lo mismo cabría decir de las sanciones, pues una sanción penal como la multa por la

46 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 5.

47 Así, Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 45.

48 Vid., García Cavero: *Derecho penal económico*, PG, p. 141.

49 Así, Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 45.

realización de un delito de alteración de billetes (artículo 256 del CP) puede considerarse de menor gravedad que la multa de 700 UITs por una infracción a la Ley de represión de la competencia desleal (Decreto Legislativo N° 1044). Lo anterior pone en evidencia que el criterio de la mayor gravedad resulta válido solamente desde una apreciación abstracta de los sistemas normativos, por lo que la mayor gravedad se mantendrá aun cuando, en el caso concreto, se puedan presentar delitos menores que se consideren menos graves que ciertas infracciones administrativas especialmente intensas.

Capítulo 3
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO MATERIAL

I. INTRODUCCIÓN

La tarea de definir materialmente el Derecho penal requiere abordar la cuestión de cuál es la función que cumple. Si la principal consecuencia jurídica establecida en las leyes penales es la pena, resulta lógico que la función del Derecho penal esté directamente vinculada con la función atribuida a esta consecuencia jurídica[1]. Una definición material del Derecho penal dependerá, por lo tanto, de la respuesta que se le dispense a la pregunta de qué es lo que legitima la imposición de un mal bajo el título de pena[2]. Este capítulo se ocupará precisamente de tratar esta discusión. Sin embargo, lo anterior no debe soslayar que la normativa penal contempla otras consecuencias jurídicas distintas a la pena y que su aplicación debería incidir igualmente en la función atribuida al Derecho penal. En razón de ello, se abordará también la cuestión de si las otras consecuencias jurídicas previstas en las leyes penales despliegan o pueden desplegar esa misma función.

II. LA TEORÍA DE LA PENA

Con la ilustración se inicia el esfuerzo intelectual de racionalizar la imposición de la pena. Los primeros planteamientos iusnaturalistas mezclaron la lógica de la retribución por el delito cometido con la consecuencia de un efecto positivo en el futuro[3]. A lo largo del siglo XVII se hizo preponderante, sin embargo, la idea de que

---

1 Vid., Mir Puig: *Introducción*, p. 60.

2 Vid., Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 179.

3 Vid., al respecto, Feijoo Sánchez: *La pena como institución jurídica*, p. 5 y s., con referencia a la obra de Hugo Grocio.

la pena debía retraer a los sujetos de cometer delitos en el futuro[4]. A esta comprensión utilitarista se le opuso el surgimiento de los planteamientos filosóficos del siglo XVIII que se asentaron en un racionalismo idealista y que, por lo tanto, dejaron de lado la importancia de los efectos futuros de prevención en la fundamentación de la pena. Con el liberalismo del siglo XIX volvieron a tomar peso los planteamientos preventivos que le atribuyeron a la pena la función de coaccionar psicológicamente a los ciudadanos para evitar la lesión de los derechos subjetivos de otro[5].

El discurrir histórico entre planteamientos idealistas y los que defienden una justificación utilitarista de la pena explica que las exposiciones doctrinales sobre la teoría de la pena se estructuren sobre la base de la oposición de estos planteamientos. Así, se distingue entre las llamadas teorías absolutas de la pena y las llamadas teorías relativas de la pena. Las primeras ven a la pena como una finalidad en sí misma, mientras que las segundas la vinculan siempre a la satisfacción de una necesidad social. Si bien esta clasificación constituye una simplificación esquemática de posturas que, en la práctica, se muestran mucho más complejas y menos unilaterales[6], no puede negarse su utilidad pedagógica en la exposición de las ideas. Por esta razón, el desarrollo de este apartado se llevará a cabo siguiendo este tradicional criterio de distinción.

1. Las teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas convergen en la tesis básica de que a la pena le corresponde la misión trascendental de realizar el ideal de la justicia. De ello se desprende que, para estas teorías, la justificación de la pena se encontraría completamente al margen de criterios de utilidad social[7]. Dentro de las teorías absolutas destacan especialmente las llamadas teorías retributivas[8], las que conciben a la pena como un merecido castigo por la realización culpable del delito[9]. Dado que esta justificación

4 Destaca especialmente Beccaria: *De los delitos y de las penas*, p. 133 y s.

5 Vid., Feijoo Sánchez: *La pena como institución jurídica*, p. 72 y ss.

6 En este sentido, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 198. Críticamente frente a esta clasificación por no estar nada claro qué se quiere decir con "absoluto", Hörnle: *Strafttheorien*, p. 3.

7 No obstante, se cuestiona en la doctrina penal si realmente existe una teoría retributiva desvinculada de todo fin. El mantenimiento de la ley lesionada constituiría el fin de las teorías retributivas. Vid., sobre esto con amplias referencias bibliográficas, Alcácer Guirao: *Los fines*, p. 27, nota 12.

8 Además de las teorías de la retribución, se incluyen, aunque con una menor relevancia en la discusión doctrinal, a las teorías de la expiación, las que entienden que la pena debe llevar al culpable a comprender el injusto realizado y la necesidad de recibir una pena. Vid., al respecto, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 25 y ss.; Tasayco: *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 65 y s.

9 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 2.

de la pena se mueve en un plano supra-empírico, ha sido fundamentalmente en el campo de la filosofía, en donde sus defensores han encontrado la base teórica para explicar lo que constituye la retribución de la pena. Al respecto es posible distinguir entre un planteamiento subjetivista y otro objetivista[10].

En su versión subjetivo-idealista, Kant sostiene que la ley penal que ordena el castigo del delito es un imperativo categórico que la razón del sujeto individual impone sin atender a consideraciones de corte utilitarista. Aunque últimamente Jakobs ha relativizado la rigurosidad de esta afirmación[11], lo cierto es que, en todo caso, la concepción kantiana de la pena no coloca a la utilidad social como su criterio de legitimación. El carácter ideal de esta concepción sobre el fin de la pena se pone de manifiesto en el extendido ejemplo de la isla propuesto por el Profesor de Königsberg, en el que llega a afirmar que si la sociedad de una isla decidiera disolverse, se tendría que ejecutar hasta el último asesino que se encontrara en prisión[12]. Con este ejemplo Kant pone en evidencia que la pena es una exigencia ética que tiene que imponerse al culpable del delito por imperativos de la razón, aunque su ejecución sea innecesaria desde el punto de vista de la convivencia social.

En su versión objetivo-idealista, la teoría de la retribución de Hegel entiende que el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser restablecido ante la negación del delito que expresa la voluntad subjetiva del autor. Si bien esta voluntad del autor, en tanto irracional, no podría afectar la objetividad del Derecho[13], la única forma de tratar al delincuente como un ser racional sería dándole a su voluntad una pretensión de validez general[14]. Es, en este contexto, en el que cabe comprender la extendida afirmación de Hegel de que la pena honra al delincuente como un sujeto racional. La imposición de la pena, al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del Derecho. Este proceso dialéctico se verifica con independencia de las consecuencias empíricas que puede producir la imposición de la pena[15]. No se trata, por tanto, de un restablecimiento empírico,

---

10 Igualmente, Feijoo Sánchez: *Retribución y prevención general*, p. 9.

11 Jakobs: *Staatliche Strafe*, p. 13 y s. De manera más rotunda, Hruschka: *ZStW* 122 (2010), p. 493 y ss., niega que Kant sea el teórico de la concepción retributiva de la pena, destacando afirmaciones en las que vincula la ley penal con la idea de la prevención general.

12 Kant: *Metaphysik der Sitten*, § 49. Vid., en relación con el carácter absoluto de la pena en este pasaje de la obra de Kant, Roxin: *GA* 2015, p. 187.

13 Hegel: *Grundlinien*, § 97.

14 Hegel: *Die Philosophie des Rechts*, 18/19, § 54 A.

15 Aunque también en relación con Hegel se ha relativizado que su planteamiento se encuentre desprovisto de cierta funcionalidad social. En una interpretación moderna Lesch: *Der Verbrechensbegriff*, p. 98, por ejemplo, manifiesta que la comprensión de la pena de Hegel no es absoluta *ad effectu*, sino que el fundamento de la pena se compatibiliza con una función social

sino de un restablecimiento de la racionalidad del Derecho. Buscar el fin de la pena en el efecto motivador que despliega sobre el individuo, sería tratarlo como a un perro al que se le levanta un palo para amenazarlo[16].

Desde los años sesenta del siglo pasado, la doctrina penal optó de manera uniforme por rechazar concepciones absolutas de la pena[17], lo que si bien se ha ido luego matizando, sigue siendo la posición mayoritaria. No obstante, debe quedar claro que la razón fundamental de este rechazo no radica en el cuestionamiento que se le pudiera hacer a la filosofía de corte idealista que subyace en los primeros planteamientos retribucionistas. Su falta de acogida se encuentra, más bien, en la opinión general de que la existencia del Derecho penal depende de la existencia de la sociedad, de manera tal que resulta imposible imaginar un Derecho penal desligado de su utilidad social[18]. De manera más concreta, se dice que si bien las teorías de la retribución están en capacidad de suministrar un criterio de referencia para la pena (la culpabilidad), presuponen la necesidad de pena, por lo que no podrían explicar cuándo se tiene que penar[19] o por qué en ciertos delitos de escasa gravedad se puede prescindir de la pena[20]. Para determinar si la pena resulta necesaria, se debe atender obligadamente a los requerimientos del concreto sistema social.

Los cuestionamientos realizados a las teorías absolutas hicieron que durante la segunda mitad del siglo XX dominaran ampliamente las teorías relativas de la pena bajo la lógica de la prevención. Sin embargo, el fracaso experimentado en la contención del delito ha hecho que se empiecen a escuchar voces críticas frente a la idea de la prevención, proponiendo incluso que se vuelva a sustentar la legitimidad de la pena en el criterio de la retribución[21]. Si bien varios de estos planteamientos neoretribucionistas se apoyan en los desarrollos filosóficos formulados en su día por Kant y Hegel, hay que ser explícitos en destacar que marcan una clara distancia con la tesis de que la pena esté desprovista de toda utilidad y achacan incluso a las exposiciones doctrinales sobre la teoría de la pena haber hecho una lectura imprecisa de los textos de los referidos filósofos idealistas. La retribución no es un concepto

16 Hegel: *Grundlinien*, § 99 (apéndice).

17 Así, sobre el llamado "adiós a Kant y Hegel", vid., Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 199 y s.; Schünemann, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 89 y s.

18 Vid., Henkel: *Die „richtige" Strafe*, p. 7; Hassemer: *ZIS* 7/2006, p. 268; Feijoo Sánchez: *Retribución y prevención general*, p. 11; Abanto Vásquez: *LH-Hurtado Pozo*, p. 46. En este sentido, se habla actualmente de una legitimación instrumental de la pena (¡la pena inútil no puede ser legitima!). Vid., con mayores referencias, Alcácer Guirao: *Los fines*, p. 34 y ss.

19 Vid., Roxin: *Problemas básicos*, p. 12 y s.

20 Vid., Roxin: *GA* 2015, p. 188.

21 Vid., Schünemann: *InDret* 2/2008, p. 3; Feijoo Sánchez: *La pena jurídica como institución*, p. 54.

que se deba manejar necesariamente en un plano ideal desligado de consideraciones de índole social.

Especialmente ilustrativa es la teoría de la pena defendida por autores como Michael Köhler, Rainer Zaczyk y Michael Kahlo, de indiscutible raíz kantiana, aunque con una clara orientación al mantenimiento de la validez general del sistema jurídico. Para el primero la pena consiste en un menoscabo de los derechos fundamentales del autor por la necesidad de compensar el delito, esto es, para restituir la validez general de la relación jurídica lesionada[22]. Para el segundo la pena se fundamenta a partir del mandato de la razón jurídica-práctica de compensar justamente el delito[23]. En la misma línea, para el tercero de los citados la pena sería una compensación de culpabilidad por el hecho que lesiona las condiciones elementales en la sociedad de la autonomía del sujeto individual[24].

Las ideas hegelianas sobre la pena también han sido reeditadas en los últimos tiempos en algunos planteamientos doctrinales, como lo pone de manifiesto la fundamentación retributiva de la pena que ha desarrollado Michael Pawlik desde una perspectiva funcional[25]. Para este autor alemán, la pena se fundamenta en la necesidad de conservar un estado de libertad, pues sanciona la lesión del deber de cooperación asignado a todo ciudadano y restituye, de esta manera, al Derecho como Derecho, en la medida que confirma la reciprocidad entre cumplimiento del deber y el disfrute de la libertad[26]. La lealtad jurídica se convierte, de esta manera, en el precio que los ciudadanos deben pagar por disfrutar de la paz, la libertad, la seguridad y la protección que ofrece el Derecho[27].

Nuestro Tribunal Constitucional ha rechazado absolutamente la admisibilidad de una comprensión absoluta de la pena, señalando no sólo que carece de todo sustento científico, sino que constituye una negación absoluta del principio-derecho de la dignidad humana reconocido en la Constitución[28]. El referido tribunal reconoce, sin embargo, que esta afirmación no conlleva desconocer el hecho de que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo, negando solamente que la función de la pena se agote en generar un mal en el penado. Más allá del hecho de que lo afirmado por el Tribunal Constitucional denota una comprensión limitada de las teorías retributivas de la pena, lo más llamativo es que, en otro lugar,

22 Vid., Köhler: *Strafrecht*, AT, p. 51.

23 Vid., Zaczyk: *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, p. 106.

24 Vid., Kahlo: *LH-Hassemer*, p. 383 y ss.

25 Pawlik: *Person, Subjekt, Bürger*, p. 75 y ss.

26 Vid., Pawlik: *La libertad institucionalizada*, p. 75 y ss.

27 Así, lo expone Feijoo Sánchez: *La pena jurídica como institución*, p. 61.

28 STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC de 21 de julio de 2005, fundamento jurídico 30.

ha dicho que el análisis de la constitucionalidad de las leyes no se puede apoyar en doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por el Derecho, sino en mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícita o implícitamente[29]. A nuestro modo de ver, su rechazo a las teorías absolutas de la pena parece ser más la asunción de una postura doctrinal aún mayoritaria que un mandato o principio previsto en la Constitución.

2. Las teorías relativas de la pena

Las teorías relativas de la pena entienden que ésta solamente podría encontrar justificación si resulta socialmente útil. Cuál sería esa utilidad social que la legitima, constituye motivo de discusión en los estudios doctrinales. Lo usual ha sido identificar las teorías relativas de la pena con aquellas que le asignan una función de prevención. Sin embargo, en los últimos tiempos han ido adquiriendo un protagonismo cada vez mayor los planteamientos que sostienen que la utilidad social de la pena radica en la reparación o restablecimiento del orden social quebrantado por el delito. El reconocimiento de estas variantes no es nada novedoso, tal como lo demuestra el hecho de que ya en el siglo XIX BAUER diferenciara dentro de las teorías relativas de la pena las de la prevención y las de la reparación[30]. En tiempos más recientes, LESCH propone seguir este mismo criterio de clasificación[31], lo que consideramos sumamente acertado, pues se trata de funciones sociales que responden a parámetros de ordenación completamente diferentes.

A. Las teorías de la prevención

Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al autor del delito o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos[32]. Como puede verse, la función que cumpliría el Derecho penal (esto es, la protección de los bienes jurídicos) tendría lugar a través de una incidencia directa de la pena sobre el proceso interno de decisión de los individuos. Bajo este esquema de interpretación, en la doctrina penal se han diferenciado dos formas distintas de prevención, en función de si el efecto motivatorio de la pena está dirigido a todos los ciudadanos o solamente al autor del delito. A la primera forma de prevención se le conoce como prevención general, mientras que a la segunda se le califica como prevención especial[33].

---

29 STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2006, fundamento jurídico 16.

30 BAUER: *Die Warnungstheorie*, p. 300 y ss.

31 LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, p. 17 y s.

32 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ: *Retribución y prevención general*, p. 11, quien las califica como teorías preventivo-instrumentales.

33 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ: *Retribución y prevención general*, p. 12.

a. La prevención general

La teoría de la prevención general sostiene que el sistema penal apunta a motivar a todos los ciudadanos a que no cometan delitos. Bajo esta perspectiva, la pena no se impone para retribuir el delito cometido, sino que lo que busca es influir en la comunidad para evitar su futura comisión[34]. En atención a la forma como la pena incide en el proceso de motivación de los ciudadanos se puede diferenciar las dos variantes que se reconocen al interior de este planteamiento: La prevención general negativa, por un lado, y la prevención general positiva, por el otro.

a.1) La prevención general negativa

La teoría de la prevención general negativa se caracteriza por concebir a la pena como un mecanismo de intimidación de los ciudadanos para motivarlos a no lesionar los bienes jurídicos penalmente protegidos[35]. Este proceso de motivación puede verificarse en dos momentos distintos. Por un lado, la motivación de los ciudadanos puede tener lugar a nivel de la ley penal que prevé la imposición de una pena por la realización de la conducta prohibida. Por otro lado, puede ser también que con el cumplimiento efectivo de la pena concretamente impuesta se produzca sobre los ciudadanos la disuasión que se quiere alcanzar. Dado que cada uno de estos momentos presenta sus propias particularidades y evidentemente también sus propios cuestionamientos[36], lo conveniente es hacer una exposición diferenciada.

a.1.1) Prevención general negativa en la ley penal

La prevención general negativa mediante la conminación penal contenida en la ley penal fue formulada originalmente por Feuerbach. Para este penalista liberal alemán, la amenaza penal debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo[37]. Por medio de la coacción psicológica desplegada por la amenaza penal se deben bloquear los impulsos o inclinaciones delictivas de los ciudadanos para asegurar, de este modo, una convivencia pacífica en la sociedad civil. A Feuerbach le quedaba claro que, a nivel de la ejecu-

34 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 21.

35 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 27.

36 Por ello, Hörnle: *Strafttheorien*, p. 4, considera necesario diferenciar en las exposiciones sobre la función de la pena la cuestión de la amenaza penal y la cuestión de la imposición de la pena.

37 Feuerbach: *Tratado*, § 13. Sostiene, sin embargo, Herrera Guerrero: *Actualidad Penal* 32 (2017), p. 81, que Feuerbach defiende también una prevención a nivel de la imposición y ejecución de la pena. De otro parecer, Jimenez Ruidias: *Actualidad Penal* 32 (2017), p. 130.

ción de la pena, el Estado no tenía el derecho a la intimidación de otro por medio de los sufrimientos inferidos al condenado[38].

La teoría de la coacción psicológica por medio de la amenaza penal presupone la existencia de un vínculo psicológico entre el mensaje prescriptivo de la norma penal y los ciudadanos[39]. Es aquí donde precisamente se presenta el primer cuestionamiento a esta concepción de la pena, pues se hace la atingencia de que la mencionada vinculación psicológica resulta muy difícil de sostener en gran parte de la población, pues sólo un número reducido de ciudadanos conoce efectivamente lo que establece la normativa penal. Por ello, la versión moderna de esta teoría entiende que la vinculación entre norma y ciudadano no debe tener un carácter empírico, sino, más bien, normativo[40], lo que significa partir del hecho de que este diálogo racional existe, aunque empíricamente no lo sea así: todos deben conocer las normas jurídico-penales.

La reformulación normativa de la teoría de la prevención general negativa no la libra, sin embargo, de otros puntos críticos. En primer lugar, se le ha cuestionado que la amenaza de pena no puede ejercer función de motivación alguna en delitos, cuya comisión no es consecuencia de una decisión racional que ha evaluado previamente los pros y contras[41]. En este sentido, la función de prevención general negativa tendría que circunscribirse únicamente a los delitos, en los que el agente hace una previa ponderación de costes y beneficios de su actuación. Así las cosas, la plausibilidad de la teoría de la prevención general negativa no sería integral, sino que se limitaría únicamente al universo de aquellos delitos en los que el agente cumple el modelo de sujeto que actúa racionalmente, esto es, a los llamados delitos económicos[42].

En segundo lugar, se ha cuestionado si efectivamente la amenaza penal despliega un efecto intimidatorio. Se dice que, para poder ajustar adecuadamente la pena al proceso motivatorio, es necesario fijar su cuantía de manera concreta y no general, pues la ponderación de costes y beneficios se hace siempre con las variables del caso en concreto. Para la estafa, por ejemplo, se establece una pena privativa de libertad de uno a seis años para intimidar, en general, a los ciudadanos a no realizar

38 Feijoo Sánchez: *La pena jurídica como institución*, p. 79.

39 Así, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 212 y s.

40 Vid., así, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 213 y s. Similarmente, Alcácer Guirao: *Los fines*, p. 41, en el sentido de que basta un conocimiento de las normas penales por instancias mediadoras y que el Derecho penal en su conjunto ejerza una función intimidatoria.

41 Vid., con mayores detalles, Roxin: *Problemas básicos*, p. 18. Igualmente, respecto de delitos violentos y criminalidad patrimonial de escasa y mediana gravedad, Hassemer: *Fundamentos*, p. 385.

42 Por ejemplo, la defraudación tributaria como lo menciona Hörnle: *Strafttheorien*, p. 24 y s.

este delito. Si bien la pena prevista podría intimidar en un caso normal, esta pena resultará incapaz de generar un efecto disuasorio si con el engaño se consigue ganar elevadísimas sumas de dinero. Por otra parte, puede ser también que un delito no muy grave requiera, en determinados casos, una pena muy elevada para poder efectivamente intimidar al delincuente (por ejemplo: una ofensa a la reputación comercial del competidor de la que dependa la supervivencia de la propia empresa)[43]. En este sentido, la única manera de dar cierta fuerza intimidatoria a la pena sería hacerla legislativamente indeterminada para que el juez pueda ajustar su entidad a las necesidades preventivas de cada caso concreto[44]. Pero el grado de inseguridad al que llevaría semejante nivel de indeterminación resulta a todas luces inaceptable en un Estado de Derecho.

Los defensores de la prevención general negativa son conscientes de las debilidades de una perspectiva únicamente disuasoria de la pena. Por ello, las formulaciones actuales no se centran exclusivamente en la función intimidatoria de la pena, sino que intentan ofrecer criterios de limitación para evitar caer en situaciones de inseguridad o terror penal (el principio de culpabilidad, por ejemplo, para determinar el *quantum* de la pena[45] o la prevención general positiva como criterio de limitación de la intimidación penal[46]). El principal cuestionamiento que encuentran estas concepciones atemperadas de la prevención general negativa, reside en la dificultad de fijar el punto de equilibrio entre los criterios de prevención y la limitación de la potestad punitiva. No puede dejar de aceptarse cierto decisionismo a la hora de fijar la frontera entre lo que se puede motivar mediante la amenaza penal y los límites a esta motivación, lo que, por otra parte, la hace muy sensible a situaciones emotivas o subjetivas de la comunidad. Una muestra clara de esta situación se aprecia en los delitos que afectan la seguridad ciudadana[47].

a.1.2) Prevención general negativa en la ejecución penal

La prevención general negativa puede presentarse también en el plano de la ejecución de la pena. Esta variante de la prevención general negativa fue desarrollada por el filósofo utilitarista inglés Jeremy Bentham, quien coloca el efecto di-

43 Vid., Jakobs: *Staatliche Strafe*, p. 22 y s.

44 Vid., Jakobs: *Staatliche Strafe*, p. 23; Feijoo Sánchez: *La pena como institución jurídica*, p. 89 y s.

45 Vid., sobre este proceder que ha sido asumido en varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional Alemán, Roxin: *GA* 2015, p. 193 y s.

46 Vid., Mir Puig: *ADPCP* 1986, p. 54 y ss.

47 Vid., lo que pasó en la década de los noventa en el Perú, García Cavero: *RPCP* 10, p. 211 y ss.

suasorio de la pena en su ejecución[48]. Para que la pena sea realmente eficaz el delincuente debe hallar en ella un mal mayor que el bien que busca conseguir con el delito, lo que supone hacerle saber el sufrimiento que la pena le va a causar durante su ejecución. Una muestra clara de esta finalidad de la pena fue la ideación del denominado "panóptico", el cual era un diseño especial de cárcel que permitía a los ciudadanos ver desde fuera como los condenados cumplían sus penas en prisión[49].

El principal cuestionamiento a la visión de la prevención general negativa a nivel de la ejecución penal es la instrumentalización de la persona a la que se llega con los fines preventivos de intimidación general[50]. No obstante, en una filosofía utilitarista, como la angloamericana, este cuestionamiento no resulta, al final del día, tan relevante, en la medida que desde esta perspectiva filosófica el sufrimiento de uno puede encontrar justificación si con ello se obtiene una mayor felicidad de la mayoría. La consecución de esta finalidad disuasoria puede apreciarse aún en la ejecución de ciertas penas en los Estados Unidos de Norteamérica, como es el caso de la pena de muerte[51]. Por el contrario, en una tradición jurídica deudora de los principios de tradición europea (como la regla de oro que proscribe toda instrumentalización de la persona), el planteamiento esbozado resulta de difícil aceptación como criterio general de legitimación.

a.2) La prevención general positiva

La formulación originaria de la prevención general positiva, atribuida a WELZEL, se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos, pero cambia el mecanismo de su realización. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de conseguir que los ciudadanos no lesionen los bienes jurídicos protegidos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de dichos bienes[52]. Desde esta lógica, la tarea del Derecho penal consistiría en proteger los bienes jurídicos a través del mantenimiento de los valores ético-sociales elementales de la acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético[53]. Con esta visión de la pena se superaría el peligro de un terror penal

48 Vid., BENTHAM: *The Rationale of Punishment*, passim.

49 BENTHAM: *El panóptico*, p. 40.

50 Vid., FRISCH, en *Cuestiones fundamentales*, García Cavero/ Pariona (coord.), p. 48.

51 Sobre la realidad del efecto disuasorio de la ejecución de la pena de muerte KENNEDY: *Disuasión y prevención del delito*, p. 75 y ss.

52 Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 43.

53 Vid. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, p. 242: "*En el sentido más amplio (scl. el concepto de prevención general), consiste en la confirmación del Derecho como orden ético y sólo secundariamente en la intimidación*".

latente en una visión preventivo-general negativa, pues solamente la pena justa sería la necesaria para confirmar los valores éticos del Derecho.

La teoría de la prevención general positiva no está, sin embargo, libre de objeciones. Se le ha cuestionado fundamentalmente llevar a cabo una labor pedagógica que penetra indebidamente en la esfera de autonomía atribuida jurídicamente al ciudadano[54]. Esta teoría tendría, por lo tanto, cierto corte autoritario, al imponer a las personas determinados valores éticos-sociales de carácter elemental[55]. Desde KANT, el Derecho solamente puede exigir el cumplimiento externo de sus mandatos y prohibiciones, pero no procurar que el ciudadano asuma además las razones de tales mandatos y prohibiciones (mandato de neutralidad)[56]. En una sociedad que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, resulta poco viable que la función del Derecho penal se explique con una teoría de la prevención general positiva como la descrita.

A partir del planteamiento inicial con el que se formuló la teoría de la prevención general positiva, se han desarrollado distintas variantes que han discurrido por líneas de argumentación diferentes[57]. El punto de partida común es entender que la pena no se encarga, al menos no como función manifiesta, de intimidar a los potenciales delincuentes, sino de mantener o confirmar la vigencia de ciertas condiciones o aspectos socialmente valiosos. Sin embargo, la determinación de aquello que resulta confirmado positivamente con la pena marca las diferencias, en algunos casos inconciliables, entre las diversas variantes de la prevención general positiva. Son diversos los autores que han realizado una propuesta propia sobre cómo debe entenderse la función de prevención general positiva que legitimaría el uso de la sanción penal. Veamos los más importantes.

Para empezar puede mencionarse la variante propuesta por HASSEMER, quien parte del entendimiento del Derecho penal como un medio formalizado de control social[58]. La pena consistiría en la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescindible para la vida en sociedad, por lo que su finalidad es asegurar la fuerza de esa norma en el futuro[59]. Este aseguramiento de la norma es entendido en un sentido empírico, por lo que son las ciencias sociales las que se encargarían de determinar si la pena cumple efectivamente con dicha finalidad y la mejor manera de conseguirlo. A esta variante de la prevención general positiva se le critica,

54 Vid., MIR PUIG: *ADPCP* 1986, p. 54 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 234.

55 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 237.

56 Vid., KINDHÄUSER: *RPDJP* 1 (2000), p. 173.

57 Vid., NEUSS: *Strafzweck der Generalprävention*, p. 80 y ss.

58 Vid., HASSEMER: *Fundamentos*, p. 391.

59 Así, HASSEMER: *RPDJP* 1 (2000), p. 117; EL MISMO, *ZIS* 7/2006, p. 272 y s.

en primer lugar, no superar el cuestionamiento general de inobservar el mandato de neutralidad, pues la pena se convierte en un fundamento en las cabezas y corazones de los ciudadanos[60]. Pero sobre todo se le cuestiona que realmente tenga la base empírica que dice tener[61]. Si se parte de la idea del Derecho penal como un sistema de control social formalizado, no debe olvidarse que la formalización no es una categoría descriptiva, sino un valor ideal. En consecuencia, esta teoría termina convirtiéndose, más bien, en un programa normativo[62].

JAKOBS sostiene también que la pena despliega una función de prevención general positiva, al señalar que su prestación es asegurar de la vigencia de la norma defraudada por el delito. Pero a diferencia del planteamiento de HASSEMER, para el Prof. Emérito de la Universidad de Bonn este aseguramiento no está determinado en términos empíricamente medibles[63], sino que tiene lugar en un plano estrictamente comunicativo[64]. En la medida que JAKOBS pretende explicar la función de la pena con una abstracción tal que no se vincule a una sociedad en concreto[65], termina desembocando en un concepto funcional de retribución[66] o, como se verá más adelante con mayor detalle, en una teoría de la restabilización. La pena cumpliría la función de reestablecer comunicativamente la vigencia de la norma puesta en tela de juicio por el delito. Debe reconocerse, sin embargo, que la radicalidad de este planteamiento ha sido atenuada por las últimas exposiciones de JAKOBS, al dar entrada en su teoría de la pena a ciertas consideraciones de aseguramiento cognitivo de la norma[67]. En este orden de ideas, a la pena le correspondería también producir una confianza real en la vigencia de la norma.

Entre los dos extremos antes descritos se ubican varios planteamientos particulares sobre la prevención general positiva. Uno de los más destacables es, sin duda, el formulado por FRISCH, conforme al cual la pena constituye una respuesta que confirma la validez de la norma de comportamiento frente al cuestionamiento de su validez por el delito. Si bien este planteamiento pone la atención en la función comunicativa de la pena de seguir garantizando el carácter vinculante de la norma

60 Vid., HASSEMER: *ZIS* 7/2006, p. 273.

61 Vid., ABANTO VÁSQUEZ: *LH-Hurtado Pozo*, p. 53. Vid., sobre la dificultad de probar empíricamente el efecto preventivo, HERRERA GUERRERO: *Actualidad Penal* 32 (2017), p. 86 y ss.

62 Así, FEIJOO SÁNCHEZ: *Retribución y prevención general*, p. 386.

63 Lo que crítica abiertamente JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 18 y s.

64 Vid., JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 11: "*Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas*".

65 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 2.

66 En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ: *Retribución y prevención general*, p. 475.

67 Vid., JAKOBS: *Staatliche Strafe*, p. 28.

de comportamiento infringida, no deja fuera de consideración el hecho de que la pena contrarresta el debilitamiento de la fuerza preventiva de la conminación penal[68]. Como puede verse, se trata de una confirmación comunicativa de la norma infringida, pero orientada a conservar la fuerza preventiva de la norma de conducta penalmente garantizada.

Una prevención general positiva de carácter normativo, pero no definida en el plano de la pura normatividad, sino refiriéndola a los fines legítimos que la pena debe efectivamente alcanzar en un Estado social y democrático de Derecho, es la que propone Feijoo Sánchez como función de la pena[69]. Con ello lo que procura es que la prevención general positiva lleve implícita en su dinámica ciertos límites de un Estado de Derecho. La imposición de la pena no fundamenta por sí sola la confianza de los ciudadanos a actuar respetando las reglas sociales de convivencia; es preciso que esas reglas tengan un mínimo de legitimidad democrática. Pero además el sentido expresivo de la pena debe tener en cuenta también la dimensión práctica de la comunicación, por lo que debe expulsar o paliar los efectos sociales nocivos que el delito ha introducido en el mundo[70]. De esta manera, la pena debe responder a la importancia social de la norma vulnerada, por lo que se abre la posibilidad de admitir un criterio de necesidad al momento de decidir su imposición[71].

b. La prevención especial

La llamada teoría de la prevención especial señala que la pena debe evitar la comisión de delitos, pero entiende que el efecto preventivo no se dirige a la colectividad, sino al delincuente en concreto, por lo que no sería una teoría de la norma penal, sino una teoría de la ejecución de la pena. Esta teoría asume, por lo tanto, una posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución, pues la pena no respondería al mal del delito cometido, sino a evitar que el autor cometa futuros delitos[72]. Para alcanzar esta finalidad preventiva, la pena debe conseguir no sólo intimidar al condenado para que no vuelva a delinquir, sino también reformarlo e incluso, de ser necesario, inocuizarlo.

La comprensión de la pena desde la perspectiva de la prevención especial estuvo contenida en el proyecto político-criminal de von Liszt[73], contando además con un importante soporte ideológico del positivismo italiano que abogó por la

68 En este sentido, Frisch, en *Cuestiones fundamentales*, García Cavero/ Pariona (coord.), p. 55.

69 Feijoo Sánchez: *Retribución y prevención general*, p. 515 y ss.

70 Vid., Feijoo Sánchez: *La pena como institución social*, p. 289 y s.

71 Vid., Feijoo Sánchez: *La pena como institución social*, p. 293 y s.

72 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 11.

73 Vid., von Liszt, en *Strafrechtliche Aufsätze*, T. I, p. 126 y ss.

sustitución del delito como fundamento del Derecho Penal para centrar la atención en la peligrosidad del sujeto. Según la propuesta penal del autor del programa de Marburgo, la pena debe procurar primeramente intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta no produce tal efecto de intimidación, entonces ella tendrá que asumir la labor de corregir al sujeto inintimidable. Si finalmente dicho sujeto resulta también incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos[74].

Los esfuerzos de los defensores de la teoría de la prevención especial por orientar la pena al delincuente peligroso no llegó a imponerse plenamente en los sistemas penales, pues la pena siguió vinculada a la idea del injusto culpable por el que el autor debía responder[75]. Sin embargo, hay que reconocer que esta tesis logró abrir paso a una segunda vía del Derecho penal: las llamadas medidas de seguridad, las que se asentaron sobre la lógica de la peligrosidad del autor y la idea del tratamiento[76]. En el plano propiamente de las penas, la prevención especial tuvo una gran influencia a través de la doctrina de la resocialización desarrollada en los años sesenta del siglo pasado en países escandinavos y en los Estados Unidos de Norteamérica. No obstante, después de una década de gloria, esta doctrina terminó siendo duramente cuestionada, especialmente por llevar a la imposición de penas indeterminadas o muy severas[77], pues desde tal planteamiento la liberación del delincuente sólo podía tener lugar si se le había conseguido resocializar, lo cual, en la situación actual de las cárceles, resulta casi un milagro[78].

A las razones del fracaso de la ideología de la resocialización debe sumarse el hecho de que tomarse en serio la resocialización como fundamento de la pena, obligaría a dejar impunes los delitos que se cometieron en circunstancias de difícil repetición, lo que constituye una consecuencia lógica de la resocialización que ningún ordenamiento jurídico-penal está dispuesto a aceptar[79]. Por otra parte, en una sociedad de libertades que respeta el libre desarrollo de la personalidad, no es posible que encuentre legitimación una comprensión de la pena que le imponga

74 Vid., resumidamente, Hörnle: *Strafitheorien*, p. 20 y s.

75 Vid., Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 27.

76 *Idem.*

77 Así la crítica de Roxin: *Problemas básicos*, p. 16, pues la pena tenía que perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida.

78 Sobre la inviabilidad de la resocialización en situación de privación de la libertad, Baratta: *LH-Peña Cabrera*, p. 101 y ss.; Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 200.

79 En este sentido, Frisch, en *Cuestiones fundamentales*, García Cavero/Pariona (coord.), p. 47.

al delincuente un determinado esquema de valores (el socialmente imperante[80]), pues ello vulneraría el ámbito de autonomía constitucionalmente reconocido a las personas, incluidos los delincuentes[81]. Por estas razones, el fin de resocialización de la pena se ha convertido, más bien, en una garantía del delincuente, es decir, en una posibilidad que se le ofrece de poder reinsertarse en la sociedad (artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú). Si el delincuente aprovecha o no esta facilidad, quedará sometido a su absoluto arbitrio[82].

En la actualidad, los estudios científicos sobre el funcionamiento del cerebro están provocando cierto retorno a los postulados de la prevención especial. En efecto, la neurociencia parte de la tesis de que en el momento en que el individuo experimenta algo conscientemente, el cerebro ya ha hecho su trabajo, lo que significa que las acciones escaparían al control del individuo y dependerían de factores, más bien, causales[83]. Sobre la base de esta idea, algunos neurocientíficos proponen potenciar el tratamiento y la prevención especial, en la medida que estudios más detenidos sobre el funcionamiento del cerebro humano harían que la idea de la peligrosidad criminal vaya ocupando progresivamente el papel que, en la actualidad, desempeñan la prevención general y la idea de una pena proporcional a la culpabilidad por el hecho[84]. Pese a este resurgir de la prevención especial de la mano de la neurociencia, la doctrina penal coincide mayoritariamente en que en el horizonte inmediato no se va a producir tal cambio en la visión en el Derecho Penal[85]. Además de lo complicado que es validar satisfactoriamente el planteamiento neurocientífico en procesos de mayor complejidad como la decisión de cometer un delito, la identidad de la sociedad parte de una comprensión de las personas como libres, lo que resulta difícil de abandonar si no es de la mano de un cambio revolucionario en la comprensión de la misma naturaleza humana.

c. *Las teorías de la unión*

Los cuestionamientos hechos a las teorías absolutas y a las diversas variantes de las teorías de la prevención, han conducido, de alguna manera, a la formulación de teorías de corte ecléctico que buscan corregir las deficiencias o excesos a los que se llega con la asunción de una sola de ellas[86]. Es así que se han desarrollado teorías

80 Vid., ROXIN: *Problemas básicos*, p. 17.

81 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 200.

82 Vid., con mayores precisiones, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 32 y s.

83 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ: *InDret* 2/2011, p. 5.

84 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ: *InDret* 2/2011, p.7.

85 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ: *InDret* 2/2011, p. 10.

86 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 201; FEIJOO SÁNCHEZ: *La pena como institución jurídica*, p. 215.

de la pena que combinan la perspectiva retributiva con los fines de prevención[87]. La idea central de esta formulación doctrinal es que las distintas teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene acogerlas por medio de una formulación conjunta. Se procede así a unificar en una sola teoría las distintas legitimaciones posibles de la pena mediante una adición de los criterios que animan a cada una de ellas (teorías aditivas de la unión[88]).

Si bien podría pensarse que una teoría de la unión tendría que alcanzar fácil consenso, lo cierto es que se la ha sometido también a críticas muy severas. El reproche más duro es la creación de niveles excesivos de discrecionalidad, en la medida que tanto el legislador como el juez estarán en situación de recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quieran tomar[89]. Por ejemplo: si se desea establecer una pena severa se podría recurrir a la prevención general negativa, mientras que para sustentar la falta de necesidad de imponer una pena privativa de libertad a determinado delincuente podría tenerse en consideración el fin de resocialización del reo. De esta forma, cualquier pena podría ser impuesta válidamente en el sistema penal, recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada[90].

La arbitrariedad a la que se podría llegar con la lógica de la unión aditiva de criterios, ha traído como consecuencia el desarrollo de una metateoría que busque ordenar el recurso a los distintos fines de la pena. En esta línea discurre precisamente la llamada teoría dialéctica de la unión formulada por Roxin, quien se encarga de precisar la función que cumple la pena en cada etapa de su existencia. A nivel de la ley penal, la pena cumpliría una función de prevención general informada por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y subsidiariedad. En el momento de la imposición judicial de la pena, los fines preventivos estarían limitados por la culpabilidad del autor (retribución). Finalmente, los fines de resocialización adquirirían preponderancia en la etapa de ejecución penal[91]. Como puede verse, no se puede recurrir a cualquier fin de la pena, sino que, dependiendo de la etapa en la que se esté, resultan preponderantes unos fines sobre otros. En la misma línea dialéctica, cabe destacar el planteamiento de Silva Sánchez, quien recogiendo las exigencias garantistas como fines igualmente propios del Derecho penal, sostiene

87 Como tendencia mayoritaria en doctrina penal la califica, Roxin: *GA* 2015, p. 186.

88 Sobre estas teorías, vid., Feijoo Sánchez: *La pena como institución jurídica*, p. 215 y ss.

89 Vid., Roxin: *Problemas básicos*, pp. 19, 33 y s. De manera contundente, Jakobs: *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 34, señala que, en realidad, no se trata de teorías, sino de cajones de sastre. Como una abierta solución de compromiso la califica Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 70.

90 Así, Feijoo Sánchez: *La pena como institución jurídica*, p. 216.

91 Vid., los rasgos esenciales de esta formulación, Roxin: *Problemas básicos*, p. 20 y ss.

que el fin legitimante del Derecho penal resulta de la síntesis de las finalidades preventivas con la lógica utilitarista y garantista[92]. Los excesos a los que se podría llegar con la lógica de la prevención se limitarían, de esta forma, con consideraciones de utilidad y de principio.

Pese a que la teoría dialéctica de la unión ha sido igualmente objeto de críticas por la preminencia de la finalidad preventiva o la falta de explicación de por qué el principio de culpabilidad limita la disuasión al momento de imponerse la pena[93], lo cierto es que cuenta con el mayor respaldo en la doctrina nacional[94]. En apoyo de esta posición se invoca el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal que dispone que la pena cumple una función preventiva, protectora y resocializadora, lo que es interpretado en el sentido de una decisión legislativa a favor de la teoría de la unión[95]. Jurisprudencialmente también existen pronunciamientos que sostienen que ésta es la teoría a seguir en la fundamentación de la pena[96]. Así, nuestro Tribunal Constitucional se ha decantado por seguir la tesis central de la teoría dialéctica de la unión en la STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC de 21 de julio de 2005, en donde, remitiéndose a varias disposiciones constitucionales, procede a armar una teoría de la pena que unifica las diversas funciones que se le asignan. Del mismo modo la Corte Suprema de la República en el R.N. N° 2830-2015 de 2 de febrero de 2017 establece que el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal evidencia que se ha optado por acoger la teoría de la unión.

B. La función de restabilización de la pena

Hasta ahora la exposición sobre las teorías relativas de la pena se ha centrado en las distintas teorías preventivas, incluidas las teorías eclécticas que parten o incluyen la lógica de la prevención. Sin embargo, la función social de la pena puede configurarse de un modo distinto a como lo hacen las teorías de la prevención. Como ya se adelantó, en el escenario doctrinal ha aparecido el planteamiento de Jakobs que le asigna a la pena la función comunicativa de restablecer la vigencia de la norma defraudada

92 Vid., con mayor detalle, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 211. En la doctrina nacional, igualmente, Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 75 (2015), p. 104; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 32 y ss.

93 Vid., con mayores referencias, Abanto Vásquez: *LH-Hurtado Pozo*, p. 63 y ss.

94 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 93; Abanto Vásquez: *LH-Hurtado Pozo*, p. 65; Tasayco: *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 75.

95 En este sentido, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código Penal Anotado*, p. 137; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 94; Tasayco: *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 73. Aunque Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 73, sostiene que la teoría de la unión que nuestro Código Penal asume no es la dialéctica, sino la aditiva.

96 Vid., Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 75 (2015), p. 106 y s.

por el delito. Si bien este autor denomina a su comprensión de la pena, al igual que WELZEL, "prevención general positiva"[97], un análisis detenido de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva formulada por su maestro. Más que influir en la futura realización de delitos, la pena apuntaría a contradecir comunicativamente el sentido de la conducta delictiva acaecida, lo que explica que algunos autores prefieran calificar a este planteamiento, siguiendo la tradición angloamericana, como una teoría expresiva de la pena[98].

JAKOBS no ubica la función de la pena en la motivación de las personas para evitar la lesión de bienes jurídicos[99], pues le queda claro que, cuando entra en escena, éstos se encuentran ya mermados. De hecho, en diversas circunstancias los bienes jurídicos resultan lesionados sin que el Derecho penal intervenga por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo)[100]. Es más, el Derecho penal interviene en muchos casos sin que sea precisa la efectiva lesión del bien jurídico (en la tentativa, por ejemplo)[101]. Todo esto pondría en evidencia que a la pena no le asiste la función de mantener preventivamente la incolumidad de los bienes jurídicos. La función que le atañe debe encontrarse en aquello que aún puede reparar con su imposición. Dado que el delito constituye una negación comunicativa de la norma infringida que pone en tela de juicio su vigencia social[102], a la pena le corresponde la función de devolverle comunicativamente a la norma su vigencia social[103].

En el planteamiento de JAKOBS se destaca especialmente la necesidad social de una vigencia segura de la norma, en tanto sólo así resulta posible orientarse en los contactos interpersonales[104]. Si bien podría procederse cognitivamente frente a

97 Vid., JAKOBS: *Sobre la normativización*, p. 48. Sin embargo, en su último trabajo fundamental sobre el sistema penal (*System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 15), prefiere la denominación de "*prevención general que mantiene la vigencia*" que asimila a una teoría de la retribución relativa.

98 En este sentido, HÖRNLE: *Straftheorien*, pp. 29, 57. Sobre las teorías expresivas de la pena en la tradición angloamericana, vid., RODRÍGUEZ HORCAJO: *Comportamiento humano y pena estatal*, p. 42 y ss.

99 Vid., JAKOBS: *Sobre la teoría de la pena*, p. 33: "*La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación*".

100 Vid., JAKOBS: *Sobre la normativización*, p. 59 y s.

101 Vid., CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 32.

102 Bajo este esquema de interpretación, PAWLIK: *Normbestätigung*, p. 33, alude a una contranorma como el sentido comunicativo del delito.

103 Vid., JAKOBS: *Staatliche Strafe*, p. 31.

104 JAKOBS: *Sobre la teoría de la pena*, p. 18. Muy importante es, en este sentido, que se entienda que la teoría de la restabilización no centra la función de la pena en el pasado como las teo-

la defraudación de expectativas en la interrelación social –esto es, modificando el modelo de orientación de manera que no se vuelva a cometer el mismo error (no confiar más en la norma defraudada)–, esta forma de resolver la disfunción haría finalmente difícil la convivencia social. Por consiguiente, la norma debe mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en su vigencia, sino en quien la infringió[105]. Pero como en el ámbito social al infractor de la norma no le alcanza de manera automática una *poena naturalis*, como sucede en el mundo sujeto a leyes naturales, se requiere de un castigo que declare comunicativamente su fracaso en la orientación social. Este castigo convencional es precisamente la pena.

Podría decirse, en síntesis, que para la concepción de Jakobs la pena obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia social de la norma penalmente garantizada frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con dicha norma[106]. El restablecimiento de la vigencia de la norma defraudada se lleva a cabo mediante un acto (la pena) que niega comunicativamente el sentido expresado por el delito[107], con lo que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las normas vigentes y que éstas siguen siendo el modelo de orientación social. Como puede verse, la función de la pena no tiene lugar en el plano de su incidencia en el esquema de decisión del individuo, sino en el restablecimiento normativo del sistema social. La pena debe imponerse para que la sociedad mantenga su identidad normativa.

La concepción de Jakobs no se ha visto exenta de críticas. A la comprensión de la pena como comunicación se le ha cuestionado dejar de lado la naturaleza de la pena como un mal, de forma tal que podría llegar a estar conformada por una medida que restablezca la vigencia de la norma sin que sea necesaria una aflicción para el autor[108]. Bajo esta lógica, si en algún momento la norma se pudiera restablecer sólo con la declaración del carácter incorrecto del comportamiento, ya no sería necesario imponerle al autor un mal adicional (privación de la libertad, por ejemplo). Además de esta crítica, al planteamiento de Jakobs se le ha objetado también centrar la función de la pena en la vigencia de la norma, con independencia

---

rías retributivas (así lo entiende, por ejemplo, Alcácer Guirao: *Los fines*, p. 28), sino en el presente, es decir, en la necesidad actual de la vigencia de la norma.

105 Vid., Jakobs: *Sobre la normativización*, p. 50.

106 Vid., Cancio Meliá, en *El sistema funcionalista*, p. 32.

107 Destaca el sentido comunicativo de la pena, Jakobs: *Staatliche Strafe*, p. 25 y s. En la misma línea Pawlik: *Normbestätigung*, p. 52.

108 Vid., en este sentido, Mir Puig: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 138; Alcácer Guirao: *Los fines*, p. 138 y s.; Peñaranda Ramos, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 295.

de si ésta resulta legítima o no[109]. Desde esta perspectiva, la pena cumpliría idéntica función tanto en un Estado de Derecho como en un Estado totalitario. En cierta forma, el planteamiento de Jakobs podría ajustarse también al Derecho penal de un sistema no democrático.

A la primera de las críticas Jakobs responde señalando primeramente que la reacción frente al delito debe objetivarse en el mismo nivel que el propio hecho del autor, retirándosele los medios de interacción a través de la pena[110]. En la medida que este retiro requiere de una base cognitiva que evidencie el fracaso del autor, resulta necesario que la pena produzca una aflicción[111]. Sin embargo, esta explicación no termina de dar una respuesta satisfactoria a por qué la producción de dolor significa contradicción. Por esta razón, Jakobs termina reconociendo la necesidad de que la pena cuente con una base cognitiva de refuerzo a la vigencia del Derecho[112]. Pero precisa que este reconocimiento no implica asumir una teoría de la unión de la pena que mezcle fundamentos normativos con efectos empíricos. El mantenimiento del lado cognitivo de la pena no constituye otra función de la pena, sino un aspecto de la realidad del Derecho o, si se quiere, una condición de su existencia[113]. Anteriormente, el Profesor Emérito de la Universidad de Bonn había ya señalado que "*todos los entes normativos necesitan de una base cognitiva que alcance lo fundamental, pues de lo contrario sólo existen en sí, conceptualmente, pero, precisamente, no en la realidad*"[114].

La segunda crítica es vista por Jakobs no como una objeción, sino como una consecuencia lógica de su planteamiento, en tanto entiende que al dogmático no le corresponde entrar en la legitimidad externa de las normas[115]. Sin embargo, Jakobs precisa, ante la formulación de esta crítica, que su teoría de la protección de la sociedad nunca ha considerado legítima *per se* la protección de normas, sino que solamente lo es cuando la institución en que se apoya es legítima, esto es, cuando

---

109 Así, Mir Puig: «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal». Recuperado de http://www.mundojuridico.adv.br , [consulta: diciembre de 2009].

110 Vid., Jakobs: *Norm, Person und Gesellschaft*, p. 104 y s.; El Mismo, *Sobre la normativización*, p. 52; Pawlik: *Normbestätigung*, p. 55 y s.

111 Vid., así, Jakobs: *Staatliche Strafe*, p. 30.

112 Vid., Jakobs: *Staatliche Strafe*, p. 28; El Mismo, *System*, p. 14.

113 Así, Feijoo Sánchez: *Retribución y prevención general*, p. 492 y s.: "*como presupuesto de la juridicidad en relación a la norma*"

114 Jakobs: *Sobre la normativización*, p. 53. De modo más claro para el Derecho penal: "*La pena significa una contradicción del significado del hecho, y el dolor de la pena debe producir prevención general positiva*" (p. 57). Igualmente, Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*, p. 105.

115 En palabras de Müssig: *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 238: "*la teoría de la prevención general positiva es un modelo formal o positivista en la medida que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar la configuración concreta de la sociedad*".

se corresponde con el espíritu de su tiempo[116]. Distinto es el tenor de la crítica si lo que se cuestiona es no poner en tela de juicio el espíritu de cada tiempo. Por lo tanto, bien enfocado, el cuestionamiento a la falta de un carácter crítico, resulta siendo puramente metodológico, lo que no afecta en lo absoluto el grado de coherencia de su propuesta conceptual. Las discrepancias con dicho planteamiento solamente podrán discurrir en la corrección de sus puntos de partida.

3. Concepción propia sobre la función de la pena

A. Punto de partida

En la medida que el Derecho penal despliega su función en el ámbito social de las personas más que en la estructura psicológica del individuo, nos inclinamos a pensar que la teoría de la restabilización responde mejor al sentido que se le debe asignar a la pena. Su imposición apunta, en consecuencia, a mantener la vigencia de la norma desautorizada por el delito. Sin embargo, esta aceptación no implica compartir fielmente los puntos de partida del planteamiento jakobsiano[117]. En nuestra opinión, el sentido comunicativo de la pena para anular la perturbación social producida por el delito, no puede determinarse sólo desde el punto de vista de la normatividad convencional de las eventuales estructuras sociales, sino que existen ciertos aspectos socialmente indisponibles que necesariamente deben ser contemplados en el proceso de restablecimiento comunicativo de la norma infringida. Estos aspectos vinculantes se desprenden de un concepto realista (no empiricista) de persona.

La función de restabilización de la pena debe partir de un concepto de persona que no se mueva en el plano exclusivamente sociológico, sino que hunda sus raíces en una base ontológica. Tal como lo sostiene HERVADA: "*la persona humana –y sólo ella– posee la estructura ontológica necesaria para que existan la norma, el Derecho y, en consecuencia, las relaciones jurídicas*"[118]. Por lo tanto, el restablecimiento normativo realizado por la pena no debe responder simplemente a la necesidad social de castigo, sino que debe tener en cuenta la naturaleza propia de la persona. No debe olvidarse que no se trata de determinar la función que la pena despliega

116 Vid., JAKOBS, en *Bien jurídico*, p. 27 y s.

117 Crítico, sin embargo, CARO JOHN: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 5 (2004), p. 445, quien considere una contradicción asumir la teoría funcional de Jakobs y no asumir fielmente su concepto sociológico de persona. Bajo este esquema de interpretación, se podría igualmente cuestionar a todos los que asumieron la teoría del injusto personal de Welzel sin aceptar fielmente sus estructuras lógico-objetivas. La asunción de la extraordinaria formulación de la teoría del delito de Jakobs no lleva atado, como condición necesaria, asumir su concepto de persona.

118 Vid., HERVADA: *Lecciones*, p. 425.

en cualquier sociedad, sino en una en el que se desenvuelven personas o, para ser más exactos, seres humanos. La base ontológica de la persona tiene, pues, también fuerza normativa.

B. El concepto de persona

La pena se impone a una persona por haber puesto en tela de juicio la norma que prescribe el respeto o el fomento de ciertas condiciones sociales que sirven al desarrollo de otras personas, por lo que el concepto de persona resulta esencial para poder determinar la función que despliega. Muy a diferencia de las concepciones positivistas, aquí se defiende un concepto de persona que no depende del consenso social o de la eventual constitución de la sociedad. Como lo ha señalado HERVADA: "*ser persona no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho*" [119]. Por lo tanto, la conceptualización de la persona no sólo debe tener en consideración el simple dato social de ser destinatario de las expectativas de otros[120], sino que debe necesariamente tratarse de alguien que reúne las condiciones de personalidad. Esta personalidad se deriva fundamentalmente del hecho de que se trata de un ser que, por su propia naturaleza, posee dignidad.

La dignidad humana tiene dos manifestaciones diferenciadas. Por un lado, se encuentra la dignidad absoluta de carácter ontológico que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo. Se trata de un mínimo de dignidad por debajo del cual nadie puede caer[121] y que, por lo tanto, la función de la pena no puede, en ningún caso, desconocer. Al lado de la dignidad absoluta está la dignidad relativa de carácter moral, la cual se sustenta en que el ser humano actúa libremente orientado a su realización personal en sociedad. Esta dignidad no es la misma para todos los hombres, de manera que una persona puede ir en cierto modo perdiéndola en su actuación práctica[122]. En esta faceta práctica del ser humano se manifiestan los dos elementos constitutivos de su personalidad: la individualidad y la socialidad. La individualidad implica atribuirle libertad, en el sentido de poder autodeterminarse a actuar para alcanzar su realización personal[123]. La socialidad significa, por su par-

---

119 HERVADA: *Introducción crítica al Derecho Natural*, p. 140.

120 Como de manera extrema lo indica GÓMEZ-JARA DÍEZ: *InDret* 2/2008, p. 9: "(...) *para llevar a cabo la imputación, el sistema precisa de un constructo propio –una dirección– a la que orientar la imputación. Este constructo propio al que se imputan las comunicaciones jurídico-penales es precisamente la persona jurídico-penal*".

121 Vid., SPAEMANN: *Lo natural y lo racional*, p. 106.

122 Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106: "*La desigualdad en dignidad personal se basa en la diferente calidad moral de los hombres*".

123 Esta individualidad, como puede verse, es normativa, pues permite "imputarle" libertad a la persona. Por ello, resulta absolutamente injustificado afirmar que la individualidad a la que hago mención significa asumir una perspectiva parcialmente empirista o naturalista como

te, que por esa actuación puede responder frente a los demás, en la medida que el marco natural de desarrollo de la persona es la sociedad. En suma, puede decirse que la persona tiene una dignidad absoluta que no puede negarse ni desconocerse socialmente y además una dignidad relativa que permite atribuirle sus actos como una actuación libre por la que debe responder ante los demás.

Para evitar malas interpretaciones, resulta conveniente destacar que el punto de partida asumido no significa aceptar un naturalismo empiricista en nuestro planteamiento, el cual mantiene plenamente un punto de partida normativo. Asumir un concepto empírico de persona implicaría verla como una unidad psicofísica, lo cual no se ajusta, como es fácilmente constatable, a lo que hemos señalado hasta ahora[124]. No hay nada más opuesto a lo empírico que un planteamiento que sostiene que todo ser humano es persona con independencia de sus concretas particularidades o estado de desarrollo fenomenológico, o que es persona a pesar de no ser vida humana independiente o no tener una actividad psicológica completamente desarrollada. Quien equipara lo ontológico con lo empírico comete un grave error metodológico, pues no hay nada más normativo que lo ontológico[125]. El ontologismo vinculado a una comprensión empiricista de las cosas no es más que un pseudoontologicismo.

C. *El restablecimiento de la vigencia de la norma infringida*

La faceta práctica de la persona implica actuar libremente en sociedad. Esta libertad no es ilimitada, sino que se dimensiona jurídicamente con base en ciertos criterios regulativos. En la sociedad actual, caracterizada por innumerables contactos sociales generalmente de carácter anónimo, estos criterios se ordenan en función de roles[126]. Una persona es socialmente responsable por lo realizado si es que infringe un rol. Los roles que el autor puede infringir de forma jurídicamente relevante son de dos clases: el rol general de ciudadano y los roles especiales. El primero impone a toda persona el deber jurídico negativo de organizarse libremente sin lesionar a otro, mientras que los segundos obligan positivamente al titular de una posición institucional a mantener o coadyuvar a la creación de una situación social-

---

lo señala CARO JOHN: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 5 (2004), p. 446. Sólo un análisis del término muestra que individuo no quiere decir algo empírico, sino algo que no se puede dividir (individuo), es decir, que constituye una unidad diferenciada precisamente de la naturaleza empírica.

124 De otra opinión es la interpretación que hace de mi planteamiento CARO JOHN, Recensión: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 5 (2004), p. 445 y ss.

125 Así, PAWLIK: *Normbestätigung*, p. 22, reconoce el carácter normativo del planteamiento ontológico que recurre a esquemas de interpretación.

126 Sobre las razones por las cuales la sociedad actual estructura la organización social en roles, vid., JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 22.

mente deseable. Si la norma penal impone el respecto o el fomento de determinados bienes jurídicos, su inobservancia por medio de la infracción de un rol produce una comunicación socialmente perturbadora. El delito consiste materialmente en la infracción de un rol que pone en tela de juicio la vigencia de la norma.

El cuestionamiento a la vigencia de la norma que produce el delito debe ser neutralizado comunicativamente por medio de la pena. Su función no es, por lo tanto, prevenir futuros actos lesivos, sino devolver la confianza de la norma defraudada. Debe precisarse, sin embargo, que los planteamientos que centran la función de la pena en la prevención, no sostienen algo que sea falso[127]. El sistema penal ejerce directa o indirectamente un efecto preventivo, lo que resulta además una condición necesaria para que la pena pueda desplegar su función de mantener comunicativamente el orden social[128]. No obstante, esta utilidad práctica del Derecho penal se ubica fundamentalmente en el plano político, es decir, en la cuestión de si debe existir o no el Derecho penal, por lo que la función preventiva de la pena tendría más un sentido cognitivo que normativo. Si se llegase a determinar que el Derecho penal carece de todo efecto preventivo, tendría que ser abandonado o sustituido por algo mejor. En consecuencia, no puede negarse que, desde el punto de vista político, el Derecho penal pueda y deba desplegar un efecto preventivo, pero este criterio no es lo que fundamenta la imposición de la pena[129].

D. Los límites a la función de la pena

La aceptación de un concepto de persona con una base ontológica determina, por otra parte, que la pena no pueda configurarse de cualquier modo, aunque sea muy funcional para la sociedad de la que se trate. En primer lugar, la dignidad humana absoluta, reconocida en las diversas constituciones políticas contemporáneas (en el Perú se hace en su artículo primero) y en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, limita la posibilidad de asumir cualquier clase o cuantía de pena. Hasta el villano más reprochable no pierde su dignidad humana absoluta por sus actos delictivos y, por lo tanto, no puede ser tratado por el sistema penal como una simple fuente de peligro que debe neutralizarse de cualquier modo. En el

127 Sobre la imposibilidad de negar la fuerza disuasoria del castigo, RODRÍGUEZ HORCAJO: *Comportamiento humano y pena estatal*, p. 298 y s. De manera extensa sobre la realidad de la disuasión, KENNEDY: *Disuasión y prevención del delito*, p. 35 y ss.

128 Por eso, la crítica de ALCÁCER GUIRAO: *Los fines*, p. 102 y ss., a la teoría de la restabilización de que "*el Derecho sólo podrá llevar a cabo el fin de protección de las expectativas normativas en la medida en que persiga asimismo un fin directivo de conductas*", no es correcta, pues confunde el plano de la base cognitiva necesaria para la confianza en el Derecho (realidad del Derecho) con la vigencia del Derecho (normatividad del Derecho).

129 Vid., PAWLIK: *Normbestätigung*, p. 53.

Derecho penal se ha desarrollado precisamente el llamado principio de humanidad de las penas, según el cual la pena aplicada al delincuente no puede rebajarlo en su dignidad[130]. En este orden de ideas, penas como las penas corporales o infamantes e incluso la pena de muerte o la cadena perpetua se han considerado como contrarias a la dignidad absoluta del ser humano, en la medida que producen una afectación sustancial a aspectos existenciales o le niegan la posibilidad de resocialización.

Por otra parte, la dignidad relativa de la persona obliga a que la pena no se pueda imponer al delincuente desligado de los fundamentos de su actuación práctica. En este sentido, la imputación de un delito no puede llevarse a cabo al margen de la culpabilidad del autor y tampoco con cualquier forma de culpabilidad. La culpabilidad jurídico-penal debe partir de la idea de un ciudadano fiel al Derecho que actúa libremente y responde por las consecuencias de su actuación. Por consiguiente, no puede haber culpabilidad jurídico-penal por el carácter, ni culpabilidad por el hecho de un tercero. Intentar restablecer la vigencia de la norma sin una culpabilidad individualmente configurada del autor, implicaría reconocer que se puede llamar Derecho penal a cualquier forma de permitir que una sociedad funcione. Derecho penal solamente puede haber si la comunicación de la pena se hace sobre la base de personas libres y responsables.

III. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Función

Además de penas, la legislación penal contempla la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas peligrosas. Se trata de medidas de carácter correctivo o asegurativo que los órganos jurisdiccionales aplican a una persona en razón de su peligrosidad criminal[131]. A diferencia de las penas, cuya imposición requiere la culpabilidad del autor, las medidas de seguridad encuentran justificación en el peligro de reincidencia. Por esta razón, el artículo VII del Título Preliminar del CP dispone claramente que la aplicación de una medida de seguridad no responde a la idea de la responsabilidad del autor por el hecho, sino a la necesidad de preservar intereses públicos predominantes frente al peligro de nuevos delitos[132]. La

130 Vid., con amplias referencias, CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo I, p. 25 y ss.

131 Así, SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 71.

132 Vid., sobre el planteamiento del interés preponderante STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 1, n.m. 41. Críticamente, FRISCH: *ZStW* 94 (1982), p. 367; JAKOBS: *Strafecht*, AT, Apdo 1, n.m. 54. Sobre la asunción de la tesis del interés preponderante en el artículo VII del Título Preliminar del CP, vid., GARCÍA CAVERO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo VIII, p. 222 y s.

tarea encargada a la doctrina penal es determinar cómo la necesidad de preservar esos intereses sociales sustenta una medida restrictiva de derechos como lo es, en términos prácticos, la medida de seguridad.

Los defensores de una visión preventiva de la pena parten de la idea de que la culpabilidad del autor de un delito presupone su capacidad para motivarse por la norma penal y, por tanto, para evitar la lesión del bien jurídico. Si el autor carece de dicha capacidad o ésta se anula considerablemente por razones excepcionales, la pena no podrá serle aplicada, pues faltaría una situación de normalidad motivacional[133]. El problema se suscita si el autor, pese a carecer de esta normalidad motivacional ante la norma penal, se muestra peligroso, esto es, resulta probable que vuelva a cometer en el futuro nuevas conductas lesivas de bienes jurídicos. Ante esta situación surgirá la necesidad de adoptar una medida dirigida a neutralizar la referida peligrosidad. Si bien esta medida conlleva una injerencia sobre un agente no culpable, éste deberá igualmente soportarla, siempre que la elevada probabilidad de menoscabos ajenos pese más que la restricción que la medida de seguridad le impone[134]. La medida de seguridad tendrá una finalidad preventivo-especial[135], pues apunta a incidir sobre el sujeto peligroso para evitar futuras lesiones de bienes jurídicos. La prevención no se conseguiría por medio de la pena (o la conminación penal), sino mediante una medida curativa, tutelar o rehabilitadora dirigida a evitar que el sujeto peligroso vuelva a delinquir en el futuro.

Los autores que entienden, por el contrario, que la pena no tiene una función preventiva, sino, más bien, restabilizadora, fundamentan las medidas de seguridad de una manera diferente. El sujeto que lesiona un bien jurídico sin culpabilidad, no desestabiliza las expectativas sociales de conducta, puesto que esta lesión carece del sentido comunicativo de desautorización de la norma penal[136]. La lesión de bienes jurídicos por parte de un inimputable no defrauda una expectativa normativa de conducta penalmente garantizada, sino, más bien, una expectativa cognitiva[137]. En este sentido, no hay que reafirmar comunicativamente nada con la imposición de una pena, sino adoptar mecanismos de protección de carácter cognitivo frente al peligro de reiteración objetivado en el hecho (medidas de seguridad)[138].

Un punto especialmente discutible de la perspectiva cognitiva de las medidas de seguridad es el hecho de que la capacidad de poder comunicar en el ámbito

133 Vid., MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L 22/7.

134 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 57.

135 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 55; MIR PUIG: *Introducción*, p. 80; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código Penal*, p. 28; SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 70.

136 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 122.

137 JAKOBS, en *Estudios*, p. 85.

138 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 53.

jurídico-penal no estaría determinada por factores individuales del sujeto, sino por condicionamientos sociales. Esto significa que el estatus de imputable o inimputable dependerá de si, conforme al estado actual de la ciencia médica (psicología y psiquiatría), la sociedad está en capacidad de resolver el problema penal de un determinado grupo de infractores mediante un tratamiento médico[139]. Si la enfermedad mental que padecen estos sujetos puede tratarse de alguna manera por la psicología o la psiquiatría, se considerará al autor inimputable y no se le aplicará una pena, sino una medida de seguridad. Mientras esto no suceda, se le considerará imputable y, por tanto, sujeto de sanción.

A nuestro modo de ver, las medidas de seguridad son mecanismos cognitivos que buscan modificar la realidad para no volver a experimentar el menoscabo de un bien jurídico. Pero la configuración absolutamente social del estatus de imputable o inimputable no resulta de recibo, pues implicaría definir este aspecto de la imputación penal exclusivamente desde el punto de vista de las necesidades sociales de punición. La configuración de la culpabilidad tiene también un aspecto individual que no puede dejarse de lado[140], aunque cabe precisar que tal aspecto no se reduce a un dato puramente empírico que sólo hay que constatar. Es necesario determinar, ciertamente de la mano de los resultados médicos, si la persona puede actuar responsablemente para el Derecho penal, lo que significa atribuirle una capacidad de percepción y de valoración suficiente como para asumir las consecuencias de su proceder. En caso de carecer de libertad de actuación o tenerla sustancialmente disminuida, entonces el sistema penal podrá acudir a las medidas de seguridad, siempre que exista peligro de reiteración.

En lo que tanto interpretaciones preventivas, como las restabilizadoras coinciden es que la necesidad de imponer una medida de seguridad no justifica su aplicación indefinida hasta que el inimputable peligroso sea efectivamente tratado con éxito, manteniendo mientras tanto a la sociedad a salvo de su peligrosidad. La finalidad garantista entra en consideración también en este ámbito del Derecho penal, puesto que somete la medida de seguridad a un criterio de proporcionalidad en relación con la peligrosidad delictiva del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado[141]. En consecuencia, los intereses sociales predominantes que sustentarían la imposición de una medida de seguridad por la probabilidad de nuevos menoscabos ajenos, no se encuentran al margen del criterio de razonabilidad común a toda medida restrictiva de derechos.

---

139 Así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 80.

140 Vid., GARCÍA CAVERO: *Derecho penal económico*, PG, p. 628.

141 Vid., así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 3. n.m. 56; ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal*, p. 13.

2. El sistema de doble vía

En nuestra comprensión de la medida de seguridad que le asigna una función distinta a la pena, resulta lógico sostener un sistema dualista o de doble vía. Distinto debería ser, sin embargo, el planteamiento del sector de la doctrina penal que asume que tanto la pena como la medida de seguridad cumplen una función preventiva. Si bien existe un sector minoritario que sostiene la falta de diferencia de estas medidas[142], la idea de un sistema monista de consecuencias jurídicas del delito no se ha impuesto entre los defensores de la unidad funcional de pena y medida de seguridad por diversas razones. Unos entienden que el límite de ambas consecuencias jurídicas del delito no es el mismo, pues mientras la gravedad y duración de la pena está ligada a la culpabilidad, la medida de seguridad se corresponde únicamente con el principio de proporcionalidad[143]. Otros alegan que la función de prevención común no impide diferenciar los conceptos de pena y medida de seguridad en función del sentido de castigo del primero y de curación o aseguramiento del segundo[144]. Con independencia de las divergencias argumentativas, el hecho es que hay coincidencia en la necesidad de diferenciar dos vías en el Derecho penal, pese a admitir cierta unidad funcional.

Dado que nuestro sistema penal admite diferenciadamente la posibilidad de imponer penas y medidas de seguridad (artículo IX del Título Preliminar del CP), se asume un sistema de doble vía[145]. Sin embargo, debe precisarse que no sólo es posible imponer una pena o una medida de seguridad alternativamente, sino que cabría imponerlas conjuntamente. Esta situación se da en el caso de los llamados semi-imputables o imputables relativos, los cuales, por algún tipo de anomalía psíquica o mental, mantienen la capacidad de culpabilidad, pero sustancialmente disminuida. Si es probable que, por causa de su deficiencia mental, cometan otros delitos, entonces cabrá la posibilidad de imponerle una medida de seguridad, además de la pena que le corresponde por su culpabilidad disminuida[146]. En este punto cabe hacer la atingencia de que ambas consecuencias jurídicas del delito no se acumulan[147], sino que el cumplimiento de una es computable en el cumplimiento de

142 Vid., con mayores referencias, SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 31 y ss.

143 ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 56; SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 78. Posición que, por lo demás, sigue la sentencia vinculante R.N. N° 104-2005 de 16 de marzo de 2005.

144 Así, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L 3/59; ZIFFER: *Medidas de seguridad*, p. 54 y s.

145 BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 45. Sobre lo que significa conceptualmente un sistema de doble vía, ZIFFER: *Medidas de seguridad*, p. 29 y ss.

146 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 54.

147 Posición que asume el llamado dualismo rígido que, si bien fue el primero en imponerse, finalmente fue desplazado por un sistema de sustitución (dualismo flexible), como lo pone de manifiesto SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 33.

la otra. A esta forma de regular el cumplimiento conjunto de la pena y la medida de seguridad se le conoce como el sistema vicarial[148].

Nuestro sistema penal se adhiere a la lógica del sistema vicarial, conforme se desprende claramente del tenor del artículo 77 del CP[149]. Según esta disposición legal, en caso de aplicarse a un mismo sujeto una pena (por su culpabilidad) y una medida de seguridad (por su peligrosidad), el tiempo que dure la ejecución de la medida de seguridad se computará para el cumplimiento de la pena. De ello se desprende que la medida de seguridad tendrá que cumplirse antes que la pena. El que la ejecución de la medida de seguridad sea contabilizada en el cómputo de la pena, ha dado pie a algunos autores para afirmar la homogeneidad funcional de ambas consecuencias jurídicas del delito[150]. Esta afirmación es, sin embargo, demasiado apresurada, pues el hecho de que la función legitimante de la medida de seguridad sea distinta a la de la pena, no excluye que, en el plano de los hechos, implique la restricción de un derecho y, por lo tanto, tenga también un carácter aflictivo[151]. Desde esa perspectiva, resulta razonable que el tiempo que ha durado la ejecución de una medida de seguridad que implique la privación de la libertad, pueda ser tenido en cuenta en relación con la ejecución de la pena.

La asunción de una distinción funcional entre las penas y las medidas de seguridad lleva necesariamente a un sistema de doble vía. Sin embargo, el que estas dos vías no siempre vayan en paralelo, sino que puedan aplicarse conjuntamente, no provoca forzosamente una unificación de sus funciones. Para explicar con mayor claridad esta idea, resulta adecuado, siguiendo a Jakobs, distinguir entre medidas de seguridad complementarias a la pena, medidas de seguridad en reemplazo de la pena y medidas de seguridad impuestas en lugar de la pena[152]. Las medidas de seguridad complementarias a la pena dan a la norma defraudada por una infracción culpable un refuerzo cognitivo, esto es, que a la garantía normativa que brinda la pena se le suma un aseguramiento cognitivo dirigido a eliminar fuentes evidentes de peligro (por ejemplo, el tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual conforme al artículo 178-A del CP). Cuando la medida de seguridad se impone en reemplazo de la pena, entonces el aseguramiento cognitivo no es auxiliar, sino que es la forma propia de solucionar la situación de defraudación (artículo 72 del CP). Si la medida de seguridad se impone en lugar de la pena, en tanto su tiempo de ejecución se contabiliza como ejecución de la pena o se prescinde de la

148 Vid., Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 49; Silva Sánchez, en *El nuevo Código Penal*, p. 32 y s.; Oré Sosa/Palomino Ramírez: *Peligrosidad criminal*, p. 14.

149 Así, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 76.

150 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 61.

151 Sobre la llamada "identidad de ejecución", Ziffer: *Medidas de seguridad*, p. 96.

152 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 55 y ss.

pena porque el tratamiento ha tenido éxito (artículo 77 del CP), entonces el restablecimiento de la vigencia de la norma por una infracción culpable tendrá lugar mediante un refuerzo cognitivo. Como puede verse, en todos los casos la medida de seguridad despliega una función de aseguramiento cognitivo.

IV. LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA

La consideración de la reparación del daño como una tercera vía del Derecho penal resulta un planteamiento con relativa aceptación en la doctrina penal actual[153]. En el plano legislativo, por su parte, pueden apreciarse diversos dispositivos materiales y procesales que se mueven precisamente en esta línea de pensamiento. En efecto, a nivel del Derecho sustantivo, por ejemplo, la reparación del daño es tenida en cuenta como una regla de conducta en los medios alternativos a la pena privativa de libertad y también como un criterio de atenuación en la individualización de la pena (artículo 46.1 literal f del CP). Asimismo, en delitos como los libramientos indebidos, los atentados contra el sistema crediticio o los delitos tributarios, a la reparación del daño se le asigna el efecto de excluir en ciertos casos la imposición de la pena. La situación no es distinta en el plano procesal, como lo pone de manifiesto el hecho de que la procedencia del principio de oportunidad requiera, en los supuestos más usuales, que el agente repare el daño ocasionado o llegue a un acuerdo reparatorio con la víctima[154]. Con este panorama legislativo, ya no es posible decir que la participación de la víctima en el conflicto penal tenga lugar solamente a efectos de determinar la reparación civil. El conflicto penal pasa a ser, de alguna manera, también una cuestión de la víctima, adquiriendo la reparación del daño relevancia desde el punto de vista de las consecuencias jurídico-penales.

El innegable fenómeno de la orientación a la víctima del moderno Derecho penal se ha pretendido justificar teóricamente desde diversos puntos de vista. Siguiendo el análisis de SILVA SÁNCHEZ[155], pueden identificarse tres planteamientos. En primer lugar está el planteamiento de aquellos que buscan abolir total o parcialmente el Derecho penal, devolviéndole a la víctima el conflicto penal para que, por medio de la conciliación y la reparación, se solucione dicho conflicto[156]. Pese a las loables buenas intenciones de los representantes de este planteamiento, parece ser que nuestra sociedad no ha alcanzado aún un nivel de desarrollo que permita

153 ROXIN: *Fundamentos político-criminales*, p. 234; ROIG TORRES: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 506 y ss. Críticamente, NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 131 y s.; GÁLVEZ VILLEGAS: *Anuario de Derecho Penal, Ministerio Público*, 2011-12, p. 195 y ss.

154 Vid., al respecto, GALAIN PALERMO: *Revista Penal* 20 (2007), p. 59 y ss.

155 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 223 y s.

156 Se trata del llamado abolicionismo penal que en la actualidad preconizan HULSMAN/BERNAT DE CELIS: *Sistema penal*, p. 76 y ss.; CHRISTIE: *Los límites del dolor*, p. 128 y ss.

una solución consensuada entre autor y víctima del delito[157]. En segundo lugar están aquellos que intentan un sistema mixto de solución del conflicto penal, en el que, por un lado, se mantenga la lógica de la afectación a la colectividad (víctima potencial) pero, se inserte, por el otro, la orientación a la víctima actual[158]. La gran objeción a este planteamiento se mueve en el plano de las antinomias que pueden crearse por la mezcla de ambas perspectivas[159]. Una tercera línea de interpretación de la orientación a la víctima del conflicto penal no abandona la lógica de los fines de la pena, sino que busca un desarrollo continuador de los conceptos jurídico-penales. De lo que se trata con este planteamiento, en definitiva, es de integrar la orientación a la víctima en la lógica de la función del Derecho penal[160].

En nuestra opinión, los cambios legislativos que otorgan una incidencia penal a la reparación de la víctima deben interpretarse conforme al tercer planteamiento de los antes esbozados. Sin embargo, la labor de integración de la víctima en la función del Derecho penal dependerá, a su vez, de cuál es esa función asignada al sistema punitivo. Si se sigue la perspectiva de la prevención general negativa, resultará claro que no es posible recurrir a la fuerza intimidatoria de la reparación del daño para darle virtualidad penal, pues la posibilidad de reparar el daño producido pocas veces intimida[161] o, en todo caso, tal intimidación dependerá fundamentalmente de las posibilidades económicas de cada sujeto, lo que implicará un tratamiento desigual inaceptable. Por ello, se acude, más bien, al efecto resocializador que produce el hecho de que el autor del delito se enfrente con las consecuencias de su hecho y busque una reconciliación con la víctima (prevención especial positiva)[162].

Si se sigue el planteamiento que asigna al Derecho penal la función de mantener la vigencia de la norma infringida, como es nuestro caso, la reparación del daño como tercera vía tendrá que responder a esta ordenación funcional del sistema punitivo. El punto de partida es que en determinados delitos, cuya incidencia social no es de especial gravedad, la reparación del daño puede satisfacer la función de res-

157 A esta objeción, Maier: *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 217 y s., agrega dos más: que la reparación como sanción no tiene en cuenta el plus de antijuridicidad del hecho más allá de los intereses personales que lo llevó precisamente al ámbito del Derecho penal y que un sistema de reparación podría favorecer a los más poderosos económicamente.

158 En esta dirección parece apuntar la comprensión de Maier: *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 223 y ss.

159 Vid., en este sentido, Silva Sánchez, en *Estudios*, p. 224.

160 Vid., igualmente, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 63; Silva Sánchez, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 224; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 80.

161 Vid., Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 544 y s. Por el contrario, Mir Puig: *Introducción*, p. 28, destaca los efectos intimidatorios de la reparación civil.

162 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 64. En la misma línea, Galain Palermo, en *Redur* 3 (2005), p. 183 y ss.

tabilización asignada a la pena[163], no siendo necesario, por lo tanto, imponerla. En efecto, la necesidad de devolverle la vigencia a la norma infringida resulta satisfecha aquí con la propia aceptación de culpabilidad y con la realización de ciertos actos de reparación que no tienen que ser necesariamente jurídico-civiles[164]. Lo anterior pone en evidencia que la reparación del daño solamente podrá asumir la función que le corresponde a la pena si existe una aceptación de culpabilidad por parte del autor, siquiera en el plano de la producción de un daño injustificado a la víctima[165].

163 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 63; SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 229: "(...) *cuanto menos se sienta lesionada la colectividad por un determinado hecho, tanto más fácil será que su confianza se vea restablecida por la reparación (o el intento de reparación) de la víctima actual, así como con la reafirmación simbólica de la norma vulnerada*"; PEÑARANDA RAMOS, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara, Ed.): p. 305.

164 Es muy importante tener claro que la reparación del daño no se identifica con la reparación civil, de manera tal que no se trata de darle un carácter penal a la reparación civil, como parece entenderlo GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 85 y ss., y que explica su posición crítica ante la reparación del daño como tercera vía penal (comparte esta visión crítica, PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias jurídicas*, p. 279). Aun cuando la reparación del daño consista en el pago de la reparación civil, la reparación civil sigue siendo tal, lo que no impide que se le reconozca también ciertos efectos en el plano penal. De la misma manera que en el *ne bis in idem* la sanción penal puede abarcar los efectos de protección del ámbito administrativo, la reparación civil puede alcanzar ciertos efectos beneficiosos o exoneratorios en el plano penal. Aceptar esto no implica negarle la naturaleza civil a la reparación civil.

165 Exige, en este sentido, el respeto al principio de responsabilidad penal, RODRÍGUEZ DELGADO: *LH-Bramont Arias*, p. 832.

Capítulo 4
EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva subjetiva, el Derecho penal puede ser definido como la facultad de imponer penas por la realización de un delito[1]. A este poder punitivo se le conoce también con la denominación latina de *ius puniendi*[2]. Aunque resulta claro que este enfoque hace un discutible paralelismo con el derecho subjetivo del derecho privado[3], lo cierto es que pone en evidencia que a alguien se le tiene que encargar la potestad de sancionar los delitos y que su ejercicio debe contar necesariamente con un fundamento y unos límites. Es por ello que la doctrina penal se plantea básicamente tres cuestiones al ocuparse del tema del *ius puniendi*[4]. En primer lugar, se discute la cuestión de si en la sociedad actual es posible justificar la existencia de una potestad punitiva. En segundo lugar, se plantea también la cuestión de quién está legitimado para ejercerla. Finalmente, dado que en una sociedad democrática la potestad de imponer sanciones penales no puede ser ejercida de cualquier manera, resulta obligado establecer cuáles son los límites que debe respetar el que la ejerce. De la respuesta a estas tres cuestiones se ocupará el presente capítulo.

---

1 Similarmente, Bustos Ramírez: *Introducción*, p. 20; Velásquez Velásquez: *Derecho Penal*, PG, p. 53.

2 Así, Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 16. Críticamente sobre la denominación de *ius puniendi*, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 88, recogiendo las ideas de Zaffaroni.

3 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 15 y ss.

4 En el mismo sentido, Mir Puig: *Introducción*, p. 113.

II. EL FUNDAMENTO DEL *IUS PUNIENDI*

Para determinar cuál es el fundamento del *ius puniendi* se debe responder primeramente a la cuestión de si la sociedad actual necesita de la imposición de sanciones penales. El planteamiento abolicionista niega tal necesidad, pues considera que los conflictos derivados de la comisión de un delito se pueden resolver satisfactoriamente sin recurrir a una medida tan gravosa como la pena[5]. Pese a lo maravilloso que sería poder prescindir de las sanciones penales, lo cierto es que a los abolicionistas se les critica de manera generalizada la falta de factibilidad de sus propuestas de solución[6]. La pena sigue siendo "una amarga necesidad" para el mantenimiento de la convivencia social.

Aunque igualmente proclaman la eliminación del Derecho penal, distinto es el enfoque de aquellos que sostienen que su existencia no es legítima, pues no apoyan su posición en la falta de necesidad de imponer sanciones penales, sino en un cuestionamiento a la sociedad actual y sus estructuras a partir de ideas de raigambre anarquista o marxista[7]. En especial, cabe mencionar aquí a la llamada criminología crítica, la que tuvo un fuerte impulso en los años ochenta y parte de los noventa del siglo pasado[8]. Su explicación de la realidad penal parte de la idea de que el Estado necesita de los delincuentes y de su castigo como medio de dominación, por lo que la pena no sería más que un pretexto para mantener las estructuras de dominio y asegurar el control de los grupos de poder[9]. A este planteamiento se le cuestiona hacer un análisis del sistema penal desde una perspectiva sumamente ideologizada sin ofrecer alternativas de solución viables, apoyando finalmente sus conclusiones en casos triviales o de bagatela que se encuentran al margen del núcleo duro del sistema penal[10].

La posición mayoritaria parte, por el contrario, de la necesidad de contar con el sistema penal para asegurar la convivencia social. Cómo se logra ello, es precisamente lo que se pretende esclarecer cuándo se discute sobre la función que

---

5 Aunque es posible diferenciar entre posiciones radicales que sostienen la necesidad de abolir todo el sistema penal (HULSMAN/DE CÉLIS: *Peines perdues*, p. 107; MATHIESEN: *The Politics of Abolition*, pp. 46, 68 y ss.) y posiciones restringidas que proponen reducir el sistema penal a lo mínimo (CHRISTIE: *Una sensata cantidad de delito*, p. 127 y ss.).

6 Vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 21.

7 Vid., VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 129.

8 El discurso crítico fue progresivamente moderándose al interior de la misma criminología por los llamados "realistas de izquierda", quienes optaron por pasar de una fase idealista a una realista en las reformas del sistema penal. Vid., al respecto, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 23 y s.

9 Vid., con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 19 y s.

10 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 21.

cumple el Derecho penal y lo que permite responder a la cuestión de cuál sería el fundamento del *ius puniendi*[11]. Podría decirse que, en esencia, las posiciones doctrinales discurren actualmente entre dos líneas de pensamiento. Por un lado está la concepción dominante que entiende que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos –como realidades valoradas positivamente– por medio de la prevención de las conductas que los lesionan[12]. Frente a esta posición ha adquirido cierta notoriedad el planteamiento que considera que el Derecho penal cumple la labor, más bien, de mantener la vigencia de la norma defraudada por el delito[13]. Como puede verse, para los primeros el fundamento del *ius puniendi* está en que es una manera imprescindible de mantener incólumes los bienes jurídicos, mientras que los segundos legitiman la potestad punitiva en la protección (o restablecimiento) de las expectativas normativas defraudadas por los delitos cometidos[14].

Dado que el Derecho penal llega por lo general tarde – de manera más precisa: cuando el objeto que representa el bien jurídico se encuentra lesionado–, lo razonable es centrar su función en el restablecimiento comunicativo de la norma defraudada y, por lo tanto, encontrar aquí el fundamento del *ius puniendi*. Pero con independencia de la discusión sobre la función social asignada al castigo penal, el hecho es que las dos posturas antes reseñadas, pese a sus claras diferencias de enfoque, consideran necesaria la existencia del Derecho penal para el mantenimiento de la sociedad actual. En consecuencia, puede decirse que el parecer mayoritario no sólo niega que el *ius puniendi* se encuentre huérfano de fundamento, sino que lo reconoce como un mecanismo imprescindible para el aseguramiento de la convivencia social, más allá de cómo llega a cumplir con este cometido. Bajo estas circunstancias, lo que corresponde discutir es, más bien, la persona o entidad que

---

11 Lo que MIR PUIG: *Introducción*, p. 114, llama fundamento funcional. Este autor se ocupa también de un fundamento político (p. 119 y ss.), relacionado con la legitimidad del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos más elementales.

12 Así ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 1, habla de una "*protección subsidiaria de bienes jurídicos*" como el cometido del Derecho penal. En una línea más centrada en la libertad que en bienes, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 181, señala: "*lo que legitimaría al Derecho penal sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia –en sentido amplio- que se genera en una sociedad*". En el Perú, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 9, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 30, sostienen explícitamente que la función del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos.

13 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 2. En el Perú, GARCÍA CAVERO, en *XVII Congreso Latinoamericano*, p. 88.

14 La necesidad del Derecho penal podría sostenerse incluso con un discurso idealista de la pena (teorías absolutas), pues, como lo indica MIR PUIG, *Introducción*, p. 114: "*Desde la perspectiva de las teorías absolutas, el fundamento del ius puniendi sería la necesidad de realizar la Justicia por medio de la pena*".

se encontraría autorizada para ejercerlo y precisar luego los límites a los que queda obligadamente sometido.

III. EL TITULAR DEL *IUS PUNIENDI*

Si bien la reacción punitiva frente al delito tiene orígenes privatísticos[15], en la actual organización social es el Estado quien tiene el monopolio exclusivo de la facultad de imponer penas[16], lo que lo convierte en un asunto público[17]. La razón de esta asignación exclusiva del *ius puniendi* al Estado se suele encontrar en la necesidad de que sea un tercero ajeno al conflicto de naturaleza penal, el que decida la manera de resolverlo. Se preservaría, de esta manera, a la respuesta punitiva del riesgo de convertirse en una reacción irracional o desproporcionada, como sucedería, antes bien, si la vendetta o la venganza privada se constituyesen en los medios de respuesta legítimos frente a los actos delictivos[18]. Esta argumentación, que parece tener un alto nivel de plausibilidad, no es, sin embargo, del todo correcta, pues no explicaría, por ejemplo, por qué el Estado decide también la imposición de la pena para delitos en los que el ente estatal resulta siendo el perjudicado (por ejemplo, en los delitos contra la Administración Pública). El monopolio estatal del *ius puniendi* debe encontrar, por lo tanto, una explicación distinta.

En nuestra opinión, la razón por la que el Estado se constituye en el titular exclusivo del *ius puniendi* radica en que los intereses afectados por el delito son de naturaleza pública[19]. En efecto, lo que motiva la respuesta punitiva por la comisión de un delito no es el perjuicio o el daño concretamente producido al agraviado (de resarcirlo se ocupa, en todo caso, la reparación civil), sino la afectación de las reglas básicas para la convivencia social o, dicho de manera más precisa, el cuestionamiento a la identidad normativa esencial de la sociedad[20]. Desde esta perspectiva, adquiere el carácter de un interés público mantener, por medio de la imposición de la pena, la vigencia de la identidad normativa esencial de la sociedad puesta en tela

15 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 54.

16 Vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 113.

17 Vid., sobre cómo se llegó a la naturaleza pública de la cuestión penal, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 38 y s. En la actualidad la opinión unánime es que el Derecho penal es parte integrante del Derecho público, el cual se caracteriza por el principio de subordinación del individuo al poder del Estado (vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 5).

18 Como lo destacan FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 332; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 181.

19 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 8, resalta el carácter público de la cuestión penal, pero no porque el Estado asuma la persecución del delincuente en representación del individuo afectado (lo que considera un rodeo innecesario), sino porque la infracción de la norma penal origina un conflicto público, esto es, una desautorización de la norma.

20 Así, expresamente FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 38.

de juicio por el delito. Sancionar penalmente la comisión de un delito se convierte en una labor que le corresponde realizar al Estado.

El carácter público del delito es tal que la persecución penal ni siquiera precisa de la denuncia del afectado. De hecho, el ejercicio de la acción penal es facultad exclusiva de una institución estatal autónoma: el Ministerio Público (artículo 159 inciso 5 de la Constitución Política). Solamente en el caso de delitos que lesionan intereses altamente personalísimos (como, por ejemplo, los delitos contra el honor), el afectado mantiene la facultad exclusiva de solicitar a los tribunales penales la imposición de la sanción penal correspondiente[21], aunque la sanción siempre la tiene que imponer el Estado a través del Poder Judicial. Algunas restricciones en la persecución penal se presentan en el caso de delitos que lesionan levemente intereses personales, como sucede, por ejemplo, con las lesiones culposas leves, pues la persecución penal exige una denuncia de parte agraviada como requisito de procedibilidad de la acción penal (los llamados delitos semipúblicos)[22]. Pero una vez hecha la denuncia por el afectado, el hecho delictivo adquiere interés público, de manera tal que los representantes del Ministerio Público se encuentran en la obligación de perseguir al autor del delito. De todo lo anterior, se desprende con claridad que el carácter público del delito es lo que sustenta que el ejercicio del *ius puniendi* sea un monopolio estatal, lo que tiene lugar no sólo en la imposición de la sanción (siempre), sino también en la persecución (salvo algunas excepciones por el escaso interés público del delito cometido).

IV. LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO

La potestad de castigar las conductas delictivas no puede ser ejercida de forma irrestricta, por lo que el Estado no está autorizado a optimizar al máximo el objetivo perseguido con la pena, al extremo de caer en una situación de terror penal o llevar a cabo una injerencia indebida en las libertades del ciudadano. El ejercicio de la potestad punitiva debe sujetarse a un conjunto de principios o garantías que forman parte esencial del sistema penal[23]. A estas garantías se les conoce también como principios político-criminales[24], en la medida que se ocupan de definir la manera como el Estado debe usar el Derecho penal para hacer frente a las conductas socialmente dañosas. Aunque se les pueda calificar de límites al ejercicio del *ius*

21 Así, respecto de los llamados delitos privados, Mir Puig: *Introducción*, p. 114.

22 Vid., igualmente, Mir Puig: *Introducción*, p. 114.

23 Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 2187 considera que no se trata propiamente de unos límites al *ius puniendi*, sino de auténticos fines del Derecho penal.

24 Vid., sobre la relevancia político-criminal de los principios penales, Yacobucci: *El sentido de los principios penales*, p. 367 y ss. Vid., igualmente, Zúñiga Rodríguez: *Política criminal*, p. 177 y ss.; Cancho Espinal: *LH-Paredes Vargas*, p. 464.

puniendi, el hecho es que, en estricto, se trata de aspectos que no limitan, sino que conforman la función atribuida al Derecho penal. Su importancia en el ejercicio de la potestad punitiva se pone en evidencia con su expresa incorporación en el Título Preliminar del Código Penal y que, en algunos casos, llega incluso a merecer su reconocimiento en la misma Constitución[25].

Los principios político-criminales se han ido perfilando a lo largo de los más de doscientos años de discusión sobre la manera de asegurar un uso racional del castigo penal. Su origen se remonta a la conformación del llamado Derecho penal liberal en el marco de la ilustración[26]. La situación política entonces reinante desempeñó un rol determinante en su configuración: se trataba de un momento histórico en el que todavía estaba fresco en la memoria las arbitrariedades cometidas por los Estados absolutistas. Por esta razón, la formulación de gran parte de estos principios penales estuvo orientada primordialmente a evitar los excesos en el ejercicio del poder punitivo por parte de los gobernantes. El reconocimiento de este origen histórico no debe llevar, sin embargo, a mantener los principios jurídico-penales tal y como fueron inicialmente formulados, pues eso constituiría un serio error de contextualización.

El contexto político-social actual es completamente distinto. Si bien es posible que también en la actualidad el *ius puniendi* se pervierta y deje de proteger el orden social para favorecer intereses de determinados grupos de poder, la situación no es la misma. Estamos ante gobiernos elegidos democráticamente para gobernar un tiempo determinado, con sistemas de control mutuo entre los poderes del Estado, en algunos casos incluso con mecanismos políticos de supervisión por parte de los propios gobernados. Por ello, mantener las garantías penales con el mismo contenido que sirvió para limitar los excesos de poder, constituiría un inaceptable estancamiento del sistema jurídico. La labor de determinación de los principios jurídico-penales y su específico contenido debe de responder a la constitución de la sociedad actual, a sus particularidades y requerimientos[27]. No hacerlo implicará alejar el discurso de la realidad social y, por lo tanto, condenar a que la definición de los principios político-criminales no sea más que un debate académico sin la menor repercusión práctica.

---

25 Vid., CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 30 y s.

26 Vid., BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 65.

27 Ya indicaba la necesidad de "socializar" los principios de *última ratio* y subsidiariedad entendidos como principios individual-liberales, VOLK: *JZ* 1982, p. 88. Sobre el carácter políticamente controversial de los principios político-criminales, en especial, del principio de subsidiariedad, MAÑALICH: *Revista de Estudios de la Justicia,* N° 29 (2018), p. 64 y ss.

La justificación actual de los principios político-criminales puede encontrarse en el marco de la función preventiva o restabilizadora atribuida al Derecho penal. En la lógica preventiva, la pena no sólo debe ser eficaz para prevenir los delitos (*Zweckrationalität*), sino que debe también orientarse al respecto de las garantías jurídico-penales (*Wertrationalität*). Para algunos, esta orientación hacia las garantías constituye una limitación externa a la función intimidatoria de la pena (teoría de la prevención general negativa), mientras que para otros la prevención de los delitos requiere de una pena justa, es decir, que se corresponda con los criterios de justicia, proporcionalidad, etc. (teoría de la prevención de integración)[28]. Sea como fuere, para la perspectiva preventiva el Derecho penal sería una síntesis dialéctica de una finalidad utilitarista de prevención y una finalidad valorativa de garantías. Desde la perspectiva restabilizadora, por el contrario, las garantías se deben funcionalizar en atención a la prestación social asignada al Derecho penal[29]. En este sentido, no es posible que la pena cumpla con la función que se le asigna, si en el restablecimiento de la norma no se observan los principios que aseguran que la pena desarrolle un efecto comunicativo válido en la sociedad actual[30]. La comunicación penal no puede hacerse de cualquier manera; es necesario el cumplimiento de ciertas condiciones de legitimidad política, es decir, el respeto de las garantías jurídico-penales.

1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos establece que el Derecho penal solamente puede ser utilizado para proteger bienes jurídicos, por lo que la intervención punitiva no podrá encontrar justificación si lo que se busca es preservar o fortalecer valores puramente morales, objetivos políticos o reglas de simple orden social[31]. A este principio se le vincula lógicamente el principio de lesividad, según el cual la pena se impondrá únicamente a conductas que lesionen o, por lo menos, pongan en peligro el bien jurídico protegido. Sin esa lesividad de la conducta, no es posible sustentar la imposición de la sanción penal. Todo esto parece tener mucho sentido y es, por ello, que muy poco se discute. Sin embargo, el consenso conceptual se rompe por completo cuando se entra a precisar lo que debe entenderse por bien jurídico. A lo anterior se suma el hecho innegable de que,

28 Vid., la referencia a estos planteamientos en Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 249.

29 Vid., Ragués i Vallès, en *El Funcionalismo en el Derecho Penal*, II, p. 493 y s., en relación con el principio de legalidad y su función de garantizar la objetividad del sistema penal.

30 Vid., similarmente, Wohlers: *Deliktstypen*, p. 253. Sobre la posibilidad de construir una lógica funcionalista de los valores, Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 21.

31 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 2 y ss.; El Mismo, *RPDJP* 5 (2004), p. 294. En la doctrina penal nacional, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 95; Caro/Huamán: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 84.

en la actualidad, la legislación penal está plagada de tipos penales que no responden al criterio de la lesividad tal y como se acaba de formular. Bajo estas circunstancias, las alternativas son esencialmente dos: o se abandona la construcción conceptual del bien jurídico y su lesividad como exigencia para la imposición de una pena, o se reformulan para ajustarlas a las necesidades punitivas de la sociedad actual.

A. Concepto de bien jurídico

La discusión doctrinal sobre el bien jurídico penalmente protegido tiene más de un siglo de antigüedad y, pese al tiempo transcurrido, los penalistas no se han puesto aún de acuerdo sobre su definición. Se trata de un concepto jurídico-penal que todos usan, pero que no todos entienden del mismo modo. Muy gráfica al respecto es la tan citada afirmación de WELZEL de que "*(e)l bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma enseguida en algo distinto*"[32]. No obstante, pese a la dificultad de su definición, resulta ineludible pronunciarse sobre este concepto esencial del Derecho penal, pues, de lo contrario, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos estaría en incapacidad de desempeñar alguna función de control sobre el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

La doctrina penal coincide en que el término "bien jurídico" fue utilizado por primera vez por BIRNBAUM, quien, en oposición a la tesis de FEUERBACH[33], entendió que el delito no lesionaba derechos subjetivos, sino bienes. Esta idea se muestra con claridad en el siguiente extracto del trabajo de BIRNBAUM: "*Que perdamos algo o se nos prive de una cosa que es el objeto de nuestro derecho, que se nos sustraiga o merme un bien que nos compete jurídicamente, eso, sin duda, no disminuye ni suprime nuestro derecho*"[34]. Algunos autores consideran que el referido autor realizó esta afirmación siguiendo la lógica liberal de limitar la actividad punitiva del Estado[35]. Otros, por el contrario, señalan que introdujo el concepto de bien jurídico para sustentar la incriminación de los delitos contra la religión y las buenas costumbres, y en contra, por tanto, de los postulados liberales[36]. Pero con independencia de esta discusión sobre

---

32 WELZEL: *ZStW* 58 (1939), p. 509.

33 FEUERBACH: *Tratado*, § 23: "*Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral)*".

34 Vid., BIRNBAUM: *Sobre la necesidad de una lesión de derechos*, p. 81.

35 Vid., así, SINA: *Die Dogmengeschichte*, p. 26 y ss.; MARX: *Zur Definition*, p. 84 y ss.

36 Así, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 5. Algunos autores como SCHÜNEMANN, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 206, consideran, sin embargo, que la apreciación de Amelung es muy exagerada. En España sigue una interpretación similar MIR PUIG: *Introducción*, p. 128.

el sentido ideológico que Birnbaum le dio al concepto de bien jurídico, el hecho es que a partir de ese momento el bien jurídico se convirtió en el fundamento con el cual poder sustentar la intervención penal[37]. Sin la protección de un bien jurídico, no habrá manera de justificar la imposición de una sanción penal.

La discusión sobre cómo se conforma el bien jurídico se inicia propiamente con el enfrentamiento entre la postura formalista de Binding y la sociológica de von Liszt. Para el primero, el bien jurídico era creado por el Derecho al elegir los objetos que, en opinión del legislador, merecían protección penal. El bien jurídico abarca "*todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta*"[38]. Su titular es la comunidad jurídica, aunque en apariencia se presente como individual, lo que explica que sea el legislador el que lo determine. Como puede verse con facilidad, el concepto de bien jurídico propugnado por Binding no constituye, en sentido estricto, un límite a la actividad criminalizadora del legislador, pues desde esta perspectiva el bien jurídico llega a ser tal por el hecho de gozar de protección jurídica[39]. Con esta concepción, a lo mucho, podrían excluirse comportamientos de carácter puramente moral, en la medida que constituyen valores en sí mismos y no aspectos valiosos para la "vida sana de la comunidad jurídica"[40].

Por el contrario, von Liszt consideró que era la realidad social, y no el legislador, la que determinaba qué objetos eran merecedores de protección penal. Para el autor del Proyecto de Marburgo, el bien jurídico es el interés de la vida que el Derecho no crea, sino que se encuentra y eleva a la categoría jurídica. Dicho con sus propias palabras: "*No es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien jurídico*"[41]. Este planteamiento abre sin duda la posibilidad a una mayor función crítica del

37 Aunque debe reconocerse que este aporte doctrinal debió esperar varias décadas hasta que Binding lo colocó en la discusión penal (vid., Eser: *Sobre la exaltación del bien jurídico*, p. 19: Guzmán Dalbora: *Estudio preliminar* a la obra de Birnbaum, p. 38). Al hacer Birnbaum su planteamiento dominaban aún los hegelianos con su teoría del delito como lesión del Derecho, por lo que éste no adquiere notoriedad de manera inmediata, como lo destaca Jakobs: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 164. Tan es así que Amelung: *Rechtsgüterschutz*, p. 45, llega a sostener que el estudio de Birnbaum hubiera desaparecido por completo de la ciencia del Derecho penal, si Binding no se hubiese referido a él.

38 Binding: *Die Normen*, Vol. 1, p. 341 y s.

39 Así, Swodoba: *ZStW* 122 (2010), p. 30. En esta línea, Bustos Ramírez: *Introducción*, p. 27, señala que, para el planteamiento de Binding, el bien jurídico no crearía la norma, sino la norma al bien jurídico.

40 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 12.

41 Von Liszt: *Tratado*, I, p. 6.

concepto de bien jurídico[42], pero hay que indicar que von Liszt no precisó qué debía entenderse en el plano social como "interés de la vida", lo que hizo poco útil en la práctica la función limitadora de su concepto de bien jurídico[43]. Es más, al reconocer al Estado como representante de la sociedad, prácticamente se le dio a toda norma penal cuando menos el interés del Estado de penalizar una determinada conducta[44]. Por todo esto, puede decirse que, aun cuando von Liszt persiguió un concepto material de delito que sirviese de frontera máxima de lo punible[45], su planteamiento no fue más que un programa sin desarrollo que, como se verá enseguida, buscó ser realizado, desde una perspectiva distinta, por los autores neokantianos.

El cambio del método científico en las ciencias del espíritu, luego del furor positivista, dio origen a una línea de pensamiento jurídico a la que se le denominó neokantiana y que tuvo una especial importancia en el ámbito específico del Derecho penal. La nueva visión del Derecho penal impulsada por el neokantismo llevó a una reformulación de la teoría del delito, en donde la filosofía de los valores pasó a ocupar un lugar primordial[46]. En concreto, cabe destacar que, en relación con el concepto de bien jurídico, se dejó de buscar el referente para su determinación en la norma penal o en el terreno empírico-social, para encontrarlo, más bien, en el mundo espiritual de los valores. La dirección neokantiana coincidió con la línea de pensamiento de von Liszt al remitirse a una realidad externa al Derecho positivo, pero en lugar de acudir al terreno social trasladó la discusión al mundo espiritual de los valores[47].

Al interior de la perspectiva neokantiana es posible distinguir dos orientaciones. Por un lado se encuentra la orientación neokantiana que equipara valor y fin, con la consiguiente caracterización del bien jurídico como el fin perseguido por el legislador penal[48]. Como es fácil de notar, el concepto de bien jurídico desde esta perspectiva pierde por completo su función crítica, para asumir una función mera-

---

42 En este sentido, Polaino Navarrete: *El bien jurídico en el Derecho penal*, p. 164.

43 Así, Swodoba: *ZStW* 122 (2010), p. 32; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 13: "*también los delincuentes persiguen intereses*". La misma crítica anteriormente en Mir Puig: *Introducción*, p. 129 y s.

44 En este sentido, Hormazábal Malarée: *Bien jurídico*, p. 67.

45 Así, la famosa frase de Von Liszt: *ZStW* 8 (1888), p. 139 y s.: "*el bien jurídico es un concepto límite de la lógica jurídica abstracta*".

46 Vid., en este sentido, Hormazábal Malarée: *Bien jurídico*, p. 73.

47 Así, Mir Puig: *Introducción*, p. 130.

48 A esta orientación se adscribe el planteamiento de Honig: *Die Einwilligung*, p. 94, que define el bien jurídico como una fórmula sintética en la que el legislador reconoce el fin que persigue con cada una de las prescripciones penales.

mente interpretativa de las prescripciones penales, esto es, de interpretación teleológica[49]. Por otro lado está la orientación neokantiana que define el bien jurídico como un valor de la cultura y el delito, por tanto, como la lesión de una norma de cultura[50]. Pese a la referencia externa al Derecho utilizada por este sector del pensamiento neokantiano para determinar el bien jurídico, tampoco pudo desarrollar una función de limitación del ejercicio del *ius puniendi*, pues se presentaba sumamente complicado definir una cultura aislada del ordenamiento jurídico generado por la misma sociedad[51]. Pero, aún más, la indeterminación de la cultura, como fuente de los intereses positivamente valorados, hizo que este concepto pierda sustancialmente su potencial crítico frente a la actividad incriminatoria del legislador penal.

La espiritualización del concepto de bien jurídico que tuvo lugar con la metodología neokantiana[52], especialmente con la perspectiva teleológica, favoreció el surgimiento de planteamientos irracionales durante la época del nacionalsocialismo alemán en la primera mitad del siglo XX. Si bien los penalistas de ideología nazi rechazaron, en un primer momento, el concepto de bien jurídico por ser contrario a los más altos valores del nacionalsocialismo, luego lo utilizaron para dar legitimidad a las leyes penales expedidas en ese entonces[53]. En efecto, al definirse el bien jurídico como una "realidad positivamente valorada", la relatividad de los valores asumida por el neokantismo fue aprovechada para incluir la fidelidad al sentimiento del pueblo alemán como un valor positivo de la cultura. De esta manera, el delito se configuró como una lesión al deber de fidelidad al pueblo alemán, erigiéndose dicho deber de fidelidad en el bien jurídico penalmente protegido[54]. Está claro que con un planteamiento como éste difícilmente el bien jurídico podía desempeñar alguna función de control sobre el poder punitivo ejercido por el Estado.

Después del triste período nacionalsocialista, surgieron diversos intentos por dar un fundamento ético al concepto de bien jurídico[55], buscando con ello evitar caer nuevamente en la perversión de los valores. Así, cabe mencionar el planteamiento de MAYER, quien consideraba que la protección de los bienes jurídicos estaba mediatizada por la protección de un orden moral que se expresaba formalmente

---

49 En este sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 73 y s.

50 Vid., MAYER: *Derecho Penal*, PG, p. 71: "*delito es un acontecimiento imputable (...) que es contradictorio con una norma de cultura reconocida por el Estado*"; WOLF: *Die Justiz* III (1927/1928), p. 111; EL MISMO, *Las categorías de la tipicidad*, p. 19 y s.

51 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 13.

52 En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción*, p. 28.

53 En este sentido, MIR PUIG: *Introducción*, p. 131 y s.

54 Vid., SCHAFFSTEIN, en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, p. 108 y ss.

55 En este sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p.88.

a través del orden jurídico[56]. En una línea de pensamiento igualmente moralizante, WELZEL entendió que la misión central del Derecho penal no residía en proteger bienes jurídicos actuales como la persona individual o su propiedad (a lo que el Derecho penal llegaba demasiado tarde), sino en asegurar la vigencia real de los valores ético-sociales de la acción[57]. Con estos planteamientos se procuró dotar al bien jurídico de una base ética o moral que lo preservase de la manipulación política o del relativismo de los valores. Sin embargo, la visión moralizante del bien jurídico trajo también como consecuencia que se abriese la posibilidad de justificar la criminalización de conductas de carácter estrictamente moral[58], tal como sucedió en el Proyecto Gubernamental de Código penal alemán de 1962. Como contrarreacción a esta pretensión criminalizadora, sustentada en una concepción moralizante del bien jurídico, comenzaron a desarrollarse diversas visiones del bien jurídico de base sociológica, en las que se pasó a destacar más la contextualización social que el orden moral. En efecto, los bienes jurídicos dejaron de ser vistos como valores culturales o éticos, para ser entendidos como condiciones indispensables para el orden social.

Las concepciones del bien jurídico de base sociológica pueden agruparse en dos grandes orientaciones. En primer lugar, cabe mencionar la línea de pensamiento que deja de referir el bien jurídico a la persona y lo centra, más bien, en el sistema social. La razón de este cambio de paradigma lo explica AMELUNG con las siguientes palabras: "*Si el Derecho penal ha de garantizar las condiciones de la vida humana en comunidad, entonces la reflexión debe tener su origen necesariamente en el sistema social, y no en la persona*"[59]. La importancia de la significación social le llevó incluso a proponer abandonar el concepto de bien jurídico y quedarse solamente con la idea de dañosidad social[60]. Sin embargo, a este planteamiento se le reprocha la misma debilidad que las propuestas anteriores, pues, si bien rescata la noción de bien jurídico del mundo abstracto de los valores y lo integra en la realidad social, no establece con claridad los criterios para determinar qué grado de dañosidad social se requiere para que intervenga el Derecho penal[61]. Por otra parte, la exclusiva referen-

56 Vid., MAYER: *Strafrecht*, AT, p. 52 y ss.

57 Vid., WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 4: "*La misión del Derecho penal es la protección de los elementales valores ético-sociales de la acción y de la conciencia y recién a partir de ellos la protección de los bienes jurídicos individuales*". La misma idea la reitera WELZEL, *en Abhandlungen*, p. 231: "*Detrás de las normas del Derecho penal se encuentran, como su contenido material, los valores de la acción de carácter ético-jurídico*".

58 Así, el peligro que advierte HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 101, de dar fundamento a una responsabilidad ética absoluta.

59 Vid., AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 390.

60 Vid., AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 350 y ss.

61 Así, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 270.

cia a la funcionalidad social podría llevar a proteger penalmente estrategias políticas e incluso caer en la penalización de valores morales, mediatizando las necesidades reales de los individuos[62].

La visión sociológica del bien jurídico tuvo también otra línea de desarrollo que, a diferencia del funcionalismo de AMELUNG, no desplaza al individuo para centrarse en la sociedad, sino que entiende las condiciones sociales en atención a su necesidad para el desarrollo de los individuos. Tres son los principales autores que han desarrollado, desde sus propias perspectivas, esta línea de pensamiento. Por un lado, está el planteamiento desarrollado por CALLIES sobre la base del interaccionismo simbólico. Para este autor las sanciones penales no tienen la función de privar, sino de establecer las oportunidades de participación, esto es, de hacer posible la libertad en los sistemas sociales, de manera tal que lo que el Derecho penal protege son las posibilidades de participación de los individuos en la sociedad[63]. Desde esta perspectiva, la introducción de un planteamiento social en la teoría del bien jurídico no es solamente posible, sino altamente conveniente para la libertad del individuo[64]. Por otro lado, cabe mencionar la posición desarrollada por MARX que considera bienes jurídicos a los objetos que requiere el ser humano para su libre autorrealización[65]. Sin embargo, lo destacable de su planteamiento es que no concibe la existencia de los seres humanos como ermitaños, sino con una individualidad social[66]. Finalmente, hay que hacer referencia a la propuesta de HASSEMER, quien coloca el concepto de bien jurídico en el contexto histórico cultural en el que se valoran los objetos afectados por las conductas criminalizadas (experiencia valorativa social)[67]. Si bien esta concepción del bien jurídico rescata el aspecto social al integrar en el sistema de bienes jurídicos las condiciones de vida de la moderna socialización, es muy claro al prescribir que la protección de estas condiciones generales debe funcionalizarse partiendo de la persona individual. La condición irrenunciable de la protección penal es servir a los intereses del hombre[68].

Pese a que las propuestas doctrinales acabadas de esbozar le han devuelto, sin duda alguna, materialidad social al concepto del bien jurídico, los estudios actuales intentan encontrar puntos de referencia más específicos para concretar el aspecto

62 Así, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 126; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 269.

63 Vid., CALLIES: *Theorie der Strafe*, p. 64. Sigue esta teoría, MIR PUIG: *Introducción*, p. 140.

64 Así, MIR PUIG: *Introducción*, p. 137.

65 Vid., MARX: *Zur Definition*, p. 62.

66 Vid., MARX: *Zur Definition*, p. 25 y ss. En una línea de pensamiento similar, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 271.

67 HASSEMER: *Theorie und Soziologie*, p. 244 y ss.

68 Vid., HASSEMER: *Doctrina penal* 46-47 (1989), p. 282.

social determinante de la protección penal. A nuestro modo de ver, las líneas de argumentación que se han desarrollado al respecto en los últimos años van fundamentalmente por tres caminos: una línea formal que recurre a la Constitución Política para definir los intereses merecedores de protección penal, una línea material que parte de una comprensión contractualista de la sociedad y una línea institucional que se centra en la protección de la norma como expectativa de conducta jurídicamente garantizada.

Las tesis constitucionalistas pretenden hallar en la Constitución Política el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles. Autores como SAX[69] en Alemania, BRICOLA[70] en Italia y ESCRIVÁ GREGORI[71] en España han desarrollado, con sus propios matices, este punto de partida. Como idea general, cabe decir que el planteamiento constitucionalista entiende que el Derecho penal solamente puede proteger valores constitucionalmente reconocidos, de manera tal que al legislador le resulta prohibido rebasar los límites establecidos por el constituyente[72]. Este planteamiento cuenta en la doctrina nacional con algunos defensores[73], a los que el Tribunal Constitucional ha dado cierto respaldo, al haber señalado que el Derecho penal tutela los valores proclamados en la Constitución[74]. Pero cuán vinculado está el legislador penal frente al programa constitucional, es un punto que ha llevado a que dentro del planteamiento constitucionalista se diferencie entre una variante amplia y una variante estricta.

El constitucionalismo amplio vincula de manera general al bien jurídico con el modelo de Estado constitucionalmente establecido, es decir, con el Estado social y democrático de Derecho, mientras que el constitucionalismo estricto requiere que la Constitución reconozca explícita o implícitamente el interés que, en concreto, se quiere tutelar penalmente[75]. Ambas variantes de las tesis constitucionalistas han sido sometidas a crítica. Al constitucionalismo amplio se le ha cuestionado recurrir igualmente a un criterio difuso, flexible e incluso ambiguo, lo que no garantiza la

---

69 SAX, en *Die Grundrechte*, p. 909 y ss. Propone igualmente una fundamentación constitucional del bien jurídico, RUDOLPHI: *FS für R. M. Honig*, p. 158 y ss.

70 BRICOLA, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, p. 15 y s. Siguen esta línea en la doctrina penal italiana, MUSCO: *Bene Giuridico*, p. 55 y ss.; ANGIONI: *Contenuto e funzioni*, p. 161 y ss.

71 ESCRIVÁ GREGORI, en *Papers* 13 (1980), p. 157. Siguen en España este planteamiento, ÁLVAREZ GARCÍA: *CPC* 43 (1991), p. 5 y ss.

72 Vid., con mayor detalle y ulteriores referencias, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 135 y ss.

73 Así, ABANTO VÁSQUEZ: *LH-Juan Bustos Ramírez*, p. 69.

74 STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007, fundamento jurídico 11.

75 Vid., la exposición al respecto de CARO CORIA: *Derecho penal del ambiente*, p. 36 y ss.

seguridad y certeza deseada en la teoría del bien jurídico[76]. Al constitucionalismo estricto, por su parte, se le ha objetado generar vacíos en el caso de nuevas realidades que, por razones de evolución social, no se encuentran recogidas dentro del marco expresamente previsto por la Constitución[77]. Por ello, la determinación del bien jurídico protegido no puede satisfacerse únicamente con un planteamiento formal a nivel de la Constitución[78].

Un sector importante de la doctrina penal contemporánea intenta determinar un contenido material del bien jurídico a partir del sistema político socialmente asumido. En esta línea de pensamiento se mueve la concepción de bien jurídico defendida por Roxin, quien lo define literalmente como "*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*"[79]. De esta definición del bien jurídico, se desprende con absoluta claridad que son dos los aspectos de protección que justifican una labor de penalización: la libertad del individuo en un Estado liberal (bienes jurídicos individuales) y la capacidad funcional del sistema social basado en este principio (bienes jurídicos colectivos). Lo que no sirva a lo uno o a lo otro, no puede justificar la expedición de una conminación penal.

Se ha intentado unificar la dualidad de los bienes jurídicos protegidos con base en la idea rectora de que el Estado debe asegurar las posibilidades del libre desarrollo del individuo. El sustento filosófico de esta idea sería el contrato social que dio origen históricamente al concepto del bien jurídico como limitación del Derecho penal[80]. En cuanto a los bienes jurídicos individuales, se sigue trabajando con el entendimiento liberal de derechos individuales. No obstante, resulta claro que mantenerse únicamente en esta visión decimonónica del bien jurídico constituiría un grave error de contextualización histórica, pues la elevación a los altares del derecho de propiedad ocurrida en el siglo XIX a causa de la escasez de bienes materiales en aquel entonces, no es el aspecto esencial de la sociedad actual, caracterizada, más bien, por el consumismo y la producción masiva con sobreexplotación de los recursos naturales[81]. En este orden de ideas, la lesividad social del delito no puede quedarse en el paradigma liberal del daño a los derechos de otro individuo,

76 En general esta crítica a las teorías constitucionalistas del bien jurídico, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 273 y s.

77 Vid., Caro Coria: *Derecho penal del ambiente*, p. 37.

78 Así, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 274.

79 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 9.

80 Vid., Schünemann, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 203 y ss.; Gracia Martín: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, [consulta: 7 de junio de 2012], IJ-LXIV-965.

81 Vid., Schünemann: *Consideraciones*, p. 23.

sino que debe tener en cuenta el buen funcionamiento de los distintos sectores de interactuación social[82]. Por ello, la protección penal debe alcanzar a bienes jurídicos colectivos, pero debe resaltarse que el criterio que legitima su protección no es uno distinto, pues la protección de las condiciones del sistema social se orienta igualmente a asegurar las posibilidades del libre desarrollo del individuo[83].

Con independencia de la viabilidad filosófica de la idea del contrato social como criterio de legitimación de la sociedad[84], al planteamiento contractualista se le puede reprochar no haber desarrollado suficientemente cómo la protección de bienes colectivos se corresponde con la protección del libre desarrollo del individuo. Recurre con cierta facilidad a bienes jurídicos supraindividuales para fundamentar la incriminación de determinadas formas de conducta (delitos económicos, por lo general), pero no hay mucha claridad sobre cuándo ese interés colectivo favorece el libre desarrollo del individuo[85]. La simple afirmación de que el sustrato de los bienes colectivos tiene la virtualidad de posibilitar el libre desarrollo personal[86], deja una sensación de indefinición con poca capacidad crítica frente a la labor del legislador. Por ello, un sector de la doctrina penal muestra serios reparos a la formulación de los bienes jurídicos supraindividuales, pues considera que no sólo se produce una indeterminación poco garantista del objeto de protección[87], sino que, al final, se pasa fácilmente a una protección de funciones del sistema identificables con la propia razón de la norma penal[88]. Así, la función crítica del bien jurídico se mantendría solamente en el caso de bienes jurídicos individuales, pero respecto de los bienes jurídicos colectivos no se contarían con criterios definidos para evaluar críticamente la labor de incriminación del legislador. Para evitar esta situación, algunos consideran necesario tener en cuenta principios limitadores de la punición

82 En este sentido, Schünemann: *LH-Mir Puig* (2017), p. 395; Gracia Martín: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, [consulta: 7 de junio de 2012], IJ-LXIV-965.

83 Vid., respecto de los bienes jurídicos que crean esferas de libertad para los individuos, Hefendehl: *Kollektive Rechtsgüter*, p. 59 y s.; El Mismo, *LH-Gimbernat*, I, p. 402; Schünemann: *LH-Mir Puig* (2017), p. 396.

84 En lo que se centra la crítica de Jakobs, en *Bien jurídico*, p. 19 y ss.

85 Así, por ejemplo, lo mostrado por Amelung, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 236, en relación con el delito de maltrato de los animales, cuya criminalización Roxin defiende con el argumento de que se trata de un acto de solidaridad entre criaturas de la creación, cuando poco antes había vinculado el bien jurídico al libre desarrollo de los seres humanos.

86 Así, Gracia Martín: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, [consulta: 7 de junio de 2012], IJ-LXIV-965.

87 Vid., así, Hassemer: *Doctrina penal* 46-47 (1989), p. 282 y ss.; El Mismo, *ADPCP* 1993, p. 56; Sgubbi: *El delito*, p. 103 y s.

88 Vid., sobre todo en la discusión italiana, Moccia, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 113 y ss.

como la subsidiariedad, la autoprotección, la proporcionalidad, la tolerancia y la difusión de la responsabilidad[89].

Mayor uniformidad de criterio para la determinación del bien jurídico procura la concepción institucional defendida por Jakobs, quien entiende que el Derecho penal no protege bienes jurídicos como objetos (materiales o inmateriales) valorados positivamente, sino la vigencia de la norma que establece los comportamientos compatibles con su respecto[90]. El punto de partida de esta concepción es que el Derecho penal no prohíbe estados desvalorados, sino la producción evitable de tales estados. En este sentido, el fin de la prohibición penal no es garantizar la existencia de determinados bienes (individuales o colectivos), sino evitar un ataque contra los mismos, lo que puede significar afectar la existencia o la producción de bienes[91]. En unos casos el cumplimiento de esta finalidad se hace mediante deberes negativos que prohíben lesiones a bienes existentes; en otros mediante deberes positivos que obligan proteger un bien determinado o a contribuir a la conformación de determinado bien[92]. Vista de esta manera las cosas, al Derecho penal no le corresponde la función de mantener incólumes los derechos o intereses protegidos. De lo que se trata, más bien, es de devolver la vigencia social a la norma cuestionada por la conducta del autor, de manera tal que la defraudación de dicha norma no afecte las instituciones socialmente vigentes[93].

La posición institucional ha sido sometida también a crítica. Sin embargo, no es una crítica que niegue que el Derecho penal proteja la vigencia de la norma, sino que cuestiona la idea de que tal protección se reduzca solamente a ella[94]. Se sostiene que el restablecimiento de la vigencia de la norma no puede ser un fin en sí mismo, sino que debe estar destinado a que, en el futuro, no se produzcan lesiones a los bienes jurídicos. Por lo tanto, son esas realidades individuales o sociales las que finalmente se protegen por medio del Derecho penal. Se dice que tal dato es tan indiscutible que el mismo Jakobs se ha visto obligado a matizar su extremo planteamiento normativista mediante la aceptación de una base cognitiva que asegure mínimamente que los bienes jurídicos no serán lesionados[95], lo que supone finalmente

89 Vid., Hefendehl: *LH-Gimbernat*, I, p. 395.

90 Vid., en este sentido, Jakobs, en *Aspekte der Freiheit*, p. 75; El Mismo, *La ciencia*, p. 136; El Mismo, *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 169; Lesch: *Intervención delictiva*, p. 27; Müssig: *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 140 y ss.; Pérez Del Valle: *InDret* 4/2006, p. 10.

91 Vid., así, Jakobs, en *Bien jurídico*, p. 26.

92 Vid., Jakobs: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 167 y s.

93 Vid., Jakobs, en *Bien jurídico*, p. 26: "*Se trata, pues, de la protección de instituciones* (...)".

94 En este sentido, Roxin: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 309.

95 Vid., Jakobs: *Staatliche Strafe*, p. 29. Vid., la recensión de Silva Sánchez: *InDret* 4/2006, p. 1 y ss., destacando ese aspecto del planteamiento de Jakobs.

admitir la finalidad preventiva del Derecho penal para orientar el comportamiento de las personas a no lesionar bienes jurídicos.

B. El principio de lesividad

Del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se desprende el llamado principio de lesividad. En virtud de este principio, la imposición de una sanción penal requiere que la conducta incriminada haya lesionado el bien jurídico protegido[96]. Por el contrario, si la conducta no cuenta con esa lesividad, entonces no estará justificado sancionarla penalmente. El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal recoge esta exigencia para legitimar la imposición de la pena, al establecer que esta última precisa necesariamente de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por la ley[97]. A esta formulación del principio de lesividad no hay nada que reprocharle en el plano conceptual. Lo problemático es que contrasta, en la realidad, con dos formas de tipificación muy extendidas en el Derecho penal actual: los delitos de peligro abstracto (*abstrakte Gefährdungsdelikte*) y los delitos de comportamiento (*Verhaltensdelikte*). En ambos casos, el delito se castiga sin que exista una afectación concreta a un bien jurídico penalmente protegido. Corresponde determinar entonces si es que se trata de cuerpos extraños o si, pese a sus particularidades, pueden igual encontrar cobijo en el sistema jurídico-penal.

a. Los delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto sancionan comportamientos caracterizados por su peligrosidad general, sin que sea necesario que se haya puesto en peligro efectivo o lesionado algún objeto que represente al bien jurídico[98]. La cuestión que debe resolverse es si la estructuración típica de estos delitos resulta compatible con el antes explicado principio de lesividad. Al parecer, la respuesta debería tener un tenor negativo en nuestra legislación penal que regula expresamente el principio de lesividad[99], al punto que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal del 2004 propuso agregar al artículo IV del Título Preliminar una cláusula de excepción que permitiese, en ciertos casos de especial relevancia social, la utilización de los delitos de peligro abstracto como técnica legislativa[100].

Un sector crítico de la doctrina penal considera que los delitos de peligro abstracto no son más que una invención del legislador para solucionar simbóli-

96 Vid., así en el Derecho penal nacional, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 94.

97 Vid., ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho penal*, PG, p. 53.

98 Vid., similarmente, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 311.

99 En este sentido, ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 54 y s.

100 Crítico, sin embargo, frente al tenor del proyecto de nueva regulación del principio de lesividad, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 96.

camente, y no de manera efectiva, los problemas de la criminalidad[101]. Se trata del planteamiento defendido por la llamada escuela de Frankfurt, para quien la técnica legislativa del peligro abstracto no tendría una justificación empírica desde el punto de vista científico[102]. Según este planteamiento, tal manera de incriminar conductas constituye un progresivo abandono a la protección de bienes jurídicos, en tanto no sanciona la lesión de los mismos, sino que penaliza simples comportamientos considerados como socialmente negativos (*Kampf gegen das Böse*)[103]. Pero incluso la pretendida mayor idoneidad de los delitos de peligro abstracto para evitar la aparición de riesgos sociales es puesta en tela de juicio[104]. Hassemer afirma, por ejemplo, que los estudios empíricos muestran que en los delitos de tráfico de drogas, donde la labor de tipificación recurre preferentemente a delitos de peligro abstracto, no se ha presentado una reducción de la criminalidad real, sino que, más bien, los índices de dicha criminalidad han aumentado[105]. El Derecho penal queda convertido así en un Derecho penal puramente simbólico que no reduce realmente la criminalidad[106].

La crítica frankfurtiana acierta en el plano dogmático al señalar que los delitos de peligro abstracto no se ajustan a la formulación tradicional del principio de lesividad. En lo que se equivoca, sin embargo, es en la valoración político-criminal que hace del peligro como sustento de su incriminación, pues no se trata, como pretenden sostenerlo, de un estado subjetivo creado en la ciudadanía por la política y los medios de comunicación, sino, más bien, de la consecuencia lógica de una sociedad de la información con mayor consciencia de los riesgos derivados de su complejidad organizativa[107]. Si el Derecho penal pretende tener una vigencia real, debe necesariamente adaptar sus categorías dogmáticas a las nuevas características

101 Vid., Herzog: *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 70 y ss.; El Mismo, *Revista penal* 4 (1999), p. 54 y s.; Prittwitz: *Strafrecht*, p. 255 y ss.

102 En este sentido, Herzog: *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 110; El Mismo, *Revista penal* 4 (1999), p. 54 y s.; Karl, en *La insostenible situación*, p. 61 y s.; Lüderssen: *Prólogo*, p. 8; Prittwitz, en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), p. 53, referido al Derecho penal del medio ambiente.

103 Cfr. Herzog: *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 130; Nestler, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, V, Lüderssen (Hrsg.), p. 11.

104 Cfr., Prittwitz, en *La insostenible situación*, p. 442 y ss.; Nestler, en *La insostenible situación*, p. 64; Albrecht, en *La insostenible situación*, p. 474.

105 Hassemer: *NStZ* 1989, p. 558; Albrecht: *KritV* 1993, p. 163; Prittwitz: *Strafrecht*, p. 370.

106 Vid., Hassemer: *KritV* 1993, p. 203; El Mismo, en *Strafrechtsprobleme*, Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), p. 19; Prittwitz: *Strafrecht*, p. 253 y ss.

107 Vid., Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y ss.

de la realidad social[108]. Precisamente la exigencia de esta capacidad de adaptación del sistema penal es el denominador común de los planteamientos dogmáticos a los que se les califica de funcionalistas y que, a diferencia de lo alegado por la escuela de Frankfurt, sostienen la necesidad actual de acudir a la figura de los delitos de peligro abstracto.

Los defensores del llamado funcionalismo teleológico ponen de manifiesto que muchos tipos penales requieren cada vez menos la efectiva lesión de un bien jurídico y se estructuran más sobre la base del peligro. Los criterios de imputación comienzan a abandonar el paradigma de la lesión y asumen un concepto común con los delitos de peligro[109]. El fundamento material de esta nueva configuración de las estructuras de tipificación estaría en la necesidad de adaptar las finalidades político-criminales a las particularidades de la realidad social[110]. En una sociedad como la moderna, con una gran complejidad de conexiones causales, resultaría iluso pretender explicar la producción de un daño con un solo factor y más aún demostrar la relación de causalidad en detalle[111]. En este sentido, la apertura de la dogmática penal a la realidad social exige que la primera se adapte a las nuevas formas de aparición de los contactos sociales y a su complejidad[112]. Si bien en los delitos de lesión se requiere, además, que el riesgo prohibido se realice en el resultado[113], lo esencial en la determinación de la imputación es la creación o incremento del riesgo penalmente prohibido.

Pese a que las consideraciones antes mencionadas resultan plausibles, no puede negarse que el recurso a los delitos de peligro abstracto implica cierta ruptura con el concepto tradicional de bien jurídico y, más concretamente, con la formulación clásica del principio de lesividad[114]. No obstante, la orientación teleológica del delito considera que los delitos de peligro abstracto son necesarios, en tanto constituyen una consecuencia de la modernización del Derecho penal[115], por lo que califica de incorrecta una opción legislativa de rechazo absoluto a los delitos de

---

108 Vid., Schünemann: *CCGPJ* 1991, p. 33.

109 En este sentido, Roxin, en *La evolución*, p. 45.

110 Como contraposición a la imputación se presenta el principio de legalidad, en el sentido de que lo que no pueda ser imputado objetivamente carece de relevancia jurídico-penal. Vid., así, Roxin, en *La evolución*, p. 46.

111 Vid., en este sentido Schünemann: *Consideraciones*, p. 30 y s.

112 Roxin, en *Dogmática penal*, p. 29.

113 Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 59.

114 Vid., en este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 23.

115 Vid., en este sentido y con mayores referencias, Tiedemann: *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. 29; El Mismo, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 85 y ss; Schünemann: *Consideraciones*, p. 31 y ss.

peligro abstracto. Ahora bien, la aceptación de los delitos de peligro abstracto no significa que se admita cualquier configuración del peligro abstracto, siendo necesario que el uso de esta técnica de tipificación se haga bajo la observancia de ciertos requisitos: (a) que la conducta prohibida esté claramente descrita, (b) que sea visible su referencia a un bien jurídico y (c) que no vulnere el principio de culpabilidad[116]. Si la incriminación del peligro abstracto cumple con estas exigencias, no se afectarán las garantías constitucionales y podrá ser considerada legítima. Por el contrario, si no son tenidas en cuenta, tal incriminación devendrá en ilegítima[117].

A pesar del esfuerzo del funcionalismo teleológico por legitimar los delitos de peligro abstracto sin romper la referencia con la afectación al objeto que encarna el bien jurídico, está claro que semejante intento no resulta convincente mientras su sustento siga afincado en la posibilidad típica o general de lesionar un bien jurídico[118]. Como lo ha puesto de manifiesto Kindhäuser, esta fundamentación cae en un inevitable trilema: Si el autor es sancionado también cuando valora correctamente la ausencia de relevancia lesiva de su comportamiento concreto, esto se opondría al principio de culpabilidad debido a la ausencia de una conducta desvalorada; si el autor, por el contrario, es sancionado solamente cuando parte de la relevancia lesiva de su comportamiento, perderían los delitos de peligro abstracto la razón de su existencia al lado de los delitos de lesión con punibilidad de la tentativa; y si se permite finalmente como solución la prueba en contrario de la falta de peligrosidad en el caso concreto, esto llevaría a una inversión de la carga de la prueba violatoria del principio del *in dubio pro reo*[119]. En consecuencia, el fundamento del castigo por la peligrosidad de una conducta no puede estar determinado por su capacidad futura de vulnerar el objeto que encarna el bien jurídico[120].

Para poder legitimar el castigo de los delitos de peligro abstracto, Kindhäuser sostiene que no se debe atender al peligro sobre el objeto que encarna el bien jurídico, sino a la afectación de las condiciones para disponer despreocupadamente del mismo[121]. Para que el Derecho penal cumpla cabalmente su función en la socie-

116 Cfr. Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 23b.

117 Vid., por ejemplo, la crítica de Tiedemann: *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 75, a la excesiva medida de indeterminación de muchos tipos penales de los delitos económicos.

118 Vid., sobre estos intentos de fundamentación, Kindhäuser: *Gefährdung*, p. 229 y ss.; Wohlers: *Deliktstypen*, p. 287 y ss.

119 Vid., Kindhäuser, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 272 y s. Hace referencia a la dificultad de una fundamentación desde el bien jurídico en los delitos de peligro abstracto, Müssig: *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 194 y s.; Wohlers: *Deliktstypen*, p. 291.

120 En este sentido, Kindhäuser, en *Aufgeklärtes Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 273.

121 Vid., así, Kindhäuser: *Gefährdung*, p. 279 y ss. Por eso, Kindhauser: *Indret*, 1/2009, p. 7 y ss., considera necesario abandonar el paradigma de la agresión por el de la inseguridad en la disposición racional de un bien.

dad actual no basta con establecer tipos penales con referencia a un "no lesionar a otro". En una sociedad de libertades esto no puede ser suficiente[122], sino que resulta necesario prohibir también el emprendimiento de conductas dirigidas a lesionar a otro. Sin embargo, el Estado no está en posibilidad de precisar cuáles son todos esos actos prohibidos, por lo que sólo podrá indicar algunos objetivos generales y dejar su concreción en manos de la propia organización de la persona[123]. Sucede, sin embargo, que cada persona puede llegar a tener una idea muy diferente sobre cuál es el comportamiento adecuado con base en los objetivos generales establecidos por el Estado, lo que se complica aún más por el anonimato de los contactos característico de la sociedad moderna, ya que no se conoce la manera de pensar del sujeto con el que se entra en contacto y cómo éste entiende el cumplimiento del deber negativo de no dañar a otro. En este sentido, puede resultar especialmente difícil orientarse en ciertos ámbitos de la sociedad moderna, ya que la seguridad frente al comportamiento de los demás no está garantizada siquiera cognitivamente.

Con base en lo anterior se sostiene que la existencia extendida de los delitos de peligro abstracto se debe a la necesidad del legislador penal de establecer, a pesar de las distintas representaciones individuales divergentes, unas máximas iguales para todos sobre determinados comportamientos peligrosos en contextos de actuación especialmente sensibles: tráfico rodado, comercialización de alimentos, medio ambiente, etc. El Estado asume una administración centralizada de los riesgos y precisa cuándo alguien está infringiendo la expectativa social de actuar sin riesgos para otros, aunque individualmente el sujeto no lo crea así[124]. Se trata, pues, de una peligrosidad establecida centralizadamente por el legislador, independiente de la valoración individual que puede darle cada ciudadano. Por ejemplo: el conducir en estado de ebriedad significa ya una infracción del rol de ciudadano de no lesionar a otro en el tráfico rodado, aunque un conductor estime que eso todavía no pone en peligro a los otros partícipes en el tráfico. La seguridad misma respecto del disfrute de los bienes jurídicos, se constituye así en un bien jurídico[125]. El desvalor del delito de peligro abstracto estará constituido por la afectación a las condiciones de disposición segura de un bien jurídico[126]. Esta afectación produce en sí misma una defraudación social que legitima ya la intervención del Derecho penal.

---

122 Vid., Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 53. Sobre la dificultad para encontrar una frontera entre lo permitido y lo prohibido, Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y s.

123 Vid., Derksen: *Handeln*, p. 179.

124 Vid., Jakobs: *La ciencia*, p. 124.

125 Vid., con mayores ejemplos, Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, p. 45 y s.; El Mismo, en *El sistema funcionalista*, p. 53 y s.

126 Vid., Kindhäuser, en *Aufgeklärtes Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 276.

b. Los delitos de comportamiento

En la última década se ha discutido de manera especial sobre la posibilidad de admitir la creación de tipos penales que criminalicen comportamientos que van en contra de ciertas convicciones sociales, aunque no se lleguen a afectar derechos individuales de otros[127]. Ejemplos de estas criminalizaciones serían la bigamia, la profanación de cadáveres, el negacionismo, el exhibicionismo, la tenencia de pornografía infantil o el maltrato animal. La reacción punitiva contra estos delitos, que se engloban bajo el concepto común de delitos de comportamiento (*Verhaltensdelikte*)[128], no tendría lugar por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino por lastimar o herir los sentimientos de la comunidad.

Dado que se trata de conductas que ni siquiera son abstractamente peligrosas para un bien jurídico, la aparición de los delitos de comportamiento no es vista con buenos ojos[129]. Un sector de la doctrina penal procura, sin embargo, encontrar algún criterio con el que puedan encontrar legitimidad. Algunos acuden a la idea de convicciones culturalmente enraizadas como punto de apoyo para sustentar una criminalización excepcional[130]. Otros, por el contrario, no consideran que sea la consolidación social del sentimiento lo que autoriza la creación de un delito de comportamiento, sino que el sentimiento afectado no entre en colisión con otros derechos constitucionalmente reconocidos, lo que permitiría, por ejemplo, rechazar la criminalización de comportamientos como la homosexualidad (aunque pudiese generar un sentimiento de rechazo mayoritario) y aceptar, más bien, el castigo penal de los actos de maltrato animal[131]. Por último, hay quienes admiten sin problema su legitimidad, en la medida que se trata de comportamientos que infringen pautas de actuación que forman parte del consenso normativo básico de la sociedad[132].

Otro sector de la doctrina penal disiente de la idea anteriormente expuesta de que el sustento de los delitos de comportamiento sería un sentimiento y entiende

127 Vid., MIRÓ LLINARES: *RECPC* 17-23 (2015), p. 1 y ss. En la doctrina penal nacional, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 101 (2017), p. 79 y ss.

128 Vid., sobre los delitos de comportamiento, HEFENDEHL: *Kollektive Rechtsgüter*, p. 52 y ss.

129 Crítico, SEELMANN, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 381; VÍLCHEZ CHINCHAYÁN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 101 (2017), p. 85. La necesidad de limitar la reacción penal en estos casos con principios como los de proporcionalidad, subsidiariedad, dignidad humana y otros, YACOBUCCI: *Actualidad Penal* 10 (2015), p. 80.

130 Así, HEFENDEHL: *Kollektive Rechtsgüter*, p. 56.

131 Vid., GIMBERNAT ORDEIG, en *Prólogo* a La teoría del bien jurídico, Hefendehl (ed.), p. 18.

132 Así, STRATENWERTH, en *Mediating Principle*, p. 161; EL MISMO, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 367.

que, también aquí, se está protegiendo un bien jurídico[133]. Por ejemplo, el maltrato animal lesiona a los animales en cuanto congéneres en la creación con las personas, lo que es un bien jurídico digno de protección reconocido en la Constitución e incluso también en convenciones internacionales. Lo mismo sucedería con la profanación de cadáveres que, de igual forma, afecta gravemente la convivencia y los derechos de la personalidad subsistentes del fallecido. Desde estas consideraciones, los sentimientos de indignación no constituyen el bien jurídico protegido, sino solamente una justificada reacción a su lesión[134]. Lo anterior pone de manifiesto que la sola existencia de una convicción no puede dar paso a una protección penal. La conducta que afecta el sentimiento o convicción solamente puede ser materia de una sanción penal en la medida que constituya la lesión de un bien jurídico, aunque el sentimiento resalte mucho más que la lesión.

En nuestra opinión, resulta correcto el planteamiento que apunta a descubrir detrás de los delitos de comportamiento el bien jurídico que, evidentemente, no se reduce al puro sentimiento. Si la incriminación se sustenta únicamente en el sentimiento, queda claro entonces que será ilegítima. Lo realmente problemático es el encaje de los delitos de comportamiento con el bien jurídico; para ser más exactos: con el concepto clásico de lesividad. Los delitos de comportamiento no criminalizan el daño a los derechos de otro, sino la falta de vigencia comunicativa de ciertas condiciones para la convivencia pacífica en una sociedad de libertades. En la sociedad actual, el ejercicio jurídicamente válido de la libertad requiere reconocer al otro también como persona y, en ese sentido, no realizar comportamientos que, por su sola realización, nieguen aspectos esenciales de su personalidad. Bajo este esquema, se puede entender, por ejemplo, el castigo penal del negacionismo que deje sin identidad histórica a una generación de personas y sus descendientes[135], del exhibicionismo que invade abiertamente el pudor de los demás[136], de la discriminación que trata a un ser humano como de distinto valor, del maltrato animal que lastima la sensibilidad de las personas que integran a los animales en su entorno vital, etc. Si bien la afectación que producen estos delitos se expresa de manera distinta a como sucede con los delitos que lesionan los derechos de otro, eso no los hace carentes de lesividad y, por ello, ilegítimos. En lo que podría existir un claro exceso es en la desproporcionalidad de la reacción punitiva por el factor sentimental afectado, lo que, en efecto, debe ser debidamente controlado.

---

133 Así, Roxin: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 323.

134 Roxin: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 323.

135 A la protección de la autocomprensión de la sociedad hace referencia Jakobs: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 176. Crítica, Hörnle, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 397.

136 Vid., Hörnle, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 393: "*Derechos de defensa frente a la observación obligada de sucesos sexuales*".

C. *Hacia una comprensión diferenciada del bien jurídico y la reformulación de la lesividad*

El Derecho penal actual no puede prescindir de la técnica legislativa del peligro abstracto y de la criminalización de los comportamientos contrarios a convicciones sociales elementales, si es que no quiere sacrificar su propia funcionalidad social. El problema es la ruptura que supone la admisión de estas formas de tipificación con la concepción tradicional del principio de lesividad, pues no se cumpliría con la exigencia de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico. A nuestro modo de ver, la solución no puede ser mantener el esquema conceptual formulado históricamente bajo la comprensión liberal del bien jurídico y negarle naturaleza penal a todo lo que no se ajuste a este entendimiento de las cosas. Tampoco la vía de la excepción resulta satisfactoria, pues se termina por esta vía evadiendo el control de racionalidad contenido en la regla. Lo que se requiere, a nuestro modo de ver, es llevar a cabo una reformulación del concepto de bien jurídico para hacerlo funcional a las necesidades punitivas de la sociedad actual y, de esa manera, dimensionar apropiadamente la lesividad de las conductas penalmente relevantes.

a. *Los niveles analíticos del concepto de bien jurídico*

En las exposiciones doctrinales es usual utilizar el término "bien jurídico" para referirse a todo aquello que debe ser protegido por el Derecho penal y sustenta, por ello, la criminalización de determinados comportamientos. Si bien es posible hacer esta afirmación de manera muy general, en un análisis dogmático más riguroso resulta necesario llevar a cabo una distinción de niveles analíticos. De hecho, al bien jurídico se le asignan funciones distintas que evidentemente no parten de un mismo concepto[137]. Así, se le asigna, en primer lugar, una función crítica o político criminal con la que se puede determinar si la labor de incriminación del legislador es legítima o no[138]. En segundo lugar, el bien jurídico cumple la función dogmática de dar contenido material a la infracción penal, en el sentido de sustentar la antijuridicidad en la afectación de un bien jurídico[139]. La tercera función es la teleológica, con la que se puede interpretar adecuadamente los elementos de los que se sirve

137 En este sentido, SANZ MORÁN: *LH-Vives Antón*, II, p. 1754 y s.

138 Vid., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 124; YACOBUCCI: *El sentido de los principios penales*, p. 198; ABANTO VÁSQUEZ: *Revista Penal* 18 (2009), p. 6. Hay posiciones también escépticas frente a la función crítica asignada al concepto del bien jurídico, cuando menos en cuanto a su suficiencia para la legitimidad de las normas penales [vid., al respecto, SEHER, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 70; FRISCH, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (coord.), p. 221].

139 Sobre la función dogmática del bien jurídico, SANZ MORÁN: *LH-Vives Antón*, II, p. 1754.

el legislador para formular el tipo penal[140]. El error en la discusión penal ha sido asignar las tres funciones a un mismo concepto de bien jurídico, cuando lo que se ha tenido que hacer es explicar cada una de estas funciones en niveles analíticos distintos.

En un primer nivel analítico se ubica lo que puede denominarse *bien jurídico* a secas, al que le corresponde la función crítica o político-criminal. Por encima de toda la frondosa discusión doctrinal que ha suscitado el deseo de llegar a tener una exacta determinación de su contenido, el bien jurídico puede ser definido en este nivel analítico como toda condición (individual o colectiva, existente o por consolidar) que resulta esencial para la realización de las personas en sociedad[141]. La concreción de este concepto requiere, sin duda, de una comprensión antropológica que sólo puede ser alcanzada con la ayuda de la filosofía[142]. Pero lo que debe destacarse especialmente aquí es que tal concepto se mueve en el plano de la legitimación, por lo que el uso del Derecho penal solamente podrá estar autorizado si la forma de conducta penalmente sancionada resulta incompatible con la preservación de esas condiciones esenciales para el desarrollo de las personas. Como puede fácilmente deducirse, es en este plano en el que se mueve el llamado principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Lo que cabe calificar como *bien jurídico penalmente protegido* entra en escena en un segundo nivel analítico. Se trata de lo que protege el Derecho Penal por medio de la imposición de la pena. No hay duda que tal protección recae sobre la vigencia de la norma infringida por el delito[143]. El Derecho penal no apunta a preservar, cual piezas de museo[144], los objetos individuales o colectivos que encarnan el bien jurídico, sino a devolver la confianza en la norma defraudada. El bien jurídico penalmente protegido es, en consecuencia, la vigencia de la norma que ordena las actuaciones de manera compatible con las condiciones esenciales para la realización de la persona en sociedad. La utilidad de este concepto de bien jurídico es dogmática, en la medida que responde a la función (comunicativa) que se le atribuye a la pena. Si la conducta realizada no produce una perturbación social que

140 Vid., sobre la función teleológica, Sanz Morán: *LH-Vives Antón*, II, p. 1754.

141 Similarmente, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 30. En la doctrina penal peruana, fundamental, en la conceptualización del bien jurídico en esta línea de pensamiento, Nakasaki Servigón: *Advocatus* 1 (1990), p. 35. Destaca la necesidad de vincular el bien jurídico con el desarrollo personal, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 271.

142 Sobre la importancia de la filosofía en la labor dogmática, Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*, p. 37 y s.

143 En este sentido, Kindhäuser: *La lógica de la construcción del delito*, pro manuscripto, p. 4.

144 Así, ya la famosa crítica de Welzel, en *Abhandlungen*, p. 140, sobre la visión estática de los bienes jurídicos. Lo destaca especialmente Yacobucci: *Actualidad Penal* 10 (2015), p. 78.

ponga en tela de juicio la vigencia de la norma penalmente garantizada, entonces no se encuentra justificada la imposición de la sanción penal. La irrelevancia penal de las meras intenciones o de las tentativas irreales o burdas encuentran explicación en este nivel analítico.

En el tercer nivel analítico se encuentra lo que puede llamarse como el *objeto que representa el bien jurídico*[145]. Se trata del objeto o realidad material que la conducta concretamente realizada menoscaba en términos sensibles. Este concepto de bien jurídico tiene una utilidad fundamentalmente interpretativa del tipo penal en aspectos como la relación de imputación objetiva, el alcance del dolo, la sistematización de los delitos de la Parte Especial, etc. Así, con su ayuda se pueden distinguir, por ejemplo, los delitos de lesión y los delitos de peligro[146]. En el caso de los primeros, su realización supone el deterioro o afectación de un objeto de la realidad que representa el bien jurídico. Los segundos, por el contrario, no precisan de este resultado de deterioro sensible. Sin embargo, debe quedar claro que ambas clases de delitos ponen en tela de juicio la vigencia de la norma, radicando su distinción únicamente a nivel del resultado producido.

b. La lesividad como defraudación de la norma

Bajo el esquema conceptual anteriormente esbozado, se puede sostener que el principio de lesividad no se mueve, como podría pensarse, a nivel del bien jurídico o del objeto que representa el bien jurídico sino, más bien, del bien jurídico penalmente protegido. En efecto, el delito no elimina el valor que se le asigna al bien jurídico[147], por lo que en este nivel analítico lo único que rige es el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como criterio de legitimación de la incriminación penal. La lesividad tampoco debe ser entendida como el menoscabo material del objeto que encarna el bien jurídico[148], pues eso es un hecho contingente de lo que no depende el carácter delictivo de la conducta. Lo que la lesividad justifica es la imposición de la pena, por lo que es en el plano del sentido comunicativo del delito en el que debe encontrar su explicación conceptual. Un comportamiento es lesivo porque defrauda la vigencia de la norma. Esta defraudación no requiere

145 En esta línea de pensamiento, distingue bien jurídico y objeto de agresión (que sería el objeto que representa el bien jurídico), Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 1, n.m. 42.

146 En este sentido, Modolell González: *LH-Mir Puig* (2017), p. 730.

147 Vid., Modolell González: *LH-Mir Puig* (2017), p. 729. Incluso un defensor de la "realidad" del bien jurídico como Hefendehl: *LH-Gimbernat*, I, p. 400, lo reconoce: "*Por supuesto, el asesinato no elimina el bien jurídico. Un hecho no puede menoscabar la valoración del bien jurídico como valioso o bueno*".

148 Coincide Abanto Vásquez: *Revista Penal* 18 (2009), p. 22, en que la lesividad no debe estar en referencia a un daño naturalístico individual, sino al "daño social".

necesariamente que se produzca la lesión de algún objeto que represente al bien jurídico, pues, en casos socialmente sensibles, puede bastar con la sola peligrosidad de la conducta (delitos de peligro abstracto) o el solo significado comunicativo del comportamiento (delitos de comportamiento). Del mismo modo, no todo comportamiento que lesiona el objeto que representa el bien jurídico produce una defraudación de la norma, lo que sucede precisamente en los casos de insignificancia[149].

La reformulación propuesta tiene el inconveniente de suscitar dificultades de delimitación entre los delitos y las infracciones administrativas[150]. Si el delito puede ser lesivo con el solo peligro que afecta la disposición segura de los bienes (peligro abstracto), no habría entonces una diferencia sustancial con el criterio de regulación propio de las infracciones administrativas que se basa también en evitar situaciones de riesgo. Para superar este problema de delimitación, es posible seguir fundamentalmente dos caminos argumentativos. Un camino es asumir una diferencia cuantitativa entre el ilícito administrativo y el ilícito penal[151], sujetando la intervención penal al principio de subsidiariedad[152]. La incriminación penal solamente deberá proceder cuando la respuesta administrativa sea insuficiente para controlar la realización de conductas abstractamente peligrosas. El otro camino es entender que la diferencia es cualitativa. El Derecho penal se encarga de restablecer normativamente las expectativas normativas indispensables para el mantenimiento de la identidad esencial de la sociedad[153], mientras que el Derecho administrativo sancionador apunta a asegurar cognitivamente el funcionamiento de aspectos que simplemente dan un orden a sectores regulados del sistema social o de cuestiones accesorias del sistema[154]. Lo que habrá que determinar es en qué caso la sanción de la peligrosidad cumple una u otra función.

Para determinar el momento en el que la conducta peligrosa defrauda expectativas normativas de carácter esencial y justifica, por lo tanto, la incriminación penal del peligro abstracto, FEIJOO SÁNCHEZ ha recurrido a la idea de organización

149 En este sentido, CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 86.

150 Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 328.

151 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 41; CEREZO MIR: *ADPCP* 1975, p. 159: "*Desde el núcleo del Derecho penal, hasta las últimas faltas penales o administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que nunca llega a desaparecer*".

152 Vid., ROXIN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 318.

153 Vid., VILCHEZ CHINCHAYÁN, en *Estudios críticos*, p. 21; EL MISMO, *Actualidad Penal* 5 (2014), p. 105: la protección de la base para la existencia, buen funcionamiento y desarrollo de la sociedad.

154 Vid., igualmente, PÉREZ DEL VALLE: *LH-Jakobs* (Perú), p. 725.

insegura del propio ámbito de organización, entendida en un sentido objetivo y normativo[155]. En concreto, se trata de imputar al autor una organización más insegura que las equivalentes permitidas en el sector social en el que actúa. Mientras la infracción administrativa constituye simplemente un indicio de una organización objetivamente insegura con base en la peligrosidad estadística de la conducta, el delito de peligro abstracto se muestra ya como una organización normativamente insegura del autor en relación con otras esferas de organización[156]. Para dar mayor contenido a esta distinción debe tenerse clara la diferencia entre la probabilidad de sucesos de carácter estadístico y la probabilidad de proposiciones de carácter epistemológico[157]. Mientras la primera determina matemáticamente las posibilidades de que un suceso ocurra en determinadas circunstancias, la segunda se mide en función del conocimiento del mundo que hace que una proposición (p1) contenga lógicamente a otra (p2). Si bien se necesita de información empírica para determinar si p1 se ha dado en la realidad, el paso a p2 será una cuestión estrictamente lógica. En esta última forma de probabilidad se sustenta la peligrosidad de un delito de peligro abstracto.

2. La *última ratio* o mínima intervención del Derecho penal

Otro de los aspectos político-criminales que informa la intervención penal es el llamado principio de mínima intervención o de *última ratio*[158]. Según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con mecanismos extrapenales de control menos gravosos[159]. Las sanciones penales no son un instrumento de control más, pues debido a las gravosas consecuencias derivadas de su aplicación constituyen una respuesta especialmente problemática para los ciudadanos y la sociedad[160]. Por ello, el Estado no sólo tiene la obligación de proteger a la

155 Vid., Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p.330 y ss.

156 Vid., Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 332 y s.; El Mismo, *LH-González-Cuellar García*, p. 155. En la misma línea, Vilchez Chinchayán, en *Estudios críticos*, p. 23.

157 Vid., Ferrer Beltrán: *La valoración racional de la prueba*, p. 94 y s.

158 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 38; El mismo, *Problemas básicos*, p. 21; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 26; Mir Puig: *Introducción*, p. 126; Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 246 y ss.; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 108; Sánchez De La Cruz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 379. En la jurisprudencia nacional, el R.N. N° 3004-2012-Cajamarca de 13 de febrero de 2014.

159 Aquí se presenta ciertamente el primer escollo: ¿cómo se determina que los otros medios posibles de control fracasan o son insuficientes? ¿Basta la simple decisión del legislador de regular penalmente determinadas conductas? Vid., sobre esto, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 246, dando un papel importante a las investigaciones empíricas.

160 Vid., Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 247.

sociedad con el Derecho penal, creando delitos e imponiendo penas, sino también del Derecho penal, no recurriendo a las penas en casos innecesarios[161]. Si bien el ámbito de aplicación del principio de *última ratio* es, en principio, la decisión del legislador penal de criminalizar o despenalizar una conducta, también puede ser tenido en cuenta por el juez para restringir teleológicamente un tipo penal aprobado por el legislador.

La mínima intervención del Derecho penal está compuesta por dos principios operativos: el principio de subsidiariedad y el principio de fragmentariedad. Ambos principios se condensan en la idea global de que sólo deben sancionarse penalmente las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes. Mientras la subsidiariedad se centra en la importancia del bien jurídico, la fragmentariedad hace lo propio con la gravedad de las conductas que lo lesionan.

A. El principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad tiene una manifestación cualitativa y otra cuantitativa. En el plano cualitativo, la subsidiariedad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho penal. En este sentido, las conductas que van en contra de aspectos que no son esenciales para la constitución del sistema social, no podrán dar pie a una sanción penal, aun cuando se encuentren generalizadas y no exista manera de reducir su tasa de incidencia con otros mecanismos de control. Así, por poner un ejemplo, la copia en las evaluaciones universitarias, por más que se realicen frecuentemente y no basten las medidas de control y sanción universitarias, no pueden ser castigadas penalmente, pues el orden de las evaluaciones en los estudios universitarios no constituye un aspecto esencial del sistema social que justifique recurrir al Derecho penal.

Pero la subsidiariedad tiene además una expresión cuantitativa, en el sentido de que no podrá recurrirse al Derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos[162]. Se parte de cierta mancomunidad funcional entre el sistema penal y los otros sistemas de control para solucionar las situaciones relevantes de conflicto. En ese sentido, si los mecanismos de control extrapenales son suficientes para mantener en niveles tolerables las conductas socialmente perturbadoras, entonces no habrá que cargar a las esferas de libertad de los individuos con amenazas penales. Esta subsidiariedad cuantitativa no debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que los diversos me-

161 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m.1.

162 Destaca este sentido del principio de subsidiariedad, SÁNCHEZ DE LA CRUZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 383.

canismos de control cumplen una función homogénea[163]. Lo que sucede es que, en determinados casos, los mecanismos de reacción no penales alcanzan empíricamente la función asignada al Derecho penal (de prevención o de restabilización), de manera tal que resultaría innecesario recurrir a los mecanismos de reacción penal[164].

B. El principio de fragmentariedad

Si bien el carácter fragmentario del Derecho penal fue formulado por Binding en un sentido, más bien, crítico como un gran defecto del Código penal alemán[165], en la actualidad se presenta como una exigencia garantista de limitación de la punibilidad de las acciones. Según el llamado principio de fragmentariedad, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente. Dentro del conjunto de conductas lesivas sólo deben ser sometidas a represión penal las más graves[166]. Cómo se determina esa gravedad, evidentemente depende del grado de perturbación social que produce y la necesidad de que sea necesariamente una pena la que devuelva la confianza en la norma infringida. Así, por ejemplo, si bien la expectativa normativa de respeto al patrimonio ajeno es un bien jurídico elemental, el simple incumplimiento del pago de una deuda no necesita ser reprimida penalmente. En el caso del patrimonio, sólo las conductas más intolerables, como la sustracción subrepticia, el apoderamiento violento, el abuso de la confianza o la disposición provocada por un engaño, se sancionan penalmente[167], pues únicamente en estos casos el nivel de perturbación social de la conducta amerita la intervención del Derecho penal para devolverle la confianza a la norma defraudada.

3. El principio de legalidad

El principio de legalidad establece que nadie puede ser sancionado penalmente por un acto que no esté previsto de manera previa por la ley como delito o con una pena no establecida en ella. Su reconocimiento en nuestro sistema penal es expreso, tal y como se desprende del tenor del artículo II del Título Preliminar del Código Penal. En la doctrina penal se derivan cuatro garantías de este principio.

---

163 Así, la crítica de Niggli: *SchwZStR* 1993, p. 236 y ss., al principio de subsidiariedad, en tanto las funciones de los mecanismos jurídicos de reacción no resultan homogéneas.

164 Por eso, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 27; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 29, señalan que la subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad.

165 Binding: *Lehrbuch*, BT, I, p. 20 y ss.

166 Así, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 94.

167 Vid., Mir Puig: *Introducción*, p. 126; Sánchez De La Cruz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 387.

Una garantía criminal que exige la tipificación previa de la conducta sancionada como delito (*nullum crimen sine lege*); una garantía penal que impide imponer una pena que no haya sido previamente establecida en la ley para el delito cometido (*nulla poena sine lege*); una garantía jurisdiccional que exige que la pena sea impuesta en un proceso penal legalmente definido y ante un juez predeterminado por ley (*nemo damnetur nisi legale iudicium*); y finalmente una garantía de ejecución que establece que la pena impuesta debe ser ejecutada de la manera establecida previamente en la ley[168].

El principio de legalidad fue constituido en el Derecho penal liberal como un mecanismo para frenar el abuso que se había producido en los Estados despóticos[169], en tanto una previa determinación absoluta de las conductas prohibidas por medio de la ley impedía el uso arbitrario de la potestad punitiva por parte de los detentadores del poder[170]. En las exposiciones de BECCARIA y FEUERBACH este principio adquirió además un fundamento racional desde la perspectiva del Derecho penal, en el sentido de un refuerzo necesario a su finalidad preventiva[171]. Con el desarrollo dogmático iniciado por VON LISZT, la previsión legal de las penas dejó de mostrarse como un instrumento para efectivizar la lucha contra la delincuencia y pasó a considerarse, más bien, un límite a la persecución y sanción de las conductas delictivas[172]. Esta concepción, considerada desde entonces garantista a excepción de la etapa oscura del nacionalsocialismo en Alemania, continúa aún hoy vigente en las exposiciones doctrinales[173].

En los últimos tiempos se puede apreciar, sin embargo, una tendencia político-criminal que, si bien no propone el abandono del principio de legalidad en la intervención punitiva, sostiene la necesidad de flexibilizarlo sustancialmente para dotar a los jueces de herramientas funcionales que les permitan enfrentar eficaz-

168 Vid., con mayor detalle, DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 32 y ss.; ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho penal*, PG, p. 40 y s.

169 Vid., DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 17 y ss. Referencias anteriores que se remontan al Derecho romano, BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 6.

170 Así, explícitamente MONTESQUIEU: *Vom Geist der Gesetze*, Libro XII, Cap. 7, p. 266 y s.

171 Vid., la exposición de las ideas de Beccaria y Feuerbach en SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 252; DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 18 y ss.

172 Vid., la referencia en TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 182 y s.; NAUCKE: *JuS* 1989, p. 864; EHRET: *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, p. 18 y ss. Ciertamente se trata del von Liszt dogmático, pues el político-criminal se mostraba desde la perspectiva de la peligrosidad del autor, más bien, a favor de un abandono del principio de legalidad (vid., sobre esta visión de la llamada escuela moderna, ELVERS: *Die Bedeutungen*, p. 82 y ss.; BOOP: *Die Entwicklung*, p. 74 y ss.; EHRET: *Op. cit.*, p. 71 y ss.).

173 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 3; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 252 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal*, PG, p. 97.

mente a la delincuencia actual[174]. Esta flexibilización y su intensidad solamente se podrá admitir si es que no se llega a desnaturalizar su fundamento. Por ello, el estudio del principio de legalidad debe empezar por determinar su fundamento, para lo cual resulta necesario tener en consideración no sólo su raigambre constitucional como un derecho del ciudadano frente al ejercicio del poder estatal, sino sobre todo la función que específicamente se le atribuye en el sistema penal. Una vez aclarados estos aspectos esenciales de la legalidad penal, se podrá entrar a precisar las distintas manifestaciones que tiene y, por lo tanto, las exigencias puntuales que su vigencia impone tanto al legislador penal, como a los tribunales judiciales.

A. Fundamento constitucional

El principio de legalidad está reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política. En esta disposición constitucional se establece que nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. Con esta exigencia constitucional se garantiza un ejercicio imparcial de la potestad punitiva por parte del Estado, en tanto éste tiene que determinar, de manera general y antes de la realización del delito, las características del hecho prohibido y la reacción penal que cabe contra el responsable[175]. Lo que se persigue es evitar que la respuesta punitiva pueda estar cargada de subjetividades o de intereses políticos o estratégicos. Es una garantía que se le otorga al ciudadano en el sentido de que también el Estado tiene sus reglas de juego y de actuación delimitadas[176].

La comprensión del principio de legalidad como una garantía individual frente a la potestad punitiva que monopoliza el Estado, ha llevado a algunos a afirmar que se trata de la derivación de un derecho fundamental referido a la dignidad humana[177]. Sin embargo, el principio de legalidad, por sí mismo, no constituye propiamente una garantía individual, pues, como ya lo puso de relieve Berner,

174 Críticamente, Moccia: *LH-Mir Puig* (2017), p. 333 y ss.

175 Vid., Yacobucci: *El sentido*, p. 256.

176 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 358.

177 Esta fue la concepción original del principio de legalidad como un derecho subjetivo en Francia; sobre esto vid., la exposición histórica de Boop: *Die Entwicklung*, p. 5 y ss. Lo entienden aún así, Hamann: *Grundgesetz*, p. 45; Dürig, en *Grundgesetz Kommentar*, Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), Art. 103, n.m. 104. Una concepción similar existe en aquellos que ven el principio de legalidad como expresión del principio de culpabilidad, pues sólo podrá reprochársele a alguien una conducta si previamente el injusto ha sido tipificado por la ley penal, de manera que le permita la *previsibilidad individual* de su comportamiento antijurídico; vid., en este sentido, Sax, en *Handbuch der Grundrechte*, Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), III, 2, p. 998 y ss.; Rudolphi: *Unrechtsbewußtsein*, p. 98 (aunque lue-

si en un gobierno despótico las leyes contienen sólo la voluntad del tirano, leyes absolutamente determinadas impedirían, más bien, una Administración de Justicia independiente de tal arbitrariedad[178]. Por esta razón, el principio de legalidad como garantía individual frente al abuso de poder sólo puede tener sentido como parte del sistema de organización política asumido[179], concretamente, del sistema político constitucionalmente establecido[180].

Tal como ya se ha indicado precedentemente, nuestra Constitución Política reconoce el principio de legalidad en materia penal. Este mandato constitucional materializa dos aspectos de la forma de organización política concretamente asumida por nuestra sociedad. Por un lado, es expresión del sistema democrático en el ámbito específico de la determinación de las conductas punibles y las penas aplicables[181], pues la aprobación de la ley penal por un Congreso democráticamente elegido confirma el principio constitucional que establece que la Administración de Justicia emana del pueblo[182]. Solamente mediante una ley aprobada por el Congreso se expresa la voluntad general y se considera también los puntos de vista de las minorías[183]. Por el otro, la exigencia de legalidad constituye también un mecanismo para evitar el abuso del poder estatal concentrado en las mismas manos en perjuicio de los ciudadanos[184], en tanto distribuye la potestad punitiva entre el legislador (decisión de criminalización) y los jueces (decisión de imposición de la sanción penal).

---

go Rudolphi: *SK*, § 1, n.m. 2, considera demasiada escasa esta fundamentación); Boop: *Op. cit.*, p. 145; Lohberger: *Blankettstrafrecht*, p. 88 y s.

178 Vid., Berner: *Wirkungskreis*, p. 3.

179 En este sentido, destaca el principio de legalidad de la ilustración como puramente político, Henkel: *Strafrichter*, p. 13 y ss. A pesar de la manipulación que Henkel hace del carácter político del principio de legalidad para justificar la actividad penalizadora del Estado nacionalsocialista, sus precisiones sobre el carácter político del principio de legalidad no tienen que ser por ello erróneas o peligrosas, sino que, por el contrario, muestran un aspecto cierto del principio de legalidad y la forma de vinculación del juez a la ley. Por el contrario, lo ve como una cuestión de justicia y no política, Berner: *Wirkungskreis*, p. 5 y ss.

180 Vid., en este sentido, Hamann: *Grundgesetz*, p. 46; Grünwald: *ZStW* 76 (1964), pp. 14, 18; Muñoz Conde/García Arán: *Derecho Penal*, PG, p. 97 y ss.

181 En este sentido, basado en la legitimación democrática y en la distribución del poder, Grünwald: *ZStW* 76 (1964), p. 13 y ss.; Schünemann: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 9 y ss.; Ransiek: *Gesetz*, p. 40 y ss.

182 Vid., esta idea como fundamento democrático del principio de legalidad, Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 244. Igualmente, Ortiz De Urbina Gimeno, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 174.

183 Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 253.

184 Una idea que viene desde la revolución francesa, vid., en este sentido, Boop: *Die Entwicklung*, p. 37 y ss. Actualmente ponen de manifiesto esta fundamentación jurídico-pública que recurre a la idea del Estado de Derecho, Schreiber: *Gesetz und Richter*, p. 230

La relación de dependencia del principio de legalidad con el sistema político asumido por nuestra Constitución Política, permite también una conclusión a contrario: teóricamente es posible concebir un sistema de organización política en el que no sea necesaria una determinación legal previa de las conductas delictivas. Si, por ejemplo, se encargase a los jueces facultades de dirección y decisión en una sociedad e incluso se les designase democráticamente, no podría presentarse objeción alguna, desde este modelo de organización, a una exclusión o relajamiento del principio de legalidad[185]. El temor ante una arbitrariedad judicial podría combatirse con mecanismos distintos y más acordes con el sistema de organización política asumido. En este sentido, la vigencia del principio de legalidad no constituye un mandato supra-positivo de validez general[186], sino, más bien, un mecanismo que, en un determinado sistema político-social, evita abusos contra los ciudadanos mediante la distribución del poder[187].

B. Función en el sistema penal

El sistema político asumido por nuestra sociedad impone, como se acaba de ver, que el ejercicio de la potestad punitiva tenga que ajustarse al principio de legalidad. Esta justificación política del principio de legalidad no excusa, sin embargo, de la necesidad de encontrar su específica funcionalidad en el sistema penal. Por esta razón, resulta necesario determinar el sentido y el alcance de la legalidad de la intervención punitiva, atendiendo a la función que específicamente se le atribuye al Derecho penal[188]. Dos podría ser los enfoques al respecto.

---

y s.; SCHÜNEMANN: *Nulla poena sine lege?*, pp. 2, 9; HASSEMER: *Einführung*, p. 254; KREY: *Keine Strafe ohne Gesetz*, p. 130; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 188; TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 193 y ss.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 2; RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 2.

185 Vid., la escasa significación del principio de legalidad en los Estados judicialistas, HENKEL: *Strafrichter*, p. 43 y ss.; KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 92, nota 31.

186 En este sentido, KAUFMANN, A.: *Das Schuldprinzip*, p. 92, nota 31, quien no afirma una vigencia absoluta del principio de legalidad, como a veces lo mal interpretan, sino como una cuestión evidente en un sistema jurídico codificado.

187 En el mismo sentido, aunque destacando que sólo enmarca la actuación de los tribunales sin vincularlos a la ley, LEMMEL: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 157. Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 353.

188 Vid., esta independencia interpretativa, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 34 y ss.; EL MISMO, *Lecciones*, p. 76. En este sentido plantea el problema SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 13, al indicar que el principio de legalidad encuentra, además de su raíz de Derecho público, su raíz jurídico-penal en la función de las penas: de imponer disposiciones de comportamiento socialmente deseadas, o restabilizar disposiciones de comportamiento ya realizadas. Este autor opta por una finalidad preventivo general de la amenaza penal, en el sentido de motivación a la fidelidad al Derecho. En el Perú URQUIZO OLAECHEA, en *Código*

Ya se ha visto que un sector importante de la doctrina considera que la función del Derecho penal es fundamentalmente prevenir que no se realicen conductas lesivas de bienes jurídicos. Bajo esta perspectiva, el principio de legalidad sería el mecanismo operativo para motivar a los ciudadanos a actuar de esa manera[189]. En efecto, la determinación previa de las leyes penales permitiría al ciudadano conocer qué conductas puede realizar y cuáles no, así como con qué penas se sancionarían sus infracciones a la norma, de manera que pueda sopesar las distintas consecuencias de su accionar y decidirse racionalmente por una conducta adecuada a Derecho[190]. Pese a su claridad lógica, a este planteamiento se le ha objetado que una mayor taxatividad de la ley penal no necesariamente incide en un mayor efecto motivatorio de la norma penal, pues puede ser que una ley indeterminada produzca en el ciudadano, más bien, la disposición a no tentar a la suerte con la realización de una conducta que no se sabe muy bien si encuadra en el tipo penal[191].

Los que rechazan la idea de que la función de motivación sea la que legitima la existencia del Derecho penal, no tienen por ello que negar la vigencia del principio de legalidad en este ámbito jurídico específico, más aún si la legalidad viene impuesta por el sistema político asumido de distribución de poderes (o funciones). Lo que cambia, en todo caso, es su contenido específico, en razón de la distinta concepción que se acoge. Así, si se parte de la premisa de que el Derecho penal es un mecanismo social que asegura la vigencia de la norma defraudada por el delito, entonces al principio de legalidad le corresponderá la función de determinar objetivamente qué expectativas sociales están garantizadas por el Derecho Penal[192], es decir, que normas serán restablecidas, en caso de defraudación, a costa del infractor[193]. Esta determinación normativa se reserva al Poder legislativo, pues en nuestro sistema político sólo el legislador puede concretar con criterios objetivos la identidad normativa de la sociedad de una forma vinculante para la comunidad en general o

---

penal comentado, Castillo Alva (coord.), artículo II, p. 43 distingue un fundamento político, uno axiológico y otro jurídico-penal. Críticamente frente a una diferenciación en el principio de legalidad de raíces de Derecho público y de Derecho penal, KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 76.

189 Vid., por todos en la doctrina alemana, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 22 y s.; en la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 252, nota, 302; en el Perú, URQUIZO OLAECHEA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo II, p. 45 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 353.

190 En este sentido, BOOP: *Die Entwicklung*, pp. 145 y s., 156 y s.; RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 11; GRIBBOHM: *LK* § 1, n.m. 1.

191 En este sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 176 y s.

192 Reconoce esta orientación actual de la legalidad, YACOBUCCI: *LH-Jakobs* (Perú), p. 648.

193 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 10.

los sectores sociales específicos[194]. Los jueces no estarán en capacidad de desligarse de esta determinación legal previa, al momento de determinar si el procesado ha cometido un delito y la pena concreta a imponérsele.

C. *Manifestaciones del principio de legalidad*

La doctrina penal acepta, de forma prácticamente unánime, que el principio de legalidad tiene cuatro formas de manifestación: La reserva de ley, el mandato de certeza o determinación, la ley previa y la prohibición de analogía[195]. Algunos autores, como Schünemann, incluyen una quinta manifestación, a saber, la determinación de cómo la punibilidad debe tener lugar, es decir, la definición de la pena aplicable[196]. En nuestra opinión, esta quinta manifestación no es más que un aspecto del mandato de determinación, por lo que nuestra exposición se hará en función de las cuatro manifestaciones del principio de legalidad tradicionalmente indicadas por la doctrina penal mayoritaria.

a. La reserva de ley (*lex scripta*)

La llamada reserva de ley establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer penas. En este sentido, la ley se constituye en la única fuente directa del Derecho penal. Por el contrario, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales se utilizarán únicamente como medios para conocer o interpretar el Derecho positivo[197], pudiendo, en el mejor de los casos, influir en la formación de nuevas leyes penales[198]. La claridad de este planteamiento comienza a oscurecerse, sin embargo, cuando hay que fijar qué dispositivos legales abarca el término "ley". No cabe duda que, en primer lugar, la reserva de ley se refiere a la ley en sentido formal, es decir, a la expedida por el Congreso de la República conforme a los procedimientos constitucionalmente establecidos. Si se trata de cualquier ley del Con-

194 Vid., sobre la garantía de objetividad del principio de legalidad, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 9, en el sentido de una determinación previa de una conducta punible y la medida de pena sin el influjo de un delito ya cometido, pero aún por juzgar. Se trata, pues, de una determinación previa y de validez general.

195 Kuhlen, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 151 y s. Posición también asumida por la Corte Suprema de la República en el R.N. N° 1623-2014-Lima de 20 de octubre de 2015.

196 Vid., Schünemann: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 3. En la doctrina penal española la quinta manifestación del principio de legalidad está referida a la prohibición del *bis in ídem*, como lo indica Vicente Martínez: *El principio de legalidad penal*, p. 77 y ss.

197 Así, Bustos Ramírez: *Introducción*, p. 36 y s.; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 27; Bello Gordillo: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 45, respecto de la costumbre.

198 Vid., así, Bramont Arias: *La ley penal*, p. 18.

greso o solamente alguna cualificadas, constituye un tema discutido al menos en la legislación comparada. Por ejemplo, en España para poder crear delitos y establecer penas no basta una ley ordinaria, sino que resulta necesaria una ley cualificada. En efecto, la Constitución Española establece que los aspectos referidos a derechos fundamentales deben regularse mediante ley orgánica, exigencia que abarcaría a las leyes penales que inciden en algún derecho fundamental o libertad pública[199]. Por el contrario, en nuestro país, la opinión generalizada es que la reserva de ley se limita a exigir una ley ordinaria, de manera que no sería necesaria una mayoría calificada para la aprobación de una ley penal.

El término "ley" se amplía incluso más allá de la ley ordinaria en nuestro sistema penal, abarcándose las leyes en sentido material, es decir, los decretos leyes y los decretos legislativos[200]. Es más, el Código Penal actualmente vigente es un decreto legislativo. En este sentido, la reserva de ley exigida en nuestro sistema penal no se queda solamente en la ley ordinaria, sino que alcanza a las normas jurídicas con rango de ley expedidas por el Poder Ejecutivo en virtud de una situación de gobierno especial o de una delegación de facultades legislativas del Congreso. En este último caso, sin embargo, hay que tener presente que la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo no puede hacerse de manera genérica, por lo que será necesario que el Congreso fije, tal como lo establece el artículo 104 de la Constitución Política, la materia y el tiempo que el Ejecutivo tiene para legislar[201]. Por lo demás, la actividad legislativa desarrollada con base en la delegación de facultades está sometida siempre a un control posterior por parte del Congreso, el cual podrá dejar sin efecto aspectos de la regulación que considere que no se ajustan a la delegación, como lo hizo, por ejemplo, con el D. Leg. N° 1323 que introdujo modificaciones en las agravantes genéricas y el delito de discriminación.

La discusión resulta mayor cuando se plantea la posibilidad de extender el concepto ley penal también a los decretos de urgencia, previstos en el artículo 118 inciso 19 de la Constitución Política. Se trata de medidas extraordinarias que el Ejecutivo puede dictar con fuerza de ley, siempre que lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso. Las materias sobre las que pueden entrar a regular estas disposiciones de urgencia son, conforme a la norma constitucional, de

199 Vid., en este sentido, BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción*, p. 35; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 128; CÓRDOBA RODA, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 238; RODRÍGUEZ MOURULLO: *LH-Mir Puig* (2017), p. 381 y ss.

200 Vid., en este sentido, BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 5; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 392; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 281; GARCÍA CANTIZANO: *RPDJP* 5 (2004), p. 143.

201 En este sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 393; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 55.

carácter económico y financiero. En este sentido, se presentaría la pregunta de si, por ejemplo, delitos económicos podrían ser regulados excepcionalmente mediante decretos de urgencia. El tenor de la disposición constitucional no parecería excluir inequívocamente tal posibilidad. Incluso en la doctrina nacional se ha defendido el parecer de que "*no podría negarse, desde el punto de vista político y con el control de un enjuiciamiento posterior del Congreso, el derecho del Gobierno, en circunstancias de urgencia, de anticiparse a la obra legislativa y de obrar como gestor del Parlamento en receso o que no se halla en condiciones de satisfacer de inmediato la necesidad inaplazable de la tutela legal de determinados intereses*"[202]. No obstante, pese a los argumentos esgrimidos a favor de la posibilidad de regular excepcionalmente delitos a través de decretos de urgencia, consideramos que esta forma de legislar no puede extenderse a las leyes penales[203]. La cuestión penal no constituye un aspecto que pueda regularse de forma imprevista y con los apuros de situaciones de coyuntura. Posiblemente más adecuado sea, en estas circunstancias, recurrir al Derecho administrativo sancionador, pero no configurar un Derecho penal de paso que posiblemente no sopese adecuadamente los aspectos garantistas que exige el Estado de Derecho.

Como se ha indicado, la exigencia de una ley escrita excluye, en principio, la posibilidad de que la costumbre se convierta en una fuente directa del Derecho penal[204]. Sin embargo, esta afirmación se entiende relativizada a partir de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución Política que permite a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio de conformidad con su derecho consuetudinario[205]; funciones que además han sido extendidas, por el Acuerdo Plenario N° 01-2009, a las rondas campesinas como una forma de organización comunitaria. Conforme a lo establecido por esta doctrina jurisprudencial, se reconoce una jurisdicción especial comunal-ronderil que alcanza al ámbito jurídico-penal, si es que se reúne los siguientes elementos: un elemento humano que significa la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural, un elemento orgánico que se constituye por una organización con reconocimiento comunitario, un elemento normativo referido

202 Vid., BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 20 y s.

203 En el mismo sentido, CARO JOHN: *LH-José Hurtado Pozo*, p. 115 y s.; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 56. Del mismo parecer, en relación con lo que se conoce en la legislación española como decretos-leyes, ROIG TORRES: *LH-Vives Antón*, II, p. 1673 y ss.

204 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 142; VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 36.

205 En esta línea, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 373. Esta situación no excluye que pueda ser utilizada para la interpretación de la norma penal, como lo destacan CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 57 y ss.

a la existencia de un sistema jurídico propio de naturaleza consuetudinaria y un elemento geográfico que es el territorio en el que se asienta la respectiva ronda campesina. A estos elementos se le debe sumar un factor de congruencia, esto es, que el derecho consuetudinario del elemento normativo no vulnere derechos fundamentales.

El Acuerdo Plenario N° 01-2009 precisa, en relación con el último de los elementos, que la vulneración de los derechos fundamentales puede provenir del propio derecho consuetudinario, así como también de un abuso de las facultades de las autoridades de las rondas que no respetan el derecho consuetudinario. En el segundo caso, la ilegalidad de la actuación es manifiesta, a diferencia del primer caso en el que debe establecerse un criterio de distinción. Al precisar en qué caso el derecho consuetudinario vulneraría los derechos fundamentales, el Acuerdo Plenario señala que esta situación se presenta en caso de privaciones de libertad sin causa o motivo razonable; agresiones injustificadas o irrazonables; violencia, amenazas o humillaciones para declarar en uno u otro sentido; juzgamiento sin un mínimo de poder ejercer la defensa; aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; e imposición de penas de violencia física extremas, entre otras. De lo anterior se deduce, por lo tanto, que el derecho consuetudinario podrá ser fuente directa del Derecho penal, siempre que las penas a imponer se encuentren contempladas en el derecho consuetudinario y no se viole derechos humanos. Así las cosas, cabrá decir entonces que la reserva de ley tiene una excepción en el caso de la jurisdicción especial comunero-ronderil derivada de la costumbre comunal, conforme a los parámetros dispuestos por el artículo 149 de la Constitución Política.

Aunque con un enfoque distinto, el Tribunal Constitucional reconoce que, en efecto, existe una jurisdicción comunal conforme a lo establecido en el artículo 149 de la Constitución, la que debe ser ejercida autónomamente. Sin embargo, este ejercicio no puede ser hecho de forma tal que colisione con los derechos fundamentales de las personas. "*Los derechos fundamentales son pues, en definitiva, límites indiscutiblemente objetivos al ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal*". Por ello, el máximo intérprete de la Constitución sostiene que lo establecido en el inciso 3 del artículo 18 del Código Procesal Penal sobre la exclusión de la jurisdicción penal ordinaria para los hechos punibles previstos en el artículo 149 de la Constitución no supone una renuncia plena a las potestades punitivas del Estado cuando se trate de comunidades campesinas o nativas. Esta exclusión solamente puede operar en la medida que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona, por lo que el Estado no podrá renunciar a la potestad punitiva, por ejemplo, en el caso de delitos que afecten derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, psíquica o moral, la libertad, entre otros (STC Exp. N° 7009-2013-PHC/TC-Madre de Dios de 3 de marzo de 2016).

b. La taxatividad de la ley (*lex certa*)

El principio de legalidad impone al legislador el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable[206]. A esto se le conoce como el mandato de certeza, taxatividad o determinación. Se trata de una derivación lógica del principio de legalidad[207], pues la sola exigencia de la expedición de una ley para castigar penalmente no bastaría para evitar excesos de poder, en tanto esta exigencia podría cumplirse de manera formal y, pese a ello, mantenerse las condiciones para una arbitrariedad judicial. BELING graficó claramente esta posibilidad con la hipótesis de la ley que prescribía que todos los malhechores debían ser sancionados sin precisar qué hechos hacían a sus autores malhechores[208]. Para evitar el abuso judicial en un sistema democrático de distribución del poder[209], es necesario que el legislador penal determine suficientemente la conducta punible y la pena a imponer, quedando proscritas las leyes penales absolutamente indeterminadas[210].

La proscripción de leyes indeterminadas no debe entenderse, sin embargo, como la exigencia de leyes absolutamente determinadas en el sentido de la teoría de la distribución del poder de MONTESQUIEU[211], pues el legislador sólo puede precisar en la ley los rasgos generales del delito y juzgarlo desde esa perspectiva general[212]. En tanto el caso concreto sólo se presenta ante el juez, el legislador está en incapacidad de dar una solución jurídica específica para una situación concreta que no conoce[213]. Por consiguiente, el mandato de determinación sólo podrá exigir

---

206 Vid., así, HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 14; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 2; FERRERES COMELLA: *El principio de taxatividad*, p. 21; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 61. Igualmente, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC y la STC Exp. N° 00197-2010-PA/TC.

207 Vid., KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 75; LEMMEL: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 21 y s.; RANSIEK: *Gesetz*, pp. 7 y ss., 40 y ss.

208 BELING: *Lehre vom Verbrechen*, p. 22

209 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 65; RANSIEK: *Gesetz*, p. 44.

210 Vid., así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 23; RANSIEK: *Gesetz*, p. 7; SOLA RECHE: *LH-Mir Puig* (2017), p. 405.

211 Vid., en este sentido, LENCKNER: *JuS* 1968, p. 256. Vid., la referencia al planteamiento de Montesquieu LEMMEL: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 22.

212 Vid., en este sentido, las razones para el fracaso de una descripción casuística por parte de legislador, STÖCKEL: *Gesetzesumgehung*, p. 48; BOOP: *Die Entwicklung*, p. 161 y ss; TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 185; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 189.

213 Así, FERRERES COMELLA: *El principio de taxatividad*, p. 32, señala que es imposible redactar leyes que no planteen al juez problemas de interpretación. Un caso especial son las llamadas leyes que toman medidas para casos específicos (*Maßnahmegesetz*), en los que se discute sobre si el Poder Legislativo entra en cuestiones de la Administración y, por tanto, en un

la configuración de leyes relativamente determinadas, en las que se pueda compatibilizar la predeterminación legislativa general con el punto de vista judicial ante el caso concreto[214]. La cuestión decisiva será precisar qué nivel de determinación relativa se exige del legislador penal[215], lo que solamente podrá ser respondido si se llega a definir la función que cumple en el sistema penal el mandato de certeza o determinación.

b.1) La función del mandato de certeza o determinación

En una comprensión preventiva del Derecho penal, el mandato de certeza constituye un mecanismo que permite al ciudadano saber si la conducta que realiza constituye un delito y las consecuencias sancionatorias que traería consigo su realización (certeza)[216]. Esta función de base de información para la toma de decisiones del ciudadano resulta, sin embargo, controvertida, pues la ley penal no dice qué hacer o no hacer en una situación específica y tampoco la pena que concretamente correspondería[217]. Se requiere siempre de una labor de concreción que no puede hacerse a nivel legislativo[218]. Adicionalmente, la motivación es un proceso interno que difícilmente resulta determinado por un mandato general. Una interpretación normativa de tal proceso ("la norma debe motivar"), tampoco resuelve el problema, pues eso supone partir de una base cognitiva que no puede ser razonablemente garantizada. Bajo estas consideraciones, la ley penal sería, a lo mucho, un elemento de juicio que, junto con otros datos adicionales y un proceso particular de valoración por parte del sujeto individual, podría ser tenido en cuenta en el proceso de toma de decisión[219]. Pero queda claro que no está en capacidad de decirle al ciuda-

ámbito reservado al Poder Ejecutivo. Sobre esto vid., TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 98. Rechaza estas leyes SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 24.

214 Vid., en este sentido, BERNER: *Wirkungskreis*, p. 5 y ss., con mayores referencias; TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 183; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 13 y ss. En este sentido también, HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 17 y s., al admitir una cierta necesidad de vaguedad en las leyes penales. En la doctrina penal nacional, HUGO ÁLVAREZ: *Actualidad Penal* 18 (2015), p. 147.

215 En este sentido, GRIBBOHM: *LK* § 1, n.m. 47.

216 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 22; RUDOLPHI, en *El sistema moderno*, p. 81. A partir de ello, SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 29; VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 42, consideran que la falta de observancia del mandato de determinación afecta la función de prevención general del Derecho penal.

217 Similarmente, KARGL: *Kritik*, p. 413.

218 En este sentido, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 195; RANSIEK: *Gesetz*, p. 6, tanto para destinatarios individuales, como para "aplicadores" jurídicos.

219 RANSIEK: *Unternehmensstrafrecht*, p. 264, entiende que esto no se opone al efecto motivatorio del Derecho penal, sino que sólo muestra que el proceso de decisión en función de ventajas y desventajas es más complejo.

dano qué conductas específicamente puede o no realizar bajo amenaza de sanción penal.

Con base en lo anterior, se puede concluir que lo relevante del mandato de certeza no se puede encontrar en el proceso de motivación del ciudadano para que actué conforme a Derecho. Su incidencia tiene lugar, más bien, en la decisión del juez de calificar como delito una conducta concreta y determinar la pena a quien lo cometió. La ley penal no determina si una conducta concreta ha realizado el tipo penal y la pena concretamente a imponer, pues, como ya lo indicamos, se encuentra formulada en un plano de mayor abstracción. Por ello, la función que específicamente le corresponde desplegar al mandato de determinación en el sistema penal es la de un límite a la decisión judicial que debe tomarse en cada caso concreto, en el sentido de someterla a determinadas pautas objetivas establecidas previamente por la ley (imparcialidad)[220].

La función de garantía del mandato de certeza encuentra mejor explicación en una comprensión restabilizadora del Derecho penal. El juez no decide libremente si una conducta concreta ha defraudado la vigencia de la norma, sino que debe tener en consideración lo establecido por el legislador como expresión institucional de la voluntad de la sociedad. Lo que queda, sin embargo, aún por definir es el grado de determinación legislativa que resulta exigible. Una especificación máxima podría tener sentido en una visión preventiva del Derecho penal, en tanto es necesario decirle a los destinatarios de la norma qué conductas deben realizar o evitar llevar a cabo bajo qué concreta sanción[221]. Pero tal especificación resulta una pretensión utópica ya sólo por la propia indeterminación del lenguaje utilizado en las normas jurídicas y las zonas de penumbra que toda palabra, como significante, tiene[222]. Podría pensarse, en el otro extremo, que bastaría con precisar, de manera general, ciertos criterios de actuación (no matar, no perjudicar el patrimonio ajeno, auxiliar el herido, etc.), por lo que sería suficiente una especie de decálogo que cada sujeto tendría que hacer valer en cada contacto con los demás. En sociedades complejas, sin embargo, la necesidad de una mayor seguridad ante el arbitrio judicial exige que el legislador penal concrete aún más los criterios generales de actuación mediante la descripción de las formas de conducta que van en contra de estos criterios generales de actuación (por ejemplo, las formas de perjudicar el patrimonio ajeno: hurtar,

220 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 12. Similarmente TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 208, en el sentido de determinación de los fundamentos abstractos de punibilidad.

221 Vid., en este sentido, RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 12.

222 Vid., así, RANSIEK: *Gesetz*, pp. 4 y ss., 18; HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 31. Ya ENGISCH: *Einführung*, p. 108, sostenía que pocos eran los conceptos absolutamente determinados en el Derecho.

robar, estafar, dañar, apropiarse, etc.)[223]. En cuanto a la entidad de la pena que se debe imponer, lo razonable no es establecer una cuantía concreta, sino un marco abstracto dentro del cual se determine la pena en función de las particularidades del caso concreto.

De lo expuesto se puede concluir que nuestra sociedad exige, como garantía ante la arbitrariedad judicial, la determinación legal de las formas de conducta que defraudan la norma, así como el marco abstracto de la pena necesaria para restablecer su vigencia[224]. El que siempre sea necesario un proceso de interpretación judicial para precisar si la conducta específica constituye una actuación contraria a la norma, así como para individualizar la pena concreta, no erosiona la garantía, sino que constituye el límite natural a la determinación previa del legislador. El mandato de certeza no significa que, de la misma ley, se puedan determinar los límites de lo punible, sino que ello se pueda reconocer en la interpretación realizada por la jurisprudencia[225]. La protección de la garantía de seguridad jurídica no vendrá dada, por lo tanto, por la ley penal misma, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales[226]. Esta exigencia de determinación se incrementa si la forma de conducta tipificada no cuenta con un sentido unívoco de perturbación social, como sucede con los delitos de peligro. Para evitar que los sujetos puedan aducir una interpretación personal divergente sobre la peligrosidad de su accionar, el tipo penal debe precisar con mayor detalle la forma de conducta peligrosa penalmente sancionada[227].

b.2) La flexibilización del mandato de certeza o determinación

La determinación legal de los elementos esenciales de la conducta penalmente relevante requiere de una flexibilización en ámbitos especialmente dinámicos. Para hacerlo se recurre a cláusulas que se remiten a leyes extrapenales complementarias, a actos de la Administración, o a conceptos que ofrecen amplios márgenes de inter-

223 Similarmente TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 262, al señalar que el Derecho penal debe precisar no sólo el deber jurídico, sino también la descripción del comportamiento desvalorado. Vid., en general sobre las llamadas proposiciones modales del deber, PHILIPPS: *Der Handlungsspielraum*, p. 51 y ss.

224 Se trata de una determinación objetiva que no depende de la, difusa y difícil de determinar, intención subjetiva del legislador. En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 21. Igualmente crítico frente a la interpretación histórico-subjetiva, RANSIEK: *Gesetz*, p. 64.

225 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, Apdo 4, n.m. 14. Críticamente, SÜSS, en *La insostenible situación*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), p. 226 y s.; SOLA RECHE: *LH-Mir Puig* (2017), p. 414.

226 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Legalidad y responsabilidad en el Derecho penal contemporáneo*, p. 30.

227 Vid., en este sentido, de manera general, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 52.

pretación judicial[228]. Si bien con esta apertura del tipo penal podría afectarse de alguna manera el mandato de certeza, la doctrina penal no las rechaza absolutamente, pues considera que en ámbitos cambiantes, como lo es, por ejemplo, el económico, no es posible exigir una tipificación casuística de las conductas delictivas o realizar una modificación constante de las leyes penales para adaptarlas permanentemente a los cambios sociales[229]. Un Derecho penal con pretensiones de eficacia no puede renunciar a mecanismos de adaptación continua a las nuevas realidades. Sin embargo, esta autorización general no legitima cualquier remisión extrapenal o el uso discrecional de cláusulas generales, sino que se exige también una determinación mínima en la ley penal de los criterios de sanción para impedir la arbitrariedad judicial[230]. En este orden de ideas, se procederá a precisar cada uno de los mecanismos de flexibilización del mandato de certeza y hasta qué punto pueden ser utilizados legítimamente en la determinación de la conducta prohibida.

b.2.1) Las leyes penales en blanco

En primer lugar, cabe mencionar el caso de las llamadas leyes penales que se remiten a leyes extrapenales para precisar la conducta punible (leyes penales en blanco)[231]. Dentro de estas leyes penales se suelen diferenciar las llamadas leyes penales en blanco impropias y las propias. Las primeras son aquellas que se remiten a otras leyes de igual rango (leyes especiales) para definir o precisar la conducta penalmente sancionada[232], tal como sucede, por ejemplo, con el delito de defraudación tributaria que se remite a las leyes tributarias para determinar los tributos defraudados. Por su parte, las leyes penales en blanco propias son aquellas en las que se presenta una remisión a disposiciones jurídicas de menor jerarquía para precisar la conducta prohibida[233]. Ejemplo de estas leyes penales en blanco sería el delito de

228 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 11; TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 253; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695; GRIBBOHM: *LK* § 1, n.m. 35.

229 Vid., en este sentido, LENCKNER: *JuS* 1968, p. 255. En la doctrina nacional crítico, en general, con las cláusulas generales, FRANCIA ARIAS: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 611 y ss.

230 Vid., así, TIEDEMANN: *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. 42 y ss.; SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 32, referido en concreto a las cláusulas generales.

231 Sobre el origen e historia del término de "ley penal en blanco", vid., SANTANA VEGA: *El concepto de ley penal en blanco*, p. 15 y ss.

232 Vid., YON RUESTA: *Ius et veritas* 22, p. 232; REYNA ALFARO: *Revista electrónica de Derecho penal*, www.vlex.com.pe.redp [consulta: 9 de enero de 2002]; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 63. En la doctrina alemana, TIEDEMANN: *Einführung*, p. 56, denomina a estos supuestos leyes penales en blanco en sentido amplio.

233 Vid., YON RUESTA: *Ius et veritas* 22, p. 232; REYNA ALFARO: *Revista electrónica de Derecho penal*, www.vlex.com.pe.redp [consulta: 9 de enero de 2002]; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 63.

especulación de bienes de primera necesidad del artículo 234 primer párrafo del CP que se remite a una determinación reglamentaria de los precios oficiales de los bienes de primera necesidad.

Si de la lectura conjunta de la ley penal en blanco y la ley extrapenal de remisión se puede determinar suficientemente la conducta prohibida, no se presentará una infracción al mandato de certeza o determinación. En todo caso podría plantearse una posible infracción a la reserva de ley, aunque tal cuestionamiento no podría alegarse respecto de las leyes penales en blanco impropias, pues en dicho caso tanto la ley penal como la ley especial complementaria tienen rango de ley[234]. Lo único que habría aquí es que los criterios de decisión para determinar la conducta prohibida se encontrarían repartidos en diversas leyes[235]. Si bien TIEDEMANN advierte sobre una posible ruptura del mandato de determinación en estos casos, en tanto la exigencia de taxatividad solamente alcanzaría a la ley penal y no a la ley especial[236], hay que precisar, sin embargo, que la cláusula de remisión de la ley penal en blanco hace que la parte pertinente de la ley especial pase a formar parte de la ley penal, con todos los requerimientos exigidos por el mandato de determinación.

El debate principal tiene lugar, más bien, en relación con las llamadas leyes penales en blanco propias. En la medida que se establece en estos casos una remisión a normas extrapenales de inferior jerarquía, el legislador penal estaría dejando finalmente en manos de la Administración los criterios para decidir lo que hace que una conducta sea penalmente relevante. La posición mayoritaria sostiene que tal configuración del tipo penal no implica necesariamente una violación al mandato de certeza o determinación. En este orden de ideas, se han desarrollado fundamentalmente dos líneas de argumentación a partir de las cuales se puede llegar a establecer cuándo una ley penal en blanco propia resulta compatible con la exigencia de certeza de la conducta prohibida.

El primer planteamiento, asumido por el Tribunal Constitucional Español, admite la compatibilidad de las leyes penales en blanco propias con el mandato de certeza, si es que en la ley penal se establece el núcleo esencial de la prohibición penal y se deja en manos de las leyes complementarias de rango inferior solamente los aspectos accidentales o accesorios de la conducta típica[237]. De acuerdo con esta

234 Vid., así la referencia, WARDA: *Abgrenzung*, p. 8; HUERTA TOCILDO: *Revista penal* 8 (2001), p. 44.

235 Similarmente, KÜHL: *FS-Lackner*, p. 829 y s.; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 7.

236 TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 88 y s.; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695.

237 Vid., en este sentido, TIEDEMANN: *Lecciones*, p. 79 y s.; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 149 y s.; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 5, n.m. 53; DE LA MATA BARRANCO: *Protección penal*, p. 82; MATA Y MARTÍN: *CPC* 72 (2000), p. 649 y s. En nuestro país, ABANTO VÁSQUEZ: *RPCP* 9, p. 25; EL MISMO, *RPCP* 11, p. 24; YON RUESTA:

propuesta interpretativa, la ley penal en blanco afectaría el mandato de certeza, sólo que, por tratarse de cuestiones que son incidentales, dicha afectación se consideraría aún tolerada. La indeterminación de los elementos accesorios se compensaría con ciertas exigencias adicionales de precisión, a saber: una remisión expresa en el tipo penal y una regulación extrapenal de remisión completamente definida.

El otro planteamiento, desarrollado fundamentalmente por los tribunales alemanes, sostiene que la ley penal en blanco propia determina plenamente la conducta prohibida, quedando en manos de la normativa de menor rango solamente la función de concretar los criterios de decisión establecidos ya en la ley penal[238]. En tanto la ley penal tiene pretensión de validez general, no puede ofrecer los criterios de decisión judicial mediante una descripción específica del supuesto presentado ante el juez, sino que tiene que utilizar conceptos generales que requieren de un posterior proceso de interpretación para especificarlos en el caso concreto. Este proceso puede dejarse absolutamente a un juicio racional del juez o puede que la misma ley se remita a criterios de especificación establecidos por leyes extrapenales de menor jerarquía. Este último supuesto es el que se presenta en las leyes penales en blanco propias.

A pesar de la innegable similitud entre la teoría de la esencialidad y la teoría de la concreción[239], puede señalarse que más feliz resulta la formulación de la segunda, pues deja conceptualmente a salvo el mandato de determinación. Por esta razón, puede decirse que los tipos penales, cuya remisión a una norma o reglamento administrativo sirve exclusivamente para concretar el criterio de decisión ya establecido en ley penal, se muestran plenamente conformes con el mandato de certeza o determinación. Tal compatibilidad depende del hecho de que la norma administrativa no constituya un criterio de decisión, sino solamente un criterio de especificación de lo establecido en el tipo penal. Podría decirse incluso que la remisión a normas administrativas ofrece finalmente una mayor seguridad frente al arbitrio judicial,

---

Ius et veritas 22, p. 234; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 286; Hugo Álvarez: *Actualidad Penal* 18 (2015), p. 152 y s.; Caro/Huamán: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. Caro/Huamán: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 63 y s. Críticamente frente a la distinción de los elementos del tipo entre esenciales y accidentales por considerarla artificiosa, Córdoba Roda, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 241.

238 Vid., Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 253; Wilkenbauer: *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 34; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 11; Ransiek: *Gesetz*, pp. 106, 111; Kühl: *FS-Lackner*, p. 832; Terradillos Basoco: *Derecho penal de la empresa*, p. 38; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L2/30.

239 Vid. Abanto Vásquez: *RPCP* 9, p. 25.

pues no se tratará de una decisión judicial libre, sino sujeta a parámetros administrativamente establecidos[240].

> La cuestión central será determinar cuándo algo constituye un criterio de decisión y cuando una simple especificación[241]. Esta determinación solamente puede hacerse mediante un análisis de cada tipo penal de la Parte Especial, aunque de manera general se puede indicar que el criterio de decisión se caracteriza por establecer elementos no contenidos en la descripción típica. La regulación administrativa no debería contener criterios de decisión, sino solamente ser una concreción de los elementos previstos en el tipo penal. KÜHL niega, sin embargo, que toda remisión administrativa deba realizarse con fines de especificación, sino que, en muchos casos, se establece criterios de decisión que el legislador por distintas razones (sobre todo de especialidad) no puede tomar[242]. Al respecto debe decirse que, si el legislador no ha establecido los criterios de decisión sobre el carácter defraudatorio de la forma de conducta sancionada penalmente, entonces se habrá vulnerado la garantía de objetividad procurada por el principio de legalidad. Una especialidad del ámbito de regulación no puede justificar una transferencia de las facultades legislativas en materia penal a la Administración.

Especialmente discutible se presenta el caso de las leyes penales en blanco que se remiten a leyes extrapenales dinámicas, es decir, a aquéllas que se modifican continuamente[243]. Se reprocha en estos casos una infracción al mandato de certeza, en tanto no se puede fijar definitivamente la conducta prohibida debido al carácter cambiante de la norma de referencia extrapenal[244]. No obstante, si se considera detenidamente los requerimientos del mandato de certeza, se podrá concluir que esta forma de ley penal en blanco no afecta en sentido estricto dicho mandato, pues se trata de una modificación de los criterios de especificación que no menoscaba para

240 Vid., así, TIEDEMANN, en *Derecho Penal Económico*, Mazuelos Coello (coord.), p. 260; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *PJ* 48, p. 300; ARROYO ZAPATERO: *Revista Penal* 1 (1998), p. 10; BALLBÉ/PADRÓS: *La prejudicialidad*, p. 136. De un parecer contrario, IÑIGO CORROZA: *La responsabilidad*, p. 215, en tanto considera que resulta más apropiado la tipificación mediante delitos de peligro que el recurso a leyes penales en blanco.

241 Vid., así, KÜHL: *FS-Lackner*, p. 833.

242 KÜHL: *FS-Lackner*, p. 836 y s.

243 Vid., la referencia a esta clasificación de las cláusulas de remisión, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 243 y s.; SCHÜNEMANN: *FS-Lackner*, p. 373 y ss.; OSSANDÓN WIDOW: *La formulación de tipos penales*, p. 176 y ss.

244 Vid., sobre la discusión, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 243; OTTO: *ZStW* 96 (1984), p. 370; RANSIEK: *Gesetz*, p. 111; KÜHL: *FS-Lackner*, p. 828 y s.; HOHMANN: *ZIS* 1/2007, p. 45; ABANTO VÁSQUEZ: *RPCP* 9, p. 18.

nada la determinación general realizada por el legislador[245]. En nuestra legislación penal constituyen ejemplos de leyes penales en blanco con remisiones dinámicas el delito tributario contable (artículo 5 del Decreto Legislativo N° 813) y el delito de contabilidad paralela (artículo 199 del CP). En estos casos no existe una infracción del mandato de certeza, pues los elementos generales de la forma de conducta sancionada (no ajustarse a las normas tributarias o comerciales referidas a la manera de llevar la contabilidad) se encuentran determinados por la ley penal[246]. Si bien cabe imaginar un abuso de los conceptos generales de la ley penal en blanco por parte de la regulación administrativa complementaria, estos peligros tendrían que ser evitados por el juez mediante una corrección de las regulaciones administrativas excesivas. Siguiendo con los ejemplos citados: si se incluyesen como obligaciones de carácter contable, cuestiones referidas sólo al tráfico comercial y no al ámbito específico de la contabilidad de un negocio, el juez podrá dejar de lado la norma administrativa de referencia y proceder a una interpretación judicial de los conceptos generales de la ley penal. La fundamentación jurídica de tal proceder se encontraría en el mandato constitucional que, en caso de conflicto de leyes, obliga al juez a preferir una ley sobre una norma de menor jerarquía.

Dentro de las cláusulas dinámicas se incluye el caso de remisión a reglas técnicas generalmente reconocidas[247]. La doctrina penal tiene una posición crítica sobre la posibilidad de que las leyes penales en blanco se remitan a reglas técnicas, pues no se cumpliría con el principio de publicidad, lo que impediría el conocimiento de la prohibición penal por parte de los ciudadanos[248]. Al respecto habría que determinar si la referencia legal a reglas técnicas constituye realmente un supuesto de ley penal en blanco o si se trata, más bien, de un elemento normativo del tipo. Al igual que en los delitos culposos o imprudentes, en los que el deber de cuidado no se encuentra muchas veces positivizado, las reglas de la técnica constituyen referentes para determinar la correcta actuación de personas en ámbitos especializados[249]. Sobre la base de estas ideas, puede decirse que la admisión de reglas técnicas en la configuración de los tipos penales no constituye una ley en blanco que

245 Vid., en este sentido, Otto: *Jura* 1991, p. 310 en referencia al Tribunal Constitucional Alemán.

246 A la ley penal en blanco debe exigírsele la descripción abstracta de la conducta; en este sentido, Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 258 y s.; Kühl: *FS-Lackner*, p. 836.

247 Vid., sobre las normas técnicas Schünemann: *FS-Lackner*, p. 373 y ss.; Ossandón Widow: *La formulación de tipos penales*, p. 237 y ss.

248 Así, Santana Vega: *El concepto de ley penal en blanco*, p. 46

249 Similarmente, Ossandón Widow: *La formulación de tipos penales*, p. 244, señala que "*las normas técnicas pueden operar, fundamentalmente, integrando un concepto jurídico indeterminado que sirve de parámetro para formular un juicio de valor y determinar los deberes de cuidado exigibles a quienes participan en actividades de riesgo, esto es, en un nivel de imputación*".

se remite a aspectos desconocidos por los ciudadanos, sino, más bien, el uso de reglas especializadas para determinar la incorrección del comportamiento del autor.

Otro supuesto de remisión que resulta también discutido es el caso de las cláusulas de remisión inversa, en donde una ley extra-penal se remite a una ley penal para castigar determinada conducta[250]. Esta remisión no generaría mayores problemas si la conducta pudiese subsumirse en el tipo penal remitido[251], pues no sólo no lo desnaturaliza, sino que ofrece una mayor seguridad jurídica[252]. Los cuestionamientos aparecen, por el contrario, cuando la conducta prevista en la ley extrapenal desborda el ámbito de regulación del tipo penal, como sucede, por ejemplo, con el artículo 23.6 del D.S. Nº 018-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva. Este artículo establece concretamente que, "(e)*n concordancia con lo establecido en el artículo 392 del CP, incurre en delito de concusión el Ejecutor o Auxiliar coactivo que, a pesar de tener conocimiento de la interposición de la demanda de revisión judicial, exija la entrega de los bienes mientras dure la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva*". Como puede verse, esta cláusula de remisión inversa extiende, por un lado, la aplicación del artículo 392 del CP *a los auxiliares coactivos* en clara contravención al tenor de dicho artículo y, por otro lado, da a entender que su ámbito de aplicación alcanza también al delito de concusión, lo que no es así, pues dicho artículo sólo está referido a los delitos de peculado y malversación[253].

La doctrina penal peruana ha visto con sentido muy crítico las cláusulas de remisión inversa que desbordan el alcance de los tipos penales a los que se remiten, en la medida que pueden afectar el principio de legalidad y permitir el castigo de conductas que no tienen el suficiente desvalor como para ser merecedoras de sanción penal[254]. Parece lógico pensar que una conducta típica determinada fuera del Derecho penal responde más a objetivos de carácter extrapenal que a la efectiva protección del bien jurídico-penal. En esta línea, DOVAL PAIS advierte el peligro de que el órgano emisor de normas extrapenales incluya una cláusula de remisión inversa que eleve *de facto* a la categoría de delito una conducta que, por su remota relación con el objeto protegido por la ley penal o por su irrelevancia, excede el

250 Vid., OSSANDÓN WIDOW: *La formulación de tipos penales*, p. 229.

251 En la doctrina penal se reconoce que se trata de una cláusula de carácter declarativo. Vid., así, TIEDEMANN: *Einführung*, p. 60 y s.

252 Vid., así, el juicio positivo que reciben las llamadas cláusulas de remisión inversa, BACIGALUPO ZAPATER: *Sanciones administrativas*, p. 29 y ss.; DOVAL PAIS: *Posibilidades y límites*, p. 205; OSSANDÓN WIDOW: *La formulación de tipos penales*, p. 231 y s.

253 Así, ROJAS VARGAS: *Delitos contra la Administración Pública*, p. 581 y s.

254 En este sentido, YON RUESTA: *Derecho PUCP* 53 (2001), p. 977.

ámbito del injusto típico propuesto por el legislador penal[255]. Por eso, no pueden admitirse cláusulas de remisión inversa como la que contiene el artículo 23.6 del TUO de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva que desborda la configuración típica y pretende subsumir conductas que están al margen de lo establecido como punible por el legislador penal.

b.2.2) La accesoriedad administrativa de acto

La accesoriedad administrativa en el Derecho penal abarca los casos en los que los elementos del tipo penal no se determinan de manera independiente, sino en relación con normas o decisiones de la Administración[256]. Se diferencia entre accesoriedad conceptual, accesoriedad administrativa de leyes y accesoriedad administrativa de acto[257]. La primera forma de accesoriedad se refiere a los tipos penales que contienen elementos normativos con contenido definido en el ámbito jurídico-administrativo, lo cual no presenta mayores problemas respecto del mandato de determinación, en tanto se considera legítimo el uso de elementos normativos en los tipos penales (por ejemplo, los elementos típicos de contratación estatal, procedimiento administrativo, presunción de veracidad, etc.)[258]. Tampoco la accesoriedad administrativa de leyes resulta opuesta al mandato de determinación, ya que se trata de una forma de ley penal en blanco, cuya particularidad es que se remite a normas administrativas como criterios de especificación[259], tal como sucede, por ejemplo, con el delito contra la propiedad industrial del artículo 222 del CP. El punto de discusión recae concretamente sobre la llamada accesoriedad administrativa de acto, la que tiene lugar cuando los tipos penales exigen un determinado acto administrativo, o su inexistencia, para poder sancionar penalmente cierta conducta[260]. En tanto la realización del tipo penal depende de un acto de la administración, se

255 Vid., DOVAL PAIS: *Posibilidades*, p. 207 y s.

256 Vid., así, SCHALL: *NJW* 1990, p. 1265.

257 Vid., con mayores referencias, WILKENBAUER: *Zur Verwaltungsakzessorierät*, p. 11 y ss.; SCHALL: *NJW* 1990, p. 1265 y s.; OTTO: *Jura* 1991, p. 309 y ss.; DE LA MATA BARRANCO: *Protección penal*, p. 74 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI: *Revista penal* 4 (1999), p. 37.

258 Vid., TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 185, en tanto resulta la única manera de permitir al juez tener en cuenta la multiformidad de la vida. Si bien OTTO: *Jura* 1991, p. 309 y s., señala que este tipo de accesoriedad no presenta objeciones constitucionales, no debe olvidarse que la función del Derecho penal no coincide con la del Derecho administrativo y, por ello, puede dar un contenido distinto a los conceptos utilizados por el tipo penal.

259 Vid., en este sentido, SCHALL: *NJW* 1990, p. 1265 y s.; OTTO: *Jura* 1991, p. 310; DE LA MATA, N./ DE LA MATA, I.: *LH-Bacigalupo* (España), p. 496.

260 En este sentido, WILKENBAUER: *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 34.

plantea la pregunta de si con ello no se estará otorgando a la Administración facultades decisorias sobre la relevancia penal de la conducta típica[261].

Para demostrar si en los casos de accesoriedad administrativa de acto se presenta una infracción del mandato de determinación, debemos precisar la naturaleza de esta forma de accesoriedad. Si bien hemos señalado que la accesoriedad administrativa de leyes engloba los casos de leyes penales en blanco con normas administrativas complementarias, hay que añadir que cabe hablar también de una ley penal en blanco cuando la remisión se hace a un acto administrativo regulativo que especifica un elemento del tipo penal[262]. Por ello, hay que diferenciar dentro de los casos de accesoriedad administrativa de acto, los supuestos en los que se configura una ley penal en blanco (por ejemplo, la determinación de los productos de primera necesidad en el delito de especulación del artículo 234 primer párrafo del CP), de aquellos en los que el acto administrativo constituye sólo un elemento típico del delito respectivo (por ejemplo, el delito de extracción ilegal de bienes culturales del artículo 228 del CP, en su modalidad de no retorno del bien cultural, que requiere que el sujeto activo tenga una autorización administrativa para sacar del país un bien cultural prehispánico)[263]. En el primer grupo de supuestos de accesoriedad administrativa de acto (leyes penales en blanco), se cumplirá con el mandato de determinación si la ley penal establece suficientemente los criterios de decisión y deja al acto administrativo simplemente el establecimiento de criterios de especificación. En el segundo grupo, bastará con que el legislador penal haga, además de una descripción de la conducta punible, una referencia expresa a un acto de la administración en un sector específico, para entender que la determinación típica de la conducta prohibida se ha cumplido suficientemente[264].

---

261 En tanto se le transfiere a la Administración facultades de decisión sobre el ilícito penal que le corresponden únicamente al legislador penal. Vid., así, RANSIEK: *Gesetz*, p. 112 y s.; SCHALL: *NJW* 1990, p. 1266; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 130.

262 En este sentido WARDA: *Abgrenzung*, p. 6; LANGE: *JZ* 1957, p. 237; TIEDEMANN, voz: Blankettstrafgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; KÜHL: *FS-Lackner*, p. 819; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 129.

263 En estos casos no se castiga una conducta precisada por una ley complementaria extrapenal, sino el simple hecho de no cumplir con lo establecido por la autoridad administrativa. Similarmente, OETKER: *Gerichtsaal*, 64 (1904), p. 160 y ss.; NEUMANN, en *Strafrechtliche Abhandlung*, p. 25 y ss.; WARDA: *Abgrenzung*, p. 16; RANSIEK: *Gesetz*, p. 115; KÜHL: *FS-Lackner*, p. 835.

264 Similarmente, WILKENBAUER: *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 35; RANSIEK: *Gesetz*, p. 116 y s.

b.2.3) Las cláusulas generales: Especialmente el fraude a la ley penal

En el Derecho penal se entiende por cláusula general el concepto general, empleado en la configuración de un tipo penal, que requiere de una valoración complementaria por parte del juez para determinar la tipicidad de una conducta concreta[265]. Ejemplo de una cláusula general en nuestro Código Penal es la "índole obscena" de la conducta constitutiva del delito de exhibicionismo. En principio, las cláusulas generales resultan poco conciliables con el mandato de determinación[266], por lo que, para evitar el arbitrio judicial, siempre sería más conveniente utilizar, más bien, conceptos determinados. Sin embargo, en determinados ámbitos especialmente cambiantes, como sucede, por ejemplo, en el terreno de la moral pública o la vida económica, el legislador necesita incorporar cláusulas generales que le den al juez una mayor capacidad de adaptar los tipos penales a los cambios de la realidad[267]. Si se exigiese, por razones de seguridad jurídica, un sistema de tipificación casuística en estos ámbitos, se le impediría al juez penal llevar a cabo una Administración de Justicia material que responda a la nueva configuración de la realidad penalmente regulada[268]. Por lo tanto, el recurso a cláusulas generales será legítimo si no existe otra manera de realizar una tipificación mínimamente eficaz de las conductas delictivas en ámbitos culturalmente variables o dinámicos[269]. Esto no significa, sin embargo, admitir tipos penales sin contenido propio, sino que hay que recurrir a conceptos valorativos con cierto núcleo de significación asegurado[270]. En consecuencia, el juez debe cumplir con un mandato de determinación interpretativa y no desfigurar la significación asegurada de la cláusula general[271].

---

265 Vid., con mayores detalles, Lenckner: *JuS* 1968, p. 249 y ss.; Haft: *JuS* 1975, p. 479; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 425 y ss. Una delimitación de las cláusulas generales frente a las leyes penales en blanco y los elementos normativos, Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 95 y s., acercándolas más a los elementos normativos.

266 En este sentido, Hamman: *Grundgesetz*, p. 48 y ss.; Lemmel: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 182 y s.; Francia Arias: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 611; Vicente Martínez: *El principio de legalidad penal*, p. 48; Castillo Alva: *Actualidad Penal* 1 (2014), p. 155.

267 En este sentido, Lenckner: *JuS* 1968, p. 255; Naucke: *Über Generalklauseln*, p. 15 y s.; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 24; Tiedemann: *Einführung*, p. 61.

268 Vid., así, Lemmel: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 183; Rudolphi: *SK* § 1, n.m. 13.

269 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 25.

270 En este sentido, Lenckner: *JuS* 1968, p. 308 y ss.; Tiedemann: *JuS* 1989, p. 696; El Mismo, *Poder económico*, p. 34; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 87.

271 Vid., Kuhlen, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal*, Montiel (ed.), p. 169 y ss.

Un caso muy controvertido de cláusula general es aquélla que establece la penalización de las llamadas conductas de fraude a la ley penal (*Umgehungsverhalten*)[272]. Se trata de tipos penales que permiten la sanción de actos que no están descritos de manera específica en la ley, pero que van igualmente contra el fin de protección de la norma penal[273]. La doctrina mayoritaria entiende que esta forma de tipificación atenta contra el principio de legalidad (mandato de determinación y prohibición de analogía), pues otorga al juez un poder de configuración de las conductas prohibidas únicamente con base en la *ratio legis* (fin de protección de la norma)[274]. Sin embargo, para poder negar o afirmar una infracción al principio de legalidad, es necesario hacer previamente algunas consideraciones más detenidas acerca de las formas de hacer frente al fraude a la ley penal.

Siguiendo el planteamiento de Stöckel[275], existen, en principio, dos formas de sancionar las conductas de fraude a la ley en el Derecho penal. La primera se materializaría a través de la inclusión de un instituto jurídico-penal de fraude a la ley en la Parte General del Código Penal, con el que se castigaría las conductas que, mediante una conducta evasiva del tipo penal, infringen el sentido de la norma. A esta vía se la ha considerado inconstitucional, pues faculta al juez a realizar un proceso analógico en cualquier tipo penal de la Parte Especial[276]. La segunda forma de sanción consiste en la creación de tipos penales especiales que sancionen, en determinados ámbitos específicos, conductas de fraude a la ley. Si bien con este proceder se cumple formalmente el principio de legalidad al expedirse una ley penal que sanciona las conductas de fraude a la ley, no se excluye un proceso analógico

272 Sobre el concepto de fraude a la ley en el Derecho penal, Stöckel: *Gesetzesumgehung*, p. 14; Otto: *ZStW* 96 (1984), p. 371; Bruns: *GA* 1986, p. 1 y s.; Tiedemann: *Lecciones*, p. 81; Vogel, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 320; Arroyo Zapatero: *Revista penal* 1 (1998), p. 11. El fraude a la ley no es una figura novedosa, pues puede encontrarse ya en el jurista romano Paulo una aproximación conceptual a esta forma de actuación (D. 1,3,29: "*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*" "Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido" [D'Ors: *Digesto de Justiniano*, I (1968), 1,3,29, p. 57].

273 Vid., en este sentido, Stöckel: *ZRP* 1977, p. 134 y s.

274 Vid., así, Tiedemann: *NJW* 1980, p. 1558; El Mismo, *Lecciones*, p. 145; Stöckel: *Gesetzesumgehung*, pp. 98, 141; Otto: *ZStW* 96 (1986), p. 372; Pohl: *Steuerhinterziehung*, p. 61; Köhler: *Strafrecht*, AT, p. 90; Röckl: *Das Steuerstrafrecht*, p. 299.

275 Vid., Stöckel: *Gesetzesumgehung*, pp. 75 y ss., 115 y ss.; El Mismo, *ZRP* 1977, p. 134 y ss.

276 En este sentido, Bruns: *JZ* 1956, p. 182; Stöckel: *ZRP* 1977, p. 135 y s.; Tiedemann: *Anuario de Derecho penal*, www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero de 2002]; Röckl: *Steuerstrafrecht*, p. 261.

que, en el caso concreto, tiene que llevar a cabo el juez[277]. Si en el tipo penal de la Parte Especial sólo se indica que se castigan las conductas de fraude a ley penal, entonces también se estará autorizando la utilización de la analogía para fundamentar la sanción penal[278].

Del análisis de las posibles alternativas de criminalización de las conductas de fraude a la ley penal habría que concluir su incompatibilidad con el principio de legalidad. Por lo tanto, la única alternativa legítima sería la creación de las llamadas leyes casuísticas que, como lo señala unánimemente la doctrina, poco se ajustan a la finalidad del Derecho penal[279]. Sin embargo, el propio STÖCKEL plantea una tercera vía para sancionar las conductas de fraude a la ley penal, la cual ciertamente no es más que una forma depurada de la segunda vía antes mencionada. Ésta se llevaría a cabo por medio de leyes penales de fraude a la ley relativamente determinadas, en las que se seguiría trabajando con el concepto de fraude a la ley, pero con una especificación de lo que, para el delito en concreto, se entiende por tal[280]. Esta especificación podría realizarse de dos formas: mediante una determinación de las conductas de fraude a la ley en la propia ley penal o mediante una remisión a normas extra-penales que especifiquen tales conductas[281].

La primera forma de regulación de las conductas de fraude a la ley penal es asumida por el delito contra la propiedad industrial del artículo 222 literal f del CP, en tanto no sólo se sanciona penalmente a quien utiliza una marca idéntica a una registrada en el país, sino también a quien utilice una marca "similar" a la registrada. En estos casos, no se afecta, en rigor, el mandato de determinación, pues el propio tipo penal especifica la modalidad de conducta fraudulenta sancionada penalmente[282]. La regulación del fraude a la ley penal mediante una remisión a normas extrapenales resulta ciertamente más discutible, pues la determinación de

277 Vid., similarmente, STÖCKEL: *ZRP* 1977, p. 136; POHL: *Steuerhinterziehung*, p. 117 y s.; RÖCKL: *Steuerstrafrecht*, p. 261.

278 Vid., críticamente, VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 325.

279 Sobre las leyes penales casuísticas para la lucha contra el fraude a la ley, vid., STÖCKEL: *Gesetzesumgehung*, p. 48; NIPPOLDT: *Die Strafbarkeit*, p. 196; POHL: *Steuerhinterziehung*, p. 41 y s.

280 En este sentido, TIEDEMANN, voz: Umgehung, *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; RANSIEK: *Gesetz*, p. 109; STÖCKEL: *Gesetzesumgehung*, p. 152, quien señala que la otra posibilidad sería hacer una revisión anual de las leyes penales con peligro de conductas de fraude a la ley para poder incluir estas conductas en el tipo penal. Crítico frente a la conciliación de esta forma de regular el fraude a la ley con el principio de legalidad, RÖCKL: *Steuerstrafrecht*, p. 280.

281 Vid., en este sentido, TIEDEMANN: *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 92; POHL: *Steuerhinterziehung*, p. 120 y ss., con apreciaciones críticas.

282 En este sentido, OTTO: *ZStW* 96 (1984), p. 371; TIEDEMANN: *Einführung*, p. 75.

las conductas fraudulentas no se lleva a cabo en el propio tipo penal, sino en leyes complementarias. Un ejemplo de esta forma de regulación se encuentra en el delito de fraude de subvenciones del Derecho penal alemán, en el que se utiliza un procedimiento de criminalización que sigue los siguientes pasos: se abarca acciones de fraude en el ámbito jurídico-administrativo previo a la norma penal, se prohíbe administrativamente estas acciones, se declaran extra-penalmente como antijurídicas y luego de forma mediata se castigan penalmente como infracciones contra la prohibición administrativa[283]. Con esta forma de regulación no tiene lugar, en sentido estricto, un proceso analógico en el Derecho penal, pues finalmente las leyes administrativas establecen cuáles son las conductas de fraude a la ley prohibidas. Para ello, las leyes administrativas tendrían que determinar suficientemente las conductas infractoras y no utilizar a su vez criterios generales que lleven igualmente a una interpretación analógica[284]. Este modelo resulta cuestionable, sin embargo, por el lado de la ley penal en blanco, en tanto puede constituir una infracción al mandato de determinación dejar a la norma administrativa la determinación de las conductas penalmente sancionadas. Para evitar tal reproche, será necesario que la ley penal establezca siquiera los elementos generales de la conducta sancionada de fraude a la ley y no lleve a cabo una simple remisión a las normas administrativas. Esta determinación sólo podrá realizarse mediante el uso de cláusulas generales, de manera que se tratará de un sistema de regulación que utiliza conjuntamente una cláusula general y una cláusula de remisión. Sólo si se cumple los requisitos mínimos de determinación exigidos a ambas cláusulas, se podrá justificar el uso de esta técnica de tipificación de las conductas de fraude a la ley penal.

c. La prohibición de retroactividad (*lex praevia*)

El principio de legalidad señala también que la determinación de la conducta delictiva y la pena correspondiente debe ser previa a su realización. Como consecuencia de esta manifestación del principio de legalidad, las leyes penales no pueden aplicarse retroactivamente para castigar como delito una conducta anterior a su entrada en vigencia o para imponer una pena no prevista en dicha ley[285]. Razones

283 Vid., sobre esto, STÖCKEL: *ZRP* 1977, p. 135; TIEDEMANN: *Poder económico*, p. 35 y s. Coincidentemente, BRUNS: *GA* 1986, p. 24.

284 Vid., en este sentido, STÖCKEL: *ZRP* 1977, p. 137; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 42; BRUNS: *GA* 1986, p. 25. Por esta razón, se muestra crítico POHL: *Steuerhinterziehung*, p. 402 y ss., ante la opinión de la doctrina que defiende la realización de una defraudación tributaria mediante fraude a la ley, interpretando el delito tributario correspondiente con una norma tributaria que prohíbe en general el abuso de las formas jurídicas para no pagar impuestos.

285 Así, la prohibición de retroactividad de las leyes penales como una garantía derivada del principio de legalidad, BELLO GORDILLO: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 61.

de seguridad jurídica proscriben la posibilidad de sancionar penalmente una conducta, por más reprobable que sea, si es que previamente no ha sido calificada por ley como delito[286]. Asimismo, la pena a imponer por la realización de la conducta delictiva no puede ser distinta en calidad o en cantidad a la que estaba prevista en la ley que previamente la calificaba como delictiva. Las leyes penales son, pues, irretroactivas.

La regla general de la irretroactividad de la ley penal encuentra, sin embargo, excepción cuando la ley penal posterior resulta, en el caso concreto, más favorable al reo, sea porque la conducta realizada es despenalizada o porque la pena posteriormente establecida resulta menos gravosa[287]. A esta aplicación retroactiva excepcional de la ley penal se le conoce con el nombre de retroactividad benigna. La evaluación de las leyes penales que pueden ser más favorables se extienden a las que rigen con posterioridad a la vigente al momento de la realización del delito hasta el cumplimiento total de la pena impuesta. En este orden de ideas pueden ser consideradas en el juicio de favorabilidad la ley penal intermedia que rige luego de cometido el delito hasta antes de la emisión de la sentencia[288], la ley penal vigente al momento de la sentencia y la ley penal vigente después de la imposición de la sentencia hasta antes del cumplimiento total de la pena.

El alcance de la garantía de la prohibición de retroactividad de la ley penal resulta especialmente discutido en tres supuestos específicos. Por un lado, resulta controvertido si el término "ley penal" se tiene que limitar a las leyes penales materiales o si debe incluirse también a las leyes penales procesales y de ejecución penal. Por otro lado, se discute también si el régimen penal de la vigencia temporal de la ley penal resulta extensivamente aplicable a las leyes que forman parte del Derecho administrativo sancionador. Por último, es igualmente objeto de debate la cuestión de si la irretroactividad de la ley penal está referida únicamente a la imposición de

286 Vid., la seguridad jurídica como fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 216; Lascuraín Sánchez: *Sobre la retroactividad penal favorable*, p. 21; Oliver Calderón: *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, p. 123 y ss.

287 Vid., De Vicente Martínez: *El principio de legalidad penal*, p. 64; Bello Gordillo: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 65 y ss.

288 Sobre la aplicación de la ley penal intermedia como la más favorable al reo, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 63; Eser, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 2, n.m. 29; Hassemer: *NK* § 2, n.m. 23; Rudolphi: *SK* § 2, n.m. 6; Blanco Lozano: *CPC* 71 (2000), p. 292 y s; Bramont-Arias Torres, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 318. En la legislación penal nacional especialmente llamativo ha sido el caso del delito de tráfico de influencias simuladas que dejó de ser delito por 41 días con la entrada en vigencia de la Ley N° 29703, como lo expone Auris Evangelista: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 107 (2018), p. 273 y ss.

las penas o si alcanza también a las medidas de seguridad. Estos tres tópicos de discusión serán abordados detenidamente en las líneas siguientes.

c.1.) La irretroactividad de las leyes penales procesales y de ejecución

Como se ha indicado, un tema sumamente debatido es si la exigencia del carácter previo de la ley penal a la comisión del delito se limita únicamente a la ley penal sustantiva o si se extiende también a las leyes procesales penales y de ejecución penal. Mientras que la doctrina nacional se inclina mayoritariamente por exigir el carácter previo también respecto de estas leyes[289], el Tribunal Constitucional ha defendido en sus pronunciamientos un parecer distinto en ambos supuestos. En esta discusión, sin embargo, se entremezclan cuestiones que no deben confundirse: si las leyes procesales y de ejecución penal son leyes penales, cuál es el momento a partir del cual rigen (el llamado factor de aplicación), si estas leyes tienen carácter irretroactivo y la posibilidad de aplicarlas a casos anteriores, en caso de favorecer al procesado o condenado (retroactividad benigna).

En el caso de las leyes procesales penales, el Tribunal Constitucional ha señalado que "*(e)n el Derecho procesal, como antes se ha señalado, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no sólo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que éstos se producen*" (STC Exp. N° 1300-2002-HC/TC de 27 de agosto de 2003). La posición del máximo intérprete de la Constitución parte acertadamente de una naturaleza propia de las leyes procesales penales, por lo que no se tendría que seguir el factor de aplicación que utilizan las leyes penales sustantivas: el momento de la comision del delito. Sin embargo, como toda ley, deben aplicarse a los casos posteriores a su entrada en vigencia, sin perjuicio de que se puedan admitir también supuestos en los que cabe excepcionalmente una aplicación retroactiva.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal dispone que la ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal[290]. La ley procesal penal no tiene como factor de aplicación temporal, por lo tanto, el momento de la comisión del hecho delictivo, sino la realización de los actos procesales correspondientes. Si bien ambos momentos podrían coincidir, puede ser también que, por ejemplo, la necesidad de

289 Vid., BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción*, p. 39; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 898; BELLO GORDILLO: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 82 y s., desde una concepción preventivo-general de la pena.

290 Vid., SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 26; SÁNCHEZ VELARDE: *Código Procesal Penal Comentado*, p. 34.

satisfacer alguna condición objetiva de procedibilidad puede hacer que el inicio de un proceso penal sea posterior al momento de la comisión del delito o simplemente que el descubrimiento de los indicios suficientes para el procesamiento penal tenga lugar con posterioridad a la realización del hecho. La ley procesal aplicable es la vigente al momento de la actuación procesal correspondiente. Esta regla de aplicación temporal no debe, sin embargo, provocar situaciones de indefensión por cambios sorpresivos que afecten la estrategia procesal, por lo que el mismo dispositivo procesal antes mencionado prescribe que seguirán rigiéndose por la ley procesal anterior los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado a correr[291].

En cuanto a la posibilidad aplicar retroactivamente la ley procesal penal en caso de resultar más favorable al procesado, el artículo VII del Título Preliminar el Código Procesal Penal da una respuesta clara al respecto. La retroactividad benigna procede si es que la regulación procesal más favorable está referida a derechos individuales[292]. Esta excepción a la regla se centra en los derechos de carácter procesal, es decir, en la vertiente garantista del proceso penal. Como se sabe, al procesado le asiste en el proceso penal un conjunto de derechos y garantías que pueden encontrar condiciones más estrictas o más flexibles para su ejercicio. Dado que estas condiciones están reguladas por las leyes procesales, en tales casos se podrá aplicar retroactivamente una ley procesal, si es que ésta ofrece condiciones más flexibles o beneficiosas para el ejercicio de los derechos individuales del procesado en el proceso penal y siempre que no haya precluido la oportunidad procesal para hacerlo.

Respecto de las leyes de ejecución penal, la discusión parte de asignarles un carácter penal o procesal[293]. La doctrina penal tiende a equiparlas a las leyes penales, al exigir que sean anteriores al delito (*tempus delicti comisi*)[294], mientras que el máximo intérprete de la Constitución sostiene que las normas de ejecución penal, por no tratarse de una leyes penales sustantivas, deben considerarse como normas procedimentales[295], por lo que al momento de resolver la cuestión correspondiente

---

291 Así lo destaca SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 27.

292 Vid., SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 28.

293 En este sentido, OLIVER CALDERÓN: *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, p. 192 y ss., sostiene que, dentro de la legislación de ejecución penal, cabe diferenciar disposiciones de carácter penal, procesal y administrativo.

294 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 175; BELLO GORDILLO: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 163; ABANTO QUEVEDO: *Actualidad Penal* 26 (2016), p. 109; MILLA VÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 211. Este criterio ha sido asumido expresamente por el legislador en ciertas leyes penitenciarias, concretamente en la Ley N° 30101 y la Ley N° 30332.

295 STC Exp. N° 2196-2002-HC/TC de 10 de diciembre de 2003, Fundamento Jurídico 9: "*En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de deter-*

se deberá aplicar la ley de ejecución penal vigente (*tempus regit actum*). Las leyes de ejecución penal tienen, sin embargo, un carácter autónomo[296], de manera tal que, pese a someterse igualmente a un principio de legalidad, su factor de aplicación no tiene que ser el que utilizan las leyes sustantivas o las leyes procesales. Su entrada en vigencia se determina a partir del momento en el que comienza la ejecución de la pena, lo que normalmente coincide con la ejecución de una sentencia condenatoria firme, salvo los casos de ejecución provisional. Sobre la posibilidad de una aplicación retroactiva de la ley de ejecución penal, el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal la admite explícitamente en atención a lo más favorable al interno[297].

Una discusión especial se ha presentado en relación con las leyes de ejecución penal que regulan beneficios penitenciarios. La Corte Suprema de la República se ha pronunciado al respecto, estableciendo en el Acuerdo Plenario N° 2-2015, en la misma línea de lo que sostuvo en el Acuerdo Plenario N° 8-2011, que la ley penitenciaria puede ser material o procesal en función del ámbito que regula[298]. En el caso de leyes penitenciarias materiales, regiría la vigente al momento en que se inicia la ejecución material de la sanción (sentencia firme), mientras que si se trata de leyes penitenciarias de carácter procesal se aplicaría la vigente al momento de la realización del acto procesal correspondiente. Este criterio general no sería aplica-

---

minados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley N.° 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados". Esta línea de pensamiento ha vuelto a ser reafirmada por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01417-2008-HC/TC de 28 de noviembre de 2008, Fundamento Jurídico 5 con los siguientes términos "(...) *atendiendo a que las normas que regulan el acceso al beneficio de semilibertad no son normas penales materiales sino normas de derecho penitenciario, sus disposiciones deben ser consideradas como normas procedimentales, puesto que establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de acceder a beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados; por tanto, no se configura una situación de excepción amparable por el artículo 139, inciso 11, de la Constitución, por lo que serán de aplicación las normas vigentes al momento del inicio de la tramitación del beneficio penitenciario*".

296 En este sentido, Milla Vásquez, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 197 y ss.

297 Sin embargo, Abanto Vásquez: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 566, desliza la posibilidad de que la retroactividad de la ley de ejecución penal se limite a las leyes materiales que podrían jugar algún papel durante el tiempo de ejecución de la pena (p.e. la reducción de la pena que lleva a la excarcelación del condenado).

298 Vid., al respecto, Chunga Hidalgo: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 86 (2016), p. 37 y ss.; Abanto Quevedo: *Actualidad Penal* 26 (2016), p. 119.

ble, sin embargo, a las leyes que establecen un factor de aplicación distinto, como el caso de la Ley N° 30101 y la Ley N° 30332 que asumen el criterio del *tempus delicti comisi*[299]. Por su parte, el legislador penal ha puesto nuevos puntos de discusión con la reciente incorporación del artículo 57-A del Código de Ejecución Penal, en donde establece que la ley que se aplica a los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional es la vigente al momento de la condena firme, aunque en el caso del beneficio de redención de penas por el trabajo y la educación se respetará el tiempo computado antes de que la condena adquiera firmeza. El criterio general de *lege lata* sería, por lo tanto, que la ley penitenciaria aplicable es la vigente al momento de cumplir con la pena impuesta, por lo que al condenado no se le podría aplicar la ley que entre en vigencia durante el cumplimiento de la pena impuesta por sentencia condenatoria firme.

Para tomar posición en relación con la discusión sobre la aplicación temporal de las leyes que regulan beneficios penitenciarios, debe determinarse si el factor de aplicación sigue la regla general de las leyes de ejecución penal o si, por el contrario, debe ser otro[300]. De mantenerse la regla general, la ley sobre beneficios penitenciarios aplicable sería la vigente al momento en que el condenado empieza a cumplir la pena. Podría sostenerse que este factor de atribución no se corresponde con la naturaleza de los beneficios penitenciarios como un derecho que solamente se alcanza bajo la observancia de ciertas exigencias legales, por lo que el factor de aplicación debería ser, más bien, el momento en el que el condenado solicita la concesión del beneficio penitenciario correspondiente[301]. Tal posición no tiene, sin embargo, asidero, pues el beneficio penitenciario no se consigue de un momento a otro, sino que debe cumplirse con ciertas condiciones desde el momento en el que se comienza con la ejecución de la pena. Por consiguiente, las leyes de ejecución penal que regulan los beneficios penitenciarios deben mantener el factor de aplicación general: el momento de inicio de la ejecución de la pena. En todo caso, si la ley penitenciaria que entra en vigencia posteriormente resulta más beneficiosa, nada impide que pueda ser aplicada retroactivamente con base en el principio de la retroactividad benigna reconocida en el artículo VIII del Título Preliminar Código de Ejecución Penal.

---

299 Vid., Milla Vásquez, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 212 y s.

300 Igualmente, aunque con resultados distintos a los aquí sostenidos, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 888. Sobre la importancia de definir el factor de aplicación, Abanto Quevedo: *Actualidad Penal* 26 (2016), p. 107.

301 Es importante precisar que esta solicitud tiene lugar cuando el condenado presenta el expediente penitenciario con toda la documentación necesaria al juez y no cuando solicita la formación del expediente penitenciario. Vid., al respecto, Torres Gonzáles: *Beneficios penitenciarios*, p. 266 y s.

c.2) La aplicación de las reglas sobre la vigencia temporal de la ley penal a las normas del Derecho administrativo sancionador

Si las reglas sobre la aplicación temporal de la ley penal son extensibles a las leyes administrativas sancionatorias, no es algo que pueda negarse de plano, dada la naturaleza sancionatoria de ambos ordenamientos jurídicos. En países como España es la misma Constitución la que regula extensivamente la retroactividad benigna para las leyes sancionatorias en general, por lo que no cabe duda de su aplicación a las normas de Derecho administrativo sancionador[302]. Nuestra Constitución, por el contrario, se limita claramente a las leyes penales (artículo 139 inciso 11). Sin embargo, la Ley de Procedimiento Administrativo General establece, en su artículo 230 inciso 5, que uno de los principios reguladores del procedimiento administrativo sancionador es la irretroactividad de la ley administrativa sancionatoria: "*Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables*".

c.3) La irretroactividad en el caso de las medidas de seguridad

Otro tema especialmente debatido es si el carácter previo de la ley penal es una exigencia que se queda en la imposición de la pena o si alcanza también a la aplicación de las medidas de seguridad. En la doctrina penal algunos autores sostienen el parecer de que el carácter previo de la ley penal se tiene que limitar a la pena, de manera tal que las medidas de seguridad podrán introducirse con posterioridad al hecho peligroso o endurecerse por razones de prevención especial[303]. Nuestra regulación positiva no sigue, sin embargo, esta línea de pensamiento, sino que se adhiere al planteamiento del sector doctrinal que extiende la *lex praevia* a las medidas de seguridad[304]. En efecto, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal señala expresamente que el principio de legalidad, incluido por tanto la exigencia de la ley previa, alcanza también a las medidas de seguridad. En este sentido, nadie puede ser sometido a una medida de seguridad que previamente no se encuentre establecida en la ley penal[305]. Esta solución legal encuentra pleno fundamento en la necesidad de una garantía de objetividad que fundamenta el principio de legalidad[306], lo que

302 Vid., al respecto, IGLESIAS RÍO: *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 6 (mayo de 2005), p. 31.

303 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 53, salvo que la ley disponga otra cosa.

304 En este sentido, BELLO GORDILLO: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 146 y s.

305 Vid., BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 178; OLIVER CALDERÓN: *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, p. 164.

306 Como lo hace JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 56. Igualmente, como protección de la confianza en la Administración de Justicia, HASSEMER: *Fundamentos*, p. 322.

posiblemente no podría alcanzarse si se parte de una función de prevención general negativa.

d. La prohibición de analogía (*lex stricta*)

El principio de legalidad tiene relevancia no sólo en el ámbito legislativo, sino que alcanza también a la actividad interpretativa de los jueces[307]. Es así que se les impide recurrir a la analogía para sancionar una conducta o agravar la pena, como se desprende del artículo 139 inciso 9 de la Constitución Política y del artículo III del Título Preliminar del Código Penal[308]. La prohibición de analogía se sustentaría en los peligros que este razonamiento interpretativo podría conllevar en relación con la libertad de los ciudadanos ante una posible tergiversación de la voluntad del legislador por parte de los jueces[309]. Bajo esta comprensión de las cosas, el tenor literal no sería un método de interpretación, sino un límite a la interpretación de la ley penal[310]. Para establecer este límite habría que determinar el tenor gramatical de la ley por medio del uso ordinario del lenguaje[311]. Si este margen interpretativo es sobrepasado, con la finalidad de sancionar o agravar conductas acudiendo únicamente al fin de protección, entonces se caerá en una analogía prohibida por el Derecho penal[312]. La interpretación de la ley penal solamente puede llegar hasta donde lo permita su tenor literal.

Las afirmaciones acabadas de realizar siguen una lógica coherente de aplicación de la ley penal con conceptos claramente diferenciados (tenor literal, interpretación y analogía). Sin embargo, la perfección de esta construcción teórica ha comenzado a ser cuestionada por una parte de la doctrina penal. La idea principal es que resulta realmente difícil marcar fronteras precisas entre la interpretación y la analogía, pues es un dato innegable que todo proceso interpretativo se lleva a cabo mediante razonamientos analógicos[313]. En este sentido, interpretación y analogía

---

307 MIR PUIG: *Introducción*, p. 145; HASSEMER: *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 150.

308 Vid, SÁNCHEZ MERCADO: *La analogía en el Derecho penal*, p. 73.

309 Vid., VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 58.

310 Vid., así, ENGISCH: *Einführung*, pp. 73, 83. La doctrina actualmente dominante, vid., por todos, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 1, n.m. 55.

311 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 30; SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 20; AROCENA: *Interpretación*, p. 76 y ss.

312 Vid., así, RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 23.

313 En este sentido, SAX: *Das strafrechtliche „Analogieverbot"*, p. 97 y ss.; KAUFFMANN, A.: *Analogie und „Natur der Sache"*, pp. 37 y ss., 60 y ss.; HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 95, 98; EL MISMO, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 29; EL MISMO, *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 164; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 574. En contra, en el sentido de que todavía es posible diferenciar interpretación de analogía, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 1, n.m. 55.

no constituyen dos conceptos diferenciados, sino que finalmente resultan siendo lo mismo[314]. Por lo tanto, no se trata de establecer los límites entre una interpretación conforme al tenor de la ley y una analogía más allá de dicho tenor, sino que debe hablarse, más bien, de una analogía permitida y de una analogía prohibida[315].

d.1) La analogía prohibida y la analogía permitida

Para poder determinar en sede penal el límite de lo permitido en los procedimientos analógicos, se recurre usualmente al criterio del tenor literal de la ley penal determinado por el lenguaje cotidiano. Sin embargo, la seguridad que puede ofrecer el lenguaje cotidiano respecto del significado de las palabras utilizadas resulta también cuestionable. JAKOBS ha indicado con acierto que el límite que ofrece el uso ordinario del lenguaje no constituye, en realidad, un criterio preciso[316], pues existen diversos usos ordinarios que dependen de ámbitos regionales, profesionales, sociales, etc.[317], así como de la misma evolución de los usos del lenguaje. Así, el lenguaje cotidiano ofrece un arsenal de significaciones que, de ninguna manera, establecen un límite externo a la labor de interpretación de la ley penal[318]. Lo decisivo, por lo tanto, es la cultura interpretativa utilizada, esto es, que el límite de la interpretación no es el sentido que los conceptos jurídicos tienen, sino el que

---

314 Así, expresamente, HASSEMER: *Strafen im Rechtsstaat*, p. 29. En la doctrina nacional se ha puesto de manifiesto esta vinculación por BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 111 y ss., con la llamada interpretación analógica, en la que la analogía se permitiría por la propia ley penal. Anteriormente, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Revista de Derecho Público* 1936, p. 50 y ss.

315 Vid., así, SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 19 y ss.; RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 22; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 1, n.m. 55. En nuestro país, hace la diferenciación SÁNCHEZ MERCADO: *La analogía en el Derecho penal*, p. 79 y ss. Escéptico frente a la posibilidad de diferenciar entre analogía permitida y analogía prohibida, HASSEMER: *Strafen im Rechtsstaat*, p. 31 y ss.

316 ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 37, le objeta a Jakobs que cuestionar la capacidad de determinación del lenguaje, significaría negar la posibilidad de comunicación, sin embargo, creo que la argumentación correcta es precisamente la contraria. Es decir, que lo que demuestra que el lenguaje cotidiano no constituye un criterio preciso es el hecho de que siempre entre las personas caben malinterpretaciones.

317 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 35. Similarmente, HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 82 y ss.; EL MISMO, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 27 y s. De una opinión distinta, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 30, en tanto sostiene que el tenor literal de la ley debe tener efectos preventivos.

318 Consideran que la variedad de significaciones del lenguaje ordinario se limita mediante el contexto, SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 19 y ss.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 37. Frente a ello, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 35, señala que, si bien el contexto puede reducir el arsenal de significaciones, no excluye, sin embargo, la falta de seguridad respecto del contexto relevante para la interpretación.

puede atribuírseles[319]. Por esta razón, la única manera de evitar la arbitrariedad en la atribución de sentido y ofrecer, por tanto, seguridad en la interpretación penal, es formar un sistema en el que las leyes penales se encuentren vinculadas, de manera tal que el uso común de elementos (conceptos) de estructuración del sistema tenga, en principio, un significado similar[320]. La atribución de un significado divergente al usual en el sistema jurídico-penal sólo podría justificarse si el resultado interpretativo resulta sistemáticamente posible y su utilización en otro supuesto no rompe el orden del sistema[321]. El significado atribuido a un concepto tiene como límite la conservación del orden del sistema de las normas jurídico-penales.

A partir de las ideas arriba expuestas, pueden construirse los límites que el principio de legalidad realmente establece a la interpretación de la ley penal por parte del juez. La ley, como ya se indicó, cuenta necesariamente con un nivel de generalización y deja al juez la tarea de especificar en el caso concreto los elementos del tipo penal[322]. La prohibición de analogía le impide al juez realizar una mayor generalización de los elementos del tipo penal legalmente configurado, de manera que amplíe el ámbito de aplicación de la ley penal para un supuesto concreto. Si el juez penal generaliza más los conceptos utilizados por la ley penal con la finalidad de incluir un determinado hecho concreto en el ámbito de regulación de la ley penal, entonces habrá realizado una analogía prohibida por el Derecho penal[323]. La cuestión central será precisar cuándo tiene lugar esa generalización de los conceptos contenidos en el tipo penal.

Para precisar el significado de los elementos del tipo penal el juez recurre al fin de regulación. Esta determinación de sentido sólo podría llegar hasta donde lo permite el tenor literal de la ley, pero, como ya lo hemos dicho, ese tenor no se determina conforme al lenguaje cotidiano, sino conforme a la idea de un sistema conceptual de carácter jurídico-penal[324]. La analogía prohibida le impide al juez realizar una mayor generalización, es decir, una ampliación tal del significado de los conceptos establecidos en la ley penal, que su uso en otros supuestos interpretativos

---

319 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 37.

320 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 38.

321 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 38, con mayores referencias.

322 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33.

323 En sentido similar, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 575, señala que "*se trata de analogía si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace con arreglo a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión*".

324 HASSEMER: *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 161, destaca que el lenguaje que debe utilizarse no es el de la calle, sino el de los penalistas; de lo contrario, sólo llevará a resultados falsos o impracticables por haber recurrido a parámetros inadecuados.

rompa la unidad conceptual del sistema penal[325]. Aun cuando el juez penal sólo pretenda sancionar conductas igualmente reprochables, no puede llevar a cabo esta mayor generalización del significado y una ampliación del ámbito de aplicación del tipo penal[326], pues con ello estaría configurando un nuevo sistema de regulación y usurpando aspectos reservados al legislador penal. Se trataría de una analogía penalmente prohibida.

Por ejemplo: El peculado por extensión del artículo 392 del CP admite como posible autor de este delito a los depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente. Si el juez penal considerase que también habría que castigar a los agentes de retención que deben retener el pago de dinero por orden de una autoridad competente, estaría haciendo una analogía prohibida. Si se quiere ampliar el concepto "depositario" para incluir también a los agentes de retención, se rompería la unidad conceptual con el propio delito de apropiación ilícita agravada, pues el agente de retención no entra en posesión del dinero o de un bien para hacer un uso determinado, sino que simplemente no debe entregarlo a quien le corresponde, procediendo a retenerlo en favor del Estado. La falta de retención no puede equipararse a una apropiación sin romper la unidad conceptual del sistema de represión de los actos de apropiación.

d.2) La analogía permitida in bonam partem

Conforme al propio tenor del artículo III del Título Preliminar del Código Penal, la analogía prohibida se presenta cuando es utilizada para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o la medida de seguridad que corresponda. *Contrario sensu*, la analogía que se utiliza para eximir o atenuar la pena será plenamente válida, mientras no se oponga a lo dispuesto expresamente por la ley penal. A esta analogía se le conoce como analogía *in bonam partem*[327]. En la doctrina penal no se discute la posibilidad de su uso en las leyes penales[328], sino, más bien, si el juez puede acudir a ella aunque no exista

325 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33.

326 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 34, 40 y s., sin embargo, acepta determinados casos en los que sí puede justificarse una generalización del entendimiento mayor al usualmente establecido, para lo cual exige como presupuestos: una continuidad del desarrollo del concepto, la existencia de una arbitrariedad valorativa, la necesidad de una regulación igualitaria y la idoneidad para resolver la cuestión de fondo. Críticamente frente a Jakobs, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 39.

327 Sobre la analogía permitida en los usos *in bonam partem*, SÁNCHEZ MERCADO: *La analogía en el Derecho penal*, p. 101 y ss.; HUGO ÁLVAREZ: *Actualidad Penal* 32 (2017), p. 103 y s.

328 Aunque es teóricamente posible un modelo, en el que la legalidad rige de modo homogéneo en todo el Derecho penal como sujeción absoluta de todos los órganos de gobierno a la ley, tal como lo pone de manifiesto MONTIEL: *Analogía favorable al reo*, p. 30.

una norma que lo autorice de manera concreta[329]. A nuestro entender no es necesario un precepto legal que permita expresamente el uso de la analogía *in bonam partem* en la interpretación de las leyes penales, pues la prohibición de analogía en el Derecho penal está formulada de una manera tal que se restringe únicamente a la que es *in malam partem*.

La aplicación de la analogía *in bonam partem* no es, sin embargo, una facultad ordinaria del juez, ya que debe ser ejercida de manera excepcional. En términos generales, puede decirse que solamente cabrá su utilización por el juez penal si es que se presenta una laguna axiológica que el legislador no ha cubierto por descuido[330]. Un ejemplo de tal situación sería el reconocimiento de un efecto eximente a supuestos equiparables a la fuerza irresistible prevista como causa de exclusión de la responsabilidad penal en el artículo 20 inciso 6 del CP. En efecto, los casos de actos reflejos o de estados de sonambulismo, los ataques de epilepsia o las convulsiones que produzcan la afectación de un bien jurídico deben ser tratados también como causas de exclusión de la responsabilidad penal, ya que, aun cuando no estén expresamente contemplados en el artículo 20 del CP, no hay duda que responden al mismo fundamento de la fuerza irresistible que sí se encuentra expresamente regulada. La situación se presenta distinta, por el contrario, si lo que se presenta es un desacuerdo valorativo por rechazo de una tesis de relevancia excluyente, en el que el legislador es consciente que deja fuera de la regulación legal otros casos que pudiesen tener la misma relevancia[331]. Así, por ejemplo, la condición objetiva de la punibilidad del valor de una remuneración mínima vital del bien ajeno en el delito de hurto, no puede ampliarse analógicamente a otros delitos contra el patrimonio de similar gravedad como la apropiación ilícita.

d.3) La analogía intra legem

La analogía permitida más allá del tenor de la ley no se reduce a los supuestos de analogía *in bonam partem* en los términos acabados de explicar, pues puede ser también que el mismo legislador utilice en su labor de incriminación una operación analógica para determinar un elemento típico. Se trata de la llamada analogía *intra legem*[332], la cual se presenta cuando la misma ley penal permite la utilización de la analogía en la interpretación típica, tal como sucede en los tipos penales del delito de violación sexual con la cláusula general de "otros actos análogos" o del delito de

329 Vid., al respecto, Vicente Martínez: *El principio de legalidad penal*, p. 59 y s.

330 En este sentido, Montiel: *Analogía favorable al reo*, p. 218 y ss.

331 Vid., Montiel: *Analogía favorable al reo*, p. 225 y ss.

332 Vid., Zaffaroni: *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 306 y s. Por su parte, Ferrajoli: *Derecho y razón*, p. 382, la llama analogía anticipada. En la doctrina nacional ha sido usual llamarla interpretación analógica, vid., Hugo Álvarez: *Actualidad Penal* 32 (2017), p. 104 y ss.

estafa con el elemento abierto de "otra forma fraudulenta". A partir de esta posibilidad de utilización de la analogía, algunos autores sostienen que la prohibición de analogía no alcanza, en estricto, al legislador[333]. Debe quedar claro, sin embargo, que esta permisión de la analogía al interior del tipo penal no significa abrir el ámbito de aplicación del tipo penal a cualquier supuesto similar, sino que es el propio tipo penal el que establece explícitamente los parámetros de la apertura analógica en la interpretación de la ley[334].

4. El principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad establece que no hay pena sin culpabilidad. Pese a que no es reconocido explícitamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha sido claro al reconocerlo como un principio constitucional (STC Exp. N° 014-2006-AI/TC). En la legislación ordinaria, por el contrario, sí existe un reconocimiento explícito en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, el que prescribe que la imposición de una pena requiere la responsabilidad penal del autor[335]. Si bien este dispositivo legal utiliza el término "responsabilidad", no hay duda que el legislador penal de 1991 se está refiriendo a la culpabilidad, como lo ponen en evidencia además los proyectos de Código Penal de 1985 y 1986 que utilizaban el término "culpabilidad"[336]. El motivo por el cual operó el cambio de términos fue la intención del legislador penal de evitar que el empleo del término "culpabilidad" se asocie con las teorías retribucionistas de la pena[337]; más aún, si el texto final del artículo IX del Título Preliminar sacó de los fines de la pena la función retributiva contemplada en los proyectos antes mencionados. En este sentido, el uso de la palabra "responsabilidad" en el artículo VII del Título Preliminar del Código penal actual no se debió a un abandono del principio de culpabilidad, sino a una forma de mostrar un distanciamiento con posturas retribucionistas de la pena.

A. La función de la culpabilidad

El reconocimiento explícito del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1991 significa primeramente que la legislación penal peruana no es compatible

333 Vid., KUHLEN, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal*, Montiel (ed.), p. 160 y s.

334 Similarmente, ZAFFARONI: *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 307.

335 Vid., BRAMONT ARIAS: *Derecho* 46 (1992), p. 25 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 110. Considera este artículo sólo una referencia indirecta del principio de culpabilidad, CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 506.

336 Informa sobre esta situación HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1596, agregando críticamente que el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 2004 vuelve a utilizar en el artículo VII del Título Preliminar el término "culpabilidad".

337 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 110.

con aquellos planteamientos que proponen eliminarlo del sistema penal[338]. Por consiguiente, no hay manera de sancionar penalmente a una persona en el Perú si no es por medio de la imputación culpable de un injusto penal. Sin embargo, en lo que no existe consenso es en la manera cómo la culpabilidad debe encontrar expresión en las reglas de imputación penal. Al respecto la regulación legal no contiene ninguna posición definida, mientras que en la doctrina penal concurren distintas perspectivas sobre la función que la culpabilidad debería específicamente cumplir en la atribución de responsabilidad penal.

En una visión retributiva de la pena, la culpabilidad del autor se constituye en el fundamento mismo de la pena, siendo lo que justifica su imposición. Su punto de partida sería el libre albedrío de la persona, es decir, la posibilidad que tiene el ser humano de actuar libremente[339]. Bajo este esquema conceptual, la culpabilidad jurídico-penal se sustentaría en un juicio de reproche al autor por haber hecho un mal uso de su libertad, esto es, por haber cometido el delito, pese a haber podido y debido actuar conforme a Derecho[340]. A esta manera de comprender la culpabilidad penal se le ha cuestionado fundamentalmente la imposibilidad de una prueba empírica de la libertad de actuación[341], a lo que se ha sumado, en un plano más operativo, su falta de idoneidad para servir de criterio de medición de la pena a imponer al autor[342].

La culpabilidad adquiere una configuración distinta en una visión preventiva del Derecho penal. Si la pena apunta a disuadir a los ciudadanos para que no cometan delitos, tal situación encierra el peligro latente de que intensifique la respuesta punitiva para alcanzar un mayor efecto disuasorio. La medida de la pena respondería únicamente a la necesidad de intimidar a los potenciales delincuentes, lo que, en términos punitivos, podría significar un incremento desproporcionado de las penas[343]. Por esta razón, se hace necesario encontrar ciertos límites a la posi-

338 Planteamientos que van desde aquél que parte de su inutilidad dogmática por su falta de comprobación empírico científica (así, Gimbernat Ordeig: *Problemas actuales*, p. 83 y ss., quien propone sustituirlo por un criterio de necesidad de pena bajo un punto de vista político-criminal), hasta a aquél que considera que la libertad está negada científicamente por los resultados obtenidos en las neurociencias (vid., de manera descriptiva, Frisch, en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, p. 22 y ss.).

339 Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 140.

340 Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 139: "*Culpabilidad es reprochabilidad de la formación de la voluntad*".

341 Así fue fundamentalmente la crítica de Engisch: *La teoría de la libertad de la voluntad*, p. 76. En esta línea, también, Córdoba Roda: *Culpabilidad y pena*, p. 24; Roxin: *Problemas básicos*, p. 203 y ss.

342 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 23.

343 Así, Mir Puig: *Introducción*, p. 66.

bilidad de exceso de una visión preventiva de la pena. La culpabilidad encontraría precisamente en este lugar su función, es decir, dejaría de ser el fundamento de la pena, como lo veían los retribucionistas, para convertirse, más bien, en un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado[344]. El punto central de discusión residirá aquí en determinar si el límite constituido por el principio de culpabilidad frente al poder del Estado se decide desde la misma lógica preventiva o desde una perspectiva externa de carácter garantista.

Dado que no es posible encontrar un fundamento para la culpabilidad en la prevención general negativa misma, la tendencia mayoritaria ha discurrido por la línea de abrir la legitimidad de la sanción penal a otros fines. Así, ROXIN le asigna a la culpabilidad una función político-criminal que no depende de su fundamentación ontológica, sino de su virtualidad para limitar el poder de intervención estatal sobre la base de considerar al ciudadano como una persona capaz de tomar decisiones autónomas y de responder por ellas[345]. De manera teóricamente más definida, SCHÜNEMANN sostiene que la amenaza penal tiene tanto una función de prevención general negativa por medio de la conminación, como una función de prevención general positiva que se legitima por medio de la culpabilidad[346]. Como bien lo apunta SILVA SÁNCHEZ, desde la lógica de estos planteamientos la culpabilidad ya no sería propiamente un límite externo a los fines de prevención general negativa, sino, más bien, una síntesis de sus fines preventivos, utilitaristas y garantistas[347]. No se trata, por lo tanto, de evitar los excesos en el cumplimiento del fin preventivo del Derecho penal, sino del adecuado cumplimiento de dicho fin del Derecho penal.

También JAKOBS rechaza la concepción de la culpabilidad como un límite a la pena y considera que lo adecuado es su integración en la función asignada al Derecho penal: "*Sólo el fin del Derecho penal dota a la culpabilidad de contenido*"[348]. Conforme al planteamiento del Profesor Emérito de la Universidad de Bonn, la función del Derecho penal consiste en restablecer la vigencia de la norma infringida mediante la imposición de una pena, de manera tal que solamente se podrá hablar de culpabilidad del autor cuando exista esta necesidad de restablecimiento. Únicamente cuando no sea preciso solucionar el conflicto penal mediante la imposición de una pena, se entrará a discutir una situación de exculpación. De hecho, la admi-

344 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 3 y ss.; MIR PUIG: *Introducción*, p. 153 y ss. Sobre las críticas a la asignación de una función de límite de la pena a la culpabilidad, DEMETRIO CRESPO: *Culpabilidad y fines de la pena*, p. 55 y ss.

345 Vid., ROXIN, en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, p. 41 y ss.

346 Vid., SCHÜNEMANN, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 96 y s.

347 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 295.

348 JAKOBS, en *Estudios*, p. 78 y ss.

sión de ciertos supuestos de inimputabilidad por situaciones de anormalidad psicológica, por ejemplo, ha dependido de que la medicina haya encontrado remedios para su adecuado tratamiento[349]. A esta interpretación extremadamente funcional se le ha hecho diversas objeciones, siendo la más básica aquella que le reprocha que la culpabilidad ya no estaría configurada en atención a las circunstancias del autor, sino a criterios de necesidad social. Con ello, se estaría finalmente instrumentalizando al individuo por puros intereses sociales de restabilización[350].

En nuestra opinión, la visión funcional de la culpabilidad acierta al señalar que la culpabilidad no puede determinarse desligada de la específica función social que cumple el Derecho penal, pues la configuración de la responsabilidad del autor de un delito está influida indudablemente por el Derecho penal de la sociedad de que se trate. Sin embargo, esta afirmación no debe entenderse en el sentido de que la culpabilidad penal se determine completamente por la eventual configuración de la sociedad o las necesidades sociales de imputación. La regulación penal no puede desconocer ciertos aspectos ontológicos de la persona al decidir su culpabilidad por el delito. En este orden de ideas, la desestabilización de una norma solamente puede provenir de la actuación de una persona, entendida ésta como un ser racional y libre[351]. En la medida que la culpabilidad jurídico-penal debe partir necesariamente de una persona que actúa libremente, no es posible imputarle penalmente un hecho sin una culpabilidad individual. El restablecimiento de la vigencia de la norma infringida se debe conseguir por medio de la imposición de una pena a la persona a la que se le ha atribuido culpablemente el hecho contrario a la norma.

B. Culpabilidad de acto

Cuando el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena requiere "la responsabilidad penal del autor", eso debe entenderse como la exigencia de una culpabilidad del autor por un hecho propio (Derecho penal de acto) y no como culpabilidad por su modo de vida (Derecho penal de autor)[352]. Esta afirmación no significa que todo lo anterior al hecho carezca de relevancia penal, pues elementos como el dolo, la imputabilidad, o los criterios de medición

349 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 80.

350 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 33. La respuesta a esta crítica, JAKOBS, en *Estudios*, p. 365 y s.

351 Sobre la libertad que se expresa en las acciones y que no es meramente supuesta, sino existente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *La libertad del Derecho penal*, p. 179 y ss.

352 Sobre la distinción entre un Derecho penal del hecho y un Derecho penal de autor, vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 6, n.m. 1, precisando que, si bien en la aplicación de medidas de seguridad puede apreciarse una incidencia determinante de un Derecho penal de autor, la exigencia de un hecho lesivo como presupuesto (medidas de seguridad postdelictuales) mantiene esta vía del Derecho penal unida a un hecho (n.m. 23).

de la pena tienen necesariamente en cuenta sucesos anteriores a la realización del hecho delictivo[353]. Lo que no resulta de recibo es que la imposición de la pena se sustente o incremente su cuantía en razón de aspectos de la vida o la personalidad del autor[354]. Bajo estas consideraciones, existen razones atendibles para cuestionar, por ejemplo, la compatibilidad de la agravante del delito de favorecimiento de la prostitución prevista en el artículo 179 inciso 6 del CP con un Derecho penal de acto, en la medida que sustenta la agravación de la pena en el hecho de que el autor del delito haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida[355].

Especialmente discutible es si las figuras de la reincidencia y la habitualidad resultan compatibles con un Derecho penal de acto. En la exposición de motivos del Código penal actual se señaló expresamente que estos supuestos de agravación carecían de lógica, humanidad y sentido jurídico, resultando no sólo contrarias a un Derecho penal de acto, sino también al principio del *ne bis in idem*[356]. Se llegó incluso a decir que, desde el punto de vista de la prevención general, la reincidencia y la habitualidad no habían servido para atemorizar a los delincuentes, por lo que habría que proscribir estas formas aberrantes de castigo. Este postulado original del Código Penal, sin embargo, ha sido dejado de lado, primero de forma particular en la legislación antiterrorista y posteriormente de manera general para los distintos delitos. En efecto, las figuras de la reincidencia y la habitualidad han

353 Similarmente, OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 12, n.m. 23. En la doctrina penal nacional, ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 45 y s.

354 Vid., Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 34; YACOBUCCI: *El sentido de los principios penales*, p. 317.

355 Similarmente, PEÑA-CABRERA FREYRE: *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*, p. 324.

356 Textualmente se indicó lo siguiente: "*Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio ne bis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233°, inciso 11) de la Carta Política. La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social*".

recobrado vigencia en la actualidad con su incorporación como circunstancias de agravación en los artículos 46-B y 46-C del CP por medio de la Ley N° 28726 de mayo de 2006[357]. Pese a que un sector de la doctrina penal se mantiene crítico, en general, frente al resurgimiento de esta figura[358], el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad en la sentencia STC Exp. N° 014-2006-PI/TC[359].

En lo que respecta a su compatibilidad con el principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional considera que la reincidencia no cuestiona un Derecho penal de acto, pues la culpabilidad no puede ser evaluada aisladamente, "*sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado*". Por su parte, la Corte Suprema de la República sostiene que la reincidencia se fundamenta en razones de prevención especial, ajenas, por tanto, a la culpabilidad por el hecho, la cual debe servir de límite a los fines de prevención especial que sustentan la reincidencia[360]. Sin embargo, esta argumentación no explica si la manera como se encuentra regulada la reincidencia en nuestro país resulta compatible con el principio de culpabilidad. En especial, no entra a determinar si tal compatibilidad alcanza a una reincidencia genérica que no exige ningún tipo de similitud entre los delitos cometidos y, sobre todo, si puede justificar un incremento de la pena por encima del límite superior del marco penal abstracto.

En nuestra opinión, la reincidencia puede ser considerada una circunstancia que incremente el desvalor cuantitativo del delito cometido, en la medida que produzca una intensificación de la defraudación de la norma por similares actuaciones en el pasado. Tal consideración no pone en tela de juicio la vigencia del principio de culpabilidad, pero exige que su incidencia se mueva en el marco penal abstracto[361]. Por el contrario, si la reincidencia se regula como una agravante cualificada, entonces el legislador estaría desbordando la pena que le corresponde al autor por

357 Disposiciones que han sido posteriormente modificadas para intensificar su contenido, mediante la Ley N° 29407 de septiembre de 2009, la Ley N° 29570 de agosto de 2010 y el Decreto Legislativo N° 1181 de julio de 2015 y la Ley N° 30838 de agosto de 2018.

358 Vid., CHÁVEZ HERNÁNDEZ: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 99 y ss. En la doctrina penal argentina, igualmente crítico PALERMO, en *Reincidencia y concursos de delitos*, Maldonado (coord.), p. 147 y ss. (espec. p. 160).

359 Vid., con mayor detalle, el análisis de crítico de ORÉ SOSA: *Temas de derecho penal*, p. 181 y ss.

360 Así el Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116, punto 12.

361 En ese sentido, GARCÍA: *Reincidencia y punibilidad*, p. 188, considera que es, en la individualización de la pena, en la que se debe valorar la reincidencia. En la doctrina penal nacional, igualmente, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 111; ALCÓCER POVIS: *La reincidencia*, p. 155 y s.

su culpabilidad en el hecho[362]. Pero además tampoco podría considerarse compatible con la culpabilidad una reincidencia genérica, pues el mensaje defraudatorio de la conducta del autor solamente se intensifica si es que el delito anterior guarda cierta relación de sentido con el delito posterior[363]. La actual configuración legal de la reincidencia, sin embargo, no se mantiene a salvo de estas objeciones, pues se recoge de manera genérica como una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal[364].

C. *Las manifestaciones del principio de culpabilidad*

La observancia del principio de culpabilidad en la imposición de una pena repercute en la constitución de las reglas de imputación penal. Esta repercusión tiene una expresión impropia que alcanza a la configuración de la categoría del injusto penal y otra propia que tiene que ver con el reconocimiento de una categoría referida específicamente a la culpabilidad. Se trata de lo que, en las exposiciones doctrinales, se conoce como las dos manifestaciones del principio de culpabilidad[365]. En el ámbito del injusto, el principio de culpabilidad obliga a que se tenga que hacer una imputación subjetiva, esto es, que el hecho se atribuya subjetivamente a su autor a título de dolo o culpa, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva. En la categoría de la culpabilidad, se exige, por su parte, que el injusto haya sido cometido por un sujeto penalmente responsable, es decir, por un sujeto capaz de desestabilizar comunicativamente la vigencia de las expectativas de conductas institucionalizadas en normas.

a. *La imputación subjetiva*

La necesidad de una imputación subjetiva para la configuración del injusto penal tiene su razón de ser en la exigencia de la culpabilidad del autor para poder imponer una pena[366]. Sin llevar a cabo una subjetivización de la imputación penal, no es posible que se pueda sostener que el hecho delictivo le pertenezca al autor, es decir, que se trate de un hecho propio. Esta subjetivización se expresa, en principio,

362 Similarmente, ORÉ SOSA: *Temas de derecho penal*, p.195 y s.; ALCOCER POVIS: *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, p. 108. De otro parecer, VILLA STEIN, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, TORRES CARO (comp.), p. 753.

363 Vid., ALCÓCER POVIS: *La reincidencia*, p. 189.

364 Vid., ORÉ SOSA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (septiembre de 2013), p. 25; ALCÓCER POVIS: *La reincidencia*, p. 300 y s.

365 Vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 153.

366 Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, en *Teoría del delito*. Pariona/Pérez Alonso (coord.), p. 209. En la doctrina penal nacional, CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 79 y ss.

bajo la forma del dolo, pero también puede satisfacerse, en determinados casos especialmente graves, con la culpa. Por lo tanto, un hecho lesivo solamente podrá ser penalmente relevante, si puede ser imputado subjetivamente al autor, es decir, si el hecho ha sido realizado de manera dolosa o, excepcionalmente, culposa. Lo que, por el contrario, queda claramente descartado en la determinación de la responsabilidad penal es que se le pueda atribuir a alguien un delito por la sola realización objetiva del hecho. La responsabilidad objetiva está proscrita en el Derecho penal.

Por otra parte, queda claro que imputar penalmente un hecho a quien lo ha causado sin la posibilidad de prever su realización, no tiene ninguna utilidad desde el punto de vista de la función atribuida al Derecho penal. Para los que le asignan a la pena la función de prevención, no tiene sentido la imposición de una pena a la realización fortuita de una lesión del bien jurídico, pues esta lesión no habría podido evitarse con una amenaza de pena dirigida al autor[367]. A éste no se le podría reprochar no haberse motivado suficientemente para actuar conforme a Derecho. Para los que atribuyen a la pena una función restabilizadora tampoco resulta lógico castigar las actuaciones inevitables, pues éstas no expresan, en términos comunicativos, un sentido social perturbador[368], en la medida que el autor no plantea un mundo distinto al reconocido por el Derecho. Siendo ello así, no resulta necesario que se restablezca normativamente con la pena algo que no se ha desestabilizado socialmente.

La exigencia de dolo o culpa se encuentra expresamente contemplada en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del CP. En este dispositivo penal se proscribe expresamente cualquier forma de responsabilidad objetiva[369]. La jurisprudencia nacional ha reafirmado reiteradamente el sentido de este precepto en diversas ejecutorias supremas[370]. Al proscribirse toda forma de responsabilidad

367 Así, MIR PUIG: *Introducción*, p. 153.

368 Vid., JAKOBS, en *Los desafíos*, Yacobucci (dir.), p. 120 y s.

369 Vid., CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo VII, p. 184 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 111.

370 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Código penal comentado*, p. 37. Puede citarse aquí la sentencia del Exp. R.N. N° 607-98-Lima, en donde se dice literalmente lo siguiente: "*El Código penal vigente, en el numeral sétimo de su Título premilitar, ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado; de modo que para imponer una sanción se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (dolo); y en el caso de los delitos culposos, que éste haya podido prever o evitar el resultado (culpa)*". Igualmente, la Ejecutoria Suprema del Exp. N° 4031-98 de 17 de noviembre de 1998 (citada por PRADO SALDARRIAGA: *Derecho penal*, p. 93 y s.). La misma línea de pensamiento ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 014-2006-AI/TC: "(...) *de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa*".

objetiva, se excluye también cualquier forma de *versare in re illicita*, lo que significa hacer a una persona responsable por todas las consecuencias derivadas de un actuar ilegal. La responsabilidad penal alcanzará al autor solamente hasta lo que puede imputársele subjetivamente como dolo o, excepcionalmente, como culpa. Una expresión clara de esta prohibición se aprecia en las lesiones con resultado fortuito previstas en el artículo 123 del CP que limita la sanción penal a las lesiones que el autor quiso inferir.

b. El sujeto responsable

La culpabilidad penal requiere además de un sujeto responsable al que se le reproche una falta de fidelidad al Derecho por la realización del injusto penal. Esta exigencia se explica razonablemente desde la función atribuida al Derecho penal por la doctrina dominante. Así, para los que sostienen que la función de la pena es prevenir la lesión de bienes jurídicos mediante la motivación de los ciudadanos o del delincuente, resulta lógico que esta labor de motivación solamente pueda exigirse respecto de sujetos que reúnan la capacidad mínima de determinarse con base en mensajes prescriptivos[371]. Por el contrario, para los que sostienen que la pena cumple una función restabilizadora, solamente la actuación de un sujeto culpable podrá tener sentido social y, por tanto, requerir de un restablecimiento contrafáctico. En el caso de sujetos considerados socialmente irresponsables, su actuación no produce un efecto comunicativo perturbador, sino que se le tratará, desde el punto de vista penal, como un hecho proveniente de la naturaleza[372]. Como puede verse, sea por razones de motivación, sea por motivos de comunicación social, la atribución de responsabilidad penal debe recaer necesariamente sobre un sujeto responsable capaz de recibir una imputación penal.

5. El principio de proporcionalidad de las penas

El principio de proporcionalidad de las penas exige que el establecimiento de las conminaciones penales y la imposición de las penas concretas tengan una relación valorativa con el hecho delictivo contemplado en la globalidad de sus aspectos[373]. En la doctrina penal se discute si se trata de un principio independiente

371 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 3: "*El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho*", a lo que agrega también la necesidad preventiva de sanción penal.

372 Vid., Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, p. 60 y s.

373 Vid., en este sentido, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 260; Castillo Alva: *Principios*, p. 280; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 56. La Corte Suprema de la República entiende que el principio de proporcionalidad de las penas es un límite a la

o si no es más que una derivación o una consecuencia de otros principios como el principio de culpabilidad, el principio de mínima intervención o el principio de humanidad de las penas[374]. Sin negar la natural vinculación que existe entre los distintos principios que informan el ejercicio del *ius puniendi*, lo cierto es que el principio de proporcionalidad tiene un fundamento propio que está referido a la maximización de la libertad, en el sentido de que la limitación que produce la imposición de una pena sólo puede encontrar sustento si se hace en una medida proporcional a lo que se protege[375]. La potestad punitiva no puede ser ejercida a través de sanciones desproporcionadas.

A. La regulación legal

Más allá del reconocimiento general del principio de proporcionalidad en la Constitución[376], la doctrina penal nacional entiende, de manera predominante, que el principio de proporcionalidad de las penas se encuentra específicamente regulado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal[377], en donde se establece que "*(l)a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho*". La misma exposición de motivos del Código Penal asume esta interpretación, al hacer la precisión de que "*el artículo VIII exige la proporcionalidad de la pena con la responsabilidad por el hecho*". Del mismo parecer es la Corte Suprema de la República que acordó, por mayoría, reconocer que el principio de proporcionalidad de las penas se halla contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal (Acuerdo Plenario N° 1-2000-Chiclayo). Bajo este entendimiento de las cosas, lo central será determinar qué aspectos del hecho penalmente relevante deben ser

---

potestad punitiva del Estado que consiste en el juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal (Acuerdo Plenario N° 1-2000 Chiclayo). El Tribunal Constitucional ha dispuesto también que este principio impone al legislador que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer (STC Exp. N° 010-2002-AI/TC de 3 de enero de 2003, fundamento jurídico 197).

374 Vid., con mayores referencias bibliográficas, De La Mata Barranco: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 64; Aguado Correa: *Principio de proporcionalidad*, p. 278.

375 En este mismo sentido, De La Mata Barranco: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 73.

376 Vid., Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 48 y s.; Caro/Huamán: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 31 y ss.; Huarcaya Ramos: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 69.

377 Vid., Bramont Arias: *Derecho* 46 (1992), p. 26; Peña Cabrera: *Tratado*, p. 97; Villavicencio Terreros: *Código penal comentado*, p. 37 y s., Alcócer Povis: *Introducción al Derecho penal*, PG, p. 49; Entienden, por el contrario, que sólo se reconoce el principio derivado de la prohibición de exceso, Castillo Alva: *Principios*, p. 294; Urquizo Olaechea, en *El nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 713.

considerados dentro del llamado límite de la "responsabilidad por el hecho" al que hace referencia el mencionado dispositivo legal.

Si se parte de una comprensión bipartita del delito que diferencia funcionalmente el injusto y la culpabilidad, no cabrá más que equiparar la "responsabilidad por el hecho" con la categoría de la culpabilidad, pues, tal como se indicó al abordar el principio de culpabilidad, el término responsabilidad es utilizado por el Código Penal de 1991 en el sentido de culpabilidad del autor. Desde esta perspectiva, el límite de la pena exigido en el artículo VIII del Título Preliminar se reduciría al juicio de culpabilidad, mientras que el juicio sobre la antijuridicidad del hecho no tendría por qué repercutir en la entidad de la pena[378]. No hay duda que asumir esta alternativa interpretativa llevaría a admitir situaciones reñidas con la idea básica de la proporcionalidad, puesto que se atendería únicamente al límite ofrecido por la culpabilidad del autor, pero no a los criterios que están referidos a la gravedad del hecho contrario a la norma penal.

El sentido interpretativo del referido artículo VIII cambia completamente si la culpabilidad y el injusto se entienden, más bien, como una unidad funcional, teniendo su exposición diferenciada en la teoría del delito únicamente fines didácticos. Desde este punto de vista, la responsabilidad por el hecho vendría a ser definida como un límite derivado de un juicio sobre la globalidad del delito[379], ya que un injusto solamente puede ser tal si se trata de un injusto culpable. De esta manera, la gravedad objetiva del hecho informaría igualmente la proporcionalidad de la pena, por lo que podría afirmarse que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal reconoce, como criterio informador de la cuantía de las penas, el hecho delictivo contemplado en todos sus aspectos dogmáticamente relevantes. La Corte Suprema de la República parece mostrarse a favor de esta interpretación, pues entiende que la determinación de la pena no se agota en el principio de culpabilidad, sino que la misma debe tener en consideración la proporcionalidad con el injusto cometido[380].

---

378 Con base en la bipartición de la teoría del delito, MIR PUIG: *Introducción*, pp. 158, 164, señala incluso que el principio de proporcionalidad atiende exclusivamente al injusto del hecho, mientras que el principio de culpabilidad opera sólo en el ámbito de la categoría de la culpabilidad.

379 GARCÍA CAVERO en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), I, p. 214 y s. DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 212 y ss., extiende igualmente el juicio de proporcionalidad al injusto y la culpabilidad. En el mismo sentido en la doctrina penal nacional, ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho penal*, PG, p. 51.

380 Vid., así, la Sentencia R.N. N° 3588-99-La Libertad de 29 de octubre de 1999 (CHOCANO/VALLADOLID: *Jurisprudencia penal*, p. 66 y s.). En la doctrina penal se sigue también este planteamiento como lo pone de manifiesto DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 133 y ss.

Debe hacerse la precisión de que el artículo VIII del Título Preliminar no establece, en estricto, una observancia absoluta de la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho penalmente relevante, sino que la contempla, en todo caso, como un límite máximo (la llamada prohibición de exceso)[381]. Este límite sólo hacia arriba no debe entenderse, sin embargo, como una absoluta arbitrariedad hacia abajo, sino como un margen dejado al legislador y evidentemente al juez para evaluar otros factores informadores de la sanción penal que no están directamente contenidos en el injusto penal, como por ejemplo los actos posteriores de reparación. En este sentido, si se establece penas mínimas a delitos graves sin ninguna razón jurídico-penal atendible, se estará igualmente vulnerando el principio de proporcionalidad de las penas, aun cuando no se haya sobrepasado el límite de la responsabilidad por el hecho[382]. Sin la premisa de la proporcionalidad, no resulta posible reconocer la prohibición de exceso.

A raíz de la incorporación que nuevamente se hizo en nuestro sistema penal de las figuras de la reincidencia y la habitualidad, el tenor originario del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal fue modificado. Esta modificación legislativa se hizo con la finalidad de exceptuar de la observancia del principio de proporcionalidad a las agravantes del delito antes referidas[383]. Al respecto cabe decir que esta distinta aplicación de la ley penal se estaría sustentando en una diferencia de las personas (primarias, reincidentes o habituales), lo que podría poner en tela de juicio la compatibilidad de esta excepción con el principio de igualdad ante la ley. Por lo anterior, consideramos que las figuras de la reincidencia y la habitualidad no deberían quedar al margen del principio de proporcionalidad, sino que dicho principio debería encontrar su propia lógica en estos supuestos de agravación de la pena. En consecuencia, carece de sentido que se exceptúe de la proporcionalidad a la agravación de la pena por razones de reincidencia o habitualidad.

El Tribunal Constitucional sostiene que la reincidencia y la habitualidad no infringen el principio de proporcionalidad en su variante de prohibición de exceso (STC Exp. Nº 0014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007)[384]. Con ello estaríamos de acuerdo si es que estas agravantes estuviesen recogidas como criterios de individualización de la pena dentro del marco penal abstracto previsto para el delito co-

381 Vid. CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 294; URQUIZO OLAECHEA, en *El nuevo Código Penal Peruano*, TORRES CARO (comp.), p. 713; GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), I, p. 215.

382 Igualmente, NAVARRO FRÍAS: *InDret* 2/2010, p. 16 y s.

383 Vid., ORÉ SOSA: *Temas*, p. 196.

384 Vid., ORÉ SOSA: *Temas*, p. 196 y s.

metido[385]. Pero lo cierto es que así no se encuentran reguladas en el Código Penal. En un primer momento, se les asignó, de manera poco coherente, el carácter de criterios de determinación de la pena, así como también de agravantes cualificadas. En la actualidad sólo están recogidas como agravantes cualificadas que traen consigo un incremento del límite máximo del marco penal abstracto. Dado que la pena del reincidente o habitual llegaría a superar el límite establecido por el marco penal abstracto, ambos escenarios regulativos resultan incompatibles con el principio de proporcionalidad.

B. El principio de proporcionalidad y la función del Derecho penal

Dado que el principio de proporcionalidad de las penas tiene un carácter jurídico-penal, se debe encontrar su propia racionalidad en la función que se le asigna al sistema penal. El punto de partida es que el reconocimiento del principio de proporcionalidad en la intervención penal no está necesariamente vinculado a la asunción de una postura retribucionista de la pena[386]. Por ello, la doctrina penal dominante, que atribuye a la pena una función de prevención general o especial, no desconoce que la proporcionalidad de la pena sea un principio rector de la actividad punitiva del Estado, sino que, por el contrario, la considera una garantía indispensable para evitar el uso abusivo del poder punitivo[387]. En consecuencia, la necesidad de una pena proporcional al delito no depende de una determinada concepción de la pena, pero resulta claro que su concreta configuración dependerá de la teoría de la pena de la que se parta[388].

Las concepciones de la pena que centran su legitimidad únicamente en el efecto disuasorio de la amenaza punitiva, han sido dejadas de lado en la actualidad, pues, al poner la mirada exclusivamente en tal finalidad de prevención general negativa, terminan cayendo, como es lógico, en una situación de terror penal[389]. La entidad de la pena no se puede determinar únicamente en función de la mayor o menor probabilidad de realización de un delito por el efecto disuasorio alcanzado, sino que, para ello, se deben tener en consideración otros aspectos ajenos a la pura lógica de las necesidades de prevención. Uno de esos aspectos es, sin duda, la pro-

385 Del mismo parecer, URTECHO NAVARRO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 15 (septiembre de 2010), p. 72.

386 Vid., en este sentido, ROXIN: *Problemas básicos*, p. 13; VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 144; DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 196. De otro parecer, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal*, PG, p. 54.

387 En este sentido, NAVARRO FRÍAS: *InDret* 2/2010, p. 14.

388 Vid., NEUMANN: *LH-Mir Puig* (2017), p. 348 y s.

389 Vid., así, ROXIN: *Problemas básicos*, p. 18.

porcionalidad de la pena con el hecho cometido[390]. En este esquema conceptual, la proporcionalidad es entendida fundamentalmente como un límite hacia arriba a la prevención por medio de la amenaza punitiva que no impide, sin embargo, una pena por debajo de lo proporcionalmente establecido por razones de prevención especial[391].

Existen también intentos por mantener la proporcionalidad de la pena dentro de la lógica de la prevención, en tanto se afirma que una prevención efectiva de los delitos sólo puede hacerse en tanto las penas impuestas sean proporcionales al hecho[392]. Estos puntos de partida, sin embargo, no están libres de cuestionamientos, pues permiten la entrada de aspectos irracionales o emocionales en la determinación de lo que resulta proporcional según las convicciones sociales[393]. Por esta razón, no cabe sino entender que la corrección de la finalidad preventiva por medio del principio de proporcionalidad implica el reconocimiento de un orden de valores opuesto a la lógica de la prevención[394]. La dificultad reside en la forma de determinar este orden garantístico ajeno al fin preventivo de la pena. Puede, por un lado, que se entienda que la garantía penal de la proporcionalidad se configura históricamente, lo que lleva consigo el peligro de que su reconocimiento dependa de las mayores o menores necesidades de prevenir la realización de determinadas conductas delictivas. Por otra parte, puede que el orden limitativo de la prevención se encuentre en la propia persona humana, lo que, sin renunciar a la historicidad de la realidad, implica tener límites más estables frente a las tendencias sociales del momento[395]. Desde posturas preventivas, a esta última interpretación de la proporcionalidad de las penas cabe reconocerle mayor plausibilidad.

Pero las posibilidades de justificación del principio de la proporcionalidad de las penas no se limitan a los puntos de vista preventivos, sino que también encuentra perfecta cabida en una comprensión restabilizadora del Derecho penal. Como reiteradamente se ha dicho, la pena tiene, en esta interpretación del sistema penal, la función de devolver la vigencia social a una expectativa normativa de conducta

390 Vid. Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 259.

391 En el mismo sentido, Roxin: *Problemas básicos*, p. 30; Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 259: "*En otras palabras, la proporcionalidad, como principio garantístico, se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo*".

392 Vid. Mir Puig: *Introducción*, p. 158 y s.; El Mismo, *Derecho Penal*, L 4/75; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 2, n.m. 24; Serrano-Piedecasas Fernández: *Conocimiento*, p. 108 y s.; Peña Cabrera: *Tratado*, PG, p. 102.

393 Vid., así la crítica de Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 240.

394 Vid., en este sentido, Hassemer: *Fundamentos*, p. 381 y s.; Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 249; Castillo Alva: *Principios*, p. 284.

395 En esta línea discurre el planteamiento de Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 240, quien recurre concretamente a la Constitución Política como programa político-jurídico.

defraudada. Para cumplir con esta función de restabilización normativa, el efecto comunicativo de la pena debe ajustarse al hecho que trasmitió el mensaje de que la expectativa normativa de conducta no regía[396]. Y precisamente en esta relación comunicativa aparece la necesidad de una proporcionalidad de la pena con el hecho. La cantidad de pena necesaria para restablecer la expectativa defraudada se encuentra determinada por la gravedad de la defraudación. En consecuencia, sólo una pena que responda a la gravedad del delito podrá restablecer la vigencia de la norma defraudada[397]. Lo anterior no impide, sin embargo, que se pueda reducir la entidad de la pena en atención a otras razones sociales que inciden en la cantidad de castigo necesaria para restablecer la vigencia de la norma defraudada.

La propuesta que integra la proporcionalidad en la función restabilizadora de la pena no sólo es coherente con sus propios puntos de partida, sino que resulta también compatible con lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en tanto este dispositivo legal establece el límite de la responsabilidad por el hecho solamente hacia arriba. Lo que, en cualquier caso, no puede admitirse es que la norma defraudada se restablezca con una respuesta que no guarde ninguna relación comunicativa con el delito que motivó la defraudación. Para restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito, la pena debe ser cualitativamente una comunicación relevante para el sistema penal, pero también debe ajustarse cuantitativamente a la entidad del hecho que puso socialmente en tela de juicio la vigencia de la norma.

C. Las manifestaciones del principio de proporcionalidad de las penas

En relación con el alcance del principio de proporcionalidad, en la doctrina penal se encuentran en disputa una concepción amplia y otra restringida[398]. La primera entiende que la proporcionalidad abarca un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, tal y como se ha desarrollado ampliamente en la doctrina y jurisprudencia constitucionales. La segunda considera, por el contrario, que la proporcionalidad de las penas solamente engloba un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Por nuestra parte, consideramos que la proporcionalidad debe ser asumida en su concepción amplia[399]. Sin embargo, se debe

396 Sobre la adecuación al acto como esencia del concepto de pena, MEZGER: *Tratado*, II, p. 398.

397 Anteriormente, GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), I, p. 216 y s.

398 Vid., con mayor detalle, DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 138 y ss.

399 Igualmente, MIR PUIG: *LH-Vives Antón*, II, p. 1362 y s.; LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 162 y s.; NEUMANN: *LH-Mir Puig* (2017), p. 350 y ss. En la

hacer la atingencia de que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto no debe seguir el parámetro extensivo establecido en el Derecho administrativo de una ponderación global de costes y beneficios, sino que debe necesariamente circunscribirse a las magnitudes de la pena y del delito[400]. La sanción penal tiene una lógica esencialmente retrospectiva que no resulta compatible con la relación medio-fin que informa a la potestad administrativo-sancionadora[401].

Desde hace mucho, la doctrina penal reconoce que el principio de proporcionalidad de las penas cuenta con una doble manifestación. En primer lugar, la observancia de la proporcionalidad de las penas debe tener lugar en la creación o aprobación de las leyes penales[402]. Se trata de la llamada proporcionalidad abstracta que se mueve a nivel de la labor del legislador penal. En segundo lugar, la proporcionalidad debe ser tenida en cuenta también en el nivel de la actividad judicial, más concretamente, al momento de que el juez determina la pena a imponer a los responsables por el delito cometido[403]. A esta proporcionalidad se le conoce como proporcionalidad concreta.

a. La proporcionalidad abstracta

La proporcionalidad abstracta se encarga de determinar si la reacción penal resulta proporcional en atención a los medios con los que cuenta el Estado para alcanzar el fin de protección procurado[404]. Esto requiere, en primer lugar, establecer si la respuesta penal es idónea para mantener normativamente la vigencia la norma defraudada por el hecho socialmente perturbador[405]. En segundo lugar, el legislador

---

doctrina penal nacional, Caro/Huamán: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 37 y ss.; Benavides Falen: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 99; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 59 y ss.; Huamán Castellares, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 44 y ss.

400 Sobre esta discusión doctrinal, Navarro Frías: *InDret* 2/2010, p. 3 y ss. A favor de llevar al Derecho penal el criterio administrativo de los costes y beneficios, Lascuraín Sánchez: *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 167 y s.; Benavides Falen: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 104.

401 Vid., Navarro Frías: *InDret* 2/2010, p. 12.

402 Vid., De La Mata Barranco: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 128. En la doctrina nacional, Castillo Alva: *Principios*, p. 302; Benavides Falen: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 98; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 56 y s.

403 Vid., Mir Puig: *Introducción*, p. 163; Jaén Vallejo: *Justicia penal contemporánea*, p. 40; De La Mata Barranco: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 128. En la doctrina nacional, Castillo Alva: *Principios*, p. 318; Benavides Falen: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 99; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 57.

404 Vid., García Cavero, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), I, p. 218.

405 Sobre la idoneidad o adecuación de la previsión legal para preservar los bienes jurídico-penales, De La Mata Barranco: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 148 y ss.

debe hacer un juicio de necesidad mediante el llamado principio de subsidiariedad, según el cual no es admisible la intervención punitiva cuando el mismo efecto se puede lograr con medidas menos graves[406]. Con base en esta idea regulativa, algunos autores defienden, desde una perspectiva de *lege ferenda*, la despenalización de ciertos delitos de bagatelas[407]. Admitida la necesidad de castigar penalmente cierta clase de conducta socialmente perturbadora, deberá precisarse luego el tipo de pena y la cantidad abstracta de la misma que resulten proporcionales al hecho previsto en la ley penal[408].

En la determinación abstracta de la pena, la relación de proporcionalidad no se establece entre un hecho concreto y una pena concreta. En las conminaciones penales, el hecho penalmente relevante está determinado solamente como una forma de ataque a un interés jurídico penalmente protegido, por lo que la proporcionalidad de la pena con el hecho solamente podrá establecerse en función de tal interés (bien jurídico) y la modalidad de ataque tipificada[409]. Del primer aspecto resulta la consecuencia de castigar con penas más graves las lesiones a los intereses más importantes, como la vida o la integridad física[410]. Muchos más aspectos a tener en cuenta en el juicio de gravedad se derivan de la modalidad de ataque. Por mencionar sólo los más importantes: la lesión de un bien jurídico debe castigarse más gravemente que su sola puesta en peligro, la lesión cumulativa de bienes jurídicos más que la lesión de uno solo de ellos, la comisión dolosa más que la culposa[411]. Invertir esta relación de gravedad, constituiría un atentado contra el principio de proporcionalidad en el nivel de las conminaciones penales[412].

---

406 Vid., en este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 27; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 9; Freund: *Strafrecht*, AT, § 1, n.m. 19; Prittwitz, en *La insostenible situación*, p. 439; Lascuraín Sánchez: *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 166 y s.; De La Mata Barranco: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 153 y ss.; Yacobucci: *El sentido*, p. 338 y ss.; Bramont Arias: *Derecho* 46 (1992), p. 26 y s.; Peña Cabrera: *Tratado*, PG, p. 98; Caro/Huamán: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 43; Benavides Falen: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 103.

407 Vid., así Naucke: *Derecho Penal*, p. 105

408 Vid., Naucke: *Derecho Penal*, p. 105.

409 Vid., Serrano-Piedecasas Fernández: *Conocimiento*, p. 109; Huarcaya Ramos: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 73.

410 En el mismo sentido, Ferrajoli: *Derecho y razón*, p. 402; Castillo Alva: *Principios*, p. 303; De La Mata Barranco: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 208 y s. A este respecto escribe Peña Cabrera: *Tratado*, PG, p. 101: "*Obviamente la idea de pena justa debe ser proporcional al valor del bien jurídico deteriorado o amenazado*".

411 Vid., Hassemer: *Fundamentos*, p. 279 y ss.; De La Mata Barranco: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 211; Castillo Alva: *Principios*, p. 305 y s.

412 Así, con referencia específica a tipos penales específicos, Urquizo Olaechea, en *El nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 716 y s.

La abstracción de la ley penal hace necesario también que la pena establecida para el delito se formule de manera general con base en un marco penal. Para determinar el límite mínimo de ese marco penal algunos autores sostienen que el legislador debe recurrir a la regla de que la ventaja obtenida por el delito no deba ser mayor a la desventaja de la pena[413]. Esto significa que el marco penal mínimo tendría que reportar para el autor una desventaja mayor de lo que puede obtener por la comisión del delito. Este parecer resulta, sin embargo, cuestionable. En primer lugar, abandona el terreno de la proporcionalidad y se coloca, más bien, en el nivel de la prevención general; y, por otra parte, juega con un dato que resulta imposible de determinar en la etapa legislativa: la ventaja que obtendría el autor con la realización del hecho. Por esta razón, el establecimiento del marco penal mínimo por parte del legislador es el resultado de un proceso de valoración en el que se pregunta por la pena que se impondría a la menor lesión sancionable del bien jurídico protegido[414]. El que el delito no resulte a cuenta debe impedirse por otros medios, como la reparación civil o el decomiso de las ganancias obtenidas por la actividad delictiva.

En cuanto a la determinación del límite máximo de la pena, se defienden distintos pareceres. Unos recurren al criterio del sufrimiento que hubiese producido una reacción informal por parte de la victima en caso de no existir una sanción estatal[415]. Otros se apoyan en la idea de que la pena no debe afectar la dignidad humana y, por tanto, no debe conducir a la desocialización del reo[416]. Como puede verse, se trata de una postura utilitarista y otra principista. No obstante, parece ser que ambos planteamientos abandonan igualmente el terreno de la proporcionalidad de la pena con el hecho y entran en cuestiones generales del Derecho penal. Se trata, en cualquier caso, de límites externos a la determinación del marco penal máximo de una pena, pues ninguna pena puede afectar la dignidad humana o desocializar

413 Vid., Ferrajoli: *Derecho y razón*, p. 399 y s.; Castillo Alva: *Principios*, p. 312; Contreras González: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8 (febrero de 2010), p. 61 y s.

414 Seguimos, en este sentido, la idea defendida por la teoría de la "escala de gravedad continua" formulada por Dreher: *FS für Bruns*, p. 146. La crítica a esta teoría de ser ciega al cambio social de las valoraciones respecto de la gravedad de los hechos (vid., Ziffer: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 37 y s.), resulta discutible, pues coloca la determinación general del legislador en el nivel de la determinación específica del juez. El legislador al promulgar una ley penal sólo puede hacer un juicio de prognosis sobre el mantenimiento de la misma gravedad del hecho en el futuro y eso se refleja en los límites máximo y mínimo establecidos. No hay otra forma de hacer esta determinación sin afectar la seguridad jurídica, más que la modificación de la propia ley penal.

415 Vid., Ferrajoli: *Derecho y razón*, p. 401. Críticamente, Castillo Alva: *Principios*, p. 313.

416 Vid. Castillo Alva: *Principios*, p. 313 y s.; Contreras González: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8 (febrero de 2010), p. 62.

al sujeto[417]. En este sentido, el tope de cualquier pena será la pena más grave aún permitida en un Estado de Derecho. No obstante, para fijar el límite máximo de pena para determinado delito, el legislador debe, por el contrario, valorar nuevamente aquí qué pena impondría al hecho concreto más grave que lesione el bien jurídico protegido y que, de ser el caso, no entre aún en el ámbito de regulación de una figura agravada. Si bien puede objetarse que el legislador no está en capacidad de apreciar todas las posibles realizaciones del respectivo delito, este conocimiento no impide un juicio general. Un juicio de valor no puede convertirse en una comprobación empírica.

b. La proporcionalidad concreta

Como se sabe, los tipos penales no describen un hecho particular, ni establecen una pena específica para el caso concreto, sino que esa labor la dejan propiamente en manos del juez penal[418]. Si bien el juzgador debe moverse dentro del marco fijado por la ley penal, se le atribuye márgenes de libertad para decidir la relevancia penal de la conducta específicamente juzgada y, en virtud de ello, establecer la concreta sanción penal que cabe imponer al responsable del hecho delictivo[419]. No obstante, esta labor no puede llevarse a cabo de manera absolutamente discrecional, sino que debe tener en cuenta ciertos parámetros fijados por el legislador ("discrecionalidad jurídicamente vinculada")[420]. De central importancia es aquí el principio de proporcionalidad, por cuya virtud el juez se encuentra obligado a determinar una pena concreta que sea idónea para cumplir su función, necesaria por no existir una alternativa penal menos gravosa y proporcional a la concreta lesividad del delito cometido.

La proporcionalidad concreta de la pena se determina en función de referentes específicos que el juez debe observar para determinar la pena concreta[421]. En nuestro Código Penal, estos referentes están regulados en su artículo 46[422]. En su

417 Vid., ZIFFER: *Lineamientos*, p. 40.

418 Vid., con mayores precisiones, ZIFFER: *Lineamientos*, p. 25 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 183 y ss.

419 Vid., DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 222. Así lo pone también de manifiesto la sentencia de la Segunda Sala Penal Especializada del Cono Norte, Exp. 99-396 de 16 de agosto de 1999 (*Serie de jurisprudencia* 3, Academia de la magistratura, Lima, 2000, p. 119).

420 Vid., DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 229. En la doctrina nacional, HUARCAYA RAMOS: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 75.

421 Vid., así la referencia de PAGLIARO: *Principi di diritto penale*, PG, p. 492; FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 404 y s.; CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 325.

422 Vid. CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 325 y s. En el mismo sentido, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ: *Conocimiento*, p. 109.

versión original, las circunstancias previstas para orientar la individualización de la pena estaban formuladas en términos neutrales, correspondiéndole al juez decidir si su incidencia en el caso concreto era agravatoria o atenuatoria. En la actualidad, el legislador ha decidido definir el sentido específico, por lo que en la ley misma se determina si se trata de una circunstancia de agravación o atenuación de la pena concreta. En función de la mayor o menor concurrencia de uno u otro tipo de circunstancias, el juez podrá establecer la pena en un determinado tramo del marco penal abstracto (los llamados tercios).

Un supuesto problemático se presenta cuando el juez no puede ajustar la pena a la proporcionalidad concreta porque la conminación penal abstracta se lo impide. Esto sucede usualmente porque el legislador realiza incrementos punitivos por demandas sociales de castigo que están referidos a supuestos concretos especialmente graves, pero que inciden en todo el tipo penal. Así, por ejemplo, breves privaciones de la libertad de movimiento (el novio que no deja salir de una habitación a la novia en el marco de una discusión de pareja), podrían ser castigadas con penas de entre 20 a 30 años de pena privativa de libertad. En el caso de la violación sexual de menores de edad, la regulación anterior sancionaba con penas de entre 25 a 30 años a los que mantenían relaciones sexuales consentidas con menores de edad mayores de 14 años. Lo paradójico era que si uno engañaba al menor la pena máxima era de 5 años conforme al tipo penal de seducción o si le pagaba dinero por mantener relaciones sexuales la pena podía llegar hasta 6 años por el delito de usuario-cliente. Esta situación absurda desde el punto de vista de la proporcionalidad de la pena llevó a que la misma Corte Suprema expidiera, en su momento, el Acuerdo Plenario N° 07-2007 para autorizar la imposición de una pena por debajo del mínimo legal del delito de violación sexual de menores de edad mayores de 14 años precisamente a partir de la observancia del principio de proporcionalidad[423].

D. Los parámetros de la proporcionalidad

La necesidad racional de una relación de correspondencia valorativa entre la pena y el delito cometido no basta para conseguir que el principio de proporcionalidad tenga una vigencia efectiva. Para alcanzar este objetivo resulta indispensable determinar cuáles son los parámetros adecuados para establecer dicha relación de proporcionalidad[424]. Como lo hemos señalado, la proporcionalidad se mantiene entre el hecho delictivo y la pena a imponer, por lo que habrá que precisar cómo se establece la mayor o menor gravedad de cada uno de ellos. A continuación, se precisarán con mayor detalle los criterios que se deben utilizar para hacer esta va-

423 Vid., con mayor detalle, Chinchay Castillo: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 31 y ss.

424 En el mismo sentido, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 260.

loración, pudiendo hacer desde ya la indicación general de que estos criterios no tienen una naturaleza ontológica[425], sino que dependen de la valoración que les da la sociedad en la que se debe determinar la relación de proporcionalidad entre el delito y la pena[426].

a. La gravedad del hecho delictivo

La percepción naturalista de las cosas llevó, en un primer momento, a que la proporcionalidad de la pena con el hecho delictivo se entendiera como una igualdad matemática entre el daño producido por el delito y el daño infligido como castigo al autor[427]. El Código de Hammurabi constituye quizá la expresión histórica más clara de esta comprensión de la proporcionalidad. Con el paso del tiempo y el desarrollo del pensamiento valorativo, esta regla matemática de equivalencia comenzó a cuestionarse en función de una mayor determinación de la relación entre el autor y su hecho[428]. La previsibilidad del resultado, la intención e, incluso, las condiciones sociales en las que se encontraba el sujeto, empezaron a ser tenidos en cuenta para precisar la gravedad del hecho. La propia entidad del daño causado dejó de determinarse con base en criterios de equivalencia empírica y pasó a depender de una valoración social[429]. Esta determinación valorativa de la gravedad del hecho es la que resulta, a todas luces, la correcta.

El hecho delictivo debe ser apreciado en todos sus aspectos socialmente relevantes para determinar su gravedad tanto abstracta, como concreta. Pero debe precisarse que esta valoración debe configurarse objetivamente[430] y no estar, por lo tanto, afectada por situaciones coyunturales de miedo o ansiedad de la población. Si el delito mantiene su gravedad (socialmente determinada) y la pena se aumenta únicamente con la finalidad política de mostrar que se está haciendo algo para aplacar una situación de creciente actividad criminal, entonces se estará transgrediendo de manera intolerable el principio de proporcionalidad[431]. Lo mismo ocurrirá si el juez impone la pena en su extremo máximo con el objetivo de mostrar una especial

425 Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 159.

426 Sobre la relatividad de la proporcionalidad, DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 124; NEUMANN: *LH-Mir Puig* (2017), p. 343 y s.

427 Vid., CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 281.

428 A esta perspectiva, FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 399, denomina subjetivista, en oposición a la que se centra en el daño producido por el delito.

429 Vid., en este sentido, MIR PUIG: *Introducción*, p. 159 y s.; PEÑA CABRERA: *Tratado*, PG, p. 100; BRAMONT ARIAS: *Derecho PUCP* 46 (1992), p. 27.

430 Vid. CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 282.

431 Vid. la crítica de GARCÍA CAVERO: *RPCP* 10, p. 228, a este modo de operar ante la situación de inseguridad ciudadana.

drasticidad frente a un tipo de conducta que se está extendiendo en la sociedad. Bajo ningún contexto, la relatividad del juicio de proporcionalidad puede ser entendida como un juicio que se encuentre a merced de factores emocionales del ambiente.

b. La gravedad de la pena

La pena constituye una aflicción sobre el condenado por medio de la privación o limitación de un derecho. Su gravedad, por lo tanto, depende del grado de aflicción que provoca. La determinación de la gravedad de la pena no presenta mayores problemas en el caso de diferencias cuantitativas entre una misma clase de pena (por ejemplo, una privación de libertad de cinco años es más aflictiva que una privación de libertad de tres años). El punto de discusión se ubica, más bien, en el caso de la distinta gravedad de las clases de pena. Al respecto debe señalarse que la determinación de qué pena es más grave no puede hacerse con base en referentes empíricos, pues tal determinación tiene claros condicionamientos culturales[432]. Por ejemplo, en determinadas sociedades, como las orientales, resulta más grave la deshonra que la muerte misma, mientras que, en nuestra sociedad, influenciada por la cultura occidental, la pena de muerte resulta el mecanismo de reacción penal más grave. Sobre la base de la valoración social que se hace al derecho del condenado privado o limitado, se podrá determinar una ordenación de las clases de penas por su gravedad.

No cualquier privación de un derecho puede ser considerada una pena. En la sociedad moderna existe una tendencia que, bajo el llamado principio de humanidad de las penas, intenta excluir del espectro de reacciones penales del Estado penas especialmente denigrantes o desintegradoras como sería el caso de la pena de muerte, las torturas o los trabajos forzados[433]. Es así que la privación de la libertad (derecho reconocido en la actualidad a todos los ciudadanos), se ha constituido en la forma de reacción penal que mejor se ajusta a los delitos más graves, aunque debe reconocerse también que existe un sector doctrinal abolicionista que se opone incluso a esta forma de reacción penal. Pero con independencia de esta orientación crítica al sistema penal, el hecho es que en nuestro sistema penal la pena privativa de libertad se reserva a los hechos más graves, por lo que habrá que recurrir a otras clases de pena (multa, inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres) para hechos delictivos de menor gravedad. Una revisión de las leyes penales pone en evidencia, sin embargo, la poca observancia de este aspecto

432 Vid. SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 260; MIR PUIG: *Introducción*, p. 158; FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 398.

433 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 261.

de la proporcionalidad de la pena, pues incluso en delitos de escasa gravedad se contempla una pena privativa de libertad, aunque sea de poca entidad.

E. La proporcionalidad en las medidas de seguridad

El artículo VIII del Título Preliminar del CP exige, en cuanto a la imposición de las medidas de seguridad, la existencia de intereses públicos predominantes. Esta regulación diferenciada respecto de las penas no debe llevar, sin embargo, a la falsa conclusión de que en las medidas de seguridad no rige el principio de proporcionalidad. Tanto la doctrina[434], como la propia legislación penal vigente (artículo 73 del CP), limitan la imposición de las medidas de seguridad en atención a la peligrosidad del agente, la gravedad del hecho y la del que probablemente cometiera si no fuese tratado, por lo que la autorización de su imposición no puede superar igualmente el criterio de la gravedad del hecho. La proporcionalidad se configura en este contexto fundamentalmente como un límite formal a la intervención estatal en defensa del interés común.

La regulación especial para las medidas de seguridad debe ser interpretada como la exigencia de que el recurso a una medida de seguridad, tanto en su formulación legal, como en su imposición por el juez, obedezca a un interés social lo suficientemente relevante como para limitar a una persona (inimputable o semiimputable) ciertos derechos fundamentales como la libertad ambulatoria. Hay que precisar, sin embargo, que esta argumentación no debe encuadrarse dentro de una visión utilitarista que legitima dañar a una persona para beneficiar a la mayoría, sino que, dentro del propio interés público predominante, debe encontrarse la mejora del sujeto inimputable. La medida de seguridad se impone a una persona en incapacidad de mejorar por sí sola, siendo la peligrosidad de futuros delitos lo que ofrece la autorización para tal intervención del Estado[435].

F. Un caso especial de proporcionalidad: El principio de *ne bis in idem*

El hecho de que, por lo general, la conducta delictiva se subsuma en varios tipos penales o además en una infracción administrativa, plantea ineludiblemente el problema de la doble sanción por el mismo hecho[436]. Aquí nos vamos a ocupar exclusivamente del caso, relativamente frecuente, en el que la realización del delito

---

434 Vid., NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 123; MIR PUIG: *Introducción*, p. 158; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 260, nota 332; EL MISMO, *El nuevo Código penal*, p. 44 y s.; YACOBUCCI: *El sistema*, p. 352.

435 Anteriormente, GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), I, p. 222 y s.

436 Vid., así, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, [consulta: 11 de abril de 2006], p. 9.

infringe no sólo una norma penal, sino también una norma administrativa que contempla la imposición de una sanción administrativa como consecuencia jurídica. El caso en el que concurren varios tipos penales para ser aplicados a un mismo hecho, será visto, por el contrario, en el capítulo que se ocupa del concurso de leyes penales. El punto de partida para resolver el problema de concurrencia planteado es la proscripción de la doble sanción, lo que se ha traducido en el llamado principio del *ne bis in ídem*[437]. La doctrina penal distingue al respecto una vertiente material y otra procesal[438].

Lo que la vertiente sustantiva del *ne bis in ídem* procura es evitar una *sobrerreacción* del ordenamiento jurídico, es decir, que en el mismo orden punitivo, o en distintos, se establezcan dos sanciones que sumadas sean desproporcionadas a la infracción cometida[439]. Para evitar la excesiva reacción que podría producirse por la acumulación de una sanción penal y una administrativa, se han establecido criterios regulativos expresamente recogidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal y en el artículo 230 inciso 10 de la Ley N° 27444 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG). Siguiendo a la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Español (STS de 30 de enero de 1981)[440], nuestra legislación positiva establece que se presenta una situación de *bis in ídem* cuando concurre una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento[441]. Sin embargo, la determinación de cada una de estas identidades no se encuentra libre de discusión.

---

437 Vid., en este sentido, BENLLOCH PETIT: *PJ*, 51, p. 307. Para mayor información sobre las generalidades de este principio, SCHROEDER: *JuS* 1997, p. 227 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ: *LH a Juan del Rosal*, p. 885 y ss.

438 Así lo ha hecho la STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC de 16 de abril de 2003. No obstante esta distinción, BOIX REIG: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 131, señala que ambas formas de manifestación del principio tienen el mismo fundamento.

439 La doctrina penal sostiene mayoritariamente que el fundamento por el cual se considera indebido esta duplicidad de sanciones, es el principio de legalidad y de proporcionalidad. Vid., sobre esto, BOIX REIG: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 128 y s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE: *LH-Cobo del Rosal*, p. 165 y ss. A partir de esta idea, el TC ha derivado, como la doctrina, el principio *ne bis in idem* de los referidos principios. Sobre este, con mayores referencia, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, [consulta: 11 de abril de 2006], p. 3.

440 Vid., sobre esta sentencia con mayores referencias, GARCÍA ALBERÓ: *Non bis in idem*, p. 53 y ss.

441 Vid., igualmente, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho procesal penal*, I, p. 62. Esta triple exigencia normativa ha sido reiteradamente respaldada por los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano sobre el tema Vid., así, los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ROBLES BRICEÑO: *Jurisprudencia penal del Tribunal Constitucional*, p. 297 y ss.

En cuanto a la identidad de sujetos, se discute especialmente la posibilidad de imponer una sanción penal a las personas naturales que actúan como órgano o representante de una persona jurídica y aplicar una multa administrativa a la persona jurídica representada. En principio, no debería haber mayor inconveniente para poder hacer esto[442]. Sin embargo, debe tenerse en consideración que la imposición de las sanciones se fundamentarían en el mismo hecho, por lo que debería tenerse el cuidado de evitar que, en cada proceso sancionatorio, se pueda llegar a establecer una base fáctica contradictoria[443]. Lo razonable sería, por tanto, que el proceso penal contra las personas individuales se resuelva en primer término, siendo posible que posteriormente se imponga una sanción administrativa a la persona jurídica sobre la base de los hechos determinados en sede judicial. El estándar probatorio exigido en el proceso penal justifica que sea este proceso el que defina la base fáctica con la que también se decida la imposición de la sanción administrativa.

La identidad de hecho se refiere al hecho fáctico que motiva las sanciones concurrentes. Debe de tratarse del mismo hecho. Para el cumplimiento de este requisito no entran a tallar las valoraciones sobre el hecho, sino su entendimiento como un acontecimiento real acaecido en un determinado momento y lugar[444]. La inclusión de elementos accidentales no relevantes, no permite afirmar que se trate de un hecho distinto y que se pierda, por tanto, la identidad de hecho[445]. Podría decirse, sin embargo, que un mismo hecho puede dar lugar a sanciones distintas que se sustentan en criterios de desvalor distintos (por ejemplo, en el concurso ideal de delitos), pero la justificación de este proceder no se encuentra en el plano del hecho, sino en el plano de las valoraciones, lo que debe ser considerado, por lo tanto, en el aspecto referido a la llamada identidad de fundamento.

El Tribunal Constitucional ha remarcado la importancia decisiva de la identidad de fundamento[446]. La determinación de esta identidad no está, sin embargo, libre de problemas[447], pues no resulta sencilla de establecer para determinadas formas de comprensión de la función del Derecho penal. Para los que sostienen que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo previenen la lesión de bienes jurídicos, no habría, al parecer, mayor inconveniente, pues la identidad de fundamento se daría en la protección de un mismo bien jurídico[448]. No obstante,

442 Vid., así, NIETO MARTÍN: *Pro manuscripto*, p. 19.

443 Vid., igualmente, NIETO MARTÍN: *Pro manuscripto*, p. 19.

444 Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ: *La garantía del ne bis in idem*, p. 65.

445 Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ: *La garantía del ne bis in idem*, p. 68.

446 Vid., con mayores referencia, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, [consulta: 11 de abril de 2006], p. 4.

447 Vid., GARCÍA ALBERÓ: *Non bis in idem*, p. 63 y s.; BENLLOCH PETIT: *PJ* 51, p. 342.

448 Así, BENLLOCH PETIT: *PJ* 51, p. 344 y s.

esta interpretación llevaría a una excesiva ampliación de la identidad de fundamento, en la que prácticamente siempre estaría excluida la posibilidad de imponer conjuntamente una sanción penal y una administrativa. Por eso, no debe sorprender que la propia jurisprudencia constitucional intente atemperar la radicalidad de esta consecuencia, creando excepciones como la llamada "relación de especial sujeción" en el llamado Derecho administrativo disciplinario[449], lo que ha sido, además, ratificado por la sentencia vinculante R.N. N° 2090-2005. Este proceder suscita, sin embargo, la pregunta de si realmente existe una identidad de fundamento entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. A nuestro modo de ver, lo más razonable es seguir el planteamiento que sostiene que el fin de protección en el Derecho administrativo sancionador difiere del fin de protección del Derecho penal. En estos casos, por lo tanto, el *ne bis in idem* no debe requerir, en estricto, una identidad de fundamento entre los órdenes sancionatorios concurrentes, sino, en todo caso, una identidad de efectos, es decir, que la imposición de una sola sanción (la normativamente más grave) alcance empíricamente al fin de protección de la sanción desplazada. En este sentido, la llamada identidad de fundamento debe reformularse y entenderse, más bien, como identidad de efectos, de manera que una sola sanción satisfaga la función del Derecho administrativo sancionador y la función del Derecho penal.

La opinión dominante entiende que, en caso de sanción tanto penal como administrativa, debe prevalecer la sanción penal[450], en la medida que ésta implica normativamente una mayor severidad (el reproche ético-social que lleva consigo toda responsabilidad penal). Otro sector opina que la sanción más grave debe determinarse en cada caso mediante la comparación del *quantum* de perjuicio de cada una de las posibles sanciones, lo que podría llevar, en varios casos, a desplazar la sanción penal por la alta cuantía de la multa administrativa. En nuestra opinión, lo conveniente es una solución general a favor de la sanción penal, no sólo por la simplificación que produce, sino por la propia lógica del principio de *última ratio* del Derecho penal que se sustenta en la mayor severidad normativa de este ámbito jurídico[451]. La sanción penal cubriría empíricamente las necesidades de castigo del Derecho administrativo sancionador. Por lo tanto, si un mismo hecho constituye un delito y, a la vez, una infracción administrativa, habrá que imponer solamente la sanción penal por ser la mas grave desde el punto de vista normativo. Por lo

449 Vid., con mayor detalle, Caro Coria, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, [consulta: 11 de abril de 2006], p. 15 y s. Con posición favorable, Rojas Montoya: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 99 (2017), p. 85 y ss.

450 Vid. Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée: *LH-Cobo del Rosal*, p. 167.

451 Así, Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée: *LH-Cobo del Rosal*, p. 167, hablan de un plus de antijuridicidad.

demás, esta solución cuenta actualmente con una disposición absolutamente clara al respecto, como lo es el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en el que se dispone que "*El derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo*".

Los escritos especializados reconocen que el principio del *ne bis in idem* tiene además una vertiente de carácter procesal, en virtud de la cual se prohíbe dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes sobre el mismo objeto[452]. La regla general, predominantemente reconocida por la doctrina y la legislación penales, es que el proceso penal debe prevalecer sobre el procedimiento administrativo[453]. Para el inicio del proceso penal bastará con cumplir los requisitos de procedibilidad que exigen específicamente las leyes correspondientes, sin que sea necesaria una prejudicialidad administrativa. Pero lo que no está lo suficientemente aclarado es qué sucede con el procedimiento administrativo sancionador ya iniciado o por iniciarse si se abre un proceso penal por el mismo hecho contra la misma persona. La respuesta más lógica será aquélla que señala que el procedimiento administrativo no debe iniciarse o, si ya se inició, deberá suspenderse, de manera tal que se evite infringir lo dispuesto en el artículo 5.3 de la LPAG que prohíbe que el acto administrativo contravenga resoluciones judiciales firmes. Solamente si en sede penal no se impone una sanción penal con base en los criterios jurídico-penales de determinación de responsabilidad, la Administración estará facultada para iniciar un expediente administrativo sancionatorio y evaluar a partir de los hechos determinados judicialmente si procede, conforme a los criterios administrativos, la imposición de una sanción administrativa[454].

6. El principio de resocialización

El ejercicio de la potestad punitiva se encuentra condicionado también por el principio de resocialización, en la medida que la pena debe apuntar a reinsertar al condenado en la sociedad o a evitar su desocialización. Se discute si su radio de acción se limita a la ejecución de la pena, o si debe tener incidencia también en su previsión legal e imposición judicial[455]. Si bien el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, ese reconocimiento no implica negar que el principio de resocialización circunscriba su aplicación a la ejecución de la pena. También al momento de prever o de imponerse una sanción

452 Vid., SCHROEDER: *JuS* 1997, p. 227 y ss.; BENLLOCH PETIT: *PJ* 51, p. 305.

453 Vid., así, BOIX REIG: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 131.

454 Vid., en el mismo sentido, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, [consulta: 11 de abril de 2006], p. 19.

455 Vid., DE LA CUESTA ARZAMENDI: *LH-Mir Puig* (2017), p. 306.

penal se debe tener en consideración el impacto que puede producir en la resocialización del autor. En consonancia con esta extensión del ámbito de aplicación, la resocialización no puede restringir su entendimiento al sentido terapéutico, sino que debe alcanzar a la reinserción social mediante la humanización del castigo y la oferta de la asistencia social[456].

Pese a que el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal le asigna a la resocialización el estatus de una función de la pena, debe quedar claro que no se trata de su función legitimante[457]. Incluso cabe cuestionar que la pena tenga que alcanzar siempre la resocialización del condenado, pues, como ya lo ha demostrado la experiencia de las tendencias resocializadoras, hasta ahora no se han podido encontrar mecanismos que aseguren ineludiblemente la reinserción del preso en la sociedad[458]. Por ello, la resocialización del delincuente debe ser entendida, más bien, como una garantía que se expresa, por un lado, como un límite y, por el otro, como una alternativa de mejora que se le ofrece al condenado[459]. Es un límite porque impide la admisión de penas que nieguen absolutamente la posibilidad de resocialización del condenado (por ejemplo, la pena de muerte), así como formas de ejecución que impidan su rehabilitación y reinserción en la sociedad. Y es una alternativa porque se le debe dar al condenado la posibilidad de evitar la desocialización que provoca la imposición de ciertas penas y establecer condiciones de ejecución que permitan su readaptación, cuando así lo desee.

Uno de los mayores problemas que inciden en la operatividad de la garantía de la resocialización es su carácter vago e indeterminado, lo que ha hecho especialmente difícil un análisis detenido de su contenido[460]. No se sabe si se trata de una resocialización máxima que aspira a conformar un esquema de valores en el condenado o solamente una resocialización mínima que lo único que busca es que el delincuente consiga adaptar su comportamiento externo a los estándares de actuación legalmente impuestos[461]. La tendencia actual es a una comprensión mínima por

456 Vid., De La Cuesta Arzamendi: *LH-Mir Puig* (2017), p. 304 y s.

457 Igualmente crítico Garaycott Orellana: *La función resocializadora*, p. 76 y s., por entender que la resocialización solamente es predicable a nivel de ejecución de la privativa de libertad.

458 Así, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 28; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 99.

459 Vid., Mir Puig: *Eguzquilore* extra 2 (1989), p. 41; Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 262.

460 Así, Muñoz Conde: *Derecho penal y control social*, p. 95; Mir Puig: *Eguzquilore* extra 2 (1989), p. 36 y s.; García-Pablos De Molina: *ADPCP* XXXII (1979), p. 648 y s.; De La Cuesta Arzamendi: *LH-Mir Puig* (2017), p. 300.

461 Vid., sobre estos programas de la resocialización, García-Pablos De Molina: *ADPCP* XXXII (1979), p. 664 y ss.

entender que se ajusta mejor a los postulados propios de un Estado de Derecho[462]. Se dice que la resocialización no puede legitimar una incidencia en la personalidad del ser humano, obligándolo a pensar y actuar de una manera determinada[463]. Por ello, algunos autores destacan que se ha dejado de usar el término "resocialización", reemplazándolo por el de "rehabilitación" que no alude a una modificación de la personalidad del condenado[464].

En el plano de la ejecución de la pena, el ideal resocializador encuentra expresión fundamentalmente en dos aspectos. Por un lado, se alude al llamado tratamiento penitenciario que ha de implementarse en las cárceles. No se trata simplemente de privar de la libertad a una persona, sino que esa privación se haga de una manera tal que sirva para reeducar, rehabilitar y reincorporar al interno a la sociedad. Por otro lado, se hace mención a los beneficios penitenciarios que pueden ser concedidos al condenado en atención a su nivel de compromiso con el éxito del tratamiento penitenciario. La impresión general que reina en el ambiente académico es que estas expresiones de la idea de la resocialización no han conseguido efectivamente rehabilitar a los condenados, pero que, sin embargo, se siguen manteniendo porque no se cuenta aún con otros mecanismos más prometedores.

En relación con el tratamiento penitenciario, se le ha cuestionado que realmente pueda cumplir la finalidad resocializadora. Las condiciones de vida en las prisiones produce la llamada prisionalización (subcultura carcelaria) que reduce las posibilidades de un tratamiento penitenciario eficaz[465]. Los valores que imperan en las cárceles y a los que se tiene que adaptar el condenado para sobrevivir, hacen inviable que se consiga el fin resocializador del tratamiento penitenciario. Por otro lado, los criterios utilizados para separar a los presos (procesados-condenados, primarios-reincidentes, criminalidad común-criminalidad organizada) parecen estar más orientados a la vigilancia que a la resocialización, produciendo una estigmatización que poco favorece al objetivo resocializador[466]. Finalmente, la infraestructura y el personal con los que cuentan las cárceles en nuestro país no permiten guardar el menor optimismo sobre las posibilidades de reinserción del preso en la sociedad. El tiempo en prisión no es percibido como un proceso de resocialización del condenado, sino como un resguardo temporal de la sociedad frente al accionar del delincuente.

---

462 Así, De La Cuesta Arzamendi: *LH-Mir Puig* (2017), p. 300.

463 En este sentido, Muñoz Conde: *Derecho penal y control social*, p. 105; Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 31; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 99; Espinoza Bonifaz: *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 126 y s.

464 Vid., Torres Gonzáles: *Beneficios penitenciarios*, p. 286

465 Vid., Muñoz Conde: *Derecho penal y control social*, p. 104.

466 En este sentido, Muñoz Conde: *Derecho penal y control social*, p. 106.

En cuanto a los llamados beneficios penitenciarios, más que discutir su idoneidad para resocializar, el debate se ha centrado en su naturaleza jurídica. El Tribunal Constitucional ha señalado que estos beneficios no tienen el carácter de un derecho fundamental, sino que constituyen la plasmación de una garantía individual, cuya materialización la puede ponderar el Estado considerando otros intereses en juego[467]. El Poder Judicial, en un primer momento, se mantuvo alineado con el parecer del Tribunal Constitucional al emitir la Res. Adm. N° 297-2011-P-PJ que establece criterios para la debida interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios. En esta circular se precisa que, como la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional es la de un estímulo o incentivo y no la de un derecho, el cumplimiento de los presupuestos formales previstos en los artículos 49 y 54, respectivamente, del Código de Ejecución Penal no asegura su otorgamiento[468]. La concesión de uno de estos beneficios constituye una actividad discrecional del juez –aunque jurídicamente vinculada–, quien solamente puede otorgarlos si se cumplen los presupuestos materiales puntualizados en el fundamento jurídico tercero (artículos 50, segundo párrafo, y 55, última frase del primer párrafo, del Código de Ejecución Penal), siempre que permitan razonablemente una prognosis positiva de readaptación social del interno. Con la expedición del Acuerdo Plenario N° 2-2015, la Corte Suprema ha relativizado su opinión inicial, pues, aunque no llega a sostener que se trate de un derecho fundamental, afirma que los beneficios penitenciarios constituyen un derecho subjetivo del interno, cuyo ejercicio se encuentra condicionado a una serie de requisitos legalmente impuestos.

A nivel de la doctrina penal nacional, existen opiniones divididas, pues mientras un sector califica a los beneficios penitenciarios de incentivos o estímulos[469],

467 STC Exp. N° 2700-2006-PHC/TC (caso Víctor Alfredo Polay Campos): "*En estricto, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que, aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso debe obedecer a motivos objetivos y razonables, por lo que la resolución judicial que se pronuncia al respecto debe cumplir con la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales*". Esta línea de argumentación se ha confirmado en la STC Exp. N° 03186-2008-HC, fundamento jurídico 2.

468 Vid., con mayor detalle, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 57 y s.

469 Vid., Small Arana: *La situación carcelaria en el Perú*, p. 68; Bramont-Arias Torres, L.A.: *Actualidad Jurídica* 93 (2001), p. 74; Meini Méndez: *Actualidad Jurídica* 123 (2004), p. 18; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 20 (2001), p. 285 y s.; El Mismo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 59.

otro sector los reconoce como derechos expectaticios o subjetivos del interno[470]. A nuestro entender, no hay duda que la resocialización es una garantía, en la medida que le impone al Estado la obligación de dotar a la ejecución de las penas de las condiciones favorables para la rehabilitación o reinserción del reo a la sociedad. Pero también resulta claro que la naturaleza garantista de la resocialización no se opone en lo absoluto a que se le pueda otorgar al condenado el derecho de gozar de los beneficios penitenciarios legalmente reconocidos. De hecho, lo normal es que la garantía sea un mecanismo para asegurar la vigencia de un derecho. Lo particular aquí es que el derecho del interno a los beneficios penitenciarios depende del cumplimiento de un conjunto de requisitos y condiciones preestablecidos por ley con la finalidad de asegurar el cumplimiento del fin resocializador, lo que no excluye que se pueda discutir la legitimidad o razonabilidad de esas exigencias legales[471]. Al juez le corresponde determinar si se cumplen en el caso concreto con los presupuestos legales para conceder un beneficio penitenciario, utilizando para ello la información suministrada por la autoridad penitenciaria. No se trata, por lo tanto, de una decisión discrecional del juez, sino de una decisión que debe tomarse con base en los parámetros legalmente definidos[472].

7. El principio de humanidad

Se ha dicho que el principio de humanidad es el fundamento de la política criminal[473]. Si bien tal aseveración resulta absolutamente correcta, por ser el Derecho penal una cuestión de seres humanos, lo que se conoce como principio de humanidad en relación con el ejercicio del *ius puniendi* debe tener un ámbito de aplicación más acotado, pues, de lo contrario, se produciría superposiciones con otros principios político-criminales como el principio de culpabilidad, proporcionalidad o resocialización[474]. En este orden de ideas, lo que el principio de

470 Vid., Caro Coria: *Actualidad Jurídica* 123 (2004), p. 46; Torres Gonzáles: *Beneficios penitenciarios*, p. 35 y ss.

471 Así, por ejemplo, en relación con la restricción de beneficios para determinados delitos desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, vid., Milla Vásquez, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 183 y ss.

472 Discusión distinta es si, a nivel constitucional, una decisión que deniega, sin la debida motivación, el otorgamiento de un beneficio penitenciario viola la libertad individual y autoriza, por lo tanto, la interposición de un hábeas corpus, lo que ha sido negado por el Tribunal Constitucional. Vid., al respecto, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 62 y s.

473 En este sentido, Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 40.

474 Así se pone en evidencia en la exposición de Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 261. Pese al entroncamiento con otros principios, Castillo Alva: *Principios*, p. 346 y s., precisa que el principio de humanidad tiene autonomía propia.

humanidad específicamente exige es la eliminación o reformulación de penas contrarias a la dignidad humana[475]. En consecuencia, de lo que se trata concretamente con este principio es de conseguir lo que se conoce como la humanidad de las penas.

A nivel de la doctrina penal, existe coincidencia en entender que el fundamento del principio de humanidad de las penas es la dignidad humana[476]. El delincuente, pese a su accionar delictivo, sigue siendo una persona dotada de dignidad y, por lo tanto, la pena a imponérsele no puede desconocer ese valor imperdible del ser humano. Por más razones de seguridad y de orden que pudiesen amparar la necesidad de una reacción punitiva más severa o draconiana[477], el límite de la humanidad no puede ser superado por el Estado. El respaldo normativo de dicho fundamento es, sin lugar a dudas, el artículo 1 de la Constitución Política que instituye el respeto de la dignidad de la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Por lo tanto, al hacer uso el Estado de la potestad punitiva, debe tener en cuenta que las penas son impuestas siempre a seres humanos y, por lo tanto, de ninguna manera pueden violentar su dignidad humana.

Con la invocación del principio de humanidad de las penas se ha defendido la exclusión de penas como la pena de muerte, la cadena perpetua, las penas corporales, la castración o las penas estigmatizantes[478]. La razón de este rechazo es que suprimen absolutamente el ejercicio de un derecho fundamental[479]. En el Perú estas clases de penas se encuentran excluidas del catálogo de posibles sanciones penales. Si bien la pena de muerte es contemplada en la Constitución para determinados delitos graves, lo cierto es que no está desarrollada en la legislación ordinaria. Por otro lado, el que el Código Penal señale que una clase de pena privativa de libertad es la cadena perpetua, no debe hacernos olvidar que, por exigencias del Tribunal Constitucional, esta pena debe ser revisada siempre a los 35 años[480]. Pese a las restricciones indicadas que, sin duda, están motivadas por el principio de humanidad de las penas, no hay razón para mantenerlas como penas posibles. La pena de

475 En este sentido, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 4/60; Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 261.

476 Vid., Castillo Alva: *Principios*, p. 338 y s.

477 Lo que Kaufmann, H.: *Principios para la reforma de la ejecución penal*, p. 17 y ss., pone convincentemente en tela de juicio.

478 Vid., Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 40.

479 Similarmente, Castillo Alva: *Principios*, p. 349.

480 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 108. En la doctrina penal se cuestiona incluso que la privación de libertad pueda durar más de quince años por su grave incidencia en la personalidad de condenado. Vid., Guanarteme Sánchez- Lázaro, en *Reincidencia y concurso de delitos*, Maldonado (coord.), p. 59.

muerte no debe admitir legalmente ninguna excepción y la cadena perpetua debe terminar por convertirse en una pena privativa de libertad temporal.

El principio de humanidad de las penas despliega sus efectos regulatorios no sólo en relación con la pena conminada o impuesta, sino también con su forma de ejecución[481]. La pena concretamente atribuida a un condenado puede ser conceptualmente compatible con su dignidad, pero su ejecución puede hacerla, en los hechos, inhumana. Así, la privación de la libertad como consecuencia de una pena privativa de libertad no puede hacerse en establecimientos penitenciarios bajo condiciones que denigran a cualquier persona. Es cierto que existen limitaciones presupuestarias que impiden contar con centros carcelarios óptimos, pero lo que no se puede admitir es que no se cubran las necesidades más básicas o, lo que es peor, se implementen condiciones que degraden a los condenados (cuartos de castigo, peleas provocadas, maltrato físico, abusos sexuales, aislamiento de la familia, etc.). Lo mismo puede decirse de otras clases de pena, como la prestación de servicios de la comunidad, las que no se pueden ejecutar de una manera que estigmatice al condenado.

V. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

La vigencia de los principios político-criminales hasta ahora expuestos alcanza un carácter restrictivo ante determinadas formas de criminalidad especialmente graves. Estas restricciones se han buscado explicar en los últimos años a través del llamado Derecho penal del enemigo. La idea de este Derecho penal diferenciado entra en la doctrina penal contemporánea de la mano de los trabajos dogmáticos del Prof. Günther JAKOBS, primero de manera referencial en su contribución de 1985 sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico y luego de manera abierta en su conferencia en el Congreso de Profesores de Derecho penal de 1999 en Berlín. A partir de entonces JAKOBS se ha encargado de desarrollar los presupuestos filosóficos para explicar dogmáticamente el Derecho penal del enemigo[482], llegando a concluir esta labor de forma rigurosa en el trabajo titulado *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* aparecido en lengua castellana en el 2003[483]. A partir del planteamiento esbozado por JAKOBS se inició una fuerte discusión doc-

481 Igualmente, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L 4/61; CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 365.

482 Muy importante es, a nuestro parecer, su trabajo: *Personalität und Exklution im Strafrecht*, publicado en lengua castellana en *El Funcionalismo en Derecho penal*, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs, Bogotá, 2003, p. 71 y ss.

483 JAKOBS, en JAKOBS/CANCIO: *Derecho penal del enemigo*, p. 21 y ss. Una versión alemana se publicó el mismo año en *Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure* –An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung–, 2003, p. 41 y ss.

trinal que no se ha quedado en el plano exclusivamente dogmático, sino que ha entrado incluso en el ideológico.

Bajo la denominación "Derecho penal del enemigo" se hace referencia al Derecho penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas de un modo eficaz[484]. Este Derecho penal se opone al Derecho penal del ciudadano, en donde la imposición de la pena se hace necesariamente en el marco de un procedimiento rodeado de garantías. Precisamente porque no se reacciona frente a ciudadanos[485], el Derecho penal del enemigo no está obligado a observar plenamente las condiciones de legitimidad que se exigen para imponer una sanción penal a los ciudadanos. Los enemigos se encuentran, de alguna forma, excluidos de la sociedad[486] y, por lo tanto, el sistema jurídico no tiene que reconocerlos como ciudadanos, es decir, como personas. Podría decirse, en síntesis, que el Derecho penal del enemigo no busca confirmar con la pena la vigencia de la norma defraudada por la conducta de un ciudadano, sino neutralizar a aquellos individuos que no ofrecen la garantía mínima de fidelidad al Derecho (los enemigos). El efecto comunicativo de la pena requiere, en estos casos, un aseguramiento cognitivo que se pretende alcanzar con el aligeramiento de los límites y los controles de la reacción penal[487].

Las afirmaciones precedentes requieren, sin embargo, de una precisión muy importante. Si bien el Derecho penal del enemigo destaca fundamentalmente una función cognitiva de aseguramiento, lo cierto es que no se trata al delincuente como un mero objeto peligroso y ni tan siquiera como a alguien al que se le ha declarado la guerra en el sentido propio del término[488]. La reacción jurídico-penal frente al enemigo requiere ciertos niveles de juridicidad, como son la existencia de un proceso penal con garantías mínimas, la declaración de culpabilidad realizada por un juez y el cumplimiento de la pena en un régimen penitenciario legalmente previsto. En este sentido, puede decirse que la lucha contra el enemigo no se mueve solamente en el plano cognitivo, sino que tiene ciertos mínimos normativos que permiten afirmar que el enemigo no se encuentra del todo despersonalizado. De hecho, JAKOBS habla de una *despersonalización parcial* del enemigo[489].

---

484 Vid., CANCIO MELIÁ: *RPCP* 13, p. 155.

485 JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, p. 139: "*El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos*".

486 Vid., sobre la autoexclusión JAKOBS, en *El funcionalismo en Derecho penal*, LH al Prof. Günther Jakobs, p. 85 y ss.

487 Vid., JAKOBS, en *Escuela de verano*, p. 137 y s.; EL MISMO, en JAKOBS/CANCIO: *Derecho penal del enemigo*, p. 40 y s.; GRACIA MARTÍN: *Prolegómenos*, p. 123.

488 Vid., así, PASTOR, en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, LH al Prof. Dr. Günther Jakobs, p. 780.

489 Vid., JAKOBS, en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Cancio/Feijoo (ed.), p. 44 y ss.

A partir de las ideas generales que se acaban de esbozar sobre el Derecho penal del enemigo, la doctrina penal ha intentado establecer cuáles son sus características esenciales. JAKOBS, por ejemplo, menciona tres rasgos fundamentales[490]: el amplio adelantamiento de la punibilidad con penas que no se reducen proporcionalmente con dicho adelantamiento, el incremento notable de las penas y la relajación o supresión de ciertas garantías individuales de orden procesal (incluiría también garantías de orden sustantivo y penitenciario[491]). A estas características CANCIO MELIÁ agrega dos más: el castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún peligro (que no es más que un desarrollo del primer rasgo destacado por JAKOBS) y el recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales[492].

Si se analiza la legislación penal peruana actualmente vigente se podrá constatar sin mayor dificultad que, en la regulación de determinados delitos, se ha asumido de manera clara las características constitutivas de lo que hoy se califica en el discurso dogmático como "Derecho penal del enemigo". Esta constatación se aprecia fácilmente en los delitos de terrorismo, la criminalidad organizada (especialmente, el tráfico ilícito de drogas, el secuestro y el lavado de activos), los abusos sexuales de menores de edad, los casos de violencia familiar y los delitos de corrupción. En consecuencia, no se puede desconocer que, en la actual legislación penal, existen figuras delictivas que reúnen los rasgos característicos de lo que, en la discusión doctrinal, se llama Derecho penal del enemigo[493]. Cosa distinta es que se repudie el término de enemigo para caracterizar a este ámbito real y existente del Derecho penal, posiblemente por el sentido político especialmente negativo que podría conllevar.

La cuestión que debe discutirse no es, por tanto, si existe un Derecho penal del enemigo, sino, más bien, si en un Estado de Derecho la configuración de un Derecho penal de estas características es legítima. El Tribunal Constitucional se ha mostrado absolutamente en contra de esta posibilidad al señalar expresamente que "*la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo, es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho*

490 Vid., JAKOBS, en *Escuela de verano*, p. 138.

491 Así, el endurecimiento del Derecho penitenciario en la legislación penal del enemigo es destacado por GRACIA MARTÍN: *RECPC* 07-02 (2005), recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc, p. 02: 11.

492 Vid., CANCIO MELIÁ: *RPCP* 13, p. 156.

493 Vid., con mayor detalle, GARCIA CAVERO, en *Derecho penal del enemigo*, Tomo I, p. 925 y ss. Del mismo parecer, CHÁVEZ HERNÁNDEZ: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 93 y s.

en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos, sino más bien enemigos"[494]. Estas consideraciones del Tribunal Constitucional pueden entenderse de dos maneras: o como que no es posible de ninguna manera establecer una vigencia distinta de las garantías penales en función de los delincuentes, o como que no es necesario hablar de Derecho penal del enemigo para poder justificar legítimamente la limitación de ciertas garantías penales. La primera interpretación no parece ajustarse a la forma de proceder del Tribunal Constitucional en temas como la detención preliminar, la proporcionalidad de las penas o la reincidencia, por lo que sólo cabrá entender su afirmación en el segundo sentido de los posibles.

En nuestra opinión, no existen problemas de legitimidad para sustentar un régimen penal de excepción que contenga penas severas, adelante las barreras de protección penal, utilice elementos típicos abiertos o restrinja ciertas garantías jurídico-penales. Sin embargo, hay que resaltar especialmente que con esta afirmación no se quiere legitimar cualquier forma de Derecho penal, pues una legislación penal restrictiva de garantías sólo será de recibo excepcionalmente si estas restricciones se encuentran justificadas en razones objetivas de excepción y respeten el contenido esencial de los derechos constitucionales[495]. Lo que, en todo caso, debe quedar claro es que no se puede negar de plano la configuración de un Derecho penal especialmente severo y restrictivo de ciertas garantías, por lo que la legislación penal no puede ser considerada ilegítima por el solo hecho de intensificar los estándares ordinarios de represión penal. Pero lo que hoy presenta serias dudas es que todas estas restricciones de garantías e intensificación de los criterios de interpretación se puedan explicar por medio de la construcción dogmática del Derecho penal del enemigo.

494 STC N° 0003-2005-PI/TC de 9 de agosto de 2006. En la doctrina nacional, igualmente, crítica Reyes Tello: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 75 (2015), p. 354 y s. Por el contrario, Jiménez Coronel: *Actualidad Penal* 25 (2016), p. 99, sostiene su juridicidad.

495 Vid., igualmente, Muñoz Conde: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, p. 75; Gracia Martín: *RECPC* 07-02 (2005), recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc, p. 02: 29.

SEGUNDA PARTE

LEY PENAL

Capítulo 5
LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

I. INTRODUCCIÓN

La ley penal no es eterna, en la medida que su vigencia para regular casos concretos se encuentra siempre temporalmente condicionada. Para abordar el tema de la temporalidad de la ley penal resulta necesario distinguir dos tipos de reglas: las reglas de vigencia temporal de la ley penal, por un lado, y las reglas de aplicación temporal de la ley penal, por el otro[1]. Mientras las primeras se ocupan de determinar desde cuándo y durante cuánto tiempo tiene vigencia una ley penal, las segundas responden a la cuestión de en qué espacio de tiempo debe haber tenido lugar una conducta típica para poder aplicarle la ley penal. Como puede verse, el primer tipo de reglas se ocupa de la cuestión estrictamente legal de la vigencia de una ley penal, sin referencia a ningún caso en concreto. Una vez determinada la vigencia temporal de la ley penal, las reglas de aplicación temporal de la ley penal se encargarán de establecer los casos que están sometidos a su regulación. Estas reglas adquieren contornos particulares en el caso de leyes temporales y de leyes penales en blanco.

II. LAS REGLAS DE VIGENCIA TEMPORAL DE LA LEY PENAL

Para que una ley penal pueda desplegar efectos jurídicos debe encontrarse vigente. Una ley penal entra en vigencia una vez que ha sido aprobada, promulgada y publicitada por el organismo competente en la forma jurídicamente prescrita[2]. Según lo establecido en el artículo 108 de la Constitución, la ley debe ser aprobada

1 Vid., Dannecker: *ZIS* 7/2006, p. 310.

2 Vid., Dannecker: *ZIS* 7/2006, p. 309; Cuerda Riezu: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 52.

por el Congreso conforme a los procedimientos legalmente establecidos. Una vez aprobada es enviada al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días, quien puede hacer observaciones a toda o a una parte de la ley aprobada por el Congreso. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria en la misma ley que postergue su vigencia en todo o en parte[3]. Al periodo que va desde la publicación hasta su entrada en vigencia se le conoce como *vacatio legis*[4], el que resulta especialmente conveniente en el caso de leyes que requieren de un conocimiento técnico previo. Si bien durante la *vacatio legis* la ley no está vigente, eso no impide que se pueda cuestionar su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional[5]. La ley penal deja de tener vigencia por el paso del tiempo (leyes temporales), por su derogación formal o por su colisión posterior con una norma de igual o mayor jerarquía (*lex posterior derogat legi priori*)[6]. A estos supuestos el artículo 103 del CP agrega la declaración de inconstitucional mediante sentencia expedida por el Tribunal Constitucional[7].

Para precisar la vigencia temporal de una ley penal, resulta sumamente importante determinar cuándo una nueva ley deroga o modifica total o parcialmente una anterior. Lo primero que puede decirse es que una sucesión de leyes penales no necesariamente implica la derogación o modificación de la ley penal anterior, tal como lo ha puesto de manifiesto César ABANTO en el caso del delito de apropiación de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones en relación con el Código Penal de 1991 y la regulación especial de los delitos tributarios[8]. Lo mismo cabe decir de las leyes declaradas nulas y carentes de todo efecto legal por el Tribunal Constitucional, pues la sucesión de leyes no ha desplegado el efecto de derogar o modificar la ley anterior[9]. Lo que debe, más bien, determinarse es si la nueva ley simplemente

---

3 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 167.

4 VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 168; CARO JOHN: *LH-José Hurtado Pozo*, p. 109; CUERDA RIEZU: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 52.

5 En este sentido, CUERDA RIEZU: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 52.

6 Así, DANNECKER: *ZIS* 7/2006, p. 309 y s.; CUERDA RIEZU: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 53.

7 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 168: CUERDA RIEZU: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 56 y s.

8 Vid., ABANTO, César: *RPCP* 11, p. 77 y ss.

9 Puede citarse el caso de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 29703 que modificó el tipo penal del delito de colusión desleal (STC Exp. N° 00017-2011-PI/TC de 3 de mayo de 2012). Vid., CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del*

deja de regular lo que la ley anterior regulaba o si mantiene la regulación, pero lo hace en términos distintos. En el primer caso habrá una derogación, mientras que en el segundo caso una modificación.

Importante es también distinguir la vigencia y la eficacia de las leyes penales. Mientras lo primero hace mención a la cualidad de una ley para formar parte de un sistema normativo, lo segundo supone su capacidad para poder ser aplicada a los casos concretos[10]. Esta distinción se puede entender fácilmente con el ejemplo del delito de especulación del primer párrafo del artículo 234 del CP. No hay duda que este tipo penal se encuentra vigente, pues fue promulgado con el Código Penal y hasta el día de hoy no ha sido derogado, ni modificado. Sin embargo, actualmente no es eficaz, ya que su aplicación requiere que previamente la autoridad haya definido cuáles son los productos de primera necesidad y fijado un precio oficial. Mientras la autoridad no cumpla con hacer esta determinación, a nadie se le podrá sancionar por el delito de especulación de bienes de primera necesidad.

III. LAS REGLAS DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL

Una de las manifestaciones del principio de legalidad, como mecanismo constitucional de protección del ciudadano frente al abuso de poder, es la prohibición de condenar sin una ley previa que tipifique la conducta delictiva y establezca la sanción correspondiente. En este sentido, el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política dispone que nadie puede ser condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Siguiendo esta línea de pensamiento, el artículo II del Título Preliminar del CP establece que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

La situación ideal, en cuanto a la aplicación temporal de la ley penal, sería que la regulación jurídica vigente al momento de la realización del hecho siga siendo la misma que rija al momento de la imposición de la pena e incluso durante su ejecución[11]. En tal caso, no habría más que una misma regulación penal al momento de juzgar el hecho, imponer la sanción penal prevista en la ley y cumplir con la ejecución de la pena judicialmente impuesta. Sin embargo, las leyes penales,

---

Tribunal Constitucional, p. 51 y ss. Consideraciones al respecto con base en la llamada "Ley Wolfenson", Caro John: *LH-José Hurtado Pozo*, p. 111 y ss.

10 Vid, esta diferenciación en Cuerda Riezu: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 52.

11 En este sentido, Schroeder: *FS-Bockelmann*, p. 796 y ss.; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 68; Hassemer: *NK* § 2, n.m. 32; Schünemann: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 26 y s.

como toda ley humana, no tienen una vocación de eternidad, por lo cual resulta usual que, con el transcurso de tiempo, resulten derogadas o modificadas. Así, si entre el momento de la realización del hecho delictivo y el efectivo cumplimiento de la pena impuesta, tiene lugar una modificación de la regulación jurídico-penal, será absolutamente necesario determinar cuál ley penal resulta aplicable y si puede dejarse de aplicar una por otra.

La legislación penal actual establece que la ley penal aplicable es la vigente al momento de la comisión del hecho punible (*tempus regit actus*), aunque excepcionalmente se aplicará la más favorable al reo en caso de conflicto de leyes penales en el tiempo (artículo 6 primer párrafo del CP)[12]. La regla general de la prohibición de retroactividad de la ley penal constituye un límite formal a la actividad jurisdiccional, en tanto al autor de un delito solamente se le podrá aplicar la ley penal vigente al momento de su comisión[13]. No obstante, la justificación de esta regla no puede sustentarse únicamente en el mandato legal contenido en el artículo 6 del CP, sino que hay que encontrar el fundamento material que motiva esta manera de aplicar temporalmente la ley penal. La determinación de este fundamento material sólo podrá alcanzarse si se tiene claro cómo la temporalidad de la ley penal incide en la función del Derecho penal.

1. La temporalidad de ley penal en la función del Derecho penal

Si se asume que la función de la pena es la prevención general, la ley penal tendrá que ser previa al delito cometido, pues, de no existir al momento del hecho, no podrá generar un efecto preventivo-general[14]. Así es como puede entenderse la formulación clásica de Feuerbach de que "*la imposición de una pena presupone una*

12 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 822; Bello Gordillo: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 139; Cuerda Riezu: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 58.

13 Vid., sobre la prohibición de retroactividad como derivado del principio de legalidad, ESER, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 2, n.m. 1; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 51; Schünemann: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 24; Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 249. Algunos lo consideran incluso parte del mandato de certeza o determinación, Baumann/Weber/Mitsch: *Strafrecht*, AT, § 9, n.m. 6; Ransiek: *Gesetz*, p. 8; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 3, n.m. 14.

14 Defienden una visión preventivo general como fundamento jurídico-penal de la ley penal en el tiempo, Eser, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 2, n.m. 1; Schünemann: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 24; Hassemer: *NK* § 2, n.m. 19; Rudolphi: *SK* § 1, n.m. 6; Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 259; Silva Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 698; Muñoz Conde/García Arán: *Derecho Penal*, PG, p. 136; Blanco Lozano: *CPC* 71 (2000), p. 285; De Vicente Martínez: *El principio de legalidad penal*, p. 62; Bramont-Arias Torres, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 313.

ley penal"[15]. Dado que la ley penal establece las consecuencias negativas que una actuación contraria a Derecho produciría, resulta consecuente con este punto de partida sancionar al infractor con la ley penal vigente al momento del hecho[16], pues es esta ley la que efectivamente ha tenido en cuenta el autor (psicológica o normativamente) para advertir las consecuencias de su actuación[17]. Por el contrario, la condena con la ley vigente al momento de la expedición de la sentencia o en una etapa intermedia, no tendría sentido desde una perspectiva preventiva, en la medida que el efecto intimidatorio (o el diálogo racional con la norma) sólo podría haber tenido lugar con la ley vigente al momento del hecho. Si se condena con ley distinta a la vigente al momento del hecho, se hará con base en una ficción, pues la ley posterior no ha generado, ni ha podido generar, efecto motivatorio alguno sobre el infractor.

La situación se presenta distinta en una concepción del Derecho penal como mecanismo de estabilización de la norma defraudada, ya que la ley penal adecuada para la imposición de una pena no es la que se encuentra vigente al momento de la comisión del delito, sino la vigente al momento de la condena por el delito cometido[18]. El punto de partida de esta concepción es que entre el delito y la pena existe una relación comunicativa en el sentido de que la pena reafirma la vigencia de una expectativa normativa defraudada por el delito[19]. Por esta razón, sólo al momento de condenar es necesario determinar si la expectativa se encuentra aún defraudada y si requiere, por lo tanto, de una restabilización normativa[20]. Para que la pena despliegue su efecto estabilizador es necesario que la expectativa defraudada todavía necesite mantenerse en la sociedad como parte de su identidad normativa esencial, pues, de lo contrario, la imposición de la pena se convertirá en un acto vacío de sentido. A este planteamiento podría reprochársele, sin embargo, que, si

15 Feuerbach: *Tratado*, § 19.

16 Rudolphi: *SK* § 1, n.m. 6; Bramont Arias: *La ley penal*, p. 225.

17 Si la pena confirma la seriedad de la amenaza penal, tendrá que corresponderse con aquélla que efectivamente ha procurado el efecto preventivo-general. En este sentido, esta comprensión del Derecho penal presenta a la pena como consecuencia jurídica del hecho realizado que debe establecerse mediante una declaración judicial. La crítica a esta interpretación de la aplicación temporal de la ley penal, puede verse en Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 49, en el sentido de ver el delito y la pena como una secuencia *eo ipso* y no como actos comunicativos.

18 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 50.

19 Vid., esta relación comunicativa entre delito y pena, Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, p. 11.

20 En este sentido Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 50, señala que no basta que en el pasado la amenaza penal esté contemplada en la ley, sino que debe requerirse que esa amenaza se materialice. Fundamental, en este sentido, es que los casos antiguos (*Altfälle*) continúen siendo un conflicto social en la nueva regulación jurídica, en el sentido de una continuidad del injusto.

el momento central de la vigencia temporal de la ley se pone en el momento de la sentencia, entonces cabría justificar también la aplicación de la ley penal posterior desfavorable.

Para sortear la objeción anteriormente señalada no basta con recurrir al mandato constitucional que prohíbe la retroactividad de la ley penal, pues se trataría de una solución parcial y externa al sistema penal[21]. La aplicación de la ley penal vigente al momento del hecho más favorable debe encontrar justificación en el marco de la misma función de restabilización. Al respecto conviene recordar nuevamente que el Derecho penal debe mantener ciertas exigencias normativas en el proceso de estabilización de la norma defraudada. La imposición de una pena para restablecer la vigencia de la norma infringida no puede olvidar que el sujeto de sanción es una persona que no puede salir perjudicada por una variación de los criterios de valoración social[22]. En este orden de ideas, la prestación social de la pena no puede pasar por encima de la persona y desconocer que el Derecho penal sirve finalmente para que ésta pueda orientarse en la sociedad[23]. Admitir una posible valoración posterior más grave del hecho (con la correspondiente mayor penalidad) afectaría gravemente el modelo de orientación del sujeto individual, en el sentido de la estabilidad de las estructuras con las que efectivamente se orienta. Si una persona tiene que considerar en cada actuación la posibilidad de un cambio futuro de valoración de la sociedad, la seguridad del modelo de orientación resultaría afectado considerablemente, de manera que se convertiría en poco confiable[24]. Dicho en breves palabras: La necesidad de restabilización del sistema no puede afectar su propia funcionalidad para el desarrollo de las personas.

De lo expuesto puede concluirse que tanto desde una visión de prevención general como de restabilización del Derecho penal, la ley penal vigente al momento del hecho resulta la aplicable, siempre que no haya leyes penales posteriores que resulten más favorables. En el caso de la prevención general porque solamente la ley vigente al momento del hecho ha podido desarrollar un efecto motivatorio en el autor del delito, mientras que en el caso de la restabilización porque no se puede cambiar el modelo de orientación del autor con la inclusión posterior de criterios de valoración social más intensos, es decir, que incrementen la gravedad de la reacción penal. A la pregunta de cuál de estas perspectivas es la que ha asumido el

---

21 Vid., de la misma opinión, SOMMER: *Das »mildeste Gesetz«*, p. 49.

22 De manera similar, en el sentido de la garantía de objetividad que ofrece la vinculación a la ley, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 48.

23 Vid., en este sentido, como respeto a la libertad ciudadana, BERNER: *Wirkungskreis*, p. 50, en el sentido de que el ciudadano pueda actuar sin temor al futuro.

24 LARENZ: *Derecho justo*, p. 91 reconoce como expresión del principio de confianza en el Derecho público el tema de la retroactividad de la ley.

Código penal peruano, no es posible responder de forma definitiva. Si bien podría decirse que el artículo 6 del CP reconoce como regla la aplicación de la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho punible –lo que se ajustaría a la visión preventiva–, también es verdad que el artículo 7 del CP permite la liberación del condenado en caso de leyes posteriores que despenalizan el delito por el que se le ha condenado, lo que sólo podría justificarse con un entendimiento de la pena como mecanismo de estabilización de expectativas de conducta defraudadas, pues la ejecución de la pena no confirma la seriedad de la amenaza, sino la necesidad de devolver la vigencia a una expectativa social defraudada. Por nuestra parte, consideramos que las reglas sobre la aplicación de la ley penal en el tiempo se ordenan con criterios más uniformes desde una perspectiva restabilizadora del Derecho penal.

2. El momento del hecho

Dado que la realización del hecho delictivo en el tiempo puede presentar ciertos niveles de complejidad, la determinación de la ley penal vigente requiere fijar cuál es el momento del hecho. El artículo 9 del CP se encarga de llevar a cabo esta labor. En efecto, en este dispositivo legal se establece que dicho momento es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca[25]. Como puede verse, nuestro texto punitivo sigue la llamada teoría de la acción en lugar de la teoría del resultado o la teoría mixta, pues ubica el momento del delito en el momento de la acción u omisión penalmente relevante[26]. Esta opción del Código Penal resulta plenamente justificada, en la medida que la ejecución de la conducta típica implica ya una defraudación de la norma penalmente garantizada.

La regla para determinar el momento del delito debe ser interpretada restrictivamente. El momento de la acción u omisión al que se refiere el artículo 9 del CP debe ser el que se corresponda con la ejecución del hecho delictivo. La actuación desplegada a nivel preparatorio no puede tener relevancia para definir el momento del delito, pues la preparación no defrauda (aún) ninguna norma penalmente garantizada. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de tener como momento del delito aquel momento en el que el cómplice entregó la información al autor para la comisión posterior del delito, pese a que cuando éste empezó a ejecutarlo se encontraba ya despenalizado. No hay duda que, en tal caso, nunca se

25 Vid., Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 94.

26 Vid., Bramont Arias: *La ley penal*, p. 234; Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 9, p. 337; Bello Gordillo: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 125. Igualmente, en el Derecho penal alemán, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 52; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 53. Respecto del Derecho español, Muñoz Conde/García Arán: *Derecho Penal*, PG, p. 146 y s.

realizó un delito, ni siquiera por parte del cómplice, pues el delito tiene lugar en el momento en el que se ejecuta y al ejecutarse la acción concreta, ya no era un delito. En consecuencia, no pueden admitirse distintos momentos del delito en función de los autores o cómplices[27], sino que el momento se determina por la ejecución de la conducta típica, sea que la misma la empieza el autor o el cómplice.

La determinación de la ley penal vigente al momento del hecho no es ajena a la presencia de supuestos problemáticos. Uno de ellos es el caso en el que la ley penal entra en vigencia entre el inicio y la finalización de la acción u omisión que es tipificada como delito. Esta situación se presenta, concretamente, en los llamados delitos permanentes y continuados, ya que la acción lesiva se realiza a lo largo del tiempo[28]. En la medida que se trata de una conducta permanente o continuada, la entrada en vigencia de la ley penal que tipifica el delito durante el periodo de permanencia o continuidad de la conducta, hace que se trate también de una ley vigente al momento del hecho, pues la conducta ha estado en permanente o continua ejecución. Sin embargo, queda claro que el juicio de desvalor penal no puede tener en consideración la parte precedente del hecho permanente o continuado anterior a la criminalización de la conducta, pues su realización se hizo antes de la entrada en vigencia de la ley penal que la criminaliza[29].

El criterio precedente ha sido asumido por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la ley penal aplicable en el delito de desaparición forzosa. Así señala, al respecto, que "*la garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal*"[30]. Pese a que conceptualmente no cabe hacerle ningún reproche al planteamiento del máximo intérprete de la Constitución sobre la aplicación temporal de la ley penal en los delitos de ejecución permanente, lo que resulta sumamente discutible es que califique al tipo penal de desaparición forzosa como un delito permanente[31]. La conducta típica de "ordenar

27 De otro parecer, Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 96.

28 Vid., sobre estos supuestos, con mayores referencias, Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 393 y ss.; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 185 y s.; Bello Gordillo: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 126.

29 Igualmente, Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 95.

30 STC Exp. N° 2488-2002- HC/TC de 18 de marzo de 2004, fundamento jurídico 26.

31 Igualmente crítica, Vélez Fernández: *La desaparición forzosa*, p. 133 y ss. De un parecer distinto, apoyado en el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y en la sentencia antes referida del Tribunal Constitucional, Rivera

o ejecutar acciones que tenga por resultado la desaparición de una persona" no es de ejecución permanente, sino de resultado permanente. Por ello, aplicar una ley penal posterior a la realización de la conducta que no es permanente, sino que produce un resultado permanente, por más que se intente sostener lo contrario, constituye una violación a la exigencia de la ley penal previa.

La discusión es más intensa cuando tiene lugar una sucesión de leyes penales durante la ejecución de un delito permanente o continuado, es decir, si durante la permanencia o continuidad del hecho delictivo se suceden distintas leyes penales. Lo primero que debe aclararse es si existe una sucesión de leyes penales en el tiempo, de manera tal que resulte aplicable la ley penal más favorable al reo. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en el caso de un delito tributario continuado, señalando que: "*(c)uando haya más de una norma vigente al momento de la comisión del delito, por tratarse, por ejemplo, de un delito continuado, se aplicará, como norma vigente al momento de la comisión del delito, la última norma vigente durante su comisión. Esto es así, porque la norma vigente al momento de la comisión del delito se aplica de manera inmediata*"[32]. En consecuencia, niega que en estos casos se presente un conflicto de leyes en el tiempo que deba resolverse con la aplicación de la ley penal más benigna, sino que la ley penal aplicable es la última norma vigente durante la ejecución del delito, sea más o menos favorable. El sentido de esta decisión no puede compartirse, pues queda claro que se trata de una misma conducta que ha tenido distintas valoraciones a lo largo de su realización, por lo que no hay motivo para no seguir el mandato constitucional de aplicar la ley penal más favorable[33]. No se puede dar cabida a la ley penal intermedia más favorable y, al mismo tiempo, negar la posibilidad de que se tenga en cuenta la ley más favorable en caso de un delito ejecutado permanentemente o de forma continuada.

3. La ley penal más favorable

Conforme a lo establecido por el artículo 6 del CP, en caso de conflicto de leyes penales en el tiempo se aplicará la ley penal más favorable al reo[34]. El supuesto

---

Paz: *Una sentencia histórica*, p. 54 y ss., pero sin ninguna referencia a la estructura del tipo penal previsto en el artículo 320 del CP.

32 STC Exp. N.° 0901-2003-HC/TC de 12 de mayo de 2003, fundamento jurídico 3.

33 Así, niega que se pueda aplicar la ley posterior si es más grave, Cuerda Riezu: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 61. En la doctrina nacional, Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 95. La situación es distinta en el Derecho penal alemán, en tanto el § 2.2 StGB establece expresamente que se aplica la ley penal vigente al momento de la terminación del hecho. Vid., la referencia en Iglesias Río: *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 6 (mayo de 2005), p. 40 y s.

34 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 176; Bello Gordillo: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 66.

del que parte el dispositivo legal citado es un conflicto de leyes penales en el tiempo, lo que requiere determinar cuándo tiene lugar semejante situación de conflicto. Una vez constatada la situación de conflicto de leyes en el tiempo, el paso siguiente consiste en aplicar la ley penal más favorable, lo que supone, a su vez, contar con criterios definidos para determinar cuál de las leyes penales en conflicto resulta la más favorable. Los pasos de este procedimiento de aplicación temporal de la ley penal más favorable no se presentan, por lo general, con la sencillez de su formulación, sino que existen un conjunto de cuestiones y aspectos problemáticos que deben ser resueltos con un mayor nivel de detalle.

A. El ámbito de aplicación de la retroactividad benigna

Para poder determinar el ámbito de aplicación del beneficio de la ley penal más benigna, lo primero que se debe resolver es la cuestión de a qué clase de leyes alcanza el referido beneficio, esto es, si se limita a las disposiciones del Derecho penal material o si abarca también a las disposiciones de Derecho procesal penal, incluidas las disposiciones de ejecución de la pena[35]. Dado que la retroactividad benigna se encuentra reconocida en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, señalando que la retroactividad benigna es aplicable solamente a la normativa penal sustantiva, en la medida que la regla constitucional de la irretroactividad de la ley penal no admite la excepción de benignidad para las normas procesales y de ejecución penal[36].

La posición establecida por el máximo intérprete de la Constitución resulta discutible desde consideraciones materiales. Si la retroactividad benigna de la ley penal parte de la premisa de que la respuesta punitiva implica una situación aflictiva que debe limitarse lo más que se pueda, no hay razón para negarla en la aplicación de las normas procesales y de ejecución, si es que su naturaleza lo permite. La retroactividad benigna es predicable del sistema penal, no solamente de la parte sustantiva. Pero además así parece ser como también lo ha entendido el legislador ordinario al regular la aplicación temporal de la ley procesal y ejecución penal. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal admite expresamente la posibilidad de una aplicación retroactiva de las leyes penales procesales referidas a derechos individuales, siempre que ello fuese posible. Lo propio hace el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal al establecer la aplicación retroactiva de la ley penitenciaria más favorable al reo. Esto significa que el manda-

35 Sobre esta discusión, vid., extensamente, DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 272 y ss.

36 STC Exp. N° 1300-2002-HC/TC de 27 de septiembre de 2003, fundamento jurídico 9; STC Exp. N° 01417-2008-HC/TC de 28 de noviembre de 2008, fundamento jurídico 5.

to constitucional de la retroactividad benigna ha sido desarrollado por la legislación ordinaria en todo el sistema penal y no sólo para las normas penales sustantivas.

Otro de los puntos que se discute sobre el ámbito de aplicación de la retroactividad benigna es la cuestión de si esta retroactividad, en el caso de la las leyes penales sustantivas, alcanza tanto a las disposiciones de la Parte Especial como a las de la Parte General, al supuesto de hecho como a las consecuencias jurídicas o a los llamados presupuestos de la punibilidad[37]. Al respecto debe decirse que, en principio, no hay ningún argumento de fondo con el que se pueda justificar que la aplicación de la retroactividad benigna se circunscriba únicamente a ciertos ámbitos específicos de la normativa penal sustantiva. La favorabilidad debe evaluarse, por lo tanto, en relación con cualquiera de los aspectos antes mencionados, bastando con que redunde en beneficio del reo. En ese sentido, si la modificación de alguno de los aspectos antes referidos de la ley penal incide favorablemente en la sanción que se le impone al reo, entonces no habrá problema en aplicar retroactivamente la ley posterior. Si es posible combinar los aspectos favorables de las leyes penales sucedidas en el tiempo, es otra cuestión que suscita una especial discusión y que será tratada más adelante.

B. El conflicto de leyes penales en el tiempo: La continuidad del injusto

Un conflicto de leyes penales en el tiempo tiene lugar solamente si ha existido efectivamente un cambio en la regulación penal vigente al momento del hecho, pues puede ser que la sucesión de leyes penales no necesariamente implique la creación de una situación jurídica distinta a la dispuesta en una ley penal anterior. Así acontece, por ejemplo, cuando las leyes penales que se suceden en el tiempo reproducen exactamente el mismo tipo de injusto y la pena prevista, modificando otros aspectos de la ley. Tampoco puede hablarse de una sucesión de leyes penales en el tiempo cuando sólo existe un cambio jurisprudencial sobre la interpretación de la ley penal[38], tal como lo ha indicado expresamente el precedente vinculante establecido en las sentencias vinculantes R.N. N° 1550-2006-Piura y R.N. N° 1920-2006-Piura. En estos casos, no se suscita un problema de aplicación temporal de la ley penal, pues no existe propiamente un conflicto de leyes penales en el tiempo.

Los conflictos temporales aparecen, más bien, cuando la ley penal vigente al momento del hecho no regula el delito o la pena de la misma manera que la ley vigente durante el procesamiento penal o la ejecución de la pena. Esta pérdida de

37 Vid., con mayores detalles, DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 272 y ss.

38 ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 59; SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 27 y ss. De otro parecer, sin embargo, BACIGALUPO ZAPATER, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal*, Montiel (ed.), p. 73 y s.

identidad puede tener lugar por una derogación de la ley vigente al momento del hecho o por una modificación de la misma. En el primer caso, la conducta realizada quedará absolutamente despenalizada, por lo que no podrá imponerse una pena al autor o ésta tendrá que extinguirse de pleno derecho si ya hubiese sido impuesta, tal como lo dispone el artículo 7 del CP. Por el contrario, en el caso de una modificación de la ley penal, el delito sigue reprimiéndose, aunque con un estatuto jurídico distinto, por lo que, en estos casos, habrá que aplicar la ley penal más favorable al reo. Respecto de la conducta concretamente evaluada, la modificación de la ley penal posterior puede tener un efecto más favorable de despenalización o de atenuación. Para poder decidir cuándo se produce uno u otro efecto debe acudirse al criterio de la continuidad del injusto (*Unrechtskontinuität*)[39]. Si existe una continuidad del injusto en la sucesión de las leyes penales, entonces la ley penal posterior más favorable solamente podrá tener un efecto de atenuación que llevará a ajustar la condena o la ejecución de la pena a los parámetros de la nueva regulación[40]. Si esta continuidad no tiene lugar, entonces se habrá producido una despenalización, de manera tal que los casos cometidos durante la vigencia de la ley penal anterior dejarán de ser punibles[41].

El criterio de la continuidad del injusto no es un concepto que haya sido fácil de determinar en la discusión penal[42]. La jurisprudencia y doctrina alemanas antiguas lo interpretaron de una manera amplia, en el sentido de que bastaba que en la ley antigua y en la nueva la conducta juzgada fuese punible[43]. Esta concepción amplia de la continuidad del injusto resulta, sin embargo, incompatible con la configuración actual del sistema penal, pues su función garantista determina una vinculación con los tipos penales y no simplemente con las consecuencias ju-

---

39 En este sentido, DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 511; ABANTO VÁSQUEZ: *RPCP* 9, p. 16. Críticamente ante el requisito de la continuidad del injusto, SCHROEDER: *FS-Bockelmann*, p. 798; SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 27; HASSEMER: *NK* § 2, n.m. 29 y ss.; RUDOLPHI: *SK* § 2, n.m. 10, en el sentido de que no cabe una sanción ni con el derecho antiguo ni con el nuevo; sólo excepcionalmente cabe condenar cuando la nueva regulación signifique una pura ampliación del anterior tipo penal.

40 En este sentido, TIEDEMANN: *FS-Peters*, p. 204.

41 Vid., así, DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 509.

42 Precisamente, por su falta de concreción, HASSEMER: *NK* § 2, n.m. 29, le reprocha ser tan vago que apenas permite deducciones seguras.

43 Vid., la mención a este criterio de interpretación en TIEDEMANN: *FS-Peters*, p. 203; DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 502. Actualmente la jurisprudencia alemana mantiene todavía un concepto amplio, el *fin de protección invariado*, que se constituye en centro de crítica por parte de la doctrina [vid., con detalle, DANNECKER: *op. cit.*, p. 503 y ss. (espec. p. 507)].

rídicas[44]. En este orden de ideas, una consideración genérica de la sola punibilidad de la conducta significaría renunciar al carácter limitador de los tipos penales. Por esta razón, la fundamentación del requisito de la continuidad del injusto debe de realizarse desde una perspectiva más garantista o, lo que es lo mismo, más ajustada al tenor de la formulación típica.

En la doctrina penal actual, existe acuerdo sobre la necesidad de que el criterio de la continuidad del injusto se mueva dentro de la función de garantía del principio de legalidad[45]. En este sentido, por ejemplo, TIEDEMANN construye la continuidad del injusto con base en la idea de la previsibilidad objetiva, según la cual, si la modificación de la ley penal supera el marco objetivo de previsibilidad de lo punible, tendrá que negarse la continuidad del injusto y, en virtud de la protección de la confianza, habrá que dejar al autor libre de pena. Si la nueva tipificación del injusto se mantiene, por el contrario, dentro de la función de garantía, entonces podrá aplicarse la nueva ley al hecho anterior, siempre que se trate de una ley más favorable[46]. Esta comprensión de la continuidad del injusto con base en su límite, a pesar de su innegable utilidad, resulta de alguna forma incompleta, puesto que deja de lado la fundamentación de la continuidad en sí misma.

El requisito de la continuidad del injusto es el reflejo de la valoración social sobre el carácter defraudatorio de determinada forma de conducta. No cabe duda que un cambio de leyes penales significa un cambio de valoración respecto de la relevancia social del hecho. Sin embargo, hay que precisar cuándo se trata de un cambio de valoración sobre el carácter defraudatorio de determinada forma de conducta y cuando sólo una variación del contenido de tal valoración. Si se modifica solamente la parte referida a la sanción penal, el carácter defraudatorio del hecho tipificado se mantiene completamente, con la única diferencia que se ha modificado la medida o forma de pena necesaria para restablecer normativamente la defraudación[47]. En estos casos, habrá sin duda una continuidad del injusto. La situación adquiere contornos distintos si se modifican aspectos referidos al injusto que expresa la forma de conducta socialmente defraudatoria. Para precisar si, en estos casos, hay una continuidad del injusto, será necesario determinar si se trata de la misma expectativa normativa de conducta y si se abarca la misma forma de defraudación.

---

44 En este sentido, DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 502.

45 Vid., ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 2, n.m. 24 y s.; DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 502.

46 TIEDEMANN: *FS-Peters*, p. 204. Sigue este planteamiento DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 507.

47 Así la opinión de que la variación de la pena no presenta mayores problemas en la continuidad del injusto, RUDOLPHI: *SK* § 2, n.m. 9; SCHROEDER: *FS-Bockelmann*, p. 793.

Si lo que tiene lugar con la sucesión de leyes penales es un cambio en la expectativa normativa penalmente protegida, entonces no habrá una continuidad del injusto de ambos tipos penales, a pesar de que el hecho concreto pueda defraudar las expectativas protegidas por ambos tipos penales[48]. Si bien utilizando otros conceptos explicativos, la doctrina penal ha tenido clara esta idea desde hace buen tiempo, como lo pone de manifiesto el tan citado ejemplo del cambio del delito de ofensa a Dios por el de renta usuraria[49]. Así, aunque la conducta concreta pueda ser subsumida en ambos tipos penales (en el ejemplo, obligar a pagar intereses excesivos por un préstamo de dinero), no habrá una continuidad del injusto, en la medida que la expectativa defraudada no es la misma en los tipos penales en conflicto (el trato con Dios a través del prójimo y los límites convencionales en el contrato de préstamo).

Tampoco se presentará una continuidad del injusto si la expectativa normativa de conducta que sustenta el tipo penal sigue siendo la misma, pero la forma de defraudación resulta siendo distinta. La determinación objetiva del injusto penal que realiza el legislador alcanza también a la forma de defraudación de la norma que se sanciona[50], por lo que si se protege el mismo bien jurídico (la vigencia de la misma norma), pero frente a otra forma de ataque, entonces no será posible hablar de una continuidad del injusto. Por ejemplo: no habrá continuidad del injusto respecto de una falsa declaración incorporada en un documento privado si es que el delito de falsificación ideológica se limita luego al instrumento público. La confianza en la veracidad de los documentos se mantiene como la expectativa penalmente protegida, pero esa protección no alcanzará ya a los documentos privados.

Para poder determinar en qué casos los cambios en el injusto penal que implican una modificación de la forma de defraudación de la norma penalmente garantizada, mantienen o no una continuidad del injusto, resulta expositivamente útil sistematizar los referidos cambios en los siguientes grupos de supuestos:

– *La ampliación de la forma de defraudación*: En este supuesto el nuevo tipo penal amplía el ámbito del injusto penal, por lo que la continuidad del injusto se mantiene completamente. Por ejemplo: si el tipo penal preveía como único medio de comisión del delito la violencia, lo que luego se amplía a la intimidación[51].

---

48 Similarmente, pero con base en el concepto de bien jurídico, TIEDEMANN: *FS-Peters*, p. 205 y ss., quien justamente encuentra dificultades de fundamentación para el caso de bienes jurídicos supraindividuales, por lo que necesita recurrir a la forma de ataque.

49 Por utilizar el ejemplo de SCHROEDER: *FS-Bockelmann*, p. 793, ampliamente extendido en la doctrina penal.

50 En el mismo sentido, TIEDEMANN: *FS-Peters*, 205 y s., con base en la acción lesiva y las formas de ataque del bien jurídico.

51 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 74.

- *La sustitución de algún aspecto de la forma de defraudación*: Este supuesto tiene lugar cuando la ley posterior sustituye algún elemento típico de la conducta. Para determinar si existe una continuidad del injusto, resulta necesario diferenciar si se trata de elementos cualificantes o constitutivos del tipo básico. En el primer caso, la identidad se mantiene respecto del delito base, mientras que en el segundo caso no existe ya continuidad y, por tanto, debe considerarse la conducta impune. Un ejemplo del primer caso es la agravación en el delito de tráfico de drogas por la calidad del agente de ser autoridad pública elegida por sufragio popular, la que ya no se incluye en el texto actual, modificado por el Decreto Legislativo N° 982. El segundo caso tendría lugar, por ejemplo, si es que el delito contra la propiedad industrial dejase de estar referido a la marca para pasar a proteger únicamente el nombre comercial[52].
- *La reducción de la forma de defraudación*: En caso que se limite la forma de defraudación de la expectativa de conducta penalmente garantizada, la continuidad del injusto solamente podrá afirmarse si es que se trata de injustos que reúnen los elementos incorporados en la ley penal posterior. Por ejemplo: si el tipo penal exige que el daño producido tenga mayor entidad para que se configure delito, entonces solamente habrá continuidad respecto de los hechos que alcanzan dicha nueva entidad[53].

El criterio de la continuidad del injusto no ha estado libre de críticas. Un sector de la doctrina considera que la determinación objetiva de la continuidad del hecho resulta de alguna manera arbitraria y que incluso iría en contra del principio de culpabilidad[54]. En una línea de interpretación más moderada otro sector de la doctrina penal exige que, por lo menos, la determinación objetiva de la continuidad del injusto se adapte –o cuando menos no infrinja– al principio de culpabilidad[55]. En consecuencia, no basta con que exista una continuidad objetiva del hecho, sino que resulta necesario además que el autor haya actuado dolosa o culposamente en relación con la nueva ley penal, es decir, que la culpabilidad del autor debe estar referida también al nuevo tipo penal[56]. En nuestra opinión, la observancia del principio de culpabilidad no es una exigencia adicional a los criterios de determinación de la continuidad del injusto, sino que se encuentra ya incluida. En cuanto a la imputación subjetiva, el injusto contiene una parte subjetiva, por lo que el dolo o

52 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 75.

53 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 76.

54 Hassemer: *NK* § 2, n.m. 30, afirma que el requisito de la continuidad del injusto va en contra del principio de culpabilidad, aun cuando intente limitarse a lo que resulta objetivamente previsible (parecer de Tiedemann: *FS-Peters*, p. 204).

55 Así, Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 514.

56 En este sentido, Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 515.

la culpa deben fundamentarse igualmente en la nueva ley penal que mantiene una identidad material con la ley penal anterior. Con la categoría de la culpabilidad sucede prácticamente lo mismo, pues la identidad del injusto significa mantener el carácter defraudatorio de determinada forma de conducta que se corresponde con la realizada responsablemente por el autor.

C. La aplicación de la ley penal más favorable

Si entre las leyes penales que se suceden en el tiempo tiene lugar una relación de continuidad del injusto y, por lo tanto, un conflicto de leyes en el tiempo, el artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política establece que se aplicará la ley penal que resulte más favorable al reo. Esta disposición normativa es entendida, por lo general, como un derecho constitucionalmente reconocido del reo[57], sin entrar a buscar su racionalidad en la construcción del propio sistema penal. Sin embargo, y en la medida que el Derecho penal no puede quedar sometido a un decisionismo ciego del problema penal, resulta necesario que el mandato constitucional de la aplicación de la ley penal más favorable cuente con un fundamento jurídico-penal. Dado que existe consenso en la doctrina penal para considerar también la aplicación de la llamada ley penal intermedia, es decir, la ley penal que rigió entre la ley penal vigente al momento del hecho y la vigente al momento de la sentencia, la labor de fundamentación debe ser lo suficientemente amplia como para alcanzar a todas estas leyes penales.

La perspectiva preventivo-general, como ya se dijo, considera que la ley penal aplicable es la vigente al momento del hecho, pues es ella la que despliega el efecto motivatorio sobre el infractor de la norma penal. Está claro que, desde este punto de partida, resulta problemático justificar en términos preventivos la aplicación de la ley penal posterior que resulta más favorable al reo, pues se trata de una ley que el autor no ha tenido en cuenta en el proceso interno de motivación o de decisión racional. Por ello, los defensores de la visión preventiva del Derecho penal recurren fundamentalmente a razones de carácter político-criminal que se superponen a la lógica de la motivación o simplemente proceden a hacer un traslado de la cuestión a la llamada norma secundaria que estaría dirigida al juez. Veamos ambas variantes de la perspectiva preventiva con mayor detenimiento.

Dentro de los que acuden a razones político-criminales para justificar la retroactividad benigna cabe mencionar a Roxin. El Profesor Emérito de la Universidad de Munich señala que "*si el legislador al momento de la condena considera una conducta menos o en lo absoluto merecedora de pena, no tendría sentido político-crimi-*

57 Como una garantía constitucional, Cuerda Riezu: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 63.

nal condenar al autor según un parecer ya abandonado"[58]. Como puede verse, ya no es una razón derivada de la motivación la que permite recurrir a la norma posterior más favorable al reo, sino otros criterios político-criminales de decisión impuestos al juez. Pero lo llamativo es que este cuestionable cambio de criterio que le resta, cuando menos, uniformidad a la ordenación de las reglas sobre la aplicación de las leyes penales en el tiempo, vuelve a relativizarse, una vez más, para justificar la consideración de las leyes penales intermedias en la determinación de la ley penal más favorable, en tanto se acude al mandato legal, y no a una fundamentación preventiva o político-criminal: la aplicación de la ley penal intermedia más favorable se sustentaría en una especie de derecho adquirido durante la vigencia de dicha ley[59].

Otro sector de la doctrina, que se mantiene igualmente en una visión preventiva del Derecho penal, intenta fundamentar el cambio de criterio en la distinta naturaleza de las normas penales. Por ejemplo, SCHROEDER recurre a la llamada norma secundaria para sustentar que, al momento de la sentencia, deba regir la ley vigente en ese momento, dejándole a la norma primaria la función de permitir una aplicación de la ley solamente a hechos futuros[60]. Esta perspectiva ha sido de-

---

58 En este sentido, concretamente, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 62; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 2, n.m. 16; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho Penal*, PG, p. 195 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 699; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 823; BRAMONT-ARIAS TORRES, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 314; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 177. Considera esta fundamentación insuficiente, HASSEMER: *NK* § 2, n.m. 21. El Tribunal Constitucional Peruano ha asumido la perspectiva político-criminal en la STC Exp. N° 02283-2006-PH/TC de 11 de septiembre de 2007, en donde dice textualmente: "*Ello (esto es, la aplicación retroactiva de la ley penal), sin duda alguna, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (artículo 1° de la Constitución)*".

59 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 63. Una fundamentación convincente procura alcanzar DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 432 y s., desde la perspectiva de la recognoscibilidad objetiva del ciudadano de la ley penal, pero cuando enfrenta su solución al principio de igualdad, deja el problema sin responder (p. 433). Precisamente ya BERNER: *Wirkungskreis*, p. 55, se mostraba con base en estas ideas contrario a la aplicación de la ley intermedia más favorable por constituir una iniquidad. En razones no científicos, sino en sentimientos humanitarios, se apoyaba, JIMÉNEZ DE ASÚA: *La ley y el delito*, p. 157, para legitimar la aplicación de la ley penal intermedia más favorable.

60 Vid., así, SCHROEDER: *FS-Bockelmann*, p. 786. Similarmente, HASSEMER: *NK* § 2, n.m. 19 y s.; TIEDEMANN, voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2, utilizando los conceptos de norma de comportamiento y norma de sanción.

sarrollada con mayor profundidad por DANNECKER[61], quien procura también interpretar las disposiciones del Código Penal que regulan la validez temporal de la ley penal como una cuestión de la norma secundaria (dirigida al juez). Este autor tiene claro que la prohibición de retroactividad y el mandato de aplicación de la ley penal más favorable no se pueden explicar desde la norma primaria dirigida al ciudadano, por lo que sostiene que la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no constituye una regla de validez (que sigue el principio de que la ley posterior deroga la anterior), sino una regla de aplicación judicial (*Rechtsanwendung*) que se dirige a los jueces y no a los ciudadanos[62]. DANNECKER le asigna al principio de irretroactividad de la ley penal un fundamento constitucional (de Derecho público) basado en la protección de la libertad ciudadana como derecho fundamental, mientras que jurídico-penalmente acepta como fundamento una visión preventivo-general del Derecho penal[63]. Pero para justificar la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, DANNECKER recurre al principio de proporcionalidad y a los fines de la pena (merecimiento y necesidad de pena) que el juez debe observar[64].

Pese a los esfuerzos argumentativos de los planteamientos preventivo-generales, queda claro que la retroactividad benigna no se sustenta en una razón derivada de la función de motivación de las leyes penales, sino de otros criterios político-criminales o de decisión impuestos al juez. Pero aun cuando se pueda justificar con esta argumentación la aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable, ésta no tendría por qué alcanzar a la ley penal intermedia más favorable, pues se trata de una ley que ni fundamenta una relación de motivación, ni se encuentra vigente al momento de la decisión del juez. Ante esta situación, se levanta la sospecha de si realmente no se está disfrazando con un ropaje político-criminal o de teoría de las normas, lo que, en el fondo, no puede explicarse desde posturas preventivo-generales, es decir, si lo que en realidad sucede en estos casos es que la función de la pena se corresponde más con la ley vigente al momento de la condena que con la vigente al momento del hecho.

Para los que le asignan al Derecho penal la función de restablecer la vigencia de la norma defraudada, no hay mayor problema en aceptar la aplicación de la ley penal posterior más favorable en lugar de la vigente al momento del hecho delictivo. Una pena solamente debe imponerse o seguir ejecutándose tal como se impuso, si es que la defraudación de la norma producida por el delito sigue siendo una perturbación social que requiere ser restabilizada de la forma legalmente prescrita.

---

61 DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 229 y ss.

62 DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 253 y ss.

63 DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 267.

64 DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 409 y ss. Estas ideas para fundamentar la aplicación de la ley más favorable, las expuso anteriormente TIEDEMANN: *FS-Peters*, p. 195

Por lo tanto, si con posterioridad a la realización del delito la gravedad de la defraudación producida se reduce por cambios de valoración social, lo que habrá que hacer es aplicar la ley penal posterior más favorable. No es una valoración político-criminal lo que fundamenta este proceder, sino una consecuencia dogmática sobre el sentido y la finalidad de la pena. En este orden de ideas, la ley penal intermedia debe ser también considerada, pues si en determinado momento se asumió un estatuto más favorable para el autor del delito, la sociedad debe mantener esa forma de restablecer la vigencia de la norma defraudada como garantía de objetividad, aun cuando los criterios de restabilización sean luego distintos.

D. La determinación de la ley penal más favorable

La determinación de la ley penal más favorable no es una labor que sea siempre de fácil realización. Lo primero que se debe hacer es diferenciar si la modificación legal ha producido una variación del supuesto de hecho o una variación de la consecuencia jurídica. En caso de que el delito sea idéntico y sólo cambie la penalidad, se aplicará como ley penal más favorable la que tenga menor penalidad cualitativa (por ejemplo, la multa frente a pena privativa de libertad) o cuantitativa (una cantidad de pena menor en su extremo mínimo o máximo)[65]. Si la variación tiene lugar en el ámbito del hecho delictivo habrá que establecer si se mantiene la identidad del injusto conforme a los parámetros antes explicados. Una vez afirmada la continuidad del injusto, deberá procederse a hacer un comparativo entre las leyes penales que se suceden para determinar cuál de dichas leyes resulta la más favorable al reo.

La doctrina penal es unánime al señalar que la determinación de la ley penal más favorable debe hacerse mediante una perspectiva de análisis del caso concreto, esto es, evitando una simple comparación abstracta de los textos legales y haciendo, más bien, una referencia al caso concreto[66]. En el caso de leyes penales simples no hay mayores problemas de determinación, pues se trata de dispositivos jurídicos que contienen únicamente una descripción de la conducta delictiva y de la pena a

65 Estos supuestos no ofrecen mayores problemas como lo ponen de manifiesto HASSEMER: *NK* § 2, n.m. 43; RUDOLPHI: *SK* § 2, n.m. 12; DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 523.

66 Originalmente, ABEGG: *Neues Archiv des Criminalrechts* 13 (1832), p. 492. En el mismo sentido, SOMMER: *Das »mildeste Gesetz«*, p. 74 y s.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 77; HASSEMER: *NK* § 2, n.m. 24, 42; RUDOLPHI: *SK* § 2, n.m. 11; DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 501; BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 233; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 826; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal*, PG, p. 144; BLANCO LOZANO: *CPC* 71 (2000), p. 290; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 179 y s.; CÓRDOBA RODA, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 245.

imponer[67]. La situación se torna más complicada en el caso de leyes penales complejas (como, por ejemplo, un Código Penal), en la medida que no se regula solamente la tipicidad de la conducta, sino aspectos generales del hecho punible que pueden tener incidencia en la punición de la conducta. En este sentido, la determinación de la ley penal más benigna debe abarcar no sólo los aspectos relevantes contenidos en el tipo penal de la Parte Especial, sino también las disposiciones de la Parte General referidas tanto al hecho punible (por ejemplo, los plazos de prescripción), como a las consecuencias jurídicas del delito (por ejemplo, la suspensión de la ejecución de la pena, la previsión de penas accesorias). Como puede verse, no se trata de un procedimiento sencillo que se satisfaga con una simple comparación de los tipos penales.

La determinación de lo más favorable al reo ha encontrado cierta polémica en la doctrina penal en relación con leyes penales que contemplan tanto aspectos favorables como desfavorables para el reo. Mientras unos autores defienden la alternatividad de las leyes en conflicto, otros consideran más adecuado el llamado principio de combinación de los tipos penales[68]. En el fondo de esta discusión se encuentra la difícil delimitación entre la función creadora del juez y el monopolio de la labor legislativa del legislador. A nuestro entender, no es posible dar una respuesta general en el sentido de si la ley más favorable al reo debe determinarse alternativamente o mediante una combinación[69]. Ello dependerá de la divisibilidad de las decisiones legislativas establecidas en la ley penal. Si se trata de leyes simples o complejas indivisibles, no cabrá más que la alternatividad, mientras que si los aspectos de una ley penal compleja resultan divisibles en varias decisiones legislativas, la combinación de decisiones legislativas de diversas leyes más favorables resultará posible[70]. La indivisibilidad de la regulación está en función de la estructuración de la ley penal, en el

67 Similarmente, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 182.

68 Vid., sobre los extremos de esta discusión, Bramont-Arias Torres, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 318 y s. Niega absolutamente la posibilidad de combinación de leyes en el Derecho penal peruano, Cuerda Riezu: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 65 y s. Por el contrario, la aceptan Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código penal anotado*, p. 152.

69 Como, por el contrario, lo hace el Acuerdo Plenario N° 2-2006-CJ-2006 a favor de la combinación de leyes y, por su parte, el voto en minoría en dicho acuerdo a favor de la alternatividad estricta. Una solución general a favor de la alternatividad también fue asumida por el Código penal español de 1995, al establecer en su Segunda Disposición Transitoria que la determinación de la ley más favorable se hace con las normas completas de uno u otro código. Vid., al respecto, Serrano Gómez: *La prescripción del delito*, p. 120; Córdoba Roda, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 243 y s.

70 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 182 y s. No obstante, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 836 se muestran críticos ante esta propuesta por no definir con precisión los criterios para hacer la distinción.

sentido de tratarse de elementos que definen conjuntamente el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica. Veamos cómo se traduce estas afirmaciones generales en la solución de supuestos específicos.

– *Las regulaciones complementarias más favorables*: Muy discutido fue en nuestro país la constitucionalidad de una línea jurisprudencial que consideraba conforme con el principio de "lo más favorable al reo" la combinación de una norma para tipificar la conducta y otra norma para determinar los plazos de prescripción[71]. La doctrina penal se mostró en su momento muy crítica frente a este proceder de los tribunales, calificándolo como contrario a los principios informadores de nuestro sistema jurídico-penal[72]. Por nuestra parte, entendemos que resulta acertado rechazar la aplicación del principio de combinación en estos casos, pero no por una inconstitucionalidad general de cualquier forma de combinación, sino porque con este proceder el juez estaría configurando una nueva regulación sin atender a los criterios generales establecidos por el legislador. La prescripción de un delito se establece de forma indivisible con la conducta penalmente sancionada, pues el plazo de prescripción se determina con base en la pena prevista por el tipo penal correspondiente. En consecuencia, la indivisibilidad de la regulación penal impide la combinación de leyes favorable al reo.

---

71 Vid., así, las sentencias de la Corte Suprema, Exp. N° 662-92-Lima de 5 de mayo de 1993 (*RPCP* 4, p. 751 y ss.) y Exp. N° 4882-98-Ancash de 26 de abril de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia* 1 (1999), p. 316 y s.]. Limita la línea jurisprudencial que admite el principio de combinación, la sentencia de la Corte Suprema Exp. N° 2476-98-Lima de 20 de noviembre de 1998. Rechaza expresamente la posibilidad de combinar leyes en estos casos el voto en minoría en el Acuerdo Plenario N° 2-2006.

72 Vid., en este sentido, CARO JOHN: *RPCP* 4, p. 733 y ss. Este autor nacional ha vuelto a publicar sus ideas, con nuevas referencias, en un libro que recoge diversos artículos suyos (*Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima, 2010), en el que me cita como un autor que se limita solamente a cuestionar la constitucionalidad de la combinación de leyes porque el juez estaría creando una nueva regulación (*lex tertia*). Esta cita, además de dar la impresión inexacta de que soy contrario ante toda forma de combinación de leyes (ya en la primera edición de mi libro de *Derecho penal económico*, Parte General de 2003, que es el que el referido autor cita, indiqué expresamente que no podía rechazarse, en general, una combinación de leyes penales), no es exacta en cuanto a que el rechazo que hago –reitero: en ciertos casos– de la combinación de leyes, se sustente en su inconstitucionalidad, pues textualmente puse de manifiesto que dicho rechazo no se debe a una inconstitucionalidad general de cualquier forma de combinación. La razón del rechazo está en la indivisibilidad de determinada regulación penal compleja (lo que se puede apreciar claramente en la primera edición de este libro, p. 170), por lo que el juez no puede configurar una nueva regulación sin atender a este criterio legislativo de la indivisibilidad de la regulación.

– *La pluralidad de consecuencias jurídicas del delito*: Otro supuesto en el que se discute sobre la procedencia o no de una combinación de leyes, tiene lugar cuando los tipos penales prevén diversas consecuencias jurídicas (penas principales, accesorias, consecuencias accesorias) que, por un lado, agravan la situación y que, por el otro, la atenúan. Ante este problema la doctrina penal se encuentra dividida. De un lado, un sector señala que debe hacerse una determinación alternativa estricta, en el sentido de considerar como más favorable en conjunto la ley antigua o la ley nueva[73]. De otro lado, se presenta una posición que entiende que cabe una consideración individualizada de cada consecuencia jurídica para precisar cuál es más favorable[74]. Este segundo método de determinación es el más adecuado, en tanto permite diferenciar cada consecuencia jurídica desde su propio fundamento, lo que constituye parte de la función atribuida a los tribunales. Esta consideración individualizada de las consecuencias jurídicas permite, por otra parte, reconocer que la ley más favorable se determina solamente en las penas principales y accesorias, pero no en las consecuencias accesorias y las medidas de seguridad. Si bien nuestra legislación penal no niega expresamente la posibilidad de aplicación retroactiva de medidas de seguridad más benignas, resulta indiscutible que su imposición se determina con base en intereses sociales predominantes (artículo VIII del Título Preliminar del Código penal) y, por ello, no se vincula al principio de lo más favorable al reo[75].

E. Los efectos de la aplicación de la ley más favorable

La aplicación de la ley penal más favorable al reo tiene efectos diversos según el momento en el que se encuentre el proceso de imposición de la sanción penal. Si la sucesión de leyes se produce durante la sustanciación del proceso penal, el juez penal tendrá que utilizar la ley más favorable al momento de establecer la sanción correspondiente al delito cometido. Si la sucesión de leyes penales se produce una vez que la pena ha sido ya impuesta por el juez, la ley posterior más favorable producirá el efecto de ajustar la conducta impuesta a la nueva regulación penal más favorable mediante un nuevo pronunciamiento judicial. Así, en concreto, el artículo 6 segundo párrafo del CP dispone que, si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley. Esta excepción a la cosa juzgada no autoriza,

---

73 En este sentido, RUDOLPHI: *SK* § 2, n.m. 12.

74 Vid., así, SOMMER: *Das »mildeste Gesetz«*, p. 92 y ss.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 78; HASSEMER: *NK* § 2, n.m. 45; ESER, en SCHÖNKE/ SCHRÖREDER: *StGB*, § 2, n.m. 34; DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 523.

75 Vid., en relación con el Derecho español, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal*, PG, p. 141.

sin embargo, al juez de la sustitución a cuestionar o no aplicar los criterios establecidos en la sentencia que impuso la pena con la ley penal anterior, sino simplemente a ajustar los criterios establecidos en la sentencia anterior al nuevo marco penal más favorable[76]. Lo que no se puede hacer es revisar la pena ya cumplida, por ejemplo, ajustar la pena de multa que se ha pagado a los nuevos montos establecidos por una ley penal posterior[77]. Incluso en el caso de una despenalización posterior que se quiera cancelar para evitar que sea considerada en caso de reincidencia, no procede una revisión de la condena, sino, en todo caso, su falta de consideración por el juez que debe determinar la pena por el nuevo delito.

IV. LA VIGENCIA TEMPORAL EN EL CASO DE LEYES PENALES ESPECIALES

1. Las leyes penales temporales

A. Concepto

Resulta usual explicar las leyes temporales (*Zeitgesetze*) en oposición a las llamadas leyes duraderas (*Dauergesetze*)[78]. Ya que estas últimas están pensadas para tener una vigencia indefinida, las leyes temporales se equiparan a aquellas que tienen como objetivo conseguir un determinado resultado específico (*Maßnahmegesetze*). Esta equiparación resulta, sin embargo, incorrecta por dos razones: en primer lugar, porque las leyes que toman medidas con base en una finalidad específica no tienen necesariamente un plazo de vigencia determinado o determinable, ya que su vigencia dependerá de la obtención o no del objetivo planteado; y, en segundo lugar, porque toda ley, incluso la llamada duradera, tiene siempre una condicionalidad temporal[79]. En este sentido, el criterio de identificación de las leyes temporales no es la durabilidad o no de la regulación, sino el hecho de que el legislador haya planteado un determinado tiempo de vigencia para la ley, luego del cual dejará de ser aplicable a nuevos casos[80]. Siguiendo esta idea, el artículo 8 del CP establece que las llamadas leyes temporales se caracterizan efectivamente por tener un plazo de vigencia determinado[81].

---

76 Así lo ha dispuesto el Acuerdo Plenario Nº 2-2005/DJ-301-A.

77 Vid., así explícitamente en la regulación penal española, Iglesias Río: *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 6 (mayo de 2005), p. 22.

78 Vid., así, la referencia de Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 445.

79 Vid., Lascuraín Sánchez: *Sobre la retroactividad*, p. 74.

80 En este sentido, Kunert: *NStZ* 1982, p. 278; Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 446.

81 En este sentido, García Cantizano, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 8, p. 334. En relación con el Derecho penal alemán, distinguiendo las leyes tempo-

B. La aplicación temporal de las leyes penales temporales

El artículo 8 del CP establece que las leyes penales temporales se aplicarán a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estén en vigencia al momento de emitirse la sentencia[82]. Como puede verse, esta regulación jurídica admite una excepción al principio general que establece que, en caso de derogación de la ley penal, procede absolver al autor[83]. Como hasta ahora se ha hecho, resulta necesario dar a lo establecido en la referida disposición legal un fundamento jurídico-penal. Para ello puede recurrirse nuevamente aquí a las dos perspectivas que se han venido oponiendo: la perspectiva preventiva de la motivación y la perspectiva normativa del restablecimiento de la vigencia de la norma.

Desde la lógica de la prevención, las leyes penales temporales se entienden bajo la perspectiva del autor y su proceso de motivación. Para evitar que estas leyes temporales pierdan su autoridad, resulta necesario confirmar la seriedad de la amenaza penal, aun cuando ya no rijan justamente porque su plazo de vigencia ha expirado[84]. Si la ley penal temporal dejase de aplicarse una vez vencido su plazo, el autor podría cometer el delito durante la última fase de duración de su vigencia, con la certeza de que luego no podrá ser sancionado con la ley penal infringida porque ya no estará vigente al momento de la sentencia[85]. En este sentido, es necesario asegurar la aplicación de la sanción prevista aún después de transcurrido el plazo de vigencia de la ley[86]. Sin embargo, a esta argumentación podría preguntársele por qué no valen aquí las razones político-criminales que se han esgrimido para

---

rales de otras leyes que pueden ser definidas por el tiempo (*Maßnahmegesetze* y *Gelegenheitsgesetze*), HASSEMER, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 201 y ss. (espec. p. 203).

82 Vid., con mayores detalles, GARCÍA CANTIZANO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 8, p. 334. Igualmente, en el Derecho penal alemán, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 62.

83 Pero no se trata de una excepción al principio de aplicación de la ley más favorable (así, por ejemplo, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66), sino al principio de que las infracciones a una ley derogada no requieren de un restablecimiento normativo.

84 Vid., en este sentido, la fundamentación de los efectos de la ley temporal con base en la autoridad de la ley, HASSEMER: *NK* § 2, n.m. 47; RUDOLPHI: *SK* § 2, n.m. 14. Críticamente, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 63.

85 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖREDER: *StGB*, § 2, n.m. 36; IGLESIAS RÍO: *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 6 (mayo de 2005), p. 42; BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 237; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 892.

86 Por esta razón, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66, señala que el autor que ha infringido una ley penal sólo puede salir beneficiado de un cambio de valoración político-criminal, pero no de un cambio de las circunstancias fácticas o económicas.

fundamentar la retroactividad benigna[87]. Si la conducta del autor ya no es, por la razón que sea, considerada delictiva al momento de la sentencia, cuál sería entonces la razón para hacer efectiva la sanción. De alguna manera, parecería que, en estos casos, se estaría actuando con una cierta arbitrariedad respecto del uso de las llamadas razones "político-criminales".

La interpretación restabilizadora, por el contrario, entiende las leyes temporales como todavía vigentes para el enjuiciamiento de casos antiguos, de manera que sólo pierden virtualidad para regular nuevos supuestos[88]. En este sentido, las conductas realizadas durante el plazo de vigencia plena de la ley temporal siguen constituyendo un conflicto actual y requieren, por tanto, de una solución jurídica[89]. La ley temporal tiene, en este sentido, una vigencia relativa al momento de sentenciar, en tanto se mantiene la necesidad de restablecer la vigencia de la norma defraudada por los casos antiguos. Si las leyes temporales se considerasen absolutamente derogadas, no podría alegarse razón alguna para su aplicación retroactiva, más aún si con ellas se criminalizan conductas, como es aquí el caso. En virtud de lo anterior, lo más acertado es entender que las leyes penales temporales están (parcialmente) vigentes al momento de la decisión, pues existe todavía la necesidad social de restablecer la vigencia de la norma defraudada en los casos antiguos. En nuestra opinión, ésta es la interpretación más adecuada de las leyes temporales.

C. *El alcance de la regulación especial de las leyes penales temporales*

La doctrina penal clasifica las leyes penales temporales en dos grupos con la finalidad de decidir si se aplican las mismas reglas de vigencia temporal[90]. Por un lado, se reconocen las llamadas *leyes temporales en sentido estricto*, las cuales se caracterizan por tener un plazo de vigencia establecido expresamente mediante fechas-calendario o la designación de un suceso temporal específico (como una guerra, una epidemia, etc.)[91]. Respecto de estas leyes penales existe completa unanimidad

87 Por ello, Tiedemann: *FS-Peters*, p. 198, critica esta fundamentación de la ley temporal, por constituir una exageración de la perspectiva preventivo-general. En el mismo sentido, Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 235.

88 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 62; Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 445; Caro/Huamán: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 50. En contra, Hassemer: *NK* § 2, n.m. 47.

89 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 63. En el mismo sentido, aunque con distinta fundamentación, Lascuraín Sánchez: *Sobre la retroactividad*, p. 97.

90 Crítico frente a los criterios clasificatorios de la doctrina penal, Hassemer: *NK* § 2, n.m. 50.

91 Vid., en este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 65. Esta fijación del plazo se puede hacer desde un principio o mediante una norma jurídica posterior (vid., así, Eser, en Schönke/Schröreder: *StGB*, § 2, n.m. 37). En nuestro país, Bramont Arias: *La ley penal*, p. 236, califica a estas leyes no como temporales, sino como excepcionales.

en la doctrina penal para considerarlas dentro del concepto de leyes temporales[92], lo que en nuestro Derecho positivo significa estar incluidas en el artículo 8 del CP. La controversia surge, más bien, en relación con las llamadas *leyes temporales en sentido amplio*, pues en estos casos su provisionalidad sólo se puede determinar mediante la consideración del contenido y el fin de la regulación –esto es, mediante una labor de interpretación[93].

Dos cuestiones generales se discuten de manera especial sobre la interpretación amplia de las leyes temporales. El primer punto de división está referido al tratamiento que deben recibir las llamadas leyes penales temporales en sentido amplio. Mientras un sector de la doctrina penal acepta aplicar la regulación de las leyes temporales también a las que lo son en un sentido amplio[94], otro sector considera que la vigencia temporal de la ley no puede establecerse en función de la determinación del contenido y el fin de la regulación[95]. El principal fundamento esgrimido para rechazar la equiparación de las leyes penales temporales en sentido amplio con las leyes penales temporales en sentido estricto es su incompatibilidad con el principio de legalidad[96].

El segundo punto de discusión se presenta dentro del sector doctrinal que acepta tratar como leyes temporales a las que lo son en sentido amplio. Por un lado, una tendencia doctrinal defiende una interpretación restrictiva que sólo admite como leyes temporales en sentido amplio aquéllas que están referidas a circunstancias especiales o excepcionales condicionadas por el tiempo, de manera que con la desaparición de estas circunstancias especiales, las leyes penales quedarían sin objeto de regulación (por ejemplo, un proceso de integración económica)[97]. Esta interpretación precisa además que debe tratarse de una variación de las circunstancias fácticas o económicas, pero no de un cambio en la valoración jurídica de los hechos, pues en este último supuesto lo que resulta aplicable es lo más favorable al

---

92 Vid., en este sentido, respecto del Derecho penal alemán, TIEDEMANN, voz: Zeisgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖREDER: *StGB*, § 2, n.m. 37.

93 Vid., TIEDEMANN: *FS-Peters*, p. 198; EL MISMO/DANNECKER: *Die gesetzliche Milderung*, p. 30.

94 Cfr., por todos, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 2, n.m. 37.

95 En este sentido, TIEDEMANN: *FS-Peters*, p. 200 y ss. (espec. pp. 200, 207); JAKOBS: *Derecho penal*, PG, Apdo 4, n.m. 65; HASSEMER: *NK* § 2, n.m. 51 y ss.; RÜPING: *NStZ* 1984, p. 451; DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 448 y s.

96 Así, expresamente, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 65; IGLESIAS RÍO: *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 6 (mayo de 2005), p. 43.

97 Así, el parecer de ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 2, n.m. 37; RUDOLPHI: *SK* § 2, n.m. 15; TIEDEMANN/DANNECKER: *Die gesetzliche Milderung*, p. 33.

reo y, por tanto, habría que proceder a la absolución del autor[98]. En tanto se trata de una cuestión de interpretación, se deben utilizar criterios restrictivos y sólo aceptar los casos en los que existe una clara referencia a sucesos especiales condicionados temporalmente[99]. Frente a la interpretación restrictiva de las leyes temporales en sentido amplio, se presenta un parecer más extensivo que incluye dentro de las leyes temporales no sólo a las leyes que tienen como objeto circunstancias fácticas especiales condicionadas por el tiempo, sino también las que regulan todo tipo de relaciones fácticas cambiantes (por ejemplo, las condiciones del mercado). A este último parecer, utilizado sobre todo por algunas sentencias de la jurisprudencia alemana[100], se le reprocha usar criterios tan generales que prácticamente no permiten diferenciar las leyes temporales de las leyes duraderas, pues, como ya se dijo, toda ley tiene en cierta forma una condicionalidad temporal[101]. La ley temporal debe ser solamente aquélla que, desde su formulación, dependa de modo especial de una circunstancia transitoria y, por ello, presente desde el principio un carácter excepcional[102].

Nuestro parecer coincide con la interpretación de las leyes temporales que las circunscribe a las leyes temporales en sentido estricto, en la medida que con estas leyes penales se realiza una actividad criminalizadora que permite imponer una sanción penal a casos antiguos, aunque la ley penal ya no tenga vigencia plena al momento de la sentencia[103]. Desde el punto de vista estrictamente legal, podría sostenerse que no existe un argumento legal para excluir de las leyes temporales a las llamadas leyes temporales en sentido amplio (interpretadas extensiva o restrictivamente). En efecto, el artículo 8 del Código Penal establece que las leyes penales son aquéllas que están destinadas a regir por un tiempo determinado, lo que parecería no dejar de lado las leyes temporales en sentido amplio. Sin embargo, la interpretación de la ley no puede ampararse en cualquier significado que simplemente se mueva dentro del marco del tenor literal, sino que resulta necesario determinar el sentido de la regulación. Por lo tanto, el que se pueda calificar una ley penal como

98 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66; Eser, en Schönke/Schröreder: *StGB*, § 2, n.m. 39.

99 En este sentido, Kunert: *NStZ* 1982, p. 279; Hassemer, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 203 y s.

100 Vid., la referencia en Tiedemann, voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 442 y s.

101 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 64; Kunert: *NStZ* 1982, p. 276; Tiedemann, voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

102 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 64.

103 Así Tiedemann: *FS-Peters*, p. 201 y s.; El Mismo/Dannecker: *Die gesetzliche Milderung*, p. 30; Rüping: *NStZ* 1984, p. 451.

una de carácter temporal dependerá si utiliza un criterio material de determinación de la temporalidad o si resulta siempre necesaria la fijación concluyente de un término de duración.

Un sector de la doctrina penal, basado en algunas decisiones de los tribunales alemanes[104], pretende encontrar un criterio material de diferenciación mediante la distinción entre la variación de las circunstancias fácticas o económicas y la variación de los criterios de valoración. Las leyes temporales son aquéllas que suponen una variación de las circunstancias fácticas o económicas, pero no una variación del parecer jurídico, pues ninguna ley puede pretender tener siempre la misma valoración jurídica[105]. Otro sector, por el contrario, se muestra escéptico ante la idoneidad de tal criterio de distinción, pues en la labor legislativa resulta prácticamente imposible distinguir cuestiones referidas a lo fáctico y cuestiones referidas a lo jurídico-valorativo[106]. Entre ambos aspectos existe una condicionalidad mutua que impide que puedan ser distinguidos al momento de establecer cuál ha sido el criterio de decisión del legislador.

Con el último parecer doctrinal mencionado hay que convenir que una separación de los aspectos fácticos y los jurídicos resulta muy difícil de materializar, ya que el cambio de las situaciones fácticas lleva consigo también una modificación en el objeto de referencia de la valoración jurídica. En este sentido, pretender que haya cambios solamente fácticos, sin cambios valorativos, resulta ingenuo[107]. Una ley penal promulgada en un momento de crisis económica con la finalidad de hacer frente a las dificultades que están unidas a tal crisis, deja de tener vigencia no sólo porque ha pasado fácticamente la situación de crisis, sino también porque el gobierno ya no la *estima* necesaria[108]. Ni siquiera las leyes temporales en sentido estricto podrían sustentarse sólo en una cuestión fáctica, pues el hecho de que estén sujetas a un plazo de vigencia determinado (hecho fáctico) ha dependido de una decisión

104 Vid., este desarrollo jurisprudencial, DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 437 y ss.

105 En este sentido, por ejemplo, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖREDER: *StGB*, § 2, n.m. 39.

106 TIEDEMANN: *FS-Peters*, p. 199; KUNERT: *NStZ* 1982, p. 276; DANNECKER: *Das intertemporale Strafrecht*, pp. 235, 448. Advierte el problema de este criterio, LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Sobre la retroactividad*, p. 47 y s.; IGLESIAS RÍO: *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 6 (mayo de 2005), p. 46.

107 En este sentido resultan acertadas las apreciaciones de TIEDEMANN: *FS-Peters*, p. 198 y ss.

108 Vid., así, por ejemplo, SCHMIDT: *SJZ* 1949, p. 668, en referencia a la ley de simplificación de la legislación penal económica de 1949, se mostraba crítico al establecimiento de un plazo de vigencia (31.03.50), pues entendía que en esa fecha con seguridad aún sería necesario mantener la vigencia de la mencionada ley penal. En este sentido, una ley temporal necesita no sólo de un plazo de vigencia, sino de una necesidad de su vigencia en el tiempo mencionado.

valorativa del legislador (fijación de un plazo). Por lo tanto, las leyes temporales no pueden definirse con simples criterios materiales sin una fijación del plazo hecha por el legislador (de manera calendaria, o mediante hechos temporales definidos). En consecuencia, para ser temporal, una ley penal necesita siempre de una decisión formal, por lo que *sólo las leyes temporales en sentido estricto son tales.*

2. Las leyes penales en blanco

Los criterios que ordenan la vigencia temporal de las leyes penales se presentan controvertidos cuando la modificación de la ley penal no se lleva a cabo de manera directa, sino por una vía indirecta[109]. Aquí vamos a centrarnos en los casos en los que la modificación indirecta se hace por medio de la normativa extrapenal a la que se remite una ley penal en blanco[110]. Si bien en la doctrina se acepta, en principio, la aplicación de la ley más favorable también en caso de modificación de la normativa extrapenal de remisión de una ley penal en blanco[111], se discute qué requisitos debe reunir esa modificación para que le alcance la retroactividad benigna y en qué casos debe realizarse un tratamiento distinto por tener la ley penal en blanco además el carácter de una ley penal temporal.

A. La ley penal en blanco más favorable

En la doctrina penal actual se encuentra extendido el parecer de que la modificación de la normativa de remisión de las leyes penales en blanco permite igualmente la aplicación de la ley más favorable al reo, pues, en estos casos, de alguna manera tiene lugar también una modificación del tipo penal[112]. Sin embargo, se reconoce que no toda modificación de la normativa extrapenal significa una modificación de la ley penal en blanco que traiga consigo la consideración de la ley

109 En este sentido, Hassemer: *NK* § 2, n.m. 33.

110 Otros casos de remisión indirecta tienen lugar en relación con los tipos penales abiertos, los elementos normativos del tipo que recurren a criterios de valoración jurídicos y, por tanto, dependiente de un contexto normativo extrapenal, o los actos concretos de la Administración a los que está referido el tipo penal. Sobre estos supuestos, vid., Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 465 y ss.

111 Así en nuestro ámbito nacional, el parecer de Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 170 y s.

112 En este sentido, Eser, en Schönke/Schröreder: *StGB*, § 2, n.m. 26; Rudolphi: *SK* § 2, n.m. 8a; Kunert: *NStZ* 1982, p. 277; Tiedemann, voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4; El Mismo, *Einführung*, p. 80; Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 471. En el mismo sentido se presenta la jurisprudencia de los tribunales españoles, como lo pone de relieve, Lascuraín Sánchez: *Sobre la retroactividad*, p. 80 y ss.

más favorable[113]. Si la modificación de la normativa extrapenal deja intactos el fin de protección y la forma de ataque de la ley penal en blanco, no se tratará propiamente de una modificación relevante de la disposición penal[114]. Como puede verse, la doctrina trae al ámbito de las leyes penales en blanco la teoría de la continuidad del injusto, aunque para decidir si la modificación de la normativa extrapenal de remisión puede considerarse también una modificación de la ley penal en blanco y, de ser el caso, dar pie a una retroactividad benigna.

En una línea diferenciadora de los supuestos se mueve también el criterio desarrollado por Jakobs, según el cual para determinar si procede la aplicación de la normativa extrapenal más favorable para la determinación del delito, es necesario diferenciar si se trata de una ley penal en blanco que asegura la obediencia de la norma complementaria o que asegura el efecto de la regulación que persigue la normativa extrapenal de remisión[115]. Mientras que en el primer grupo de leyes penales en blanco el cambio de la norma extrapenal incide en aquello que se castiga por la ley penal y, por lo tanto, debe aplicarse retroactivamente si beneficia al reo, en el segundo grupo la modificación de la normativa extrapenal, sobre cuyos efectos se configura la ley penal en blanco, no afecta la responsabilidad penal del autor en el sentido de una derogación de la regulación extrapenal de remisión[116]. Dado que no se trata de proteger penalmente la obediencia, sino los efectos de la regulación extrapenal, su modificación posterior no debe tener ninguna incidencia en la configuración del injusto penal.

Frente al parecer diferenciador basado en la continuidad del injusto o en el fin de protección de la ley penal en blanco, se presenta la interpretación de Tiedemann, para quien una modificación de las leyes extrapenales de remisión que no se agote en meras cuestiones técnicas, lleva necesariamente a una modificación de la

113 Vid., Baldomino Díaz: *Polít. crim.* Vol. 4, N° 7 (julio de 2009), p. 138.

114 Vid., en este sentido, Welzel: *Das deutsche Strafrecht*, p. 25; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 65; Eser, en Schönke/Schröreder: *StGB*, § 2, n.m. 26; Silva Sánchez, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, p. 715 y ss.; Lascuraín Sánchez: *Sobre la retroactividad*, p. 47 y ss.

115 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 70 y ss. Sigue este criterio, Rudolphi: *SK* § 2, n.m. 8a y 8b, señalando que en el fondo las normas jurídicas que complementan leyes penales se diferencian de aquéllas que se refieren a elementos normativos del tipo penal. Considera que el criterio de Jakobs es similar al basado en la continuidad del injusto, Eser, en Schönke/Schröreder: *StGB*, § 2, n.m. 26. Críticamente ante este criterio diferenciador, Hassemer: *NK* § 2, n.m. 36, por considerarlo demasiado vago e innecesariamente complicado y que finalmente en los casos concretos resulta difícil de separar.

116 Con mayores ejemplos, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 72; Rudolphi: *SK* § 2, n.m. 8c. En el mismo sentido, Lascuraín Sánchez: *Sobre la retroactividad*, p. 90 y s., negando la existencia propiamente de una sucesión de leyes.

ley penal en blanco[117]. Concretando su planteamiento en el delito de defraudación tributaria, afirma este autor que no debe interesar si la pretensión tributaria surgida con la legislación tributaria anterior se mantiene también en la nueva regulación tributaria. Tiedemann fundamenta su posición con base en una separación de la regulación jurídica tributaria frente a la penal, en el sentido de que no interesa si tributariamente el Estado mantiene o no la pretensión de cobro de la deuda tributaria, sino solamente el hecho de que con base en la nueva regulación tributaria a la que se remite la ley penal en blanco el hecho realizado ya no constituye una conducta punible[118]. Si la acción delictiva lesionó un interés penalmente protegido y éste sigue estando lesionado porque se mantiene la pretensión de cobro del Estado, no afecta la aplicación jurídico-penal de lo más favorable (declarar la impunidad). La aplicación de la ley penal favorable es un criterio referido a la norma de sanción y no una cuestión que tiene que ver con la norma de determinación dirigida a los ciudadanos y vinculada a la lesión del bien jurídico[119].

Por nuestra parte, coincidimos con el parecer de Jakobs, en la medida que permite distinguir los casos en los que la ley penal resulta realmente modificada y los casos en los que la modificación de la normativa extrapenal no produce un efecto cambiante en las leyes penales. Si la ley penal en blanco asegura la obediencia de la ley extrapenal, entonces la modificación más beneficiosa de esta normativa deberá aplicarse retroactivamente. Explicado de la mano de un ejemplo: El delito de funcionamiento ilegal de casinos del artículo 243-A del CP no podrá aplicarse a quien puso en funcionamiento un casino sin cumplir con requisitos legalmente establecidos que dejaron luego de ser exigidos en una nueva regulación administrativa. Si la conducta delictiva depende de la omisión de requisitos que la nueva normativa administrativa ya no impone, deberá considerarse lo más favorable al reo y proceder a declarar impune su conducta. La solución es distinta si la ley penal en blanco asegura los efectos de la regulación extrapenal. Un ejemplo de esta clase de ley penal en blanco es el delito de defraudación tributaria, en tanto la punición

117 Tiedemann, voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4. Mantienen una posición similar a la de Tiedemann, Hassemer: *NK* § 2, n.m. 37 y ss.; Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, p. 493.

118 Vid., con mayor detalle, Tiedemann: *Einführung*, p. 84; El Mismo, voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4, que ciertamente acepta que para poder hablar de una modificación y, por tanto, ver la ley más favorable, se requiere de algo más que una simple modificación de la cuantía de tasas o mínimos no imponibles; se requiere un cambio de valoración. Sobre la posibilidad de aplicación retroactiva de las leyes complementarias en el delito fiscal español, Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 305 y s.

119 Vid., Tiedemann, voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4 y s.

se rige por la deuda tributaria tal y como existe o se origina en el momento del hecho[120]. En estos casos, la modificación de las leyes tributarias de remisión no significa propiamente una modificación de la ley penal en blanco que lleve consigo la impunidad del autor por el delito cometido sobre los efectos de la anterior regulación tributaria[121]. Sólo si la pretensión tributaria del Estado deja de tener fundamento en la nueva regulación, podría aplicarse lo más favorable al reo y declarar la impunidad de su conducta.

B. La ley penal en blanco como ley penal temporal

Con independencia de que se asuma una postura más o menos estricta en relación con la retroactividad benigna por modificación de las leyes extrapenales de remisión en las leyes penales en blanco, lo cierto es que la situación cambia si a la ley penal en blanco que se remite a una norma extrapenal de carácter temporal se le puede calificar también de una ley penal temporal. Si ello fuese así, entonces a la ley penal en blanco no le alcanzaría el principio de determinación de lo más favorable al reo, sino que debería aplicarse también luego de la derogación de la normativa extrapenal de remisión[122].

El punto de partida para resolver la cuestión planteada consiste en precisar si las leyes penales en blanco, en razón del carácter cambiante de la normativa extrapenal de remisión, son leyes temporales. En caso de llegar a una respuesta afirmativa, una modificación relevante de la normativa extrapenal a la que se remite una ley penal en blanco no tendría que llevar consigo la aplicación de la ley penal más favorable, sino que la normativa extrapenal anterior seguiría rigiendo para los casos antiguos. Si, por el contrario, se trata de leyes ordinarias, entonces habrá que aceptar, de ser el caso, la aplicación de la ley más favorable y proceder a una absolución.

Ya hemos indicado que la ley temporal no sólo se caracteriza por estar referida a circunstancias especiales de carácter temporal, sino que es necesaria además la decisión del legislador de establecer un plazo de vigencia. En este sentido, solamente las llamadas leyes penales temporales en sentido estricto pueden formar parte del tipo de leyes reguladas en el artículo 8 del CP. Con base en estas consideraciones, puede afirmarse que si una ley penal en blanco está sujeta a un tiempo de vigencia debido a un plazo fijado expresamente para la normativa extrapenal de remisión, no habrá ningún inconveniente en considerarla también una ley temporal con todos los efectos jurídico-penales previstos[123]. Esta afirmación ha producido, sin em-

120 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 72; RUDOLPHI: *SK* § 2, n.m. 8c.

121 En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Sobre la retroactividad*, p. 114 y s.

122 Así, IGLESIAS RÍO: *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 6 (mayo de 2005), p. 44.

123 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 66. Por el contrario, TIEDEMANN/DANNECKER: *Die gesetzliche Milderung*, p. 36, entienden que en las leyes pena-

bargo, un enfrentamiento en la doctrina penal sobre todo para el caso del delito de defraudación tributaria, en el que existe una vinculación con leyes tributarias de carácter temporal (especialmente en el impuesto a la renta).

Por un lado, se presenta una interpretación del delito de defraudación tributaria en el sentido de considerarlo un tipo penal autónomo y que, por tanto, no constituye una ley penal en blanco[124]. Por otro lado, se encuentra la doctrina mayoritaria que lo califica de una ley penal en blanco, centrándose la discusión, más bien, en si se trata de una ley penal temporal o no. Un sector doctrinal considera que, en principio, la defraudación tributaria constituye una ley temporal cuando la legislación tributaria de remisión está pensada para regir durante un período determinado (tributación por períodos), de manera que trascurrido dicho período no tendría por qué perder la capacidad de juzgar los casos antiguos[125]. Frente a este parecer se encuentra la opinión defendida fundamentalmente por Tiedemann, en el sentido de limitar a sólo muy pocos casos el carácter de ley temporal en el delito de defraudación tributaria[126]. Si bien la regulación tributaria puede recurrir a una tributación por períodos –dice este autor–, esto no afecta la validez temporal del Derecho penal, pues no se trata de una regulación vinculada al tiempo, sino de una técnica de liquidación que recurre a períodos de tiempo para un mejor control y organización de la recaudación tributaria[127].

Los argumentos expuestos muestran que la discusión doctrinal parece haberse centrado en el criterio material de una ley penal temporal, es decir, en su condicionalidad temporal. Sin embargo, como ya lo hemos mencionado anteriormente,

---

les en blanco resulta por lo general imposible establecer expresamente un plazo de vigencia, de manera que difícilmente pueden configurar leyes temporales.

124 Vid., en este sentido, Rüping: *NStZ* 1984, p. 451: la ley penal (defraudación tributaria) sólo se remite al Derecho tributario para determinar el origen y monto de la deuda tributaria, de manera que un cambio de contenido en las leyes tributarias debe también tener efecto en la determinación de la ley penal.

125 Así, fundamentalmente, Franzheim: *NStZ* 1982, p. 137 y s.; Piña Garrido, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dir.), p. 281. Por su parte Kunert: *NStZ* 1982, p. 278, señala que no puede hacerse una afirmación general sobre el carácter temporal del tipo penal de defraudación tributaria, sino que este carácter depende de la regulación tributaria específica; en este sentido, sólo una consideración individualizada permite determinar si el delito de defraudación tributaria es una ley penal en blanco temporal, lo cual debe hacerse con una valoración *ex ante* de la específica legislación tributaria (del impuesto a la renta, a las ventas, etc.).

126 Cuando menos para los casos del impuesto a la renta y el impuesto a las corporaciones, pues en impuestos en los que se persigue un determinado objetivo político-fiscal, puede presentarse una ley temporal. Vid., con mayor profundidad, Tiedemann/Dannecker: *Die gesetzliche Milderung*, p. 40 y ss.; Tiedemann: *Einführung*, p. 84.

127 Vid., con mayor detalle, Tiedemann/Dannecker: *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

no basta la existencia de tal condicionalidad para hablar de una ley penal temporal, sino que además es necesario el establecimiento de un período de vigencia por parte del legislador (de manera directa o indirecta). La argumentación de Tiedemann parece orientada a demostrar que, a pesar incluso del establecimiento de un período de vigencia por parte de la ley tributaria complementaria, falta en muchos casos la base material para considerar la ley penal en blanco como una ley temporal, pues se trata de una cuestión de técnica legislativa y no propiamente de una condicionalidad temporal. Sólo cabría una ley penal temporal si el objeto de regulación tuviese lugar en un único o en pocos períodos determinados[128].

Por nuestra parte, consideramos, por el contrario, que es posible afirmar el carácter de ley temporal en el caso de delitos tributarios cuya norma tributaria de remisión tiene una vigencia temporal determinada[129]. Como el propio Tiedemann lo indica, toda ley tiene en cierta medida una condicionalidad temporal[130], de manera que resulta un criterio poco seguro utilizarlo para delimitar las leyes temporales. En este sentido, el elemento decisivo resulta el criterio formal de un plazo de vigencia establecido por el legislador. Si el legislador ha fijado expresamente, por vía directa o indirecta, un plazo de vigencia, no habrá ninguna razón de fondo para negar el carácter temporal de esta ley penal. Sólo en caso de que se trate de un cambio de la identidad de la sociedad en el sector de la recaudación tributaria (por ejemplo, una derogación del impuesto), pueden declararse impunes los casos antiguos de defraudación[131]. Precisamente para estos casos resulta aplicable la última parte del artículo 8 del CP que contempla el caso de leyes temporales que tampoco resultan aplicables para juzgar casos antiguos[132].

128 Vid., en este sentido, Tiedemann/Dannecker: *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

129 En el mismo sentido, Lascuraín Sánchez: *Sobre la retroactividad*, p. 117.

130 Cfr., Tiedemann, voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

131 Similarmente, Piña Garrido, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dir.), p. 281.

132 Vid., similarmente, Kunert: *NStZ* 1982, p. 278.

CAPÍTULO 6
LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

I. INTRODUCCIÓN

La existencia de Estados con ordenamientos jurídicos-penales propios trae como consecuencia que el ámbito de vigencia espacial de la ley penal no sea universal[1]. En este sentido, se requiere delimitar el ámbito espacial sobre el cual resulta aplicable la ley penal[2]. Para poder fijar hasta dónde se puede aplicar el Derecho penal interno de un Estado, se han desarrollado un conjunto de criterios agrupados bajo la denominación de *Derecho penal internacional*[3]. Aun cuando se use el predicado de "internacional", no se trata de un Derecho entre Estados[4] y ni tan siquiera de un Derecho de colisión como el Derecho internacional privado, pues no pretende solucionar los conflictos entre diversos Estados por el ejercicio de su poder soberano[5]. El Derecho penal internacional[6] agrupa, más bien, los diversos criterios que, conforme a lo definido por el ordenamiento jurídico-penal, autorizan la apli-

---

1 Una pretensión de vigencia universal mantenía BINDING: *Handbuch*, I, p. 372.

2 Vid., así, VOGLER: *FS-Grütner*, p. 150.

3 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 240; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 1. Crítico frente a la denominación de Derecho penal internacional en oposición al Derecho internacional penal, REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 1, p. 271 y s.

4 Vid., CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 255 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 195.

5 Mantiene una visión del Derecho penal internacional como Derecho de colisión, SCHULTZ: *GA* 1966, p. 193. En contra de esta interpretación, ZIEHER: *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 33 y s.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 1; PAWLIK: *ZIS* 7/2006, p. 274. En una posición intermedia se encuentran JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 240 y s., en tanto el Derecho penal internacional constituye en

cación espacial de sus leyes penales[7]. Así, mientras que el principio de legalidad limita el poder punitivo al determinar las conductas que pueden sancionarse como delitos, el Derecho penal internacional delimita el poder jurisdiccional, es decir, hasta donde pueden sancionarse las conductas delictivas con la ley penal nacional[8].

Resulta pertinente diferenciar aquí el Derecho penal internacional del llamado Derecho internacional penal[9]. Este último se ocupa de establecer las condiciones jurídicas para reprimir los crímenes de guerra o los delitos contra la humanidad que se persiguen y sancionan por tribunales penales internacionales. El precedente más famoso de este Derecho internacional posiblemente sean los llamados tribunales de Nuremberg (1945) y Tokio (1946), instaurados para juzgar los crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial en la primera mitad del siglo XX[10]. Más cercano a nuestra memoria posiblemente sea el proceso penal abierto contra el gobernante serbio Milosevic por los crímenes cometidos durante la guerra en la ex Yugoslavia[11], aunque debido a su repentina muerte durante el proceso penal no pudo concluirse con una condena. En la actualidad se ha instaurado la Corte Penal Internacional Permanente para el procesamiento de los crímenes internacionales, como el delito de agresión, genocidio o contra la humanidad[12]. Pese a la importan-

---

una segunda línea un derecho de aplicación del Derecho penal y Köhler: *Strafrecht*, AT, p. 102, con la idea de un Derecho de colisión unilateral.

6 Sobre las diversas acepciones del Derecho penal internacional, las cuales no se reducen solamente a la aplicación de la ley penal, sino que abarcan el Derecho internacional público, el Derecho supranacional y el Derecho de asistencia jurídica, vid., Jescheck: *FS-Maurach*, p. 579; Oehler: *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 1 y ss.

7 Es oportuna la precisión de Schultz: *FS-von Weber*, p. 307; Eser, en Schönke/Schröder: *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 2; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 587; Muñoz Conde/García Arán: *Derecho Penal*, PG, p. 150, de que no se trata de disposiciones de Derecho internacional público, sino de disposiciones de Derecho interno referentes a la aplicación de la ley penal interna. En cuanto al tratamiento de estas disposiciones legales por la doctrina penal, Pawlik: *ZIS* 7/2006, p. 274, señala que la exposición de los principios del llamado Derecho penal internacional se hace sin esa ambición de sistematización que se aprecia en otros ámbitos de la dogmática penal.

8 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 590.

9 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 589; Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 256. En la doctrina nacional, utiliza, sin embargo, la denominación de Derecho penal internacional para lo que es el Derecho internacional penal, Arbulú Martínez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 66 (2014), p. 335 y ss.

10 Vid., con mayor detalle, Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 176 y ss.; Jaén Vallejo: *Legalidad y extraterritorialidad*, p. 45 y ss.

11 Vid., sobre las incidencias procesales de este caso, Ambos: *Nuevo Derecho penal internacional*, p. 131 y ss.

12 Ciertamente se habla ahora con mucha fuerza de una justicia universal, sobre todo frente a los llamados delitos contra la humanidad. Sin embargo, hablar a partir de este fenómeno

cia y actualidad de este ámbito del Derecho internacional, lo que se abordará en el presente capítulo está limitado al estudio del llamado Derecho penal internacional, pues de lo que se trata aquí es de determinar las condiciones de aplicación espacial de la ley penal peruana.

II. LA VIGENCIA ESPACIAL DE LA LEY PENAL

Un Estado debe establecer cuál es el ámbito espacial de vigencia de sus leyes penales. Esta labor no puede llevarse a cabo de cualquier manera[13], por lo que resulta necesario poner de manifiesto los criterios que definen la aplicación espacial de la ley penal nacional[14]. En la actualidad, se acude de manera prácticamente unánime al criterio de la territorialidad[15], de forma tal que la ley penal se aplicará a todos los delitos cometidos en el territorio estatal con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima. El reconocimiento de la territorialidad como criterio de conexión básico no implica, sin embargo, negar la posibilidad de recurrir a otros criterios de conexión complementarios, como el principio de personalidad (activa y pasiva), el principio real o de protección, el principio de universalidad o el principio de Administración de Justicia por representación. Ante esta situación, no sólo se debe ofrecer una justificación penal de la territorialidad como principio básico de la aplicación espacial de la ley penal, sino que lo mismo debe hacerse con los otros principios complementarios igualmente reconocidos, si es que no se quiere caer en una regulación (parcialmente) arbitraria.

Siguiendo la orientación actualmente dominante en los distintos ordenamientos jurídico-penales, nuestro Código Penal asume, en su artículo 1, el criterio de la territorialidad para determinar la vigencia espacial de la ley penal (*locus regit*

---

de internacionalización de un orden normativo supranacional, resulta todavía discutido. La primera cuestión que habría que responder es si se trata efectivamente de un orden supraestatal con propios mecanismos de restabilización o simplemente de aspectos comunes de distintos ordenamientos particulares que se solucionan conjuntamente con la cooperación de los Estados. Una descripción de este fenómeno, RAGUÉS I VALLÈS: *La ley*, abril de 2001, p. 1 y ss.; AMBOS: Introducción, en *Dificultades*, Ambos/Malarino/Woischnik (ed.), p. 34 y ss.

13 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 242, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 603.

14 Vid., en este sentido, PAWLIK: *ZIS* 7/2006, p. 275. La doctrina penal ha intentado darle a los principios de la aplicación de la ley penal en el espacio (el llamado Derecho penal internacional) una fundamentación o, cuando menos, compatibilidad con el Derecho internacional penal, tal como lo hace, por ejemplo, AMBOS: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 119 (2011), p. 1 y ss., acudiendo al principio de no intervención y al doble requisito del *ius puniendi* nacional.

15 Vid., en este sentido, CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 238; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 304.

actum)[16]. No obstante, se admite, bajo ciertas circunstancias especiales, la posibilidad de acudir a los otros criterios de determinación de la vigencia espacial de la ley penal. En efecto, el mismo artículo 1 del Código Penal reconoce la existencia de ciertas excepciones al principio de territorialidad contenidas en el Derecho internacional, las cuales se desarrollan con mayor detalle en el artículo 2 del texto punitivo[17]. En consecuencia, la vigencia espacial de la ley penal peruana se rige, en principio, por el criterio de la territorialidad, aunque admite, para determinados casos, otros criterios excepcionales que autorizan la aplicación de la ley penal peruana a delitos cometidos fuera del territorio nacional.

Conviene precisar que las reglas que regulan la aplicación espacial de la ley penal constituyen elementos del tipo penal, aun cuando no estén expresamente mencionadas en la descripción típica de la Parte Especial[18]. Esta lectura conjunta se deriva de la regla general prevista en el artículo 1 ó de la propia interpretación de ciertos tipos penales, como sería el caso de los delitos que se cometen en el tráfico rodado, los cuales, por razones evidentes, se refieren a las reglas de tránsito vigentes en el Perú[19]. Sólo en aquellos delitos en los que se protege al Estado y a las peculiaridades de su ordenamiento, se realiza una mención específica del ámbito de vigencia espacial[20], pero justamente porque en estos casos la vigencia de la ley penal sobrepasa muchas veces la delimitación territorial, como lo muestran los delitos de organización de grupo armado del artículo 326 ó de violación de la soberanía extranjera del artículo 337 del CP.

La afirmación de que las reglas referidas a la aplicación espacial de la ley penal forman parte del tipo penal, tiene consecuencias muy importantes en el contenido del tipo subjetivo, pues si estas reglas definen el injusto penal, tendrán que ser abarcadas por el dolo del autor. Algunos autores han intentado negar o matizar esta consecuencia lógica. Así SCHROEDER señala que las reglas de aplicación espacial forman parte de la norma secundaria dirigida al juez para imponer la sanción correspondiente, pero no se trata de una norma primaria dirigida al ciudadano que

16 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 609.

17 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 610.

18 En el mismo sentido, LEMKE: *NK* preliminares a los §§ 3-7, n.m. 1; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 1; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 12; PAWLIK: *ZIS* 7/2006, p. 283. De una opinión distinta, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 265 y s.

19 En el mismo sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 3, aunque haciendo la importante matización de que debe tratarse de los preceptos penales que atienden a un determinado comportamiento en el tráfico, pero no los preceptos generales para la protección del individuo.

20 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 2.

deba ser abarcado por el dolo del autor[21]. Por su parte, Zieher asume una posición intermedia, en tanto considera que hay aspectos del ámbito de validez espacial de la ley penal que son neutrales al tipo, mientras que otros asumen funciones típicas[22]. Lo cierto es que el sentido social del hecho típico depende del ámbito espacial en el que rigen los criterios de valoración con los que se le asigna dicho sentido. Lo normal es, por lo tanto, que el dolo lo abarque, aunque pueden presentarse casos en los que no sea tan común que el autor cuente con dicho conocimiento.

1. El principio de territorialidad

El Estado establece, a través del legislador penal, qué conductas constituyen delitos y las penas aplicables. En principio, parecería no tener importancia el lugar de realización de las conductas delictivas, pues el valor del bien jurídico protegido no debería depender del lugar en el que se encuentren[23]. En consecuencia, el principio básico de aplicación espacial de la ley penal debería ser el principio de universalidad, esto es, "*la mejor protección posible de todo lo que merezca protección*"[24]. Sin embargo, la soberanía del Estado, entendida en este caso como la capacidad para imponer efectivamente una sanción penal por la realización de un delito, se encuentra limitada por el territorio sobre el cual dicho Estado se asienta[25]. Por esta razón, los ordenamientos jurídicos contemporáneos parten, a propósito de la aplicación espacial de la ley penal, del principio de territorialidad para determinar el ámbito de vigencia espacial de las leyes penales[26].

Al planteamiento precedente, que combina una norma primaria universal con una norma secundaria territorial, cabe oponerle una visión más homogénea sobre el fundamento del principio de territorialidad para ser instituido como el criterio básico de la aplicación de la ley penal en el espacio. Como se puso de manifiesto en

---

21 Vid., Schroeder: *GA* 1968, p. 353 y ss.; El Mismo, *NJW* 1969, p. 81.

22 Vid., Zieher: *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 49 y ss.

23 Así, Binding: *Handbuch*, p. 386. Críticamente, Vogler: *FS-Grützner*, p. 155; Zieher: *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 65.

24 Vid., Schröder: *ZStW* 61 (1942), p. 94 y s.

25 Vid., Oehler: FS-Grützner, p. 111; El Mismo, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 152. Por el contrario, Binding: *Handbuch*, I, p. 372; Tafel: *Die Geltung*, p. 1, consideraban que la soberanía del Estado particular no podía limitarse a su territorio.

26 En este sentido, Oehler: *FS-Grützner*, pp. 112, 115; El Mismo, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 122; El Mismo, voz: Internationales Strafrecht, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; Baumann/Weber/Mitsch: *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 5; Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 252; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 4, n.m. 3; Muñoz Conde/García Arán: *Derecho Penal*, PG, p. 150; Bramont Arias: *La ley penal*, p. 141; Reyna Alfaro, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 1, p. 272; Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 16 (octubre de 2010), p. 41.

el capítulo 3, la pena cumple la función de restablecer la norma infringida por el autor, lo que parte de entender que la relación entre el delito y la pena está constituida por un proceso de carácter comunicativo. La materialización de este proceso presupone un conjunto de condiciones indispensables, entre ellas que el autor del delito se encuentre obligado a ajustar su actuación a lo que disponen las normas debidamente aprobadas. En principio, todas las personas que habitan en el territorio de determinada sociedad están obligadas a mantener la identidad normativa de dicha sociedad[27], por lo que las conductas defraudatorias realizadas dentro de este territorio podrán ser reprimidas legítimamente con la ley penal nacional. El principio de territorialidad se presenta, por lo tanto, como un principio universal regionalmente circunscrito[28].

El principio de territorialidad dispone, como ya se ha dicho, que la ley penal peruana resulta aplicable a toda infracción penal cometida en el territorio nacional, sin tener en cuenta la nacionalidad del autor o el carácter de los bienes jurídicos afectados[29]. Para hacer operativo este principio se debe dotar de mayor concreción a dos aspectos establecidos en la definición que se acaba de realizar. Por un lado, hay que fijar qué se entiende por territorio nacional, pues solamente teniendo en claro dicho concepto podrá determinarse el alcance de la territorialidad. En segundo lugar, resulta imprescindible establecer el criterio con el cual debe fijarse el lugar de realización de un hecho delictivo, pues no sólo hay que saber hasta dónde llega el territorio, sino también cuándo el delito se comete dentro del territorio.

A. El territorio

Por territorio se entiende, en primera línea, la superficie demarcada por los límites políticos del país[30]. Dentro del mismo se consideran las aguas interiores y el llamado mar territorial, esto es, una zona de mar adyacente a las costas nacionales[31]. Asimismo, se considera parte del territorio el subsuelo y el espacio aéreo que se encuentran debajo o encima de los componentes antes mencionados[32]. En el caso del Perú, el territorio nacional debe incluir también la parte de la Antártida que está sujeto a su soberanía conforme a los tratados internacionales. A todo este territorio

---

27 Similarmente, atendiendo a una competencia conjunta por asegurar la existencia de determinados ordenes jurídicos, PAWLIK: *ZIS* 7/2006, p. 284.

28 Así, PAWLIK: *ZIS* 7/2006, p. 284.

29 HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 614; PÉREZ LÓPEZ: *Actualidad Penal* 43 (2018), p. 110 y s.

30 Similarmente, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 266 y ss.; CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 239; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 187.

31 Igualmente, en relación con el territorio español, CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 241.

32 Vid., CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 243.

se le conoce con el nombre de territorio natural o geográfico. Por el contrario, el espacio ultraterrestre no puede estar integrado al concepto de territorio, pues los movimientos de rotación y traslación de la tierra cambian constantemente el situado encima del territorio de cada país[33].

El territorio no se reduce al llamado territorio natural, sino que incluye lo que se conoce como territorio ficto, es decir, aquellos espacios ubicados fuera del territorio natural que, por razones de Derecho internacional, se consideran parte del territorio nacional. Como territorio ficto cabe mencionar, por ejemplo, los lugares ocupados por las agencias diplomáticas o las bases militares peruanas en países extranjeros[34]. Un caso especial de territorio ficto se encuentra regulado expresamente en el segundo párrafo del artículo 1 del CP. Se trata de la llamada teoría del pabellón o de bandera, conforme a la cual la ley penal peruana se aplicará a los delitos cometidos en las naves o aeronaves nacionales públicas en donde se encuentren, así como a los cometidos en las naves o aeronaves nacionales privadas que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía[35].

B. El lugar de realización del delito

a. Criterios de determinación del lugar del delito: El principio de ubicuidad

Cuando todo el hecho delictivo tiene lugar dentro de un mismo territorio, no existe mayor inconveniente para determinar su lugar de realización. La situación se complica, si es que los elementos constitutivos del delito se producen en países diferentes, como sucede con el delito a distancia y el delito de tránsito. En el primero la conducta delictiva se realiza en un país y el resultado típico se produce en otro[36],

33 Así, Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 244.

34 Sin embargo, en el caso de los sedes diplomáticas o consulares, la doctrina nacional niega de manera cada vez mayor que se trate de un caso de territorio ficto, sino, más bien, de un tema de privilegios de derecho internacional en relación con la aplicación personal de la ley penal [así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 641; Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 16 (octubre, 2010), p. 47 y s.]. En razón de ello, este último autor limita la aplicación de la ley penal del Estado titular de la sede solamente a los casos de delitos cometidos en el marco de la función diplomática o consular.

35 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 187 y s.; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 642 y ss., aunque muy críticos ante la consideración de un territorio ficto y la forma en la que se regula; Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 16 (octubre de 2010), p. 50 y ss.; Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 119.

36 Sobre el delito de distancia (*Distanzdelikt*) Lauterbach: *Internationales Strafrecht*, p. 4; Lemke: *NK* § 9, n.m. 5; Eser, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 9, n.m. 3; Bramont Arias: *La ley penal*, p. 145; Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 89.

mientras que en el segundo la conducta delictiva se prolonga en varios países para materializarse finalmente en uno distinto[37]. En estos casos, la única manera para poder considerar como lugar del delito a uno de los países en los que se realizó la acción o se produjo el resultado, sería admitiendo que la determinación del lugar del delito no requiere que el delito haya sido realizado íntegramente dentro de un mismo territorio. Precisamente sobre la base de esta idea se han esbozado la teoría de la acción y la teoría del resultado. La primera otorga al lugar de realización de la acción la prioridad para determinar el lugar del delito, mientras que la segunda entiende que es el resultado el criterio decisivo para la determinación del lugar del delito[38]. Bajo la tesis de que la relevancia del delito no se encuentra solamente en la acción o en el resultado, sino en una unión de ambos, un sector de la doctrina penal sostiene que la determinación del lugar del delito puede atender a ambos criterios[39].

Con independencia de la cuestión de cuál de las teorías mencionadas podría ajustarse mejor a la pretensión punitiva de un Estado e incluso a la estructura de los tipos penales, el hecho es que la opción por una u otra teoría presenta el inconveniente de generar eventuales vacíos de punibilidad, pues, por ejemplo, si en el país de realización de la conducta se sigue la teoría del resultado mientras que en el país de la materialización del resultado la teoría de la acción, un delito de carácter internacional podría quedar impune por ambos lados[40]. Para resolver estos problemas de aplicación de la ley penal en el espacio, se ha desarrollado el llamado principio de ubicuidad[41], conforme al cual se entiende que el delito se ha cometido tanto en el lugar donde se ha realizado la acción, como donde se ha producido el resultado[42].

---

37 Vid., sobre el delito de tránsito (*Transitverbrechen*), JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 23; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 192 y s.; PÉREZ LÓPEZ: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. PÉREZ LÓPEZ: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 89.

38 Sobre el alcance de estas teorías, vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 261; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 193; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 633; SALAZAR SÁNCHEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (diciembre de 2009), p. 59 y ss.

39 En este sentido, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 9, n.m. 3.

40 Hace referencia a estos vacíos de punibilidad como el fundamento político-criminal de la teoría de la ubicuidad, SALAZAR SÁNCHEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (diciembre de 2009), p. 64.

41 Vid., igualmente, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p.193 y s., destacando, con cita a Zaffaroni, que este principio procura evitar un conflicto negativo que conlleve impunidad.

42 Vid., sobre el principio de ubicuidad, OEHLER: *Internationales Strafrecht*, §1, n.m. 246 y ss.; LEMKE: *NK* § 9, n.m. 4; MARTIN: *Strafbarkeit*, p. 7; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal*, PG, p. 154; BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 148 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 635 y ss.; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 5, p. 307 y ss. En la sentencia de la Corte Supre-

Si bien la asunción de este principio podría dar lugar, más bien, a ciertos conflictos entre Estados por superposición de pretensiones punitivas, estos conflictos tendrían que solucionarse por la vía de los convenios internacionales o, en todo caso, con el criterio determinante en los hechos de que "quien lo tiene, lo juzga". El principio de ubicuidad responde, como puede verse, a razones fundamentalmente de practicidad.

El principio de ubicuidad es recogido por el artículo 5 del CP como criterio de determinación del lugar del delito[43]. En consecuencia, la ley penal peruana podrá aplicarse también en el caso de delitos a distancia o de tránsito en los que una parte de la acción o el resultado se materializan en el territorio nacional. La doctrina penal aparentemente no comparte esta solución, al menos para el caso de los delitos de tránsito. En el ejemplo clásico de la carta injuriante que escribe un sujeto desde el país A dirigida a otro sujeto que vive en el país B y que pasa por los países C y D, la respuesta de la doctrina ha sido clara en el sentido de negar la competencia del Derecho penal interno de los países C y D[44]. Si bien lo normal es que en el país de tránsito del delito no se presente un menoscabo a la validez de la norma[45], puede ser que, en algunos casos, la estructura compleja del delito permita que la parte de tránsito tenga suficiente entidad como para defraudar la vigencia de la norma. Piénsese, por ejemplo, en un proceso de lavado de activos en el que el dinero pasa por distintos países en un circuito económico organizado para impedir precisamente el seguimiento del dinero por parte de los organismos de control nacionales. Si en el Perú no está permitido participar en estos circuitos de lavado (Decreto Legislativo N° 1106), una participación parcial en el mencionado circuito produce ya la defraudación de la norma penal y, por tanto, la posibilidad de sancionar el delito

---

ma Exp. N° 4124-98-Callao de 18 de marzo de 1999 [*Revista Peruana de Jurisprudencia* 1 (1999), p. 320], parece entenderse que el principio de ubicuidad se limita al lugar donde se producen los efectos del delito.

43 Esta regulación no contraría la vigencia del principio de territorialidad, pues dicho principio, asumido como el punto de vinculación primario por nuestro Código Penal, no exige como condición para su utilización que el delito haya sido realizado completamente en todas sus fases dentro del territorio nacional. Si a partir de un principio de vinculación del Derecho penal internacional (para lo que aquí nos interesa, el principio de territorialidad) se justifica la competencia del Derecho penal interno para ser aplicado a un determinado hecho delictivo, esto autoriza no sólo a que se juzgue la parte realizada dentro del territorio nacional, sino la globalidad del hecho delictivo. En este sentido, Lauterbach: *Internationales Strafrecht*, p. 38.

44 Vid., así, por ejemplo, Oehler: *Internationales Strafrecht*, §1, n.m. 267; Lemke: *NK* § 9, n.m. 11; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 634. De otro parecer, Gribbohm: *LK* § 9, n.m. 12; Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 262 y s.

45 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 23,

con base en el Derecho penal peruano[46]. En este sentido, no será necesario que la acción delictiva se realice plenamente en el Perú para poder abarcarlo mediante el principio de ubicuidad (por el lugar de la acción), sino que basta con que se produzca un eslabón de la conducta delictiva dentro del país que infrinja de manera penalmente relevante un rol jurídicamente establecido, para que se entienda que el delito ha sido realizado también en el Perú[47].

Lo anterior cobra mayor claridad en el caso de un delito continuado, cuyos eslabones se realizan en países distintos. En el R.N. N° 1687-2017-Puno, la Corte Suprema tuvo que ocuparse precisamente de un caso de estas características, al pronunciarse sobre la comisión de un delito continuado de violación sexual de menor de edad con actos cometidos en el Perú y en Bolivia. Si bien el juzgador incluyó también los actos de violación cometidos en Bolivia, la Corte Suprema los tuvo que dejar al margen, en la medida que el debate en juicio se centró en las violaciones ocurridas en el Perú. Pero, más allá de esta limitación procesal que impedía emitir pronunciamiento por lo ocurrido en Bolivia, no debería haber habido ningún problema para, desde el punto de vista del principio de ubicuidad, haber procesado y sancionado al responsable por todo el delito continuado. El delito continuado es un supuesto de unidad legal, por lo que la realización extraterritorial de una parte no impide que se aplique la ley penal peruana a todo el delito continuado (incluidos los eslabones que se realizaron fuera del país).

b. El alcance de la ubicuidad

Con la finalidad de optimizar las ventajas del criterio de la ubicuidad para impedir la impunidad en los delitos cometidos en diversos países, el artículo 5 del CP ha recurrido a un tenor literal bastante amplio, pues, por un lado, habla del "lugar de actuación y omisión de la obligación de actuar de los autores y partícipes", mientras que respecto del resultado utiliza el término general de "efectos del delito". En la medida que con semejante redacción podría abarcarse supuestos que claramente rompen con la idea mínima de territorialidad y entran en ámbitos propios de otros principios de vinculación del Derecho penal internacional[48], resulta necesaria una

46 Recurre precisamente al principio de ubicuidad para solventar estos problemas de internacionalidad en el delito de lavado de activos, Fabián Caparrós: *El delito de blanqueo de capitales*, p. 307.

47 Igualmente, Salazar Sánchez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (diciembre de 2009), p. 68, de la mano de un ejemplo de tráfico de drogas.

48 De hecho, en la doctrina penal se sostiene que la ampliación al resultado (sin la conducta defraudatoria de la norma) que conlleva el principio de ubicuidad supone dejar el ámbito de la territorialidad para entrar en el principio universal o de personalidad pasiva. Vid., así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 21; Pawlik: *ZIS* 7/2006, p. 285.

interpretación sistemática coherente que no desdibuje los distintos principios de la aplicación de la ley en el espacio. Para alcanzar este orden sistemático, el artículo 5 del CP debe ser interpretado restrictivamente[49].

En primer lugar, resulta conveniente referir la parte de *la actuación o la omisión de la obligación de actuar de los autores y los partícipes* solamente a la ejecución de la conducta típica[50]. Los actos preparatorios no tendrían que estar incluidos en esta regulación[51], pues, de lo contrario, se podría llegar a resultados contradictorios, en caso de tratarse de una actuación del autor o una del partícipe. Si, por ejemplo, un autor realiza los actos preparatorios dentro del Perú y luego la acción típica completamente en el extranjero, no podrá ser alcanzado por el principio de ubicuidad, pues en el Perú no ha realizado aún ninguna acción delictiva, en tanto los actos preparatorios como tales no son punibles[52]. Sin embargo, el caso de un partícipe que dentro del territorio nacional contribuye solamente en la fase preparatoria del hecho, podría ser alcanzado por la redacción literal del artículo 5 del CP, en tanto se considera que lugar de comisión del hecho es también aquél en el cual el partícipe ha actuado u omitido su obligación (en este caso, al favorecer la comisión de un delito). Como puede verse, una misma actuación puede, en algunos casos, caer dentro y en otros fuera del principio de territorialidad sin una razón material que lo justifique. Por ello, resulta necesaria una interpretación coherente del principio de territorialidad que deje fuera del principio de ubicuidad la fase preparatoria del hecho[53].

Podría objetarse que lo acabado de sostener no se corresponde con los estándares internacionales de persecución de los delitos, pues el artículo 3.2.b de la Convención de Palermo de 2000 de lucha contra la criminalidad transnacional ha ampliado claramente el alcance de las leyes penales, al establecer que se considera un delito transnacional el que se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado. No hay duda que este criterio busca optimizar la lucha contra la criminalidad transnacional, pero si no se quiere provocar un desbaratamiento de las reglas de aplicación espacial de la ley penal, el criterio establecido por la Convención de Palermo no debe ser asumido de manera general para la aplicación de la ley penal

49 Vid., en el mismo sentido, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 636.

50 Sigue este planteamiento, Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 90.

51 En este sentido, Gribbohm: *LK* § 9, n.m. 8, salvo que constituya la parte de un coautor.

52 Distinta es la situación si el Derecho penal interno considera la conducta preparatoria, en sí misma, como delictiva. Pero debe precisarse que no se tratará, en rigor, de un delito a distancia, sino de un delito cometido plenamente dentro del territorio nacional.

53 Por el contrario, a favor de una interpretación extensiva Gribbohm: *LK* § 9, n.m. 26.

en el espacio, sino que debe, en todo caso, limitarse al caso de organizaciones criminales que operan en varios países.

El segundo aspecto de la redacción del artículo 5 del CP que puede presentar problemas interpretativos está referido a los llamados efectos del delito. Conforme a su tenor literal, también se considera lugar del delito el sitio donde se producen sus efectos, dentro de los cuales se incluye no sólo el resultado típico del delito, sino también todas sus repercusiones inmediatas e incluso mediatas[54]. No hay duda que con semejante interpretación se estaría incluyendo completamente el principio real o de protección en el principio de territorialidad, pues si, como consecuencia del delito ejecutado en el extranjero, se ven afectados intereses nacionales, el efecto perjudicial habrá tenido lugar dentro del Perú. Por esta razón, conviene que el término "efectos" en la aplicación del principio de territorialidad se interprete restrictivamente, de manera que sólo se haga referencia a los resultados que se deriven directamente de la acción delictiva[55]. Estos resultados no deben ser necesariamente de relevancia típica[56].

El planteamiento restrictivo que se ha propuesto para interpretar el tenor del artículo 5 del CP incide, sin lugar a dudas, en el castigo de los intervinientes en un delito que tiene relevancia internacional. Pero debe precisarse que el objetivo no es ofrecer criterios especiales de determinación de la intervención delictiva mediante el principio de territorialidad o, en general, las reglas del Derecho penal internacional, sino compatibilizar los criterios generales de la intervención delictiva con las normas que regulan la vigencia espacial de la ley penal[57]. No se trata, por lo tanto, de una regulación que siga unos criterios distintos a los que se aplican para determinar a quiénes se les debe castigar como intervinientes en el delito, sino, más bien, de decidir la aplicación de la ley penal nacional en consonancia con los principios que ordenan la intervención delictiva[58].

En primer lugar, el principio de ubicuidad no alcanzará al autor que realiza el delito completamente fuera del país o que realiza dentro del país solamente la fase preparatoria, pues su proceder no constituye una conducta prohibida en el sistema

54 Reconoce la mayor amplitud de este término frente al de resultado, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 636.

55 Sigue este planteamiento, Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 92.

56 En este sentido, Martin: *Strafbarkeit*, p. 14 y s.

57 En este sentido, Schröder: *ZStW* 61 (1942), p. 61; Lauterbach: *Internationales Strafrecht*, p. 32

58 Sobre la correspondencia de ésta regulación de la aplicación espacial de la ley penal y el principio de accesoriedad de la participación, Peñaranda Ramos: *La participación en el delito*, p. 323 y ss.

jurídico interno[59]. La realización del delito, que constituye el fundamento de la punición, se verifica en todo caso fuera del territorio nacional, de manera que no se defrauda una norma del ordenamiento jurídico interno que amerite la aplicación de la ley penal nacional. Si, por el contrario, el delito es realizado, o su resultado se verifica, dentro del país, entonces sí podrá aplicarse el Derecho penal interno, pues en estos casos sí existe una infracción relevante del ordenamiento jurídico interno. Del mismo modo, el co-autor y autor mediato que se encuentran en el extranjero cuando el delito es ejecutado dentro del país, también son alcanzados por el principio de ubicuidad, pues el hecho que tiene lugar dentro del territorio nacional (ejecución o consumación) se les imputa como propio, a pesar de no haberlo ejecutado directamente[60]. El hecho realizado dentro del país es también un hecho del coautor y del autor mediato.

El partícipe que toma parte en la fase preparatoria realizada dentro del país respecto de un delito ejecutado en el exterior, no puede ser castigado tomando en cuenta el Derecho penal interno, pues se trata de una actuación aún permitida[61]. En este caso, el fundamento para sancionar la conducta del partícipe se ha verificado fuera del país (la realización del delito), de manera que no se puede ofrecer un criterio válido desde el principio de territorialidad para castigar el hecho con el Derecho penal interno[62]. Si, por el contrario, el resultado del delito se verifica dentro del país, entonces sí podrá aplicarse el Derecho penal interno, pues en este

59 Se adhiere a este planteamiento, Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 90.

60 Vid., así, Gribbohm: *LK* § 9, n.m. 10; Lemke: *NK* § 9, n.m. 8. Ya en este sentido, Tafel: *Die Geltung*, p. 40; Lauterbach: *Internationales Strafrecht*, p. 42. En el Perú, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 662 y s.; Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 91. Considera lugar del delito tanto donde actuó el autor mediato como donde actuó el instrumento, Salazar Sánchez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (diciembre de 2009), p. 67.

61 Si bien Lauterbach: *Internationales Strafrecht*, p. 35 señalaba que "*la actuación del partícipe es en sí misma un acto impune, jurídico-penalmente indiferente*", luego lo vinculaba por la accesoriedad con el hecho del autor y con base en la unidad del hecho, afirmaba la competencia del Derecho penal interno para ser aplicado a estos casos (p. 43). Aceptar este parecer conlleva sostener la aplicación del Derecho penal interno, aun cuando no sea delito en el país extranjero en el que se ejecutó. Frente a ello, Frank: *Das Strafgesetzbuch*, p. 31 consideraba que si el Derecho extranjero no castigaba la conducta del autor, no resultaba posible castigar al partícipe con el Derecho nacional. En esa misma línea, Neumeyer: *ZStW* 23 (1903), p. 440, señaló que el carácter delictivo de la actividad de un instigador o cooperador de un extranjero que ha cometido un hecho en el extranjero sólo puede determinarse por el Derecho extranjero. En el Perú siguen la línea de la impunidad de los actos de participación mientras no exista autoría, Salazar Sánchez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (diciembre de 2009), p. 68.

62 El propio Lauterbach: *Internationales Strafrecht*, pp. 39, 44, indica que si no se ha infringido ninguna norma penal interna (alemana), no puede aplicarse la ley penal interna.

caso se presentan las condiciones para la utilización del principio de ubicuidad, concretamente, por el lugar del resultado[63]. En caso que el partícipe tome parte en la ejecución de un delito realizado dentro del país no habrá mayor inconveniente para incluir este supuesto en el artículo 5 del CP, en tanto parte de la acción del hecho principal se verificó dentro del país y entra, por tanto, en el concepto de ubicuidad. En ambos casos, el partícipe ha infringido su rol al favorecer la realización (o la consumación) de un hecho que se ha llevado a cabo parcialmente o se ha realizado dentro del país.

Un tanto más complicado es el caso de una instigación o una participación en los actos preparatorios realizados en el extranjero, pues en estos casos la aportación del partícipe ha tenido lugar fuera del país. Si una empresa europea, por ejemplo, que ha fabricado productos defectuosos para uso humano que no puede poner en el mercado europeo debido a un estricto control de calidad, le ofrece estos productos a una empresa peruana que efectivamente los importa[64], ¿habrá participado en el delito de comercialización de bienes de uso humano defectuosos del artículo 288 del CP, cometido en calidad de autores por los administradores de la empresa nacional[65]? El aporte de la empresa europea se ha realizado completamente fuera del país, de manera que podría cuestionarse la legitimidad de aplicar el Derecho penal interno a los administradores de la empresa europea. Sin embargo, hay que tener presente que también el hecho del autor realizado dentro del país es un hecho del partícipe, en el sentido de fundamento de la punición[66]. Pero debe quedar claro que no es que el efecto de la participación esté incluido por sí mismo en el artículo 5 del CP, sino que la realización del delito (ejecución y consumación) es también un injusto del partícipe, de manera que si el delito tiene lugar dentro de territorio peruano, la participación también se ha llevado dentro de territorio peruano[67].

---

63 En el mismo sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 664.

64 Este el conocido caso del "*product dumping*" que sobre todo se discute en la responsabilidad por el producto. Sobre esto vid., con mayores indicaciones, VOGEL: *GA* 1990, p. 253 y s.

65 Obviamente se necesita que los directores de la empresa extranjera tengan una idea general sobre la antijuricidad de su hecho en el Derecho penal peruano, sin requerirse de un conocimiento detallado. Vid., en este sentido, ZIEHER: *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 69.

66 BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 152, consideraba que el delito, en estos casos, era único y único también el tratamiento penal, aunque algunos hayan obrado en el extranjero.

67 Similarmente, entienden como efecto de la participación la realización del hecho principal, TAFEL: *Die Geltung*, p. 41; SCHRÖDER: *ZStW* 61 (1942), p. 66 y ss.; LAUTERBACH: *Internationales Strafrecht*, p. 43. Igualmente, con base en la teoría de la ubicuidad y la accesoriedad de la participación, OEHLER: *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 363.

2. La aplicación de la ley penal fuera del territorio nacional

Para que el Derecho penal nacional pueda sancionar hechos cometidos fuera del territorio, pero que afectan igualmente la identidad normativa de la sociedad, no basta la simple voluntad legislativa de tipificar hechos cometidos en el extranjero, sino que se necesita invocar otros criterios con los que poder fundamentar la imposición de una sanción más allá del espacio territorial[68]. Precisamente con la finalidad de poder aplicar la ley penal nacional también a ciertas conductas lesivas cometidas en el extranjero, se han elaborado en la doctrina penal determinados principios jurídicos con los que resulte posible legitimar la sanción de hechos no abarcados por el principio de territorialidad[69]. Estos principios se encuentran desarrollados en el artículo 2 del CP. Debe reconocerse, sin embargo, que mediante la mencionada extensión de la vigencia espacial de la ley penal más allá del propio territorio, sólo se afirma el carácter defraudatorio de los hechos cometidos en el extranjero, pero no se garantiza el efectivo restablecimiento normativo de la expectativa defraudada por medio de la imposición de una pena estatal. En estos casos, la materialización de la sanción no depende ya exclusivamente de la estructura institucional del Estado, sino de factores de política internacional o de asistencia judicial entre Estados (normas de Derecho internacional público)[70]. El restablecimiento de la norma defraudada por el delito debe contentarse en muchos casos con el proceso judicial iniciado y el procedimiento de extradición, al igual que en los delitos en los que no se ha podido encontrar o condenar al delincuente (por su muerte, por ejemplo).

La aplicación de las leyes penales nacionales a hechos cometidos fuera del territorio nacional se hace de la mano de los principios de personalidad, de protección, de Justicia universal y de Administración de Justicia en representación. El último de los principios mencionados no constituye, en rigor, una respuesta jurídica contra perturbaciones a la propia sociedad, sino una especie de delegación de facultades punitivas a un Estado por parte de otro, con la finalidad de sancionar

68 Vid., en este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 5; Jescheck/Weigend: *Lehrbuch*, AT, p. 165; Muñoz Conde/García Arán: *Derecho Penal*, PG, p. 155; Rosales Artica: *Gaceta Penal & procesal Penal* 17 (noviembre de 2010), p. 60 y s.

69 Vid., en este sentido, Berner: *Wirkungskreis*, p. 125 y ss., quien habla de principios complementarios al principio de territorialidad. Actualmente hablan de principios de vinculación, Lemke: *NK* preliminares a los §§ 3 hasta 7, n.m. 7; Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 253.

70 Similarmente, Eser, en Schönke/Schröreder: *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 3, al indicar que el Derecho internacional público (*Völkerrecht*) sólo tiene importancia sobre la cuestión de si y en qué medida el legislador penal nacional puede ampliar su potestad punitiva.

perturbaciones a su orden normativo[71]. Por lo tanto, sólo con los cuatro primeros principios puede fundamentarse una vigencia de las leyes penales internas más allá del ámbito territorial de la soberanía estatal. A los principios de legitimación, deben sumarse dos principios operativos más: el principio de bonificación y el principio de liquidación. Conforme al primero, el tiempo de pena cumplida en el extranjero debe computarse como parte de la pena impuesta posteriormente dentro del país con base en alguno de los principios que legitiman la aplicación de la ley penal al delito cometido en el extranjero[72]. El segundo principio operativo va todavía más lejos, pues excluye la persecución penal misma cuando por resolución firme en el extranjero se ha absuelto o sobreseído la causa al agente del delito[73]. En lo que sigue, entraremos a analizar únicamente los principios de legitimación.

A. El principio de personalidad

Conforme al principio de personalidad, la ley penal promulgada por un Estado se aplica a todos sus ciudadanos sin importar si el delito fue cometido fuera de su territorio y si el titular del bien jurídico protegido fue un nacional o un extranjero. Dentro del principio de personalidad se suele diferenciar el principio de personalidad activa y el principio de personalidad pasiva. El primero permite la aplicación de la ley penal nacional en atención a la nacionalidad peruana del agente del delito, mientras que el segundo autoriza aplicar la ley penal peruana en virtud del hecho de que el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro es un nacional[74]. Ambas formas de expresión del principio de personalidad pueden ser utilizadas como criterio que habilita a aplicar la ley penal nacional a un delito cometido fuera del territorio, siempre que se den bajo las condiciones exigidas en el artículo 2 del CP.

El fundamento del principio de personalidad se ha ubicado generalmente en la sujeción que tiene el ciudadano a las leyes penales del Estado al que pertenece[75]. Este principio fue asumido como regla general de la aplicación espacial de la ley penal, por ejemplo, en Alemania[76], aunque posteriormente fue abandonado y re-

---

71 Vid., en este sentido, OEHLER: *FS-Grützner*, p. 120; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 12; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 250 y s.

72 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 251 y s.

73 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 252.

74 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 678, 701; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 284.

75 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 190. El origen de esta sujeción se encuentra en el principio de la estirpe (*lex ossibus inhaerit*), como lo destaca JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 6.

76 Lo cual ocurrió mediante el decreto del 6/5/1940. Vid., al respecto, VON WEBER: *Lineamientos*, p. 32.

emplazado por el principio de territorialidad actualmente vigente[77]. El principio de personalidad pasiva se fundamenta, por su parte, en la idea de un deber del Estado de proteger a sus nacionales[78]. Por ello, se entiende que este principio no es aplicable si el país, en el que se realizó la conducta riesgosa, la reprime penalmente, pues en tal caso no será necesario que el Estado, al que pertenece el afectado, ejerza una acción defensiva frente a dicho riesgo. De lo dicho se desprende que las dos expresiones del principio de personalidad no se reconducen a un mismo fundamento. Por ello, su aplicación excepcional a los delitos cometidos fuera del territorio debe encontrar una explicación distinta.

En el caso del principio de personalidad activa, la aplicación de la ley penal nacional, a pesar de que el delito se ha cometido fuera del territorio, se fundamenta en el deber de todo ciudadano de adecuar su comportamiento a la identidad normativa de la sociedad de la que forma parte. Podría decirse, sin embargo, que este deber solamente es exigible en la medida que el ciudadano se encuentre dentro del territorio nacional, lo que no es el caso del peruano que reside fuera del país. Esta alegación pasa por encima el hecho de que todo peruano tiene el derecho de volver a reintegrarse a la sociedad peruana en cualquier momento, por lo que el sinalagma lógico de este derecho de poder regresar en cualquier momento al propio país y disfrutar de las condiciones jurídicamente resguardadas en dicha sociedad, presupone un deber de no afectar al propio Estado en su integridad jurídica, incluso estando fuera del país[79]. Desde estas consideraciones se podría justificar la aplicación de la ley penal peruana al peruano que comete un delito fuera del país[80]. La exigencia en este caso de la doble incriminación pone de manifiesto que el peruano no sólo ha lesionado el Derecho penal del país extranjero, sino también la identidad normativa de la sociedad peruana.

En cuanto al principio de personalidad pasiva, su aplicación a delitos cometidos en el extranjero se sustenta en la idea de que los bienes jurídicos (de los na-

77 Como lo destaca Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 14, en la actualidad el Derecho positivo impone plenamente el derecho a castigar con arreglo al principio de territorialidad (§ 3 StGB).

78 Por eso, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 190 y s., lo considera, en realidad, una expresión extrema del principio real o de protección.

79 Así, Pawlik: *ZIS* 7/2006, p. 286. Por el contrario, Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 248, considera que este fundamento casa con un Estado autoritario, por lo que opta por la solidaridad internacional como criterio de legitimación. Siguen este último fundamento, Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 246 y s.; Pérez López: *Actualidad Penal* 43 (2018), p. 122.

80 Desde estas consideraciones resulta lógico que la nacionalidad peruana se tenga al momento de cometer el delito en el extranjero, no pudiéndose abarcar a los "nuevos nacionales". Del mismo parecer, aunque con otra fundamentación, Rosales Artica: *Gaceta Penal & procesal Penal* 17 (noviembre de 2010), p. 67.

cionales) se deben proteger tanto de las agresiones provenientes de dentro, como de fuera del país. Sin embargo, los extranjeros que actúan fuera del país no tienen ninguna vinculación normativa con nuestra sociedad, por lo que su actuación no sería propiamente criminal, sino, en todo caso, un riesgo sobre los bienes jurídicos de los nacionales. En este orden de ideas, la justificación que procura el principio de personalidad pasiva para aplicar la ley penal peruana a un delito cometido fuera del país por un extranjero contra un peruano, sólo podría alcanzarse desde la lógica, ya no de una reacción penal frente a la comisión de un injusto culpable, sino como un mecanismo de defensa ante riesgos[81]. Esta defensa se activará ante la ausencia de una respuesta punitiva del país donde se cometió el delito que cubra la necesidad de un aseguramiento cognitivo. No obstante, su ejercicio se hará siempre que no se contradiga la valoración del hecho por parte del Estado en el que el delito se ha cometido (doble incriminación)[82].

Pese a las diferencias de fundamentación que se acaban de poner de manifiesto para dar entrada a la aplicación de las dos variantes del principio de personalidad, el Código Penal las regula de manera unitaria en su artículo 2 inciso 4[83]. Esta particularidad regulativa explica que se exijan los mismos requisitos para que proceda, bajo su invocación, la aplicación de la ley penal nacional a delitos cometidos en el extranjero. En concreto son tres los requisitos legalmente requeridos.

a. La susceptibilidad de extradición

El artículo 2 inciso 4 del CP establece, en primer lugar, que el principio de personalidad (activa o pasiva) solamente podrá aplicarse si el delito cometido en el extranjero se encuentra previsto como susceptible de extradición conforme a la ley peruana. Como se sabe, la extradición constituye un mecanismo de cooperación judicial internacional, en virtud del cual, mediante un pedido formal, un Estado obtiene de otro la entrega de un procesado o condenado por un delito común para ser juzgado penalmente o ejecutar la pena que se le hubiere impuesto[84]. En nuestro país la extradición se rige por el artículo 37 de la Constitución Política, los tratados bilaterales y multilaterales, el Código Procesal Penal y finalmente por el principio de reciprocidad[85]. El artículo 513 del CPP admite, de manera general, la procedencia de la extradición. Sin embargo, la legislación procesal establece tam-

81 En este sentido, PAWLIK: *ZIS* 7/2006, p. 288, apoyándose en las ideas expuestas por Bekker en 1859.

82 En este sentido, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 122.

83 Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 681.

84 Vid. VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 197 y s.

85 Sobre la vigencia subsidiaria del principio de reciprocidad, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 725.

bién ciertas circunstancias especiales en las que no procederá, por lo que en tales casos habrá que negar el requisito de la susceptibilidad de extradición exigido para la aplicación del principio de personalidad.

En relación con el sujeto por el que se solicita la extradición (*extraditurus*), la legislación nacional establece que no procede la extradición si dicho sujeto hubiera sido ya absuelto, condenado, indultado o amnistiado, o hubiera alcanzado algún otro derecho de gracia equivalente en relación con el delito por el que se pide específicamente la extradición[86]. Tampoco procederá si el pedido de extradición se hace, aunque se presente motivado en una infracción de Derecho común, con la finalidad de perseguir o castigar a un individuo por razones de raza, religión, nacionalidad o de opiniones políticas, o la situación del extraditado se exponga a agravarse por una u otra de estas razones. Lo que sí nuestra legislación, a diferencia de otros países, no ha recogido expresamente como limitación a la procedencia de la extradición es el principio de no extradición de los nacionales, por lo que será perfectamente posible la extradición de un peruano a otro Estado requirente[87].

La extradición se niega también por razones referidas al delito imputado. En primer lugar, el delito materia del proceso debe ser un delito tanto en el Estado requirente como en el Perú, por lo que si no tiene lugar esta doble incriminación, no se podrá aceptar la solicitud de extradición[88]. Tampoco procede la extradición para delitos prescritos por haberse cumplido el plazo de prescripción de la acción o de la pena conforme a la ley peruana o la del Estado requirente, siempre que no sobrepase el establecido en la legislación nacional. La extradición se deniega también si es que se sustenta en un delito exclusivamente militar, contra la religión, político o conexo con él, de prensa o de opinión[89]. Igualmente, es improcedente la extradi-

86 Si bien la doctrina nacional alega como fundamento de este supuesto el principio del *ne bis in ídem*, [así, Reyna Alfaro, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 288; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 208] no todos los supuestos contemplados en esta causal de improcedencia apuntan a evitar un doble procesamiento o sanción, como sucede, por ejemplo, con el caso de la amnistía o del derecho de gracia.

87 Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 203.

88 Sobre el requisito de la doble incriminación, Villa Stein: *Derecho Penal*, PG, p. 221 y s. Igualmente el reconocimiento de este requisito en la decisión de la Corte Suprema de la República Extradición N° 5-2008-Lima de 21 de enero de 2008 (citado por Villa Stein: *Derecho Penal*, PG, 3ª ed., p. 156).

89 El artículo 517.2 literal e) hace algunas precisiones importantes en cuanto al llamado delito político. Indica que la circunstancia de que la víctima del hecho punible del que se trata, ejerza funciones públicas no justifica por sí sola que dicho delito sea calificado como político. Tampoco hace político el delito el hecho de que el autor ejerza actividad política. Quedan fuera de la consideración de delito político los actos de terrorismo, los delitos contra la humanidad y los delitos por los que el Perú haya asumido el compromiso internacional de extraditar o enjuiciar.

ción si el delito no contempla una pena igual o superior a un año de pena privativa de libertad. En caso de varios delitos, bastará con que uno de los delitos cumpla con el umbral de gravedad penal. En la misma línea de excluir la extradición en delitos bagatela, se niega la extradición si es que se trata de un delito tributario sin medio fraudulento, de un delito perseguible a instancia de parte, o de una falta.

En cuanto a las penas previstas para el delito por el que se pide la extradición, la normativa procesal penal establece la improcedencia de la extradición en los casos en los que el delito por el que se solicita la extradición tuviere pena de muerte en la legislación penal del Estado requirente y éste no diese las seguridades de que no le será aplicable al extraditado. Del mismo modo, se ha establecido la improcedencia de la extradición si el Estado requirente no diera seguridades de que se computará el tiempo de privación de la libertad que demande el trámite de extradición, así como el tiempo que el extraditado hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento de extradición.

Otro grupo de supuestos de improcedencia son los que se podrían englobar en la idea del respeto y mantenimiento de garantías esenciales. En esta línea de pensamiento, no procederá la extradición si el Estado solicitante no tiene jurisdicción o competencia para juzgar el delito, el extraditado tiene que responder ante un tribunal de excepción, o el proceso al que se le va a someter no cumple con las exigencias internacionales del debido proceso. Estas causales de improcedencia de la extradición ponen de manifiesto que la finalidad del proceso penal no se reduce a la represión de los delitos, sino también al mantenimiento de las garantías, por lo que la extradición no procederá si la finalidad garantista no se encuentra mínimamente asegurada.

Finalmente, la legislación procesal penal admite también una causal de improcedencia de la extradición, bajo la forma de una cláusula general, cuando existen especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden público u otros intereses esenciales del Perú que tornen inconveniente el acogimiento del pedido. Dado que la extradición es un mecanismo de cooperación judicial entre Estados, es lógico que factores de política estatal puedan tener incidencia en la decisión de conceder la extradición solicitada por otro Estado.

b. La doble incriminación

Otro de los requisitos legalmente exigidos para la aplicación excepcional del principio de personalidad es la llamada doble incriminación o identidad de normas, es decir, que el hecho calificado como delito conforme a la ley penal peruana, sea también punible en el país extranjero en el que se cometió[90]. A estos efectos no

90 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 693.

interesa la denominación jurídica utilizada en cada legislación[91], sino el hecho de que esté criminalizado una misma forma de ataque al bien jurídico. En consecuencia, la ley penal peruana se podrá aplicar al delito cometido en el extranjero por peruano o contra peruano, si es que se trata de una conducta que, además de ser un delito en el Perú, lo es también en el país en el que se cometió.

En términos de técnica legislativa, la previsión expresa del requisito de la doble incriminación podría considerarse superflua, si se tiene en cuenta que, como ya se indicó, la regulación procesal penal niega la procedencia de la extradición si el hecho materia del proceso no constituye delito tanto en el Estado requirente como en el Perú (artículo 517.1 del CPP). Exigir como requisito la susceptibilidad de extradición y luego la doble incriminación sería, por lo tanto, redundante. Sin embargo, debe hacerse la atingencia de que no existe una plena identidad entre ambas regulaciones. La doble incriminación que se exige para la aplicación del principio de personalidad precisa que el hecho debe ser *punible* en el Estado en que se cometió, lo que significa no sólo que esté previsto como delito, sino que deben de darse todas las condiciones para su efectivo castigo. En este orden de ideas, no procederá la aplicación del principio de personalidad si el hecho cometido en el extranjero constituye delito, pero no resulta punible por la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o por la presencia de alguna causa de exclusión de la punibilidad.

c. El ingreso del agente al territorio nacional

Como tercer requisito para la aplicación excepcional del principio de personalidad a delitos cometidos en el extranjero, el Código Penal exige que el agente haya entrado de cualquier manera en el territorio nacional[92]. Se trata evidentemente de un requisito de facticidad, en el sentido de que el Estado peruano cuente con la posibilidad fáctica de procesar y condenar al nacional que cometió un delito en el extranjero o al extranjero que cometió un delito contra un nacional en el extranjero. Si el agente no se encuentra en el territorio nacional, lo lógico es que el Estado en el que se cometió el delito procure su procesamiento y efectivo castigo en virtud del principio de territorialidad. Dado que no es posible una condena en ausencia, no se podrá aplicar la ley peruana a una persona que no está presente en el territorio nacional para ser juzgada[93].

B. El principio real o de protección

El principio real o de protección establece que la ley penal nacional se aplica a cualquier persona que atente contra bienes jurídicos del Estado o sus nacionales,

91 Igualmente, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 204.

92 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 698.

93 Igualmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 698.

independientemente de que la realización de la agresión haya tenido lugar en el extranjero y cuál sea la nacionalidad del sujeto que la perpetró[94]. La doctrina penal considera de manera predominante que el fundamento para la aplicación de este principio reside en el deber que recae sobre el Estado de proteger los bienes jurídicos nacionales[95]. No obstante, en el caso de afectación de bienes jurídicos individuales[96], la justificación para aplicar la ley penal nacional se traslada al principio de personalidad pasiva. Sin embargo, como ya se tuvo oportunidad de explicar, las exposiciones doctrinales reconocen que, si bien la afectación de bienes jurídicos individuales de los nacionales se enmarca dentro del principio de personalidad, está claro que su fundamento no se asimila a la personalidad activa, sino que se aproxima, más bien, al que sustenta el principio real o de protección[97].

Por nuestra parte, como se adelantó al tratar el fundamento del principio de personalidad pasiva, la legitimación para aplicar la ley penal peruana a un delito cometido por extranjero fuera del Perú en contra de un interés nacional, se encuentra en la necesaria defensa de los intereses nacionales frente a riesgos, pero no en la realización de un injusto penal al que le corresponda la imposición de una pena. En este sentido, no es que el ilícito penal se configure regularmente por conductas que afecten intereses nacionales con independencia de si se realizan dentro o fuera del país. Una conducta penalmente relevante solamente lo será si el agente actúa dentro del territorio nacional. Si bien el Derecho penal es utilizado igualmente para responder a riesgos contra intereses nacionales procedentes de afuera, se trata de un uso como mecanismo de defensa frente peligros, pero no del necesario restablecimiento de la norma por una conducta que la defrauda. Frente a los extranjeros que actúan fuera del país no tienen validez las expectativas de conductas plasmadas en las normas del Derecho penal peruano.

El espectro de casos abarcados por el principio real o de protección contiene primeramente los delitos en los que el titular es el Estado. En este orden de ideas el artículo 2 inciso 3 del CP permite la aplicación de la ley penal peruana a los delitos cometidos en el extranjero que agravian al Estado y la defensa nacional, a los

94 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 188 y s.; VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 213; PÉREZ LÓPEZ: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 120.

95 Vid., por todos, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 189.

96 En el Código penal alemán, por el contrario, se recoge dentro del principio real o de protección los intereses económicos de las empresas alemanas. Vid., al respecto, la regulación del § 5 número 7 StGB, en OEHLER: *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 583; EL MISMO, voz: Internationales Strafrecht, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4; ZIEHER: *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 131 y s.

97 Igualmente, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p.190 y s.; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 284 y s.

poderes del Estado y el orden constitucional o el orden monetario[98]. En segundo lugar, el principio de protección se extiende también a los delitos cometidos en el extranjero que agravian bienes jurídicos colectivos como los protegidos por los delitos contra la seguridad, la tranquilidad pública o el lavado de activos. Para justificar la aplicación de la ley penal peruana en estos casos es necesario que los efectos del delito se produzcan dentro del territorio de la República[99]. Por efectos del delito no debe entenderse únicamente el resultado típico, sino las distintas consecuencias perturbadoras derivadas directamente del comportamiento en relación con el bien jurídico penalmente protegido[100].

Tradicionalmente los delitos cometidos en el extranjero por un funcionario o servidor público en el desempeño de su cargo están incluidos dentro de los casos en los que el principio de protección autoriza la aplicación de la ley penal peruana (artículo 2 inciso 1 del CP)[101]. Se entiende que parte de los intereses del Estado es el correcto desempeño de la función pública por parte de los funcionarios que realizan su actuación funcionarial en el extranjero, lo que justificaría que los delitos cometidos en este contexto de actuación sean castigados con la ley penal peruana. Sin embargo, la aplicación de la ley penal peruana en estos casos no se sustenta en el principio de protección, pues no se trata simplemente de reaccionar frente a riesgos provenientes del extranjero, sino de la conducta defraudatoria de un funcionario público. En consecuencia, estos supuestos no se deben ordenar dentro de los casos del principio real o de protección, sino dentro del principio de personalidad activa[102], aunque con una especial gravedad, pues no se trata de nacionales que estén residiendo fuera del país, sino de funcionarios públicos que realizan labores para el Estado en el extranjero, por lo que su vinculación con la sociedad peruana no es potencial, sino real.

C. *El principio de universalidad o de Justicia mundial*

En atención al principio de universalidad, la ley penal nacional se podrá aplicar a los hechos criminales cometidos en el extranjero sin tener en cuenta la nacio-

98 Vid., Reyna Alfaro, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 282 y s.

99 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 671, destacando que la exigencia de los efectos no se haga en todos los supuestos que abarca el principio real o de protección.

100 Similarmente, Rosales Artica: *Gaceta Penal & procesal Penal* 17 (noviembre de 2010), p. 64.

101 Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 189; Reyna Alfaro, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 280; Rosales Artica: *Gaceta Penal & procesal Penal* 17 (noviembre de 2010), p. 63.

102 Así, Jakobs: *Derecho penal*, PG, Apdo 5, n.m. 16, como una extensión del principio de personalidad activa.

nalidad de su autor, ni quién es el titular del bien jurídico lesionado, siempre que el Estado esté obligado a reprimir estos delitos por tratados internacionales (artículo 2 inciso 5 del CP)[103]. La doctrina penal ha intentado fundamentar este principio en una solidaridad internacional entre los Estados[104], pero queda claro que la concepción actual de los delitos contra la humanidad no se corresponde con una solidaridad entre los Estados, sino con una responsabilidad atribuida a cada Estado de reprimir este tipo de delitos[105]. Si bien no se trata de restablecer la vigencia de la identidad normativa de la sociedad nacional, lo que le da sustento a este principio es el compromiso de contribuir a la creación de un futuro orden jurídico mejor[106].

La regulación legal que se hace del principio de universalidad no es amplia, pues se restringe a los compromisos internacionales asumidos por el Perú. Esta técnica legislativa resulta doblemente conveniente. Por un lado, porque evita una configuración ilimitada de este principio, lo que sería científicamente insostenible e inaplicable en la práctica[107]. Por otro lado, porque una mención específica de los delitos tendría que actualizarse permanentemente para ajustarla a las nuevas exigencias de la persecución penal universal[108]. El principio de universalidad autoriza, en la actualidad, la aplicación de la ley peruana para castigar los llamados delitos contra la humanidad como la piratería, el terrorismo, la trata de personas, la tortura, la desaparición forzosa o el genocidio[109]. Sin embargo, a esta lista de delitos se pueden ir incorporando otros en función de los acuerdos internacionales a los que se vaya adhiriendo válidamente el Perú.

Pese a la clara vocación expansiva de ampliar el número de delitos que pudiesen considerarse universales, se aprecia también una tendencia general a limitar el uso del principio de universalidad por parte de los tribunales para conocer de delitos cometidos en el extranjero. En este sentido, por ejemplo, en España se ha procurado, sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, que los tribunales españoles conozcan de delitos de genocidio y lesa humanidad si es que sus presuntos responsables se encuentran en España, existen víctimas de nacionalidad española, o haya algún vínculo de conexión relevante con España. Por otro lado, el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país.

---

103 Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 709.

104 Así, Rosales Artica: *Gaceta Penal & procesal Penal* 17 (noviembre de 2010), p. 72.

105 Así, claramente, Pawlik: *ZIS* 7/2006, p. 279.

106 Vid., con mayores referencias, Pawlik: *ZIS* 7/2006, p. 290 y ss.

107 Así, Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 250.

108 Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 709.

109 Así, Villa Stein: *Derecho Penal*, PG, p. 214 y s.

En la línea de aplicar el principio de universalidad de una forma limitada, se ha procurado asignarle un carácter subsidiario[110]. En razón de ello, este principio solamente podrá ser usado si es que no resulta posible aplicar los otros principios que deciden también sobre la vigencia espacial de la ley penal. Esta posición no cuenta con una base legal expresa, por lo que no parece obligado tener que asumir la regla de la subsidiariedad del principio de universalidad. Si bien resulta necesario evitar una interferencia excesiva de los tribunales nacionales en el juzgamiento de los delitos cometidos en otros países, el manejo mesurado del principio de universalidad debe encontrar otros parámetros de restricción y no la simple asignación de un carácter subsidiario[111].

Como se ha dicho, el principio de universalidad se sustenta en los tratados internacionales que obligan al Perú a reprimir determinados delitos. Para hacer operativo este principio resulta necesario que el correspondiente tratado internacional se haya transformado en Derecho interno[112], pues de lo contrario solamente habrá una obligación internacional sin la necesaria taxatividad de la prohibición para legitimar la imposición de una sanción penal[113]. Las normas internacionales que establecen incriminaciones penales son de naturaleza no autoaplicativa *–non self executing–*, pues requieren de una normativa interna de desarrollo. Pese a lo anterior, el Tribunal Constitucional, sin negar la necesidad de una disposición interna, aboga por una perspectiva integradora en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional[114], proponiendo que el Derecho interno sea interpretado teleológicamente en función de los compromisos internacionales asumidos por el Perú[115]. Esta misma línea de pensamiento ha sido seguida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 9-2009, al señalar que la necesidad de una norma interna de desarrollo, "*en modo alguno, significa disociar los tipos legales nacionales de las exigencias internacionales, por lo que corresponde a la jurisdicción penal ordinaria armonizar en lo posible el tipo de lo injusto del delito de desaparición forzada de personas con las exigencias de la normativa*

110 Vid., la referencia de Reyna Alfaro, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 291, a un sector de la doctrina penal, con cita a Kai Ambos, que sostiene este parecer.

111 Similarmente, Reyna Alfaro, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 291.

112 Así, Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 256; Pérez López: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 123. No obstante, Lemke: *NK StGB*, § 6, n.m. 15, admite la posibilidad de que en el propio tratado internacional se haya acordado su ejecutabilidad, lo que bastaría para permitir la aplicación del principio de universalidad sin una norma interna de desarrollo.

113 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 20.

114 STC Exp. N° 00679-2005-AA de 2 de marzo de 2007, fundamento jurídico 36.

115 Así, igualmente, Caro Coria, en *Dificultades*, Ambos/Malarino/Woischnik (ed.), p. 384.

supranacional". Lo anterior no debe olvidar, sin embargo, que se trata de criterios de interpretación a ser tenidos en cuenta en el marco de lo dispuesto por el Derecho interno, por lo que no cabrá desnaturalizar la normativa nacional para adaptarla a los compromisos internacionales.

D. El principio de Administración de Justicia por representación

El artículo 3 del CP establece que la ley penal peruana se podrá aplicar cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente del Estado extranjero[116]. Como puede verse, condición para la aplicación de este principio es que haya existido un procedimiento de extradición y la entrega del requerido, por la razón que sea, haya sido denegada[117]. Si el Estado llega al convencimiento, por lo actuado en el proceso de extradición, que el delito se ha cometido realmente, puede evitar la impunidad que su decisión de negación de la extradición generaría, aplicando la ley penal nacional[118]. En estos casos, el Estado peruano presta su mano a otro Estado para el ejercicio de su potestad punitiva (*aut dedere aut judicare/punire*)[119].

Debe quedar claro que con el principio de Administración de Justicia en representación el Estado no aplica su propia ley penal en razón del algún punto de conexión, pues si fuese así, la aplicación se sustentaría en alguno de los principios de la vigencia espacial de la ley penal antes mencionados. En el caso de la Administración de Justicia por representación, el Estado procura simplemente no dejar en la impunidad la conducta delictiva cometida en el extranjero por y contra extranjeros, en la que no se ha afectado intereses nacionales o universales. El Estado que está legitimado para imponer la sanción manifiesta su intención de hacer efectiva la pretensión punitiva mediante el procedimiento de extradición, pero dicha pretensión no se puede hacer efectiva porque la normativa nacional no autoriza la entrega del requerido. En estos casos, el Estado requerido asume la representación del Estado solicitante, por lo que procede a juzgarlo y, en su caso, a condenarlo en su representación.

---

116 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 718.

117 A partir de esta peculiaridad, la doctrina penal le asigna a este principio un carácter subsidiario o supletorio. Vid., así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 19; VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 216; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 3, p. 300.

118 Destaca que es la ley penal nacional la que se aplica, siempre que haya identidad de normas con la ley penal extranjera, REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 3, p. 301. Críticamente desde la lógica de la teoría de las normas, PAWLIK: *ZIS* 7/2006, p. 286 y s.

119 Vid., PAWLIK: *ZIS* 7/2006, p. 286.

Capítulo 7
LA APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

I. INTRODUCCIÓN

En el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política se reconoce el principio de igualdad ante la ley como un derecho fundamental de toda persona. Para dar contornos más precisos al principio de igualdad ante la ley, hay que interpretar el artículo antes mencionado en sintonía con el artículo 103 de la misma carta fundamental, en donde se establece que "*pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas*". De la lectura conjunta de ambos dispositivos constitucionales se desprende con total claridad que la igualdad ante la ley no significa necesariamente tratar siempre a todos de la misma manera, sino únicamente cuando se esté en las mismas condiciones[1]. A *contrario sensu*, si es que se presentan situaciones desiguales, la ley no podrá apli-

1 Como lo sintetiza Bramont Arias: *La ley penal*, p. 242: "*igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones*". Por su parte, Castillo Alva, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 352, sostiene que la lectura conjunta de ambos artículos de la Constitución permite apreciar tres significados del principio de igualdad: por un lado, la igualdad ante la ley, que comprende una igualdad en el contenido de la ley y una igualdad en la aplicación de la ley; y, por el otro, el derecho a no ser discriminado. Posteriormente considera que la aplicación personal de la ley penal no es un tema de igualdad en la aplicación de la ley, sino de igualdad en el contenido de las leyes, en la medida que los privilegios o prerrogativas son creados por el legislador que define el contenido de la ley penal (p. 360). Esta afirmación no se comparte, en la medida que el hecho de que las prerrogativas estén legalmente contempladas no significa que sean parte de los tipos penales, sino que se trata de supuestos justificados de trato diferente que cumplen con la exigencia de taxatividad legal de los privilegios prevista en el artículo 10 del CP. Por lo tanto, la aplicación personal de la ley penal es un tema de igualdad en la aplicación de la ley penal.

carse de la misma manera, sino que tendrá que contemplar necesariamente un trato diferenciado.

En cuanto a la aplicación de la ley penal, el principio de igualdad ante la ley exige que la normativa penal se aplique sin distingos a las personas que cometen actos delictivos, tal como se desprende del propio tenor del artículo 10 del CP[2]. Sin embargo, la existencia de diferencias en la naturaleza de las cosas podría sustentar una aplicación diferente de la ley penal, como ocurre, por ejemplo, con las personas que ocupan determinados cargos o cumplen con ciertas funciones, cuyo ejercicio debe preservarse del peligro de injerencias indebidas. A esta aplicación diferente de la ley penal se le conoce como privilegio o prerrogativa, el cual solamente resulta admisible si se encuentra taxativamente previsto en las leyes o los tratados internacionales, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 del CP. Como puede verse, se asume un sistema cerrado o taxativo de los privilegios[3].

Algunos autores nacionales se muestran en la actualidad bastante críticos con la existencia de privilegios en la aplicación de la ley penal[4], lo que cuenta además con el apoyo de la opinión pública debido al abuso cometido por algunos políticos beneficiarios de estos privilegios para sustraerse a su responsabilidad penal, con la evidente complicidad de sus correligionarios. No obstante, debe quedar claro que, en el plano conceptual, los llamados privilegios no se otorgan en atención a la diferencia de las personas, sino en razón de la función que éstas desempeñan[5]. Se trata de contrapesos políticos frente al Poder Judicial y a la posibilidad de incidir negativamente en la vida política o internacional del Estado, los que se asientan en la idea de que este poder del Estado no gobierna ni debe impedir gobernar, aunque la actividad del gobierno se encuentre judicialmente controlada[6]. La solución al abuso, por lo tanto, no va por suprimir los privilegios, los cuales cumplen una función política importante, sino por instaurar mecanismos de corrección para evitar el abuso. Así, por ejemplo, la interpretación de los privilegios debería hacerse de

---

2 HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 919, aunque destacando que se hace de manera imperfecta.

3 Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 924. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 2004 intensifica la reserva de ley de los privilegios, en la medida que exige que dichos privilegios se encuentren previstos en la Constitución (vid., así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 215).

4 Así, DELGADO GUEMBES: *Prerrogativas parlamentarias*, p. 168 y ss., considera que en una sociedad democrática e igualitaria no es posible admitir los corporativismos que podrían originar las prerrogativas.

5 Vid., BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 241 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 922; CARO JOHN: *Normativismo*, p. 224.

6 Así, BACIGALUPO ZAPATER: *Justicia penal y derechos fundamentales*, p. 18.

forma restrictiva con la finalidad de evitar su utilización por parte de los beneficiarios para evadir la responsabilidad penal derivada de sus actuaciones.

En el presente capítulo, se hará un estudio detenido de los llamados privilegios o prerrogativas penales, esto es, aquellos que se refieren exclusivamente a la aplicación de la ley penal sustantiva. No serán tratados, por lo tanto, los privilegios de orden estrictamente procesal, como sería el caso, por ejemplo, de los llamados procesos especiales por razón de la función. Dentro de los privilegios referidos a la aplicación de la ley penal sustantiva, se suelen diferenciar en la literatura especializada los que tienen su origen en la legislación ordinaria y los que se instituyen en el marco de los tratados internacionales[7]. Sobre la base de esta diferenciación, se abordará en lo que sigue las distintas prerrogativas de carácter penal, dividiendo la exposición en privilegios de Derecho público interno, por un lado, y privilegios de Derecho internacional, por el otro.

II. LOS PRIVILEGIOS PENALES ESTABLECIDOS EN EL DERECHO PÚBLICO INTERNO

Los privilegios penales que se originan en normas de Derecho público interno encuentran sustento en la generación de condiciones adecuadas para el desempeño de determinados cargos públicos. En la medida que dichos cargos requieren cierta protección ante denuncias penales que respondan únicamente a intenciones o revanchas políticas, los privilegios de Derecho público interno apuntan a impedir o limitar este tipo de denuncias. La idea es que a los tribunales penales solamente lleguen las denuncias que realmente reúnan las condiciones que ameriten un procesamiento penal de altos funcionarios. Pero debe quedar claro que estos privilegios no constituyen una delegación de facultades jurisdiccionales a otros poderes del Estado, sino un filtro de carácter político que impide o restringe el uso "político" del sistema de represión penal[8]. En consecuencia, los órganos estatales encargados de pronunciarse en el marco de los privilegios de Derecho público interno no tienen que hacer un análisis jurídico-penal del caso concretamente denunciado, sino un examen puramente político, en el sentido de determinar si la persecución penal se inspira en una finalidad política o si, por el contrario, responde realmente a la realización de una conducta delictiva.

La doctrina penal clasifica los privilegios de Derecho público interno en tres clases distintas: la inviolabilidad, la inmunidad y el antejuicio político[9]. Con el pri-

---

7 En este sentido, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código Penal Anotado*, p. 156.

8 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 215, apunta que el origen de las limitaciones que constituyen las prerrogativas son siempre de carácter político.

9 Igualmente, BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 243; VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 235. Crítico frente a esta diferenciación conceptual, CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 361.

mer privilegio se libera de responsabilidad penal a ciertas personas por los delitos que pudieran haber cometido en la realización de determinadas actividades o funciones. El privilegio de la inmunidad impide, por su parte, que una persona pueda ser inmediatamente detenida y procesada por la realización de un delito. Finalmente, el antejuicio político constituye un privilegio que lleva a que determinados funcionarios públicos no puedan ser procesados penalmente por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo si previamente no se autoriza el procesamiento por determinado organismo estatal (por ejemplo, el Congreso). En los estudios especializados se discute si esta clasificación resulta correcta o no. Algunos autores cuestionan si la inmunidad y el antejuicio político son realmente privilegios penales o si no se trata, más bien, de condiciones u obstáculos de carácter procesal[10]. Otros autores, por el contrario, plantean ampliar la lista antes mencionada para considerar también a la Justicia de menores y a la Justicia militar como privilegios en la aplicación de la ley penal[11].

La exposición que sigue se va a mantener en la clasificación tradicional de los privilegios penales internos: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio político. La expresión sustantiva o procesal que pudiesen tener no altera su naturaleza de privilegio en el sistema penal. En unos casos, los privilegios impiden la aplicación de la ley penal a determinadas personas, mientras que en otros lo que se hace es instaurar cierto procedimiento especial para su aplicación a determinadas personas. En cuanto a la aplicación de la normativa penal de menores y militar, debe precisarse que, a nuestro entender, no constituyen en estricto privilegios penales, sino, más bien, fueros especiales[12] que, en determinados casos, pueden incluso llegar a ser más drásticos que la legislación penal ordinaria.

1. La inviolabilidad (o indemnidad)

El privilegio de la inviolabilidad establece que la persona que goza de este privilegio no puede ser castigada penalmente por la realización de determinados delitos[13]. Se trata de una protección legalmente prevista que impide que el privilegiado sea perseguido penalmente[14], siempre que se haya movido dentro del ámbito

10 Así, respecto de la inmunidad [SAN MARTÍN CASTRO: *JuS Doctrina & práctica* 7 (2007), p. 117; CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 363] y respecto del antejuicio político (VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 217).

11 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 944 y ss., 953 y ss.

12 Por el contrario, DELGADO GUEMBES: *Prerrogativas parlamentarias*, p. 15 y ss., contextualiza los privilegios en la idea de los fueros especiales.

13 Vid., BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 243.

14 Hacen mención a una analogía con la amnistía (una especie de analogía *a priori*), BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código Penal Anotado*, p. 156.

de alcance del beneficio de la inviolabilidad. El ejemplo más claro se encuentra en el artículo 93 segundo párrafo de la Constitución Política, en donde se establece la inviolabilidad de los congresistas por la emisión de sus opiniones y votos[15]. En efecto, en esta norma constitucional se establece que los congresistas no son responsables ante la autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, no responderán por la relevancia penal que pudiese alcanzar la expresión de sus opiniones (injurias, difamación o incluso apología del delito), así como tampoco por las consecuencias penales derivadas de una decisión legislativa que haya contado con su voto. La existencia de este privilegio se justificaría en la necesidad de garantizar el libre ejercicio de la función congresal, sin el temor de verse envuelto posteriormente en un sinnúmero de denuncias penales por lo expresado o realizado durante el desempeño del cargo[16]. A los miembros del Tribunal Constitucional les alcanza también esta prerrogativa, tal como lo establece expresamente el artículo 201 de la Constitución.

En cuanto a su específica naturaleza jurídico-penal, algunos autores consideran que la inviolabilidad constituye una causa de atipicidad que excluiría la relevancia penal de la conducta[17]. Otros autores se inclinan por el parecer de que se trataría de una causa de justificación, pues el funcionario público privilegiado realiza una acción típica, pero justificada en el ejercicio de sus funciones[18]. Por nuestra parte, disentimos de las opiniones precedentes, ya que la existencia del privilegio de inviolabilidad no excluye el carácter delictivo de la conducta realizada, sino, en todo caso, su punibilidad[19]. Esta distinción conceptual no es puramente teórica, pues repercute en cuestiones prácticas como podría serlo el tratamiento de la legítima defensa. Así, por ejemplo, un ministro de Estado interpelado podrá responder legítimamente frente a las agresiones verbales que, en contra suyo, realiza un congresista ofuscado, sin que la situación de falta de pena para el congresista pueda influir en el ejercicio de una legítima defensa del honor frente a una agresión injusta. Las afirmaciones injuriantes del congresista siguen siendo una agresión ilegítima que puede dar pie a una defensa racional por parte del afectado e incluso de cualquier tercero.

---

15 Vid., Castillo Alva, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 361.

16 Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 926; Tiedemann: *Constitución y Derecho penal*, p. 135; Creus: *Derecho Penal*, PG, p. 123; Castillo Alva, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 361.

17 En este sentido, Zaffaroni: *Manual*, PG, I, p. 233.

18 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 928. En concreto hacen referencia al ejercicio de un derecho Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 185; Fiandaca/Musco: *Derecho penal*, PG, p. 160.

19 En el mismo sentido, Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 277; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 216.

2. La inmunidad

La inmunidad es el privilegio que impide que ciertos funcionarios públicos puedan ser inmediatamente detenidos y procesados por la realización de un delito (inmunidad de arresto y de proceso)[20]. El caso más conocido de inmunidad es la parlamentaria, la cual se encuentra expresamente regulada en el artículo 93 tercer párrafo de la Constitución Política. Según esta disposición constitucional, los congresistas no pueden ser procesados ni apresados sin previa autorización del Congreso desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en el cargo. Se trata, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional, de "*una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación*"[21].

El privilegio de la inmunidad parlamentaria no es absoluto, pues puede ser levantado bajo determinadas condiciones legalmente establecidas[22]. En primer lugar, un congresista puede ser detenido en situación de flagrancia, en cuyo caso deberá ser puesto a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente en veinticuatro horas, a fin de que este órgano decida si procede privarle de la libertad y enjuiciarle penalmente por el delito cometido[23]. Fuera de los casos de delito flagrante, el Poder Judicial podrá solicitar al Congreso de la República que se le levante la inmunidad parlamentaria a un congresista denunciado por un delito, para poder procesarlo y condenarlo si es que es hallado culpable. Es importante precisar que el Congreso no se mueve discrecionalmente en relación con este privilegio, pues, tal como lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, "*una vez determinada la ausencia de toda motivación política en la acusación, el Congreso tiene el **deber** de levantar la inmunidad al imputado*"[24] (el resaltado es nuestro).

3. El antejuicio político

El antejuicio político o acusación constitucional es un privilegio atribuido a altos funcionarios públicos por el cual estos funcionarios sólo podrán ser acusados penalmente por el Congreso de la República por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha estable-

---

20 Vid., BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código Penal Anotado*, p. 157.

21 STC Exp. N° 0006-2003-AI/TC de 1 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 5.

22 Vid., BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código Penal Anotado*, p. 157.

23 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 217; VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 237.

24 STC Exp. N° 0006-2003-AI/TC de 1 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 5.

cido que "(e)*n virtud de dicho privilegio, los referidos funcionarios públicos tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual el cuerpo legislativo debe haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como su subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley*"[25]. La finalidad de este privilegio es descartar que la persecución penal contra un alto funcionario se encuentre motivada por algún revanchismo político. Castillo Alva considera que el antejuicio está, en realidad, integrado en la inmunidad, por lo que no se trataría de un privilegio distinto[26]. Si bien esta afirmación podría ser correcta en casos como el de la inmunidad parlamentaria, no siempre es así, pues puede ser que exista una inmunidad que no esté vinculada a un antejuicio político, como sería el caso de las inmunidades diplomáticas.

El antejuicio político está regulado en el artículo 99 de la Constitución Política, en donde se concede este privilegio al Presidente de la República, los congresistas, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Vocales de la Corte Suprema, Fiscales Supremos, Defensor del Pueblo y al Contralor General por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en éstas. Las particularidades de este procedimiento parlamentario de control político se encuentran establecidas en el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República. Son tres las notas esenciales del antejuicio político, como lo destaca San Martín Castro[27]: Un ámbito subjetivo que lo limita taxativamente a los altos funcionarios públicos mencionados en el artículo 99 de la Constitución; un ámbito material que lo circunscribe a los delitos de función; y un ámbito temporal que alcanza a los delitos cometidos durante su desempeño en el cargo y hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones.

Un aspecto del procedimiento del antejuicio político que resulta sumamente discutible es la vinculatoriedad, para el Ministerio Público y el Poder Judicial, de los términos de la acusación del Congreso, en el sentido de que la formalización de la investigación preparatoria (o la denuncia penal y el auto de apertura de instrucción en el viejo código de procedimientos penales) no puede ampliar ni reducir los términos de dicha acusación[28]. La interpretación usual de la regulación consti-

25 STC Exp. N° 0006-2003-AI/TC de 1 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 3.

26 Castillo Alva, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 364.

27 Vid., San Martín Castro: *JuS Doctrina & práctica* 7 (2007), p. 112 y s. Igualmente, Caro John: *Dogmática penal aplicada*, p. 247.

28 Sin contar que este dispositivo constitucional debe cambiar prontamente para ajustarse al nuevo modelo procesal penal, en el que no hay un fiscal que formaliza denuncia y un juez

tucional es entender que incluso la calificación jurídica de los hechos realizada por el Congreso resulta vinculante para el Ministerio Público y el Poder Judicial. Esta interpretación es, sin embargo, insostenible, pues no sólo afecta la independencia de la Administración de Justicia, sino que olvida que el antejuicio político es una institución política, no jurídica. Por lo tanto, darle a este procedimiento una vinculatoriedad jurídica significa olvidarse por completo de su verdadera naturaleza.

El Tribunal Constitucional ha destacado el carácter inaceptable de la vinculatoriedad de la calificación jurídica hecha por el Congreso, señalando que "*las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159°; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139°), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso*"[29]. Por esta razón, exhorta al Congreso de la República a reformar la Constitución Política en atención a lo acabado de decir.

En la doctrina penal se ha sostenido un parecer que matiza el tenor de la disposición constitucional que establece la vinculatoriedad del sistema penal con los términos de la acusación constitucional con la finalidad de hacerla compatible con la autonomía del Poder Judicial. Se trata de darle a los términos de la acusación constitucional el carácter de una imputación provisional que no impide que posteriormente el juzgador pueda realizar un cambio en la calificación jurídico-penal del mismo hecho[30]. De esta manera, el proceso penal deberá abrirse en los términos jurídicos establecidos en la acusación constitucional, pero esta calificación no tiene que mantenerse incólume hasta la sentencia, sino que, en mérito de lo investigado y posteriormente juzgado, puede ser perfectamente modificada por el órgano pertinente.

---

que abre instrucción, sino un fiscal que formaliza investigación preparatoria y comunica ello al juez de la investigación preparatoria. La urgencia de esta modificación se acentúa por el hecho de que, tal como lo dispone la Ley 29574, el nuevo Código procesal penal entrará en vigencia inmediata para los delitos cometidos por funcionarios públicos.

29 STC Exp. N° 0006-2003-AI/TC de 1 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 17.

30 Así, SAN MARTÍN CASTRO: *JuS Doctrina & práctica* 7 (2007), p. 115 y s.

III. LOS PRIVILEGIOS PENALES ESTABLECIDOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como ya se indicó, los privilegios penales de carácter internacional tienen su fuente en los tratados internacionales. Estos privilegios responden a la necesidad de garantizar que las relaciones internacionales entre los Estados no se vean afectadas por una eventual persecución penal a altos funcionarios que representan a países extranjeros[31]. Como puede verse, no se trata aquí de crear las condiciones para el desempeño de un cargo, tal como sucede en el caso de las prerrogativas de Derecho público interno, sino de no afectar las relaciones internacionales con otros Estados, renunciando incluso a la facultad de detener, procesar y, dado el caso, condenar al representante de un extranjero por la realización de un delito sancionado por la ley penal peruana. En todo caso, quedará en manos del Estado extranjero procesar y condenar a funcionario privilegiado conforme a la legislación penal de su propio país. Los privilegios reconocidos en el Derecho internacional son la inviolabilidad y la inmunidad.

1. La inviolabilidad

Tal como sucede con la inviolabilidad de Derecho público interno, la inviolabilidad de Derecho internacional impide que ciertas personas respondan penalmente por la realización de un delito, siendo la única particularidad de esta última forma de inviolabilidad que su fundamento se encuentra en razones de Derecho internacional. Así, por ejemplo, el artículo 297 del Código de Bustamante señala que los Jefes de Estado extranjeros están exentos de las leyes penales del Estado extranjero en el que se encuentren[32]. En el Tratado de Montevideo de 1940 se amplía este privilegio a los miembros integrantes de su séquito[33]. De igual manera, el artículo 19 de la Convención de la Habana de 1928 establece que los funcionarios diplomáticos están exentos de toda jurisdicción civil y/o criminal del Estado ante el cual se encuentren acreditados, extendiéndose este privilegio a todo funcionario diplomático, al personal oficial de la misión y a los familiares que viven bajo el mismo techo[34]. En la misma línea, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre relacio-

---

31 En este sentido, Fiandaca/Musco: *Derecho penal*, PG, p. 154. Igualmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho penal*, PG, I, § 3, n.m. 940, quien se remite a la necesidad de "*garantizar el cumplimiento eficaz de sus misiones diplomáticas en tanto que representantes de los Estados*".

32 Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 937; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 218.

33 Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 938; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 218.

34 Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 941.

nes diplomáticas establece una exención completa de la jurisdicción penal para el agente diplomático, lo que se amplía a los representantes consulares solamente por acciones cometidas en el cumplimiento de sus funciones consulares[35].

2. La inmunidad

La inmunidad diplomática constituye posiblemente el privilegio de Derecho internacional más conocido, alcanzando su ámbito de aplicación no sólo a los representantes diplomáticos, sino también a los papeles, archivos y correspondencia de carácter diplomático (la llamada valija diplomática). En virtud de este privilegio, ningún representante diplomático puede ser detenido ni procesado penalmente, estando incluso impedido de renunciar a este privilegio sin la autorización correspondiente de su gobierno. El privilegio de la inmunidad no alcanza a los representantes consulares que se limitan a funciones de carácter comercial o administrativo.

Algunos autores incluyen dentro de los privilegios de Derecho internacional el caso de los miembros de las fuerzas armadas extrajeras por los delitos cometidos dentro del perímetro de las bases militares apostadas en territorio de otro país[36]. Sin negar la existencia de una limitación de la aplicación de la ley penal en estos casos, no parece ser que se trate de un privilegio personal, sino de una cuestión de territorialidad, es decir, que las bases militares constituyen parte del territorio ficto del país extranjero, de manera tal que dentro de su perímetro resultan aplicables sus propias leyes penales, renunciando el Estado al que pertenece naturalmente el territorio a la facultad de hacer efectivo el ejercicio de su potestad punitiva dentro del territorio ocupados por las bases militares extranjeras.

35 En este sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 278.

36 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 279; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 943.

Capítulo 8
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

I. INTRODUCCIÓN

Otro de los aspectos centrales de la aplicación de la ley penal es el referido a su interpretación. Ya que de la ley no puede extraerse deductivamente la solución específica para el caso concreto[1], el juez debe realizar siempre un proceso de interpretación[2]. Este proceso no se lleva a cabo mecánicamente[3], sino que precisa de una actividad de comprensión por parte del intérprete que se alcanza a través de un ir y venir de la ley general al caso concreto[4]. A pesar de que el juez cuenta con cierta autonomía para interpretar la ley, su actuación no es absolutamente discrecional, sino que se encuentra sujeta a ciertas reglas lógicas y a un contexto normativo que debe obligatoriamente observar. Los pasos del proceso hermenéutico y los métodos disponibles para hacerlo, dan origen a lo que la doctrina llama *teoría de la interpretación*[5]. En lo que sigue vamos a ocuparnos de esta parte importante de la aplicación de la ley, particularizando los tópicos de discusión de la teoría general de la interpretación en las leyes que conforman el sistema penal.

---

1 Vid., en este sentido, Hassemer: *NK* § 1, n.m. 102.

2 Vid. Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 38; Silva Sánchez, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, LH-Jakobs*, p. 203; Bramont Arias: *La ley penal*, p. 67 y ss.; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 484 y ss.

3 Vid., Bramont Arias: *La ley penal*, p. 73.

4 Vid., así, Engisch: *Einführung*, p. 56 y ss.; Hassemer: *NK* § 1, n.m. 102.

5 Estos aspectos generales de la interpretación de la ley penal adquieren contornos específicos en la teoría del delito y en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Por ello, Hassemer: *NK* § 1, n.m. 104, diferencia la teoría de la interpretación, de la dogmática penal.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

La interpretación es una actividad esencial para el Derecho penal. Con esta actividad resulta posible establecer o determinar el significado de algo que resulta necesario para el desenvolvimiento del sistema penal. Ese algo puede ser un hecho, una acción o un enunciado[6]. Mientras que con los dos primeros se determina el sentido social del hecho concreto que es evaluado por el juez, la interpretación de los enunciados está dirigida fundamentalmente a desentrañar los criterios de decisión establecidos por el legislador en la ley penal. Bajo estas consideraciones, cuando se habla de la interpretación de la ley penal, está claro que se está haciendo referencia a la última clase de interpretación.

1. Los métodos de interpretación en el Derecho penal

Para poder desentrañar el sentido y alcance de un enunciado legal que ofrece un problema interpretativo[7], el intérprete acude a los llamados métodos de interpretación o argumentos interpretativos. Dentro de estos métodos destacan especialmente el método gramatical, el sistemático, el histórico y el teleológico[8]. Como es bastante sabido, el primero acude al sentido literal del texto legal para determinar el alcance de la regulación sometida a interpretación, mientras que el segundo procura dotar de sentido a la ley interpretada en atención a un contexto normativo general que permitiría ordenar los conceptos utilizados en la ley. A determinar cuál era la voluntad del legislador al promulgar la ley apunta el llamado método histórico, el cual resulta de especial importancia en la interpretación de dispositivos legales de reciente creación. En un plano más objetivo se mueve el método teleológico, el cual intenta determinar el fin contenido en la regulación a efectos de ordenar la interpretación del texto legal a dicho fin.

Los métodos de interpretación mencionados son utilizados para determinar aspectos muy concretos de la ley penal. Así, por ejemplo, el método gramatical sirve para fijar el significado máximo que el intérprete puede asignar a los conceptos legales sin abandonar el tenor de la ley penal[9], lo que resulta de suma importancia en

---

6 Vid., GARCÍA AMADO: *Anuario de Derecho Penal, 2005*, Hurtado Pozo (dir.), p. 32.

7 Un problema interpretativo tiene lugar cuando no se sabe con precisión a qué se refiere un determinado enunciado normativo [vid., GARCÍA AMADO: *Anuario de Derecho Penal, 2005*, Hurtado Pozo (dir.), p. 45]. Esta falta de precisión puede deberse a un tema de ambigüedad (el término utilizado tiene varios significados) o vaguedad (el término utilizado no tiene delimitado perfectamente el conjunto de elementos que abarca).

8 Vid., sobre el alcance de cada uno de los métodos de interpretación mencionados, OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 41, 44, 47 y 50.

9 Vid., OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 41; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 6, n.m. 14.

el Derecho penal por la observancia rigurosa del principio de legalidad (*lex stricta*). Por su parte, el método sistemático permite dar sentido a la ley penal en función de su contexto jurídico[10], lo que supone entender que se encuentra normalmente coordinada o vinculada con otras disposiciones legales en un marco general[11]. En el caso de una ley penal contenida en el Código Penal, por ejemplo, la ubicación sistemática del tipo penal sometido a análisis permite ordenar su interpretación de manera más homogénea no sólo en función del bien jurídico protegido, sino también de la forma de ataque prohibida[12]. El método histórico apunta a determinar la finalidad político-criminal que sustenta de forma reconocible la promulgación del Código Penal o de una ley penal especial[13], para lo cual se recurre a diversos documentos escritos como proyectos, exposición de motivos, actas de comisiones o debates parlamentarios, etc.[14]. Posiblemente el método teleológico sea el más importante en la interpretación de la ley penal, al menos de los tipos penales de la Parte Especial, en la medida que permite orientar la determinación de la conducta prohibida en función del fin de protección[15], esto es, del bien jurídico penalmente protegido.

2. La ordenación de los métodos de interpretación

Al abordar el tema de la interpretación de la ley penal, la doctrina penal menciona usualmente los métodos de interpretación como un conjunto de pasos sucesivos que permiten determinar el contenido y alcance de la ley penal. Así, se sostiene que el intérprete debe partir del tenor literal de la ley penal en el sentido del uso ordinario del lenguaje, considerando luego la estructuración del dispositivo penal, así como el contexto jurídico sistemático en el que se encuentra. Luego pasaría a determinar la intención histórica del legislador que aprobó la ley correspondiente (incluyendo también las reformas legales posteriores) para finalmente llegar a establecer cuál es la finalidad objetiva (*telos*) de la ley interpretada[16].

---

10 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 538.

11 Vid., Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 6, n.m. 17.

12 Vid., Rodríguez Mourullo: *Derecho Penal*, PG, p. 106.

13 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 548.

14 Vid., rodríguez mourullo: *Derecho Penal*, PG, p. 107; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 6, n.m. 15.

15 Vid., Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, § 3, n.m. 7; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 6, n.m. 20.

16 Vid., en este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 28; Bramont Arias: *La ley penal*, p. 82 y ss.; Muñoz Conde: *Introducción*, p. 231 y s., aunque reconoce que no cabe absolutizar dicho procedimiento. Por su parte, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 563 y s., niegan, en la actualidad, que la interpretación sea un procedimiento compuesto por estas etapas diferenciadas.

Frente a la mencionada forma de ordenar usualmente la interpretación de la ley penal, se opone aquélla que ve en el proceso interpretativo no una sucesión preestablecida de los criterios de interpretación, sino una combinación de los mismos. En esta línea se mueve, por ejemplo, el parecer de HASSEMER, quien entiende que, debido a la falta de una metateoría de la teoría de la interpretación que nos precise en qué situación de la decisión judicial debe utilizarse un determinado criterio de interpretación, la solución del caso concreto se muestra como una síntesis de los criterios de interpretación, explicable más por razones subjetivas[17]. JAKOBS admite también que en el proceso hermenéutico se presenta una conexidad entre los métodos de interpretación (subjetivo, histórico y objetivo), pero niega que sea el resultado de un proceso subjetivo del juez, sino que se trata, más bien, de determinar el supuesto fin de regulación de la ley penal. Sólo con tal determinación puede llevarse a cabo la interpretación de la ley penal; esto es, la especificación de los elementos generales de la forma de conducta prohibida por el tipo penal[18].

Ante el panorama doctrinal expuesto, nos inclinamos por el parecer que sostiene que el criterio esencial para la interpretación de la ley penal se encuentra en la determinación del fin de la regulación (*telos*)[19]. De otra forma, no sería posible justificar una decisión judicial más allá de la sola subjetividad del juez. Cada ley tiene un fin de regulación independiente de la voluntad del juez encargado de utilizarla para la solución del caso concreto, de manera que la plausibilidad de la interpretación dependerá de la correcta determinación del fin de regulación de la ley[20]. Para poder establecer este fin de regulación debe recurrirse sobre todo a una teoría objetiva (voluntad de la ley), sin dejar de lado obviamente la conexidad o correspondencia con los criterios subjetivo e histórico[21]. Elementos de juicio para

17 En este sentido, HASSEMER: *NK*, § 1, n.m. 119 y ss.; EL MISMO, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 21; EL MISMO, *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 154; BACIGALUPO ZAPATER: *Técnica de resolución*, p. 143.

18 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 18 y ss. Igualmente destaca la preponderancia del método teleológico como reconstrucción racional de las proposiciones jurídico-penales, SILVA SÁNCHEZ: *FS-Jakobs*, p. 646.

19 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 18, en tanto parte de la necesidad de una representación del fin de regulación para poder llevar a cabo una interpretación (el llamado círculo hermenéutico). Destacan el papel primordial de la interpretación teleológica, SILVA SÁNCHEZ: *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, LH-Jakobs*, p. 208; AROCENA: *Interpretación*, p. 30 y s. De una opinión distinta es HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 114, quien cuestiona la interpretación teleológica como un criterio externo, y lo considera no más que un aspecto que está en la cabeza del juez.

20 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 18, indica que una incorrecta determinación del fin de la regulación trae soluciones interpretativas inservibles o útiles sólo por casualidad.

21 Vid., así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 21, pues si no existe tal conexidad o correspondencia entre los criterios mencionados, la interpretación llegará a resultados co-

esta constatación objetiva de la voluntad de la norma son su denominación legislativa, el tenor literal, y sobre todo su ubicación sistemática. En el caso específico del Derecho Penal, determinar el fin de la regulación penal significa establecer la concreta expectativa social garantizada normativamente y cuáles son las formas de conducta que la defraudan.

III. LA PERSPECTIVA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

En la interpretación de la ley penal se discute la cuestión de si el Derecho penal determina el significado de los conceptos utilizados por los tipos penales de manera autónoma o no. La doctrina penal se encuentra entre dos perspectivas de análisis que llevan a soluciones diferentes. Por un lado, se encuentra aquella que entiende que el Derecho penal cumple una función de refuerzo punitivo de las instituciones civiles, comerciales o administrativas, por lo que la interpretación de los elementos típicos tendría que asumir un carácter esencialmente accesorio de la regulación primaria. Frente a este planteamiento se erige la llamada perspectiva fáctica de análisis, la que establece que el significado de los elementos típicos debe determinarse de manera independiente de cómo se entienden en la regulación civil, mercantil o administrativa.

1. La perspectiva accesoria

Un sector de la doctrina penal defiende el carácter accesorio de la protección penal[22], lo que llevaría a sostener una interpretación de la ley penal fuertemente vinculada a lo que establece la regulación extrapenal de referencia. Este planteamiento parece encontrar su punto de partida en el carácter secundario que se le suele asignar al Derecho Penal[23], en el sentido de que este orden normativo solamente debe entrar en escena si es que los mecanismos de control menos gravosos fracasan. De alguna manera, existiría, pues, una cierta equivalencia funcional entre los distintos ámbitos de regulación jurídica, lo que justificaría que los conceptos utilizados en los tipos penales para definir las conductas penalmente relevantes sean interpretados del mismo modo que se hace en la regulación primaria. La idea de una unidad del ordenamiento jurídico terminaría de dar el respaldo sistemático a esta propuesta sobre la forma como deben ser interpretadas las leyes penales.

---

rrectos sólo por casualidad. Destacan la necesidad de emplear ambos criterios, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 511.

22 Así, en el Derecho penal patrimonial, Kindhäuser: *Strafrecht*, BT, II, p. 43. En el Derecho penal económico, Tiedemann: *FS-Dünnebier*, p. 530; El Mismo, *Poder económico*, p. 21; Mazuelos Coello: *Derecho penal económico*, p. 32. En relación con los delitos contra el medio ambiente, Caro Coria: *Derecho penal*, p. 120.

23 El carácter secundario del Derecho penal puede verse ya en la comprensión de las normas de Bindig: *Normen*, I, p. 45.

La perspectiva accesoria en la interpretación de la ley penal se construye sobre una base equivocada. La secundariedad del Derecho Penal, que se expresa en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, no tiene nada que ver con el carácter accesorio de la persecución penal. El hecho de que la respuesta penal deba ser la *última ratio* no significa que los criterios que la informan sean los mismos que los manejados en los ámbitos jurídicos previos. El Derecho penal lleva a cabo una interpretación propia de las leyes con base en el fundamento que legitima la imposición de las consecuencias jurídico-penales. El hecho que el objeto de regulación penal (esto es, la conducta delictiva) se encuentre definido en algunos de sus aspectos por una normativa extrapenal, no obliga a realizar una interpretación accesoria de la ley penal[24].

2. La perspectiva fáctica de análisis

La otra propuesta de interpretación de las leyes penales es la llamada perspectiva fáctica de análisis, la que se presenta como un método autónomo de interpretación de la ley penal que define los elementos típicos en un sentido estrictamente fáctico, es decir, con independencia de su significación en el Derecho civil, comercial o administrativo[25]. Lo que importa al interpretar los tipos penales es el hecho fáctico sin que se deban considerar las valoraciones que otras ramas jurídicas pudiesen hacer sobre el mismo. El único límite a este enfoque hermenéutico sería el tenor literal de los tipos penales, pues, de lo contrario, se daría entrada a una analogía prohibida en la fundamentación de las sanciones penales[26].

La perspectiva fáctica de análisis es acogida en sede penal por Hans Bruns en 1938, quien propuso una interpretación de las leyes penales liberada del pensamiento jurídico-civil[27]. Si bien este enfoque había sido considerado anteriormente en la interpretación de aspectos puntuales de la legislación penal[28] e incluso usado por los tribunales penales alemanes en diversos pronunciamientos[29], no fue sino

24 Vid., Kölbel: *GA* 2002, p. 403 y ss.

25 Vid., así, Bruns: *JR* 1984, p. 135 y ss. Vid. también la referencia de Cadus: *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 72 y ss. En contra, Tiedemann: *NJW* 1977, p. 779; El Mismo, voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; El Mismo, *JuS* 1989, p. 695.

26 Vid., en este sentido, Tiedemann: *NJW* 1977, p. 779; El Mismo, voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; El Mismo, *Einführung*, p. 69.

27 Bruns: *Befreiung, passim*. Vid., también la referencia en Cadus: *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 17 y ss.; Gübel: *Die Auswirkungen*, p. 25.

28 Vid., Cadus: *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 17 y s.

29 Vid., Bruns: *GA* 1982, p. 22; El Mismo, *JR* 1984, p. 136; Gübel: *Die Auswirkungen*, p. 103.

hasta el aporte realizado por Bruns que se alcanzó un desarrollo general de la cuestión. Donde ha tenido especial incidencia esta perspectiva análisis es en la interpretación de las leyes penales de carácter económico[30], siendo utilizada para interpretar términos como administrador de una persona jurídica, deudor, patrimonio o contrato[31]. La idea central es que estos conceptos no deben ser interpretados en atención al sentido que se les asigna en la regulación extrapenal (civil o societaria), sino conforme a las necesidades penales de castigo[32]. La perspectiva económica de análisis sería no más que una forma especial de manifestación de la perspectiva fáctica de análisis[33].

Pese a la utilidad práctica de la perspectiva fáctica de análisis para solucionar algunos vacíos de punibilidad[34], la asunción plena de este enfoque interpretativo no puede ser considerada correcta. No cabe duda que las leyes penales deben interpretarse siempre desde una perspectiva penal, pues el traslado de los criterios regulatorios del Derecho civil o administrativo al ámbito penal, implicaría confundir sectores jurídicos independientes a los que corresponden funciones distintas[35]. No obstante, no debe olvidarse que el Derecho penal regula, por lo general, aspectos de la realidad que cuentan con una regulación primaria que condiciona de alguna manera su propio objeto de regulación[36]. Por esta razón, no puede admitirse una interpretación puramente fáctica que niegue la base jurídica de la realidad penalmente regulada[37]. Los tipos penales no recogen un hecho en su estado natural, sino en su significación institucional y, por lo tanto, definido por la regulación primaria.

3. Toma de posición: La interpretación autónoma de la realidad regulada

La unidad del ordenamiento jurídico, como un todo ideal sin contradicciones, no excluye la formación de ámbitos parciales independientes del Derecho con

30 Esto puede verse claramente en el tema de la responsabilidad penal de los administradores de personas jurídicas. Vid., así, Gübel: *Die Auswirkungen*, p. 97 y ss.; Wiesener: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 15; García Cavero: *La responsabilidad penal*, p. 140 y ss.

31 Vid., Cadus: *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 25 y ss.

32 Vid., supuestos en los que puede rendir utilidad la perspectiva fáctica de análisis, Bruns: *JR* 1984, p. 136 y ss.; Cadus: *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 74.

33 Así, Cadus: *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 26.

34 Reconoce la ventaja de este método incluso Tiedemann: *FS-Dünnebier*, p. 525.

35 Vid., Witteck: *Der Betreiber*, p. 168 y s.

36 Vid., en este sentido, Tiedemann: *Einführung*, pp. 2, 67; Muñoz Conde/García Arán: *Derecho penal*, PG, p. 78.

37 Son razones materiales del objeto de protección las que obligan a una consideración de la regulación extrapenal en la regulación penal, y no, más bien, cuestiones de carácter formal, como lo sostiene Tiedemann: *FS-Dünnebier*, p. 525 y s., con base en la seguridad jurídica.

objetivos y contenidos conceptuales propios[38]. En este sentido, el Derecho penal puede utilizar conceptos en sus tipos penales que no necesariamente tienen que corresponderse con el sentido que específicamente le asigna el Derecho civil, administrativo, comercial o laboral. Sobre la base de esta idea puede decirse que la ley penal debe ser interpretada siguiendo un criterio autónomo del resto del ordenamiento jurídico[39]. En este punto le asiste, por lo tanto, plena razón a la perspectiva fáctica de análisis, cuando propugna la liberación del pensamiento jurídico-civil (o de cualquier otro ámbito jurídico de regulación) en la interpretación de las leyes penales.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la regulación primaria carezca de toda relevancia al momento de interpretar las leyes penales. Si bien el enfoque asumido por el Derecho penal no se corresponde con el utilizado por el Derecho civil, comercial o administrativo y, por ello, no es posible hablar de una relación de accesoriedad, tampoco puede desestimarse la regulación primaria si es que incide en la propia configuración del objeto de protección penal. En muchos casos, el tipo penal tipifica una conducta que tiene lugar en un contexto jurídicamente regulado y, por lo tanto, esa particular circunstancia debe ser necesariamente tenida en cuenta al momento de determinar lo que es objeto de represión penal. La autonomía de la interpretación penal se encuentra en los criterios para decidir la imposición de las consecuencias jurídicas, pero no en la determinación del objeto de regulación.

Nuestra posición puede ser graficada con el ejemplo de la distinción jurídico-civil de bienes en muebles e inmuebles asumida por la protección penal del patrimonio. La regulación civil no puede ser desconocida por el intérprete penal, de modo que considere, por ejemplo, que un camper es un inmueble en los términos del delito de usurpación porque ahí resida una persona. El criterio jurídico-civil de distinción de los bienes debe ser el que se tenga en cuenta al interpretar la regulación penal. Sin embargo, el intérprete penal puede dejar de lado los aspectos regulativos de la normativa civil que son ajenos al sentido de la regulación penal. En ese orden de ideas, si bien la regulación civil establece que los bienes muebles integrantes de un bien inmueble deben considerarse también bienes inmuebles con base en la regla de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" (artículo 889 del CC), esa ordenación no vincula al intérprete penal, quien puede calificar su sustracción subrepticia como un delito de hurto, pues a efectos penales siguen considerándose un bien que puede ser desplazado de la esfera de dominio del titular a la de otro[40].

---

38 TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 41.

39 Vid., la referencia a esto, en TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 59.

40 Así, KINDHÄUSER: *Strafrecht*, BT, II, p. 48; GARCÍA CAVERO: *Nuevas formas*, p. 34 y s.

4. La modulación de la perspectiva interpretativa

Como puede fácilmente advertirse, la posición asumida parte de una interpretación autónoma de la ley penal, aunque receptiva de la regulación primaria que define ciertos aspectos de la conducta penalmente relevante. Esta matización de la perspectiva autónoma resulta necesaria para que la interpretación de la ley penal, sin renunciar a su finalidad propia, se ajuste convenientemente a su objeto de regulación. Sin embargo, esta confluencia de perspectivas no significa que siempre se deban combinar en la misma proporción, pues en determinados casos resulta razonable otorgar una mayor preponderancia a una de ellas por sobre la otra. Esta modulación de las perspectivas de interpretación de la ley penal puede deberse a la naturaleza del delito regulado o al uso de determinadas técnicas de tipificación.

A. La naturaleza del delito regulado

La interpretación de la ley penal debe ser puramente fáctica en ámbitos sociales en los que no existe, en lo absoluto, una regulación extrapenal o ésta es penalmente irrelevante[41]. El recurso a una perspectiva fáctica de análisis se debe a que la base material de la regulación penal está estrictamente determinada por lo que produce el hecho fáctico. Para graficarlo con un ejemplo: El delito de comercialización de bienes defectuosos destinados al uso o consumo humano (artículo 288 del CP) debe ser interpretado en un sentido puramente fáctico, por lo que no cabe exigir que el sujeto activo del delito reúna la calidad jurídica de comerciante, ni que la comercialización cumpla con las exigencias contractuales para considerarla tal. La protección penal no se centra en la contratación comercial, sino en la peligrosidad de lo que se comercializa.

Una interpretación accesoria de la ley penal prepondera, por el contrario, cuando el Derecho penal protege una institución jurídicamente configurada, esto es, cuando se trate de asegurar penalmente el funcionamiento o los efectos de la regulación de determinadas instituciones extrapenalmente configuradas[42]. En estos casos, incluso los criterios de imputación penal deben de estar informados por las particularidades de la regulación extrapenal, de manera tal que una interpretación autónoma no resulta de recibo. Por ejemplo: los delitos de funcionarios públicos se sustentan en la infracción de deberes estatales administrativamente configurados. Dado que el Derecho penal asume la función de mantener la intangibilidad de

41 Vid., en este sentido, Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 61; El Mismo, voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

42 Así, en relación con los deberes de funcionarios públicos, Pawlik: *InDret* 1/2008, p. 21. Tiedemann: *Einführung*, p. 3, denomina en general estos casos como supuestos de "contrariedad al deber", en los que no cabe duda que la ley penal hace una remisión concluyente a los deberes configurados extrapenalmente.

los contornos normativos de la institución estatal, la interpretación del tipo penal adquiere un carácter esencialmente accesorio de la normativa administrativa. Solamente si la regulación extrapenal recurre, por su parte, a criterios puramente fácticos para configurar la relación institucional, el Derecho penal podrá tener en cuenta también tal perspectiva fáctica en la interpretación de los tipos penales que protegen la institución social extrapenalmente configurada.

B. Las técnicas de tipificación

Al momento de decidir la incriminación de una conducta socialmente indeseada, el legislador penal puede recurrir a determinadas técnicas de tipificación que se inclinan por una interpretación autónoma o accesoria. En unos casos lo que el legislador penal pretende es levantar los inconvenientes que la regulación primaria podría suscitar en relación con la eficacia de la persecución penal, mientras que en otros lo que quiere es impedir que el intérprete penal se desentienda injustificadamente de lo que establece la regulación primaria. Existe, por lo tanto, una vinculación entre estas técnicas de tipificación y la perspectiva hermenéutica que el intérprete de la ley penal debe seguir. Veamos cuáles serían estas técnicas de tipificación y su incidencia en la perspectiva interpretativa de la ley penal.

a. Las cláusulas generales y el fraude a la ley penal

TIEDEMANN señala que la perspectiva fáctica de análisis se introduce en las leyes penales frecuentemente a través de cláusulas generales[43]. Esta afirmación resulta correcta cuando se trata de conceptos indeterminados que no tienen una regulación extrapenal previa que permita al juez dotar de contenido jurídico al objeto de regulación (por ejemplo, el elemento típico de "índole obscena" del delito de exhibicionismo previsto en el artículo 183 del CP). Sin embargo, en caso de existir una regulación extrapenal que permita dar contenido al concepto general empleado por el tipo penal, lo razonable es que se atienda a los criterios desarrollados por la ley extrapenal[44], lo cual, como ya se dijo, no significa una identidad en los criterios de decisión de las consecuencias jurídicas. Por ejemplo, la cláusula general del delito de fraude concursal previsto en el artículo 209 del CP que permite ampliar el ámbito de aplicación de este tipo penal a "cualquier procedimiento de reprogramación de obligaciones cualquiera fuera su denominación", no autoriza una interpretación autónoma de este elemento típico, sino a definirlo en atención a la regulación concursal.

---

43 TIEDEMANN: *JuS* 1989, p. 696.

44 Vid., TIEDEMANN: *Einführung*, p. 62.

En el caso especial de las cláusulas generales de fraude a la ley penal, lo usual es recurrir directamente a una perspectiva fáctica de análisis[45]. Mediante esta clase de interpretación se procura dejar de lado las formas jurídicas utilizadas por el autor para evitar caer en el supuesto regulado por la ley penal[46]. En nuestra opinión, resulta correcto en este punto el parecer de Bruns, quien sostiene que las cláusulas de incriminación del fraude a la ley penal deben interpretarse fácticamente, pues de lo que se trata es precisamente de sancionar las conductas que mediante el abuso de las posibilidades jurídicas afectan igualmente el fin de protección de la norma correspondiente[47]. Pero a pesar de la preeminencia de la interpretación fáctica en la represión del fraude a la ley penal, debemos afirmar que no siempre resulta correcto recurrir a esta perspectiva interpretativa, pues cuando la protección penal apunta a una institución social específica que se encuentra regulada extrapenalmente, no se podrá sancionar, con base en consideraciones puramente fácticas, casos que no están reconocidos en el ámbito previo de regulación como afectaciones prohibidas.

Así, por ejemplo, en el Derecho Penal Alemán existe un tipo penal que castiga a los administradores de una sociedad por no haber iniciado oportunamente un procedimiento concursal ante una disminución sustancial del patrimonio. Si por medido de una cláusula general se incluyese a los administradores de hecho de la sociedad con la finalidad de abarcar a aquellos que intentan evadir su responsabilidad penal, evitando ser nombrados formalmente como administradores, el concepto administrador de hecho no podrá interpretarse de un modo puramente fáctico, sino en consonancia con la regulación concursal correspondiente. Esto significa que habrá que determinar hasta dónde llega concursalmente el concepto administrador de hecho. Si la regulación concursal, por ejemplo, impone el deber de iniciar el procedimiento concursal al administrador de derecho y, en todo caso, al administrador con nombramiento ineficaz, la interpretación penal del concepto "administrador de hecho" no podrá alcanzar al que simplemente ha usurpado la función de administrador. La interpretación penal no puede desbordar en estos casos los contornos jurídicos de la relación institucional penalmente garantizada con una comprensión puramente fáctica de los términos.

b. La doctrina del levantamiento del velo

Otra de las técnicas de tipificación que incide en la interpretación de la ley penal es la llamada doctrina del levantamiento del velo. Como es sabido, el origen de esta doctrina no es de carácter penal, sino que proviene del Derecho civil, comercial

45 Vid., así, Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 58; El Mismo, *Lecciones*, p. 151.

46 En este sentido, Bruns: *GA* 1986, p. 12.

47 Bruns: *GA* 1986, p. 26. De otra opinión, Tiedemann: *FS-Dünnebier*, p. 533, en el sentido de una interpretación estricta.

y tributario[48]. La idea central de este mecanismo jurídico de regulación consiste en dejar de lado la personalidad jurídica constituida únicamente como una pantalla para ocultar una situación jurídico-material de otro(s) sujeto(s)[49]. En el Derecho penal, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo para evitar las dificultades de imputación que se presentan en ciertos delitos especiales[50], en tanto el elemento especial solamente está presente en una persona jurídica pantalla, pero no en las personas que se ocultan detrás de ésta[51]. Al prescindirse de la persona jurídica se descubre a los que permanecían ocultos y se les considera como los verdaderos titulares de la posición jurídica ocupada formalmente por la persona jurídica.

La doctrina del levantamiento del velo en la interpretación de la ley penal presenta ciertas similitudes con otros institutos jurídico-penales. En primer lugar, se discute si no cumple la misma función que la regulación del actuar en lugar de otro, en tanto este instituto jurídico-penal permite la sanción de los órganos de representación de la persona jurídica en el caso de delitos especiales. Este parecer se haría incluso más evidente si es que, como sucede en España, se incluye al administrador de hecho dentro del círculo de actuantes en lugar de la persona jurídica[52]. A pesar de la innegable vinculación de ambos mecanismos de superación de los problemas de legalidad en los delitos especiales, no es posible sostener una equivalencia funcional. El concepto de administrador de hecho del actuar en lugar de otro no puede ser interpretado de una manera tal que se incluyan los casos en los que la persona jurídica no es más que una pantalla, pues resulta claro que no es posible afirmar el desarrollo de labores de administración en una persona jurídica materialmente inexistente[53]. Por esta razón, puede concluirse que la doctrina del levantamiento

48 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 40; RODRÍGUEZ ESTÉVES: *El Derecho penal*, p. 321.

49 Vid., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA: *AJA* 264 (1996), p. 1; SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 41; EL MISMO, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 172; FEIJOO SÁNCHEZ: *Sanciones*, p. 94.

50 En los delitos comunes, el abuso de las formas jurídicas presentaría solamente problemas de prueba. Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 170. Crítico frente al uso del levantamiento del velo en el Derecho penal, GONZALEZ CUSSAC: *Los delitos de quiebra*, p. 83.

51 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 41; RODRÍGUES ESTÉVES: *El Derecho penal*, p. 320.

52 Pone de manifiesto esta aproximación SILVA SÁNCHEZ: *Fenómenos delictivos complejos*, p. 175, acogiendo una concepción amplia del concepto "administrador de hecho".

53 Similarmente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA: *AJA* 264 (1996), p. 3; LOS MISMOS, *El delito fiscal*, p. 81 y ss. Críticamente, NIETO MARTÍN: *El delito de quiebra*, p. 197, nota al pie de página 27.

del velo se ocupa de un grupo de problemas distintos a los que se resuelven con la fórmula del actuar en lugar de otro[54].

Se ha afirmado, por otro lado, que la doctrina del levantamiento del velo no constituye más que una aplicación particularizada de la figura del fraude a la ley, concretamente por el uso abusivo de las formas societarias[55]. Conforme a este parecer, el fraude a la ley penal lo cometerían las personas a las que se dirige la norma penal y que se ocultan tras la persona jurídica con el objeto de sustraerse a las prescripciones normativas. Si se admitiese esta vinculación de la técnica del levantamiento del velo con la figura del fraude a la ley, la primera tendría que asumir las mismas reglas y limitaciones de la segunda. Consideramos que, si bien ambos mecanismos interpretativos se informan, en principio, de una perspectiva fáctica de análisis, apuntan a solucionar problemas distintos. La teoría del levantamiento del velo se engloba en el tema más general de las conductas o negocios aparentes[56], en las que la simulación es absoluta, pues se trata de un negocio o una persona jurídica pantalla inexistentes que buscan únicamente generar una situación de error para poder estafar o defraudar a otros. En el fraude a la ley, por el contrario, la conducta u operación realizada es realmente llevada a cabo, colocándose la simulación, más bien, en el plano de los efectos económicos de la operación, pues mediante actos posteriores de ejecución o rectificación, se consigue obtener los beneficios económicos que no se habrían alcanzado, de haber seguido el camino regular.

La doctrina del levantamiento del velo constituye, por lo tanto, un mecanismo de solución del problema de las llamadas conductas o negocios aparentes. De lo que se trata aquí es de levantar el ropaje ficticio que se le da a una operación oculta dirigida a obtener beneficios indebidos. Pese a las diferencias conceptuales que existe entre el negocio aparente y el fraude a la ley, no puede negarse una cierta similitud de los mecanismos disponibles para hacerles frente, pues en ambos casos se debe utilizar un criterio de interpretación fáctica. Para explicarlo con un ejemplo sencillo: En los delitos tributarios resulta necesario asumir un concepto económico de patrimonio en el caso de sociedades vinculadas o pantallas, pues solamente de

---

54 En la sentencia del Tribunal supremo español de 24 de julio de 1989, ponente Bacigalupo Zapater, se pone de manifiesto esto: "*En efecto, si la existencia de una persona jurídica es simplemente una forma externa, que no importa una verdadera independencia de patrimonios, porque sólo revela una modalidad comercial de las operaciones de un único sujeto o sujetos individuales, no cabe ya hablar de un actuar en lugar de otro*". Vid., sobre esta línea jurisprudencial, Muñoz Conde: *Revista penal* 9 (2002), p. 84 y s.; Silva Sánchez: *El nuevo escenario*, p. 24 y ss.

55 Vid., así, Serrano González De Murillo/Merino Jara: *AJA* 264 (1996), p. 1. De un parecer discrepante, Zornoza Pérez, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dir.), p. 226 y s.

56 Vid, con referencias y ejemplos, Tiedemann: *Einführung*, p. 74.

esta manera se podrá evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda llevar a una defraudación de tributos en perjuicio del Estado[57]. Sin embargo, la legitimidad de tal recurso interpretativo llega solamente hasta el tenor literal del tipo penal[58], pues ni siquiera una interpretación fáctica puede superar el tenor gramatical de la ley[59].

De lo anterior se desprende, en conclusión, que la doctrina del levantamiento de velo debe utilizar un criterio de interpretación de carácter fundamentalmente fáctico[60], aunque siempre dentro del espacio de libre juego que ofrece el tipo penal correspondiente[61]. En consecuencia, el recurso a la técnica del levantamiento del velo no debe dar lugar a una infracción del principio de legalidad[62]. Es más, convendría que así como en los casos más usuales de fraude a la ley el legislador establece cláusulas específicas para sancionar las conductas de evasión de la ley penal, se promulguen igualmente normas penales que permitan, con base en determinados requisitos[63], un levantamiento del velo para imputar determinados delitos. De alguna manera, algunos tipos penales como la estafa o la defraudación tributaria lo hacen, aunque no de una manera óptima, cuando incluyen frases como "cualquier otra forma fraudulenta".

c. *Las definiciones legales*

El uso de definiciones legales en las leyes penales puede estar dirigido a determinar mejor su ámbito de protección, cuando un elemento típico no cuenta con una definición precisa en la regulación primaria o cuando la finalidad de la protec-

---

57 Vid., sobre el supuesto de fraude a la ley en un delito fiscal, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA: *AJA* 264 (1996), p. 1 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 172.

58 Vid., en este sentido, TIEDEMANN: voz: Umgehung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 23; VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 323.

59 Vid., en este sentido, ARROYO ZAPATERO: *Revista Penal* 1 (1998), p. 12.

60 En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 45; EL MISMO, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 174, considera el levantamiento del velo una manifestación de la perspectiva fáctica de análisis.

61 Por el contrario, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Revista Penal* 1 (1998), p. 64.

62 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Empresa y delito*, p. 47; EL MISMO, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 174; NIETO MARTÍN: *El delito de quiebra*, p. 195.

63 En los estudios especializados se establece como requisito fundamental del levantamiento del velo, por ejemplo, su carácter subsidiario, es decir, que solamente podrá recurrirse al mismo en casos muy especiales. Vid., así, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA: *AJA* 264 (1996), p. 2; ZORNOZA PÉREZ, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dir.), p. 227. Por su parte, TIEDEMANN: *Einführung*, p. 79, señala que estas cláusulas especiales deben interpretarse restrictivamente.

ción penal requiere desligarse de la definición asignada en el lenguaje ordinario o en la regulación primaria[64]. En este último caso, la eficacia de la protección penal se vería sustancialmente disminuida, si el elemento típico se interpretase libremente, por lo que el legislador penal toma la decisión de hacer una definición propia que apunte a excluir dicho riesgo. En tal caso, no hay duda que la perspectiva interpretativa que debe adoptarse es la autónoma, pues la definición legal se hace con la finalidad de ajustar mejor la interpretación del tipo penal a las necesidades punitivas. Se trata de definiciones sintéticas que instauran un concepto más amplio que el que procede del ámbito de regulación primaria[65]. Y su finalidad es fundamentalmente determinar cuál es el objetivo regulatorio de la ley penal.

Ejemplo de definición legal en el sentido expuesto es el artículo 425 del CP que precisa lo que debe entenderse por funcionario público. Si bien no se realiza una definición general de lo que es un funcionario o servidor público a los efectos de los delitos contra la Administración Pública, se hace una enumeración de a quiénes se les puede considerar tales[66]. La idea inicial era superar la limitación que el concepto administrativo de funcionario público de carrera producía en la persecución penal, por lo que se incluyó expresamente a aquellos que desempeñaran igualmente una función pública (cargos políticos, cargos de confianza, funcionarios sin carrera con vínculo laboral o sin vínculo laboral, carreras especiales como militares y policías). Esta regulación extensiva llega a abarcar incluso a los que, aun encontrándose al margen de la estructura burocrática del Estado, ejercen igualmente funciones públicas, como sucede con los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente[67]. A raíz del debate suscitado con el caso del ex congresista Alberto Kouri, el legislador penal amplió aún más el concepto de funcionario público para incluir a los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades, aunque no hayan empezado aún a ejercer el cargo[68].

d. Los elementos normativos del tipo de carácter jurídico

Los elementos normativos del tipo son aquellos cuya concurrencia presupone una valoración[69]. Dentro de los elementos normativos se distinguen, por un lado,

64 Vid., Morales Prats: *LH-Vives Antón*, II, p. 1421.

65 Vid., la diferencia entre definiciones analíticas y sintéticas, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 213 y s.

66 Vid., Reyna Alfaro en *Delitos contra la Administración Pública*, Heydegger/Atahuamán (coord.), p. 82; Rodríguez Olave, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 1140.

67 Vid., Reátegui Sánchez: *Delitos contra la Administración Pública*, p. 893 y s.

68 Vid., Gálvez Villegas: *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 92 y s.

69 Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 58.

los que requieren una valoración jurídica y, por el otro, los que necesitan de una valoración cultural[70]. En el caso de los elementos normativos de carácter jurídico, el intérprete se encontraría obligado a determinar su alcance en función de las normas jurídicas que establecen el criterio de valoración. Esto supondría una interpretación accesoria del elemento normativo del tipo[71], pues el juez estaría vinculado a las normas jurídicas extrapenales que proporcionan los criterios de la valoración jurídica.

Lo dicho hasta ahora permite concluir que el juez penal debe interpretar el elemento normativo de carácter jurídico con base en los criterios de referencia legalmente establecidos en la normativa extrapenal[72]. Un ejemplo clásico para ilustrar esta afirmación: El elemento normativo de "ajenidad" de los delitos patrimoniales debe ser definido con base en los criterios establecidos en el Código Civil o en las leyes civiles especiales. Sin embargo, lo anterior debe ser matizado en dos aspectos muy puntuales. Por un lado, la normativa extrapenal no establece el resultado de la valoración, sino que le ofrece al juez los criterios para que éste haga, por sí mismo, la valoración. Por otro lado, si bien el juez debe interpretar el elemento típico con base en la normativa extrapenal de referencia, esta vinculación no significa que el juez abandone la finalidad de protección propiamente penal. La interpretación del tipo penal por parte del juez se hace siempre en función de lo penalmente protegido. Siendo todo así, no se puede hablar de una interpretación accesoria, sino de la utilización de referentes normativos extrapenales para una interpretación de carácter penal.

e. Las leyes penales en blanco

El uso de las leyes penales en blanco se encuentra bastante extendido en el Derecho penal actual debido al dinamismo de la vida moderna en la que aparece el delito[73]. En estos casos, el tipo penal realiza una descripción muy general de la conducta penalmente prohibida, remitiéndose a determinadas regulaciones extrapenales para especificar su contenido. Este acoplamiento de la ley penal con la regulación extrapenal presenta, sin embargo, serios problemas interpretativos, pues, como lo

70 Igualmente, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 58.

71 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 40; HOHMANN: *ZIS* 1/2007, p. 40.

72 Desde una perspectiva similar, en el sentido de distinta forma de interpretación, WILKENBAUER: *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 15. Un criterio de diferenciación distinto ofrece WULF: *Wistra* 2001, p. 43 y s., con base en la diferenciación de norma de conducta y norma de sanción. Para elementos normativos que no están recogidos en normas jurídicas, como las reglas de la técnica, cabe llegar a la misma conclusión: el juez debe determinar con sus propios criterios la relevancia de estas reglas en la determinación de la conducta prohibida (en esta línea, SCHÜNEMANN: *FS-Lackner*, 396 y s.; ABANTO VÁSQUEZ: *RPCP* 9, p. 24).

73 Vid., así, TIEDEMANN, voz: Blankettstrafgesetzen, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; KÜHL: *FS-Lackner*, p. 819 y s.

advierte TIEDEMANN, se produce una identificación de la norma de conducta penal con la norma extrapenal[74], de manera tal que la regulación penal termina asumiendo una función fundamentalmente accesoria, en el sentido de protección de la normativa extrapenal[75]. Ante esta situación, se plantea el dilema de si las normas de remisión deben interpretarse desde una perspectiva exclusivamente penal o mantener su significación extrapenal. Para responder a este interrogante, resulta necesario determinar si las leyes penales en blanco se corresponden con los tipos penales que poseen elementos normativos de carácter jurídico que se vieron en el apartado anterior.

El denominador común entre ambas técnicas de tipificación es que constituyen tipos penales flexibles, en tanto ofrecen al juez un marco interpretativo más amplio que le permite administrar Justicia en ámbitos dinámicos. En razón de esta finalidad común, en la doctrina penal se discute si cabe hacer realmente una diferenciación conceptual que conlleve admitir consecuencias prácticas distintas, incluida la perspectiva de interpretación. Un sector de la doctrina entiende que se trata de conceptos coincidentes[76], mientras que otro sector considera que estos conceptos no se identifican[77]. Dentro de las teorías diferenciadoras se discute, a su vez, cuál sería el criterio de distinción. Unos consideran que si la remisión a otras normas es expresa, se estará ante una ley penal en blanco, mientras que si se trata de una remisión tácita será un elemento normativo. Otra interpretación considera que el criterio de distinción se encuentra en si el tipo de injusto es cerrado (elemento normativo) o abierto (tipo penal en blanco). Una tercera interpretación coloca el punto decisivo en el lugar de procedencia del mandato normativo, en la norma penal (elemento normativo) o en la norma extrapenal (ley penal en blanco). Finalmente, la doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre el tema plantea el criterio de distinción del objeto de protección: Si el tipo penal se remite al ámbito de regulación extrapenal para determinar el objeto de protección, se tratará de un elemento normativo del tipo[78].

A nuestro modo de ver, se debe optar por una solución intermedia. Eso significa que si bien la imputación subjetiva en las leyes penales en blanco no se de-

74 Vid., TIEDEMANN: *JuS* 1989, p. 695. En nuestro país advierte este peligro respecto del delito de usura, YON RUESTA: *Ius et veritas* 22, p. 233.

75 Vid., así, TIEDEMANN: *FS-Dünnebier*, p. 530. Vid., en general, KÖLBEL: *GA* 2002, p. 410

76 SILVA SÁNCHEZ: *La ley penal*, p. 51 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 250; DOVAL PAÍS: *Posibilidades y límites*, p. 124 y s.; YON RUESTA: *Ius et veritas* 22, p. 235.

77 GARCÍA ARÁN: *EPCr* XVI, p. 68 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ: *RPCP* 9, p. 19 y s.; TIEDEMANN: *Einführung*, p.56 y s.

78 Sobre los diversos criterios de distinción brevemente esbozados, vid., con mayores referencias, TIEDEMANN: *Einführung*, p. 56 y ss.

cide de manera distinta en los tipos penales con elementos normativos de carácter jurídico, su interpretación judicial no sigue un mismo procedimiento de determinación[79]. En la ley penal en blanco, la especificación de la conducta prohibida se lleva a cabo mediante una remisión a normas extrapenales, tratándose, por tanto, de una especificación que no depende del juez, sino de la ley extrapenal (p.e. los intereses máximos en el delito de usura o los bienes de primera necesidad en el delito de adulteración)[80]. En el tipo penal con elementos normativos de carácter jurídico es el juez el que realiza la interpretación del elemento típico, aunque lo hace con referentes extrapenalmente definidos. Conclusión de esto es que el juez se encuentra mucho más vinculado con las normas complementarias (ley penal en blanco impropia) o especificadoras (ley penal en blanco propia) de las leyes penales en blanco que con los referentes normativos de un elemento normativo del tipo de carácter jurídico[81].

Lo anterior parecería hablar en favor de una interpretación accesoria del Derecho penal en el caso de las leyes penales en blanco[82]. Sin embargo, el acercamiento entre el Derecho penal y las leyes extrapenales no se realiza mediante el abandono por parte de la ley penal de su carácter de tal, sino mediante la utilización penal de criterios de complementación o especificación contenidos en leyes extrapenales[83]. El Derecho penal no es accesorio al Derecho civil, comercial o administrativo, sino que el Derecho penal cumple su función mediante el uso de criterios de complementación o especificación extrapenales. En este sentido, las leyes extrapenales deben interpretarse conforme a su ámbito de procedencia sólo en tanto permiten configurar parcialmente los criterios de decisión establecidos por la ley penal o ayuden a especificarlos en supuestos concretos. Por el contrario, los efectos que tales leyes producen en el ámbito extrapenal no interesan en nada al Derecho penal.

f. La accesoriedad administrativa de acto

La accesoriedad administrativa de acto es otro supuesto especial en el que se discute si debe seguirse una interpretación accesoria de la ley penal. De manera

79 En la misma dirección se encuentra la interpretación de Ossandón Widow: *La formulación de los tipos penales*, p. 190 y s.

80 Similarmente, mediante otro razonamiento, Schünemann: *FS-Lackner*, p. 373, al señalar que la remisión de la ley penal en blanco escapa a la decisión del juez.

81 Una consecuencia importante de esta distinción es que mientras en los elementos normativos del tipo el razonamiento analógico no se encuentra excluido, en el caso de las leyes penales en blanco no es posible ampliar lo establecido por la regulación extrapenal a través de la analogía. Vid., al respecto, Hohmann: *ZIS* 1/2007, p. 40.

82 Así, lo entiende también, Tiedemann: *FS-Dünnebier*, p. 530.

83 Similarmente, Ransiek: *Gesetz*, p. 107.

general, debe señalarse que el fenómeno de la accesoriedad administrativa puede presentarse de tres maneras: como accesoriedad de conceptos, como accesoriedad de leyes y finalmente como accesoriedad de acto. La interpretación de la ley penal en los casos de accesoriedad administrativa de conceptos y de leyes, se lleva a cabo conforme a los criterios antes señalados para los elementos normativos y las leyes penales en blanco respectivamente. En consecuencia, aquí nos vamos a centrar exclusivamente en la interpretación de la ley penal cuando existe una accesoriedad administrativa de acto.

La cuestión más debatida en el caso de una accesoriedad administrativa de acto es si el juez, en la interpretación de la ley penal, está vinculado completamente a lo establecido en el acto administrativo o no. Para decidir esta cuestión, resulta necesario diferenciar cómo un tipo penal se encuentra referido a un acto administrativo. La referencia típica a un acto administrativo puede ser entendido fundamentalmente de dos formas: o como un criterio de especificación de la conducta prohibida, o como un elemento típico de contextualización de la conducta penalmente relevante. Mientras la primera forma de accesoriedad administrativa de acto constituye un supuesto especial de ley penal en blanco, la segunda forma configura simplemente un elemento más del tipo penal[84].

En caso que la remisión al acto administrativo se haga para especificar un elemento típico, el juez penal estará vinculado a este acto como criterio de especificación, sin poder realizar una interpretación que vaya más allá de lo establecido en el acto administrativo. Por ejemplo: en el delito de uso ilegal de divisas del artículo 259 del CP, el juez no puede entrar a discutir la conformidad jurídica o no del acto administrativo que especifica los criterios de decisión del legislador, sino que simplemente debe seguirlos (la autorización que establece la finalidad del uso de las divisas)[85]. Sólo en caso de tratarse de un acto administrativo nulo[86] o contrario al sentido del elemento típico previsto en el tipo penal, podría el juez desestimar el acto administrativo como criterio de especificación, pero porque, en realidad, ese criterio de especificación no existe jurídicamente o excede el marco de decisión general delimitado por el tipo penal. Si bien el juez penal no está vinculado a una decisión administrativa, sí lo está ante una decisión legislativa, la cual dispone, en este caso, observar el contenido de un acto administrativo como criterio de especificación[87].

---

84 Así, admite la posibilidad de una ley penal en blanco mediante una remisión a actos de la Administración, WILKENBAUER: *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 13.

85 En este sentido, KÖLBEL: *GA* 2002, p. 412. Al parecer de una opinión distinta, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 250.

86 Vid., TIEDEMANN/KINDHÄUSER: *NStZ* 1988, p. 343; FRISCH: *Verwaltungsakzessorietät*, p. 22.

87 KÜHL: *FS-Lackner*, p. 845 y s., entiende que una vinculación frente al contenido del acto administrativo afecta el principio de efectiva protección, pues se excluye al juez penal de la

Si el acto administrativo constituye simplemente un elemento típico de contextualización del delito respectivo, entonces sí cabe, por el contrario, admitir la posibilidad de una apreciación crítica del juez penal, en tanto su actividad interpretadora no se encuentra vinculada al contenido del acto administrativo. En este sentido, el juez penal puede entrar aquí a valorar los actos administrativos típicamente requeridos y admitir o rechazar, según el caso, la configuración de la conducta típica[88]. Por ejemplo: En el delito urbanístico del artículo 311 del CP, la decisión de la autoridad competente sobre el destino de las tierras puede ser evaluada críticamente por el juez penal en función de la regulación urbanística. Debe advertirse, sin embargo, que la facultad del juez para analizar críticamente el acto administrativo incorporado como elemento típico no es absoluta, sino que debe ajustarse a la finalidad de regulación del tipo penal correspondiente[89]. En el caso de tipos penales fundamentados en el orden administrativo, la presencia o ausencia del acto administrativo no depende de criterios materiales, sino de la actuación administrativa efectivamente realizada. Para graficarlo con un ejemplo: Se deberá considerar igualmente realizado el delito de funcionamiento ilegal de casinos del artículo 243-A del CP, si el administrador del casino demuestra que, aunque no solicitó la autorización administrativa correspondiente, cumplía con todos los requisitos administrativos, pues este delito se sustenta en el incumplimiento del deber de solicitar a la Administración la verificación del cumplimiento de los requisitos.

IV. LOS LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

La autonomía interpretativa de los enunciados normativos contenidos en las leyes penales no significa, como lo hemos dicho, un desconocimiento de su participación en un sistema jurídico general y su relación con las otras ramas o subsistemas jurídicos. La interpretación de la ley penal no debe perder de vista, pues, su integración en un sistema jurídico general. Por ello, la labor de determinación del sentido y alcance de las leyes penales no se puede hacer contradiciendo, por un lado, los principios constitucionales vigentes y tampoco, por otro lado, olvidándose de que las consecuencias jurídico-penales constituyen el medio de reacción jurídica más gravoso. De estos condicionamientos resultan los llamados límites a la interpretación de la ley penal que vamos a abordar a continuación.

---

posibilidad de valorar fáctica y jurídicamente el hecho prohibido. Sin embargo, hay que recordar que la ley penal debe contener los criterios de decisión que le permitan al juez realizar una valoración de la conducta. El acto administrativo sirve al juez en estos casos solamente para concretar la forma de conducta punible.

88 En este sentido, KÜHL: *FS-Lackner*, p. 843 y ss.

89 Un punto de vista similar mantiene, RANSIEK: *Gesetz*, p. 118.

1. La conformidad con la Constitución

El principio interpretativo de conformidad con la Constitución establece que las leyes penales deben interpretarse en consonancia con la Carta Magna y, en caso de varias posibilidades de interpretación, debe tenerse como la más adecuada a aquélla que sea más acorde con la misma[90]. La conformidad con la Constitución permite determinar si la intervención penal es legítima desde el punto de vista de los derechos fundamentales de la persona[91]. A pesar de que el principio interpretativo de la conformidad con la Constitución goza de un amplio reconocimiento en la doctrina penal e incluso en la jurisprudencia nacional[92], se le contraponen ciertas objeciones a su empleo por un juez penal, en tanto le otorgaría a este último no sólo la capacidad de deducir aspectos valorativos de la Constitución en su actividad interpretativa, sino también la posibilidad de llevar a cabo un control valorativo de la legislación ordinaria[93]. De esta manera, la seguridad jurídica que debería rodear a la interpretación de las leyes penales, incluidas aquéllas que se muestran claras en su contenido y alcance[94], se podría ver afectada, en la medida que el juez penal estaría autorizado a ir más allá de lo contenido en la ley penal misma[95].

Cabría considerar válida la objeción de inseguridad jurídica si el principio interpretativo de conformidad con la Constitución facultase al juez a ir más allá de lo contenido en la ley penal misma. Sin embargo, hay que partir del hecho de que este principio interpretativo constituye un criterio negativo de interpretación[96] y no concede al juez, por lo tanto, la facultad de cambiar el sentido o el fin de regulación de la ley penal[97]. Por esta razón, la facultad de control sobre la constitucionalidad de

---

90 En este sentido, Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 38. Similarmente, Jescheck/Weigend: Tratado I, p. 229 y s.; Eser, en Schönke/Schröder: *StGB*, preliminares al § 1, n.m. 30; Ávalos/Robles: *Jurisprudencia penal*, p. 7 y 8; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 54. Por su parte, Kuhlen: *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, p. 1 y s., distingue la interpretación orientada a la Constitución (interpretación en consonancia con la Constitución) y la interpretación conforme a la Constitución (elegir la alternativa interpretativa que se ajusta a la Constitución y descartar la que es contraria a ella).

91 Así, Caro/Huamán: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 29.

92 Expresamente, el Acuerdo Plenario Extraordinario N°1-2016, punto 11: "(...) *las normas que se crean, o la interpretación que se realiza de aquellas, deberán encontrarse conforme a la Ley Fundamental* (...)".

93 Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 39.

94 Por el contrario, Engisch: *Einführung*, p. 83, para quien este principio interpretativo sólo debe utilizarse para el caso de leyes con significado ambiguo.

95 Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 39.

96 Así, Hassemer: *NK* § 1, n.m. 114.

97 En este sentido, Engisch: *Einführung*, p. 221, nota 81b. Jescheck/Weigend: Tratado I, p. 229.

las leyes que el artículo 138 segundo párrafo de la Constitución Política le otorga al juez, debe interpretarse en el Derecho penal en relación estrecha con el principio de legalidad[98], de manera que el juez, pese a su capacidad crítica frente a la legislación penal, no puede castigar una conducta mediante una interpretación que excede lo establecido en la ley penal misma. Si bien el juez puede dejar de utilizar una ley inconstitucional, no está facultado a modificar o sustituir la voluntad de la ley penal.

La repercusión del criterio interpretativo de la conformidad con la Constitución no se agota en la inaplicación de las leyes penales inconstitucionales, sino que resulta un criterio a tener en cuenta también en la interpretación de leyes penales acordes con la Constitución. En estos casos, la interpretación del tipo penal se debe llevar a cabo conforme a los valores constitucionales, de manera que, por un lado, se prohíba una interpretación de la ley penal que supere los límites establecidos por la Constitución[99] y, por otro, se establezca a la regulación constitucional como criterio de interpretación de elementos del tipo generales o indeterminados[100]. Ejemplo de lo primero sería el rechazo a una interpretación del delito de obstaculización de las labores de control (artículo 242 del CP) que, de manera contraria al principio del *nemo tenetur* constitucionalmente reconocido, incluya el caso de aquél que no entrega la información requerida que evidenciaría su responsabilidad penal. Ejemplo de lo segundo sería la utilización de la llamada interpretación "*pro homine*" en la interpretación de la leyes penales[101]. La conformidad de la Constitución deja de ser aquí un límite a la interpretación, para convertirse, más bien, en una forma de interpretación sistemática[102].

2. El tenor literal de la ley penal

Como se ha explicado al momento de abordar el principio de legalidad, una de sus manifestaciones es la llamada *lex stricta*, esto es, que el tenor literal se erige en un límite a la interpretación de la ley penal, por lo que, si se sobrepasa este margen interpretativo, el juez estará usurpando una función que le corresponde exclusivamente al legislador. La situación no es distinta si el juez cuenta con una razón valedera para superar el tenor literal, pues, de hacerlo para sancionar una conducta o agravar la sanción prevista, caerá en una analogía prohibida en el Derecho Penal. Este límite a la interpretación de la ley penal se desprende tanto del artículo 139

98 De la misma opinión, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 39.

99 En este sentido, HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 110.

100 Así, por ejemplo, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, preliminares al § 1, n.m. 30.

101 Vid., STC Exp. N° 1805-2005-HC/TC de 29 de abril de 2005, fundamento jurídico 18.

102 En este sentido debería entenderse lo que señalan autores como Spanner, Haak, Bogs, que consideran la conformidad con la Constitución una forma de interpretación sistemática. Vid., la referencia a esto en ENGISCH: *Einführung*, p. 223, nota 82b.

inciso 9 de la Constitución Política, como también del artículo III del Título Preliminar del Código Penal. La interpretación judicial solamente puede llegar hasta donde lo permita el tenor literal de la ley penal interpretada.

Lo primero que se debe precisar en relación con el tenor literal es que la interpretación y la analogía no son dos compartimentos estancos entre los que no existe un espacio común. En la actualidad, la doctrina mayoritaria reconoce sin mayor discusión que toda labor de interpretación recurre a razonamientos analógicos[103]. Por lo tanto, lo que se debe hacer no es marcar una frontera entre la interpretación de la ley penal y la analogía más allá del tenor de la ley penal, sino, más bien, entre una analogía permitida y una analogía prohibida[104]. Bajo estas consideraciones, lo que se debe determinar con claridad en la interpretación de la ley penal es desde qué momento la analogía utilizada por el intérprete se convierte en prohibida.

Una analogía deja de estar permitida cuando el razonamiento analógico utilizado rebasa el sentido que se le puede otorgar, como sistema conceptual, al término utilizado en la ley penal interpretada. Como ya se ha indicado con mayores referencias, Jakobs ha puesto en evidencia, con acierto, que el límite que ofrece el uso ordinario del lenguaje no constituye, en realidad, un criterio preciso, pues existen diversos usos ordinarios que dependen de ámbitos regionales, profesionales, sociales, etc. A esta relatividad del lenguaje, debe sumarse la evolución de los usos del lenguaje a lo largo del tiempo. Por consiguiente, no existe un límite literal definitivo en la interpretación de la ley, sino que esto depende de la cultura interpretativa utilizada, esto es, que el límite de la interpretación no es el sentido que los conceptos jurídicos tienen, sino el que puede atribuírseles[105].

Con base en las ideas precedentes, queda claro entonces que la única manera de evitar la arbitrariedad en la atribución de sentido a los elementos típicos y ofre-

---

103 En este sentido, Sax: *Das strafrechtliche ‚Analogieverbot'*, p. 97 y ss.; Kauffmann, Arthur: *Analogie und „Natur der Sache"*, pp. 37 y ss., 60 y ss.; Hassemer: *NK* § 1, n.m. 95, 98; El Mismo, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 29; El Mismo, *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 164; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 60: Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 574. En contra, en el sentido de que todavía es posible diferenciar interpretación de analogía, Eser, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 1, n.m. 55.

104 Vid., así, Schünemann: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 19 y ss.; Rudolphi: *SK* § 1, n.m. 22; Eser, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 1, n.m. 55. En nuestro país, hace la diferenciación Sánchez Mercado: *La analogía en el Derecho penal*, p. 79 y ss. Escéptico frente a la posibilidad de diferenciar entre analogía permitida y analogía prohibida, Hassemer: *Strafen im Rechtsstaat*, p. 31 y ss.

105 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 37. Crítico igualmente ante la hipotética función de límite del tenor literal, Silva Sánchez, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, LH-Jakobs*, p. 213.

cer, por tanto, seguridad en la interpretación de la ley penal, es formar un sistema en el que las leyes penales se encuentren vinculadas, de manera tal que el uso común de elementos (conceptos) de estructuración del sistema tenga, en principio, un significado similar. La atribución de un significado divergente al usual en el sistema jurídico-penal sólo podría justificarse si el resultado interpretativo resulta sistemáticamente posible y su utilización en otro supuesto no rompe el orden del sistema. El significado atribuido a un concepto tiene como límite la conservación del orden del sistema de las normas jurídico-penales[106].

3. La interpretación restrictiva

Como otro límite a la interpretación de la ley penal se estatuye la exigencia de que se siga un criterio restrictivo en la determinación del ámbito de lo punible, por lo que el significado de los elementos del tipo debe reducirse a su núcleo de significación[107]. Esta forma de interpretación resulta especialmente exigible en el caso de tipos penales que recurren a conceptos indeterminados al momento de establecer cuál es la conducta prohibida[108]. Si el tipo penal define la conducta delictiva de la mano de conceptos que se constituyen con base en criterios de valoración, parece razonable que la valoración deba limitarse a aquello en lo que existe pleno acuerdo.

Para sustentar por qué la determinación del alcance de la ley penal debe ser restrictiva cobra especial importancia el principio del *in dubio pro reo*[109]. El artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política instituye este principio como un criterio de decisión en dos supuestos específicos: en los casos de duda de las leyes penales y en los casos de conflicto entre leyes penales. Una situación de duda sobre la ley penal tiene lugar cuando, en la determinación del alcance de la ley penal, se presentan dos o más interpretaciones posibles, una más amplia y otra más restringida de la punición. El principio del *in dubio pro reo* establece que, en caso de duda, la interpretación que debe seguirse es la más restrictiva, es decir, la que limita más el ámbito de lo punible[110]. En el marco de las leyes procesales penales, el artículo VII.4 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal asume expresamente la interpretación restrictiva de las leyes que coarten la libertad o los derechos procesales. En el plano jurisprudencial se reconoce igualmente como una manifestación

106 Vid., con mayor detalle, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 35 y ss.

107 Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 534.

108 Vid., en este sentido, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 186; EL MISMO, *Constitución y Derecho penal*, p. 45 y s.

109 Así, MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 240. Por el contrario, BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 118, considera inaceptable que el principio del *in dubio pro reo* sea un principio de interpretación.

110 Vid., así, ZAFFARONI: *Manual*, PG, I, p. 177 y s.

de la regla del *favor rei* la asunción de la interpretación que restrinja más el ámbito de lo punible. En efecto, el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 la Corte Suprema justifica la interpretación más restrictiva del tipo penal de violación sexual de menores en el principio del *in dubio pro reo* del artículo 139 inciso 11 de la Constitución (punto 9).

Lo anterior precisa, sin embargo, hacer la siguiente acotación: El principio del *in dubio pro reo* no tiene un carácter absoluto. Si la racionalidad del sistema penal lleva a la interpretación más extensiva de la punibilidad, entonces el juez penal tendrá que asumir este sentido de la interpretación, por ser esta racionalidad el presupuesto de su labor de interpretación[111]. Por lo tanto, si el legislador penal busca mediante determinados elementos normativos del tipo dar un mejor instrumento de lucha contra determinada forma de criminalidad (en los delitos económicos o patrimoniales, por ejemplo)[112], resulta lógico que se asuma una interpretación extensiva acorde con los objetivos político-criminales del legislador. Exigir la observancia absoluta del principio del *in dubio pro reo* sería un evidente contrasentido. Por ejemplo: Si el delito de apropiación ilícita previsto en el artículo 190 del CP hace mención expresa a los títulos por lo que el autor recibe un bien, valor o dinero, extendiendo luego su ámbito de aplicación a otros títulos semejantes que produzcan la obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, queda claro que no puede exigírsele luego al juez que proceda a una interpretación restrictiva de los títulos semejantes, pues el sentido de la ampliación del tipo penal es precisamente no dejar vacíos de punibilidad.

La exclusión de la interpretación restrictiva en el caso de tipos penales que procuran adaptarse a las necesidades de imputación en ámbitos complejos o dinámicos resulta, sin embargo, nuevamente controvertida cuando se trata de cláusulas generales o de tipos penales abiertos. Tiedemann sostiene, por ejemplo, que en el caso de cláusulas generales[113] y de tipos penales abiertos[114] la única manera de poder hacer compatibles estas técnicas de regulación con el mandato de determinación, es exigir su interpretación restrictiva. Por nuestra parte, consideramos que también en estos casos el recurso a tipos penales abiertos o con conceptos indeterminados se lleva a cabo precisamente para que el juez realice una Administración de Justicia más acorde con las necesidades reales de punición. Permitir el uso de cláusulas ge-

111 En el mismo sentido, Zaffaroni: *Manual*, PG, I, p. 178; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 6, n.m. 36.

112 En este sentido, vid., Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 187.

113 Tiedemann, voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; El Mismo, *Lecciones*, p. 147; El Mismo, *Einführung*, p. 63.

114 Tiedemann, voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

nerales o conceptos indeterminados para luego exigir una interpretación restrictiva, significa una clara contradicción. Si lo que se busca es asegurar el mantenimiento del principio de legalidad (mandato de determinación), esto puede alcanzarse mediante otro tipo de exigencias, pero dirigidas no al juez, sino al legislador, como por ejemplo el uso de conceptos indeterminados que gocen de un reconocimiento general o leyes penales abiertas que establezcan los elementos mínimos para determinar la expectativa penalmente garantizada y la forma de defraudación prohibida.

TERCERA PARTE

LA TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO 9
LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN

Todo ciudadano tiene una idea general de lo que es un delito, de la misma forma que sabe, con igual grado de generalidad, lo que es un tributo, un contrato o una relación de trabajo. El penalista, sin embargo, no puede moverse con una determinación conceptual de estas características, pues, al ser su trabajo decidir sobre la imposición de las consecuencias jurídicas del delito, resulta necesario un nivel de precisión mayor de aquello que constituye su causa, esto es, el delito. Acudir a un concepto formal en función de lo que la ley tipifica como delito, no ayuda demasiado, en la medida que la tipificación legal no siempre resulta clara e incontrovertida, pero sobre todo porque no explicita la razón de la incriminación. Queda claro entonces que se debe acudir a una definición material del delito que determine su esencia[1], la que debe estar necesariamente informada por la función de la pena y, en consecuencia, contener aquellas condiciones necesarias y suficientes para que una pena sea impuesta legítimamente[2]. Con esta teoría del delito, el penalista estará en capacidad de determinar motivadamente si una conducta concreta constituye delito y corresponde, por tanto, imponerle a su autor la pena prevista en la ley penal.

La dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa de definir el delito a partir de la regulación positiva. Dado que se trata de una ciencia cuyo método no es la verificación, sino la comprensión, la determinación del contenido del delito no puede pretender tener un carácter exacto e inmutable[3]. Lo primero explica que, en

1 En este sentido, OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 1, n.m. 21.

2 Vid., KINDHÄUSER: *La lógica de la construcción del delito*, pro manuscripto, p. 1.

3 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 170.

el estudio de la dogmática penal, se puedan formular varias construcciones teóricas posibles, todas ellas racionales y, por tanto, con pretensión de alcanzar consenso, sin que ello impida el debate crítico sobre cuál resulta siendo más eficaz y respetuosa de las garantías penales. Lo segundo significa que las formulaciones dogmáticas deben ajustarse siempre a un contexto histórico y social[4]. Los conceptos evolucionan en función de los cambios de la realidad social, por lo que los planteamientos dogmáticos (y, muy especialmente, la teoría del delito) presentan un desarrollo evolutivo que responde no solamente a la mayor profundización del conocimiento que tiene lugar en toda disciplina científica, sino también al esfuerzo por ajustarla a la realidad social en la que se aplica.

En los países latinoamericanos, cuyos sistemas jurídicos se encuentran influidos por el Derecho penal español[5], la dogmática jurídico-penal ha seguido, en líneas generales, la teoría del delito de procedencia germánica[6]. Si bien cabe reconocer que en España se ha generado ya una importante discusión propia, no existe aún una desconexión con los planteamientos dogmáticos aparecidos en Alemania. La razón por la cual se mantiene esta relación de dependencia puede ser el alto grado de sistematización alcanzado por la dogmática penal desarrollada por la doctrina alemana[7], lo que no sólo garantiza su coherencia lógica y ausencia de contradicciones, sino que refuerza considerablemente el lado garantista del sistema penal. En nuestro país la situación es incluso de mayor dependencia, pues la incipiente discusión dogmática de los escritos especializados y los limitados desarrollos jurisprudenciales no ofrecen aún el mínimo de seguridad necesario para garantizar la efectiva vigencia de un Estado de Derecho. A la luz de todas estas circunstancias, se ve con claridad la necesidad de que la explicación de la evolución del método dogmático del delito deba partir de los desarrollos alcanzados en la dogmática penal alemana.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

La pretensión iluminista de sustentar las decisiones jurídico-penales en deducciones racionales, desterrando la arbitrariedad en la Administración de Justicia Penal, dio pie a la formación de la dogmática penal como disciplina destinada a

4 SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 170, nota 593.

5 Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 9, n.m. 990.

6 Así, MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 255, destaca que la teoría del delito de origen germánico es la que se ha impuesto en la ciencia española del Derecho penal. Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, en *El sistema moderno*, p. 11, pone de manifiesto el estrecho contacto de la ciencia penal española con la alemana.

7 Vid. SCHÜNEMANN: *InDret* 1/2008, p. 9. Sobre la irrenunciabilidad al rigor sistemático de la teoría del delito de cuño alemán, SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios de Derecho penal*, p. 15 y ss. En la doctrina penal nacional, CARO JOHN: *Manual*, p. 29.

sistematizar racionalmente los criterios de imputación penal[8]. Sus primeras manifestaciones fueron el resultado del enfrentamiento de las concepciones racionalistas del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII con el propio movimiento codificador[9]. Ya que en Alemania las ideas liberales de la Revolución Francesa no se cristalizaron rápidamente en el Derecho positivo, los penalistas de esa época no contaron con una base legislativa para respaldar sus conclusiones, por lo que tuvieron que mantenerse anclados todavía en construcciones teóricas propias del Derecho natural racionalista[10].

1. Los precursores

Uno de los primeros en plasmar el pensamiento iluminista en un sistema del Derecho penal fue Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833)[11]. Como ya se vio en el capítulo 3, Feuerbach atribuye al Derecho Penal la función de motivar a los individuos, por medio de las conminaciones penales, a no lesionar los derechos subjetivos de otros[12]. Sobre la base de esta idea, dicho autor asienta la imputación de responsabilidad penal en una culpabilidad entendida, de alguna manera, como pasar voluntariamente por encima de la amenaza penal[13]. Si bien Feuerbach desarrolló su pensamiento penal en una época de transición hacia la codificación de los criterios de imputación penal y, por tanto, estuvo influido por el Derecho natural racionalista (especialmente de Kant), anunció ya un cambio de paradigma en el que el Derecho positivo asumiría el papel decisivo en el estudio del delito[14]. Con la promulgación del Código Penal de Baviera de 1813 que Feuerbach redactara, el Gobierno de Baviera prohibió la publicación de comentarios adicionales a los oficiales que estuvieron a cargo de von Güner[15].

Entre los años 1840 a 1870 tiene lugar la llamada "tiranía" de la filosofía hegeliana, en la que se mezcló el Derecho positivo y la filosofía[16]. Los penalistas

---

8 Vid., en este sentido, Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*, p. 7. Sobre el desarrollo de los sistemas de imputación de responsabilidad y su correlación con la seguridad jurídica, vid., el clásico trabajo de Gimbernat Ordeig: *Problemas actuales*, p. 106 y ss.

9 Vid., en este sentido, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 50; Mir Puig: *Introducción*, p. 197 y ss.; Nino: *Los límites*, p. 65.

10 Vid., Mir Puig: *Introducción*, p. 198.

11 Por esta razón, Bustos Ramírez: *Introducción*, p. 113, considera que con justicia se le ha calificado como el padre del Derecho penal.

12 Vid., Feuerbach: *Tratado*, § 15.

13 Así lo pone de relieve Lesch: *Der Verbrechensbegriff*, p. 73.

14 Vid., en este sentido, Mir Puig: *Introducción*, p. 203.

15 Vid., Mir Puig, Carlos: *Actualidad Penal* 28 (2016), p. 162.

16 Gallas: *La teoría del delito*, p. 5, señala que la discusión en torno a la construcción sistemática de la teoría del delito no se ha interrumpido en la ciencia alemana del Derecho penal

hegelianos centraron su concepción del delito en la comprensión de la acción y en la "ética de la responsabilidad" formulada por la filosofía idealista de HEGEL. Para el filósofo alemán, el delito era una unidad debido a la necesaria relación dialéctica entre el delito, como negación del Derecho, y la pena, como negación del delito[17]. Los penalistas hegelianos le asignaron al concepto de acción la tarea de dar precisamente esa visión unitaria al delito, utilizando a tal efecto la teoría de la imputación de HEGEL, quien sostuvo que "*acción es la exteriorización de la voluntad en tanto que subjetiva o moral*" y que "*sólo la exteriorización de la voluntad moral es acción*"[18]. Es en este contexto de ideas que se entiende el sentido de la célebre frase atribuida al penalista hegeliano BERNER de que "*el delito es acción*", en tanto que todo lo que se dice del delito no son más que predicados que se añaden a la acción en cuanto sujeto[19]. Como puede verse, acción e imputación terminan siendo una misma cosa. Dicho nuevamente en palabras de BERNER: "*En el concepto de acción está contenido el concepto de imputación*"[20].

De las citas reproducidas se desprende con claridad que, en la concepción hegeliana del delito, la acción era entendida como una exteriorización de la voluntad subjetiva del autor. Sin embargo, resulta necesario precisar que esta voluntad no era vista en un sentido psicológico, sino, bajo una perspectiva normativa, como voluntad libre, general y objetivamente trasmitida[21]. En este orden de ideas, el autor del delito no se presenta como un ser psicofísico que tiene la capacidad de exteriorizar su voluntad psicológica hacia afuera, sino fundamentalmente como un ser pensante, racional y capaz de corromperse[22]. A la luz de estas consideraciones, el delito se determinó conforme a criterios morales de imputación[23], no siendo lo

---

desde los días de la escuela de HEGEL. De hecho, en planteamientos dogmáticos actuales se pueden apreciar muchas de las premisas conceptuales de los hegelianos como es el caso de JAKOBS, en *Estudios*, p. 102; HRUSCHKA, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coord.), p. 175 y s.; LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, pp. 75 y ss., 184 y ss.

17 Vid., con mayores detalles, FLECHTHEIM: *Hegels Strafrechtstheorie*, p. 82 y ss.; VON BUBNOFF: *Die Entwicklung*, p. 36.

18 HEGEL: *Grundlinien*, 1821, §§ 113, 117. En la misma línea, para el ámbito específico de la teoría del delito, BERNER: *Grundlinien*, p. 40: "*en tanto aquí se exteriorice lo interno, el suceso es querido, lo denominamos: acción*".

19 Así, ROXIN: *Derecho penal*, PG, § 8, n.m. 8.

20 BERNER: *Lehrbuch*, § 90. Destaca igualmente esta idea en los penalistas hegelianos MEZGER: *Tratado*, I, p. 190.

21 Vid., LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, p. 126.

22 Vid., en este sentido, LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, p. 75.

23 Moralidad no debe entenderse en el sentido de aquello que se opone a lo inmoral, sino como una imputación a causa de una determinación interna, de una voluntad subjetiva (vid., en este sentido, LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, p. 102).

central de la imputación penal el suceso externo lesivo, sino la actitud del autor frente al ordenamiento que se pone de manifiesto precisamente con la ejecución de su acción[24].

Pese a su notable respaldo teórico, el planteamiento hegeliano del delito no estuvo libre de deficiencias. La consideración del delito como una unidad que expresa la voluntad subjetiva del autor, llevó a que los presupuestos para la imputación penal se presentaran amalgamados inarticuladamente, limitándose considerablemente la posibilidad de sistematizar las soluciones a los casos presentados en atención a sus propias particularidades[25]. Por otra parte, Hegel no sólo equiparó la acción a la imputación del hecho completo al autor, sino que también se le reprochó haber puesto la mirada exclusivamente en la acción dolosa[26]. Si bien sus discípulos penalistas procedieron a incluir expresamente la imprudencia en el concepto de acción[27], una separación entre los conceptos de acción e imputación del hecho al autor, no se llegó a materializar[28].

Una vinculación de la dogmática penal con la ley positiva tuvo lugar con el planteamiento dogmático de Karl Binding (1841-1920)[29], quien parte de las normas, entendidas como imperativos, para explicar sistemáticamente el sistema penal[30]. Esta priorización de las normas en la imputación de la responsabilidad penal llevó a que se le diera una mayor relevancia al acto que contraviene la norma[31]. Sin embargo, debe precisarse que la mayor importancia que adquirió el Derecho positivo en la construcción dogmática no significó que las distintas teorías jurídico-penales se limitaran a ser un conjunto de deducciones de lo dispuesto positivamente por el legislador (pensamiento exegético), sino que, por el contrario, la elaboración dogmática partió siempre de la existencia de unas premisas que, aunque no estuviesen recogidas en el Derecho positivo, resultaban vinculantes por su plausibilidad

24 Vid., en este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3; Lesch: *Der Verbrechensbegriff*, p. 125 y ss.; von Bubnoff: *Die Entwicklung*, p. 43 y ss.

25 Vid., Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 39; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3.

26 Así, Larenz: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 55 y s.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 7. En contra de este parecer, Lesch: *Der Verbrechensbegriff*, p. 132.

27 Así, por ejemplo, Berner: *Grundlinien*, p. 227 y ss.

28 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 8.

29 Vid., Binding: *Die Normen*, 1, p. 3 y ss. Una visión general del pensamiento de Binding en Mir Puig: *Introducción*, p. 209 y ss.; Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 52. Cabe destacar también la figura de Merkel como lo pone de manifiesto Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*, p. 7 y s.

30 Vid., Binding: *Grundriß*, p. 64. Vid., las referencias en este sentido, Mir Puig: *Introducción*, p. 197.

31 Así, Bustos Ramírez: *Introducción*, p. 130.

racional[32]. De alguna manera, puede decirse que desde el principio la evolución del método dogmático en la tradición germánica responde al esfuerzo por sistematizar racionalmente el Derecho positivo a partir de ciertos puntos de partida de carácter suprapositivo.

2. El sistema clásico del delito: El método positivista

Con la aparición de las primeras manifestaciones de la dogmática positivista la metodología de estudio comenzó a cambiar sustancialmente, pues la teoría del delito pasó a ser trabajada analíticamente, perdiéndose así progresivamente la perspectiva unitaria. Los estudios especializados se caracterizaron efectivamente por descomponer el delito en varios elementos o categorías que sumados e interrelacionados daban lugar al hecho delictivo[33]. Luego de varios trabajos de finales del siglo XIX y principios del siglo pasado, tomó cuerpo lo que hoy en día se conoce como el sistema clásico del delito, atribuido fundamentalmente a Ernest von Beling (tipicidad) y Franz von Liszt (antijuridicidad)[34]. Este sistema respondió a una metodología positivista[35], lo que significó no sólo una estrecha vinculación con el Derecho positivo, tal y como lo propusiera Binding, sino fundamentalmente una positivización del método científico[36]. En efecto, las ciencias jurídicas dejaron de lado su metodología basada en la valoración de la realidad, para asumir un método lo más parecido posible al de las ciencias naturales[37]. Concretamente en el Derecho penal, el delito pasó a ser visto como una sucesión causal de hechos dirigidos a producir la lesión de un bien jurídico[38]. Incluso la parte subjetiva del delito no se escapó de la lógica causalista, pues se le consideró la causa subjetiva de la acción y, por tanto, co-causal del resultado[39].

---

32 En este contexto, resulta especialmente instructivo precisar que Binding no era, en estricto, un positivista de la ley, sino del Derecho, como lo pone de manifiesto Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*, p. 34.

33 Vid., en este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 6; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 6 y ss.; Suárez González/Cancio Meliá, Estudio preliminar, en *La imputación objetiva*, p. 22.

34 Vid., en este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 10; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 16.

35 Vid., con mayores precisiones, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 17; Mir Puig: *Introducción*, p. 208; Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 51.

36 Cfr., sobre la vinculación del sistema clásico del delito con el llamado positivismo naturalista, Mir Puig: *Introducción*, p. 216 y ss.

37 Vid., al respecto, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 17; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 16; Mir Puig: *Introducción*, p. 220.

38 Así, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 53; Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*, p. 5.

39 Vid., von Liszt: *Tratado*, II, p. 375. Vid., también las referencias de Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 8; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 6; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 24.

La metodología positivista de la escuela clásica llevó a una construcción de la teoría del delito bajo la lógica de una sumatoria de varios elementos. Estos elementos analíticos del delito eran la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Los tres primeros se correspondían con la parte externa del delito (injusto), mientras que la culpabilidad constituía su parte interna[40]. Resulta pertinente precisar que ambas partes del delito no se percibieron como una unidad, sino como una sucesión causal, es decir, que la culpabilidad era la causa de la manifestación de voluntad y ésta, a su vez, la causa del resultado lesivo.

La parte externa del delito requería, en primer lugar, la existencia de una acción, la cual fue entendida como la producción, reconducible a la voluntad humana, de una modificación sensible en el mundo exterior[41]. La relevancia penal de la acción la otorgaba la categoría de la tipicidad, al describir como delito la acción causante de determinado resultado lesivo. La tipicidad se constituyó, de esta manera, en una categoría descriptiva y objetiva[42]. El único cuerpo extraño en esta comprensión puramente descriptiva de la parte objetiva del delito podía ser la antijuridicidad[43], aunque debe indicarse que la admisión de una concepción formal, como infracción de la norma penal, ayudó a atemperar su forzada introducción en un esquema de interpretación del delito que pretendía desterrar las valoraciones[44].

La categoría de la culpabilidad del causalismo fue concebida, por su parte, como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito[45]. Se le entendió fundamentalmente como una realidad psicológica, en el sentido de ser la causa de la voluntad que daba origen al movimiento corporal de la acción[46]. Por esta razón, a la visión causalista de la culpabilidad se le llamó también concepto psicológico de culpabilidad[47]. Presupuesto para poder vincular una causa psicológica a una persona era la imputabilidad[48], mientras que el dolo y la culpa fueron consideradas

40 Vid., referencias a esta bipartición del delito propia del sistema clásico, WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 39; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 12; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 6; SCHÜNEMANN, en *El Sistema moderno*, p. 44.

41 VON LISZT: *Tratado*, II, p. 292.

42 Vid., BELING: *Die Lehre*, p. 147, 178 y s.

43 Vid., así, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 44.

44 Vid., LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 23.

45 Vid., BELING: *Esquema*, p. 30.

46 VON LISZT: *Tratado*, II, p. 375 y s.

47 Vid., sobre el llamado concepto psicológico de culpabilidad, WELZEL: *El nuevo sistema*, p. 31; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 8; FERNÁNDEZ: *Culpabilidad*, p. 172 y ss.

48 Vid., VON LISZT: *Tratado*, II, p. 377.

como las posibles formas psicológicas de la culpabilidad[49]. Desde esta perspectiva, una persona imputable podía estar psicológicamente vinculada a una manifestación de voluntad causante de un resultado lesivo por dolo o por culpa.

3. El sistema neoclásico: El neokantismo

La crítica al sistema clásico del delito, especialmente claro y sencillo, fue iniciada por la metodología neokantiana de los valores[50], la cual partía de la diferenciación, en el plano metodológico, entre las ciencias naturales y las ciencias del espíritu[51]. En tanto ciencia del espíritu, el Derecho no puede ser abordado con el método empírico-analítico propio de las ciencias naturales, sino que resulta necesario recurrir a un método comprensivo-valorativo[52]. Este cambio metodológico determinó algunas modificaciones sustanciales en el edificio conceptual construido por la dogmática penal causalista, aunque debe reconocerse que no hubo un abandono total del substrato naturalista del esquema clásico del delito. Por ello, más que sustituir el esquema conceptual del causalismo, lo que el neokantismo llevó a cabo fue una reformulación de la perspectiva de análisis con la finalidad de poder superar satisfactoriamente las críticas que se le formularon al sistema clásico del delito.

A nivel del injusto, las ideas causalistas fueron cuestionadas por lo difícil que era explicar esta categoría del delito sólo con elementos objetivos y descriptivos[53]. Se descubrió, en primer lugar, que en muchos casos el injusto del delito dependía ya de la dirección de la voluntad del autor, por lo que no todos los elementos subjetivos del delito se ubicaban en la categoría de la culpabilidad[54]. Por ejemplo, que el médico realice una auscultación en zonas íntimas de una mujer con fines curativos, hace que los tocamientos en zonas íntimas pierdan desde ya su antijuridicidad. En algunos casos, incluso, la propia tipificación de la conducta delictiva requería de una referencia al propósito o intención del autor, de manera tal que el daño social objetivo de la conducta dependía, en el caso concreto, de momentos subjetivos[55]. Por ejemplo: El delito de hurto no sanciona cualquier sustracción de una bien

49 BELING: *Esquema*, p. 35 y ss. Vid., la referencia a esta manera de comprender el dolo y la culpa en el sistema clásico en ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 8; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 44.

50 Vid., en este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 13.

51 Vid., LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 26.

52 Vid., sobre este cambio metodológico impulsado por el neokantismo en Derecho penal, ROXIN: *Derecho Penal*, § 7, n.m. 18; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 55; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 26.

53 Vid., RADBRUCH: *El concepto de acción*, p. 184.

54 Vid., M.E. MAYER: *Derecho penal*, PG, p.231 y ss.; MEZGER: *Tratado*, I, p. 346 y ss.

55 Así, HEGLER: *ZStW* 36 (1915), p. 19 y ss.

mueble ajeno, sino solamente los casos en los que hay un ánimo de apropiación[56]. La doctrina penal se vio, pues, obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos en el injusto[57], al menos en ciertos tipos penales.

En segundo lugar, al planteamiento causalista se le cuestionó no sólo el carácter puramente objetivo de la descripción típica, sino también la exclusión de todo tipo de valoración en este nivel analítico del delito. El carácter puramente descriptivo de la tipicidad se puso en tela de juicio concretamente por Max E. MAYER con la identificación de los llamados elementos normativos del tipo, para cuya verificación era necesario, de todas maneras, llevar a cabo una actividad de valoración a nivel del tipo penal mismo[58]. Ejemplos de elementos típicos necesitados de una valoración para su verificación en el caso concreto fueron la ajenidad del bien en el delito de hurto, la índole obscena de la conducta en el delito de exhibicionismo o el carácter ofensivo de las afirmaciones en el delito de injurias. Por lo tanto, no era posible sostener que la tipicidad fuese una categoría dogmática de naturaleza estrictamente descriptiva.

El reconocimiento de los llamados elementos normativos del tipo llevó incluso a un sector de la doctrina penal a acercar analíticamente la tipicidad con la antijuridicidad[59], llegándose a formular así la famosa teoría de los elementos negativos del tipo. Esta teoría funde la tipicidad y la antijuridicidad en una misma categoría, en la que los aspectos que antes se agrupaban en una u otra categoría solamente se distinguen por estar formulados positiva o negativamente[60]. Así, por ejemplo, el tipo penal de homicidio requiere la verificación de una conducta de matar a otro (elementos positivos), así como la ausencia de posibles causas de justificación de esta conducta, como sería el caso, por ejemplo, de una legítima defensa (elementos negativos).

La categoría de la antijuridicidad tampoco fue ajena a la crítica sobre la necesidad de incluir valoraciones en el método analítico del delito, lo que hizo que se le restara importancia a su concepción formal, como contrariedad a la norma, y se le diese prioridad a su comprensión material, referida a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos[61]. De esta manera, las infracciones jurídicas pasaron a entenderse

56 Así, WEZEL: *El nuevo sistema*, p. 62.

57 Vid., WOLF: *Las categorías de la tipicidad*, p. 119 y ss.

58 Vid., M.E. MAYER: *Derecho Penal*, PG, p. 182 y ss.

59 Así, E. WOLF: *Las categorías de la tipicidad*, p. 112, señaló que los elementos normativos del tipo no son un fenómeno excepcional, sino regular.

60 Vid., MEZGER: *Tratado*, I, p. 375 y ss. Críticamente, WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 81 y s. Sobre la teoría de los elementos negativos del tipo, vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 13 y ss.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 54 y ss., con apreciaciones críticas.

61 Así, el contenido material del injusto definido por MEZGER: *Tratado*, I, p. 398 y ss.

como ofensas a bienes o intereses creados por la vida y reconocidos por el Derecho, cuyo respeto es ordenado por las normas de cultura[62]. El hecho antijurídico dejó de ser visto como una conducta antinormativa para ser definido materialmente como un comportamiento socialmente dañoso[63].

El entendimiento puramente subjetivo de la culpabilidad fue también puesto en tela de juicio por el método neoclásico, en la medida que resultaba insuficiente para sustentar el tratamiento de los institutos penales ubicados en esta categoría del delito. Así, por ejemplo, un concepto psicológico de la culpa tendría que haber llevado a excluir del ámbito de lo culpable los supuestos de culpa inconsciente, en donde resultaba sumamente difícil encontrar un elemento cognitivo o volitivo como causa o vinculación subjetiva con el resultado lesivo[64]. De igual manera, el estado de necesidad exculpante tampoco podía sustentar su efecto disculpante en un aspecto subjetivo-psicológico del autor, pues lo determinante se encontraba en ciertas circunstancias objetivas concomitantes de carácter excepcional (situación de peligro para bienes jurídicos elementales)[65]. Esta situación motivó modificaciones en la configuración de la categoría de la culpabilidad, la cual dejó de ser considerada descriptivamente como una realidad meramente psicológica del autor para hacerla también objeto de un juicio de valoración, dando origen al llamado concepto normativo de la culpabilidad[66].

Con base en los cambios anteriormente señalados, se procedió a una redefinición de la teoría del delito, dando origen al llamado concepto neoclásico del delito y que encuentra posiblemente en el penalista Edmund MEZGER su mayor representante. Si bien este nuevo planteamiento del delito mantuvo en su base la estructura del sistema clásico de separación entre un injusto fundamentalmente objetivo y una culpabilidad fundamentalmente subjetiva, se estableció otro criterio de distinción entre el injusto y la culpabilidad[67]. Este criterio era de carácter valorativo y dependiente de la cultura que daba lugar al Derecho penal como producto cultural. Así, para afirmar la presencia del injusto había que valorar el hecho desde el punto de

62 Vid., M.E. MAYER: *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 108.

63 Vid., MEZGER: *Tratado*, PG, I, p. 398 y ss. Vid., con mayores referencias, SCHÜNEMANN, en *El Sistema moderno*, p. 50; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 36.

64 Vid., en este sentido, LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 38; SÁINZ CANTERO: *La exigibilidad de conducta*, p. 21.

65 Vid., FREUDENTHAL: *Culpabilidad*, p. 65 y ss.

66 Se considera al pionero de esta concepción de la culpabilidad a FRANK: *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, p. 25 y ss. Esta concepción fue tomada y desarrollada por GOLDSCHMIDT: *La concepción normativa de la culpabilidad*, p. 83 y ss.; y FREUDENTHAL: *Culpabilidad*, p. 99. Vid., sobre el concepto normativo de culpabilidad, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 50; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 39.

67 Vid., así, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 52.

vista de su dañosidad social[68], mientras que para la constatación de la culpabilidad resultaba necesario someter al autor a un juicio de reprochabilidad por su comportamiento en atención a los estándares culturales de exigibilidad[69].

4. El finalismo: Las estructuras lógico-objetivas

Como se ha señalado, el sistema neoclásico del delito respondió a una metodología neokantiana que no sólo puso el factor decisivo de la construcción dogmática en la valoración, sino que, al depender de patrones culturales, ésta era relativa y dependiente, por tanto, de circunstancias de tiempo y espacio[70]. La mala experiencia de las guerras mundiales y, sobre todo, la invocación de arbitrarios criterios de valoración para legitimar la expedición de leyes penales abiertamente autoritarias (como el sano sentimiento del pueblo alemán) motivaron que, cuando menos en Alemania, surgieran en el tiempo de postguerra tendencias que buscaran crear una teoría del delito basada en estructuras inmutables y universales que trascendieran lo contingente del Derecho positivo[71]. Este fue el camino seguido, de alguna manera, por el sistema finalista del delito propugnado por Hans WELZEL.

Según la propuesta finalista, el legislador penal está vinculado a ciertas estructuras lógico-objetivas inmutables en su labor de regulación[72]. Por tales se entiende a aquellas estructuras de la materia de regulación jurídica destacadas por la lógica objetiva (*Sachlogik*) que atiende directamente a la realidad que es objeto de conocimiento[73]. Una vez reconocidas por el legislador penal, estas estructuras no pueden ser obviadas, estando necesariamente obligado a tenerlas en consideración al momento de regular el hecho delictivo[74]. WELZEL destaca como estructuras lógico-objetivas relevantes para la regulación penal a la acción humana como una acción

68 Así lo destacan MIR PUIG: *LH-Gimbernat*, I, p. 1310; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 36.

69 Vid., MEZGER: *Tratado*, II, p. 12. Vid., también la referencia en ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 18; MIR PUIG: *LH-Gimbernat*, I, p. 1310; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 40.

70 Vid., en este sentido, MIR PUIG: *Introducción*, p. 247 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 56 y s.

71 Vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 257; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 58; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 46; HASSEMER: *LH-Gimbernat*, I, p. 373.

72 Vid., WELZEL: *Vom Bleibenden*, p. 6 y ss.

73 Vid. CEREZO MIR, en nota al *Prólogo* de WELZEL: El nuevo sistema, p. 14, nota 2. Vid., también las exposiciones al respecto de ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 19; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p, 54; MIR PUIG: *Introducción*, p. 247; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 46 y ss.

74 Vid., WELZEL: *El nuevo sistema*, p. 13, reproduciendo una cita de su artículo "*Über Wertungen im Strafrecht*", publicado en *GS* 103, p. 340 y ss.: "*El ordenamiento jurídico determina*

final[75] y a la libertad de voluntad como la capacidad de poder regirse conforme a sentido[76]. Algunos autores incluyen una tercera estructura que sería la relación lógico-objetiva de la participación con una conducta dolosa del autor[77].

En cuanto a la primera estructura lógico-objetiva, WELZEL definió la categoría de la acción a partir de la finalidad perseguida por el autor[78], señalando que solamente de esta manera era posible diferenciar la acción humana de los puros sucesos causales. Esta comprensión de la acción produjo un cambio importante en la configuración del injusto penal, pues la tipicidad dejó de ser una categoría encargada de describir solamente la parte objetiva del hecho, para dar cabida, de manera general, al dolo y a la culpa como formas de tipicidad subjetiva. El dolo fue definido como el conocimiento y la voluntad de realizar la conducta típica (el llamado dolo natural)[79], mientras que a la culpa se la entendió como la infracción de un deber objetivo de cuidado[80]. Con la introducción de lo subjetivo en la tipicidad, el desvalor del resultado dejó de ser el referente del injusto, pasando a asumir dicho papel el llamado desvalor de la acción[81]. El injusto se convirtió así en una categoría objetiva-subjetiva, lo que dio lugar a que a esta comprensión del injusto se le bautizara con el nombre de teoría del injusto personal[82].

La importancia que el finalismo le dio al desvalor de la acción en la configuración del injusto penal trajo consigo la formación de una línea de pensamiento derivada del finalismo que radicalizó el lado subjetivo de la acción, convirtiéndola prácticamente en el eje de esta categoría dogmática y, por lo tanto, del delito. Para esta ala radical de la escuela finalista, el injusto penal encontraba su fundamento en el llamado *desvalor de la actitud* que alcanzaba para infringir la norma de determinación, convirtiéndose el resultado en no más que una mera condición objetiva de punibilidad. Al depender la producción del resultado siempre del azar, su función se limitaría a ser una manifestación de lo injusto y a condicionar la necesidad de

---

por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos".

75 WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 30 y ss., 100 y s.

76 Vid., WELZEL: *El nuevo sistema*, p. 85 y ss.

77 En este sentido, CEREZO MIR: *ADPCP* 2009 p. 71.

78 Vid., WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 33 y ss.; EL MISMO, *El nuevo sistema*, p. 25.

79 Vid., WELZEL: *El nuevo sistema*, p. 61 y ss. Vid., la referencia también en JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 9.

80 Vid., WELZEL: *El nuevo sistema*, p. 69 y ss. Vid., la referencia en SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 56.

81 Vid., CEREZO MIR: *ADPCP* 2009 p. 81.

82 Vid., en este sentido, WELZEL: *El nuevo sistema*, pp. 48, 67 y s. Vid., la mención de este proceder dogmático del sistema finalista en SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 55; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 48; CEREZO MIR: *ADPCP* 2009 p. 76.

pena. Esta variante del finalismo tuvo como su principal exponente a ZIELINSKI, quien centró en la intención del autor el desvalor de la acción que, a su vez, era el sustento del injusto penal[83].

La estructura lógico-objetiva de la libertad de la voluntad tuvo una implicancia fundamental en la configuración de la categoría de la culpabilidad. Esta categoría del delito pasó a ser entendida como la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz de hacerlo[84]. Bajo esta premisa conceptual, la culpabilidad fue sometida a un fuerte proceso de desubjetivización, en la medida que el dolo natural pasó a formar parte del tipo como consecuencia lógica de la concepción final de la acción[85], quedando solamente en sede de culpabilidad el conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el llamado *dolus malus*). Por otro lado, se acentuó más el proceso de normativización que había iniciado ya la escuela neoclásica, aunque debe precisarse que esta normativización dejó de centrar el reproche que fundamenta la culpabilidad en la actitud interna del autor frente al ordenamiento jurídico, para sustentarlo, más bien, en el hecho de que el autor pudo autodeterminarse a actuar de conformidad con el Derecho[86].

III. LAS TENDENCIAS MODERNAS EN LA DOGMÁTICA PENAL

Al morir WELZEL en 1977 se impuso en la dogmática alemana su sistemática basada en la teoría del injusto personal[87]. Debe reconocerse, sin embargo, que esta situación no tuvo lugar como consecuencia de una asunción acrítica del sistema finalista, pues sus presupuestos metodológicos (la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas) y muchas de sus construcciones dogmáticas (por ejemplo, la teoría estricta de la culpabilidad) permanecieron discutidos y, en muchos casos, incluso rechazados[88]. En efecto, la doctrina dominante en el último cuarto del siglo XX no siguió las vías metodológicas propuestas por el finalismo, Pero

83 Vid., ZIELINSKI: *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 120 y ss. Vid., la referencia al pensamiento de Zielinski, SILVA SÁNCHEZ, Introducción a *El sistema moderno*, p. 17; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 61.

84 Vid., WELZEL: *El nuevo sistema*, p. 93.

85 Vid., WELZEL: *El nuevo sistema*, p. 66; EL MISMO, *Estudios*, p. 34 y s.

86 Vid., WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 141; EL MISMO, *El nuevo sistema*, p. 80 y ss. Vid., mayores referencias en ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 18 y ss.; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 49.

87 Vid., HIRSCH, en *Estudios jurídicos*, p. 19; SILVA SÁNCHEZ, Introducción a *El sistema moderno*, p. 12.

88 Vid., SILVA SÁNCHEZ, Introducción a *El sistema moderno*, p. 12; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 9, n.m. 50. No obstante, GRACIA MARTÍN: *RECPC* 06-07 (2004), p. 07:1 y ss., sigue sosteniendo la absoluta validez de la metodología finalista para elaborar la teoría de delito.

terminó por aceptar los principales rasgos de la estructura del delito planteada por esta escuela dogmática: el injusto personal, la bipartición entre error de tipo y error de prohibición, la teoría normativa de la culpabilidad o el dominio del hecho para distinguir la autoría de la participación[89].

Las críticas al finalismo se presentaron a nivel de su aplicación práctica. Por un lado, la coherencia de las soluciones obtenidas bajo la lógica del sistema contrastaba con su insatisfacción social[90], mientras que, por otro lado, su capacidad para resolver nuevos problemas se mostraba bastante limitada[91]. El penalista se encontraba más en el mundo ideal de la construcción dogmática que en la concreta sociedad a la que había que regular y ordenar. De alguna manera, el elevado desarrollo de la dogmática penal no se correspondía con el nivel de eficacia en la lucha contra la delincuencia[92]. Esta situación particular motivó que, en las últimas décadas del siglo pasado, se iniciara una fuerte crítica al sistema abstracto y cerrado propuesto por el finalismo. No obstante, hay que indicar que las tendencias modernas no propugnan un rechazo total al sistema dogmático del delito[93]. Incluso la tendencia más crítica, personificada por la escuela de Frankfurt, no aboga por un abolicionismo de la teoría del delito, sino por su orientación a las ciencias sociales[94]. La característica común de estas tendencias es abandonar un sistema dogmático cerrado lógicamente perfecto, pero que resulta poco satisfactorio en la realidad. Si bien las propuestas de cambio discurren en mayor o en menor medida por canales distintos, los une la misma convicción sobre la necesidad acercar la dogmática penal a la realidad.

1. La normativización del Derecho penal

En la actualidad, la tendencia mayoritaria en la teoría del delito apunta a una normativización de las categorías dogmáticas. Si bien la idea de normativizar los conceptos no es nueva en la dogmática penal, lo que caracteriza a las actuales propuestas normativistas es que el punto de referencia está constituido por criterios que procuran adaptar la teoría del delito a las exigencias sociales. En esta línea, ROXIN considera que las categorías dogmáticas de la teoría del delito deben estar informadas por las finalidades político-criminales de prevenir los delitos con el respecto de las garantías esenciales. A su turno, JAKOBS defiende también una normativización de la dogmática penal, pero a partir de la función de la pena de proteger lo que llama la identidad normativa de la sociedad. Por su parte, la construcción normativa

89 Vid., en este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 21.

90 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 39.

91 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 40.

92 Vid., ROXIN: *Política criminal*, p. 18; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 68.

93 Vid., SILVA SÁNCHEZ, Introducción a *El sistema moderno*, p. 21.

94 Vid., HASSEMER: *Fundamentos*, p. 34 y ss.

del delito propuesta por Frisch se sustenta en la necesidad de ajustarla a una teoría comunicativa de la pena como respuesta al quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Como puede verse, todas estas propuestas tienen el denominador común de la normativización de la teoría del delito, aunque el desarrollo metodológico discurre por vías distintas.

A. La orientación político-criminal del sistema dogmático: El sistema teleológico de Roxin

Claus Roxin es, sin duda, el autor alemán más relevante que inició la crítica a la teoría finalista del delito. Como propuesta de solución planteó orientar la dogmática penal a la política criminal en su estudio programático denominado *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (1970)[95]. Dogmática penal y Política criminal no deben ser entendidas como dos disciplinas independientes (sistemática versus solución satisfactoria)[96], sino que entre ellas tiene que existir una estrecha vinculación operativa que se consolide en la normativización de las categorías dogmáticas con el objetivo político-criminal de prevenir los delitos[97]. La calificación de "teleológico" que se le da a esta propuesta dogmática responde precisamente a la necesidad de informar a las distintas categorías dogmáticas de criterios de valoración que respondan a la finalidad preventiva del Derecho penal. Esta referencia a valoraciones de carácter político-criminal que, por su propia naturaleza, son generales y cambiantes a lo largo del tiempo, explica que el llamado sistema teleológico se caracterice por su apertura al desarrollo social y, en consecuencia, por su capacidad de adaptarse a nuevas exigencias punitivas[98].

A lo largo de las últimas décadas Roxin ha emprendido el nada fácil trabajo de reformular la teoría del delito en clave político-criminal. De manera general, puede decirse que este proceso de reformulación normativa no ha significado un reemplazo de los elementos del delito hasta entonces reconocidos en la discusión doctrinal, sino, más bien, una reelaboración de su contenido. De manera concreta, el concepto de la acción se define a partir de su función de excluir del análisis a aquellos sucesos que carecen de la más mínima repercusión penal[99]. Dado que el

95 Vid., en este sentido, Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 17.

96 Así, era, por ejemplo, la concepción de Von Liszt. Vid., Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 52; Roxin: *Política criminal*, p. 15 y ss.

97 Vid., Roxin: *Política criminal*, p. 33 y ss. En este sentido, también, la interpretación de Lesch: *Verbrechensbegriff*, p. 167.

98 Vid., en este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 7 n.m. 51; Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 35.

99 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 7 n.m. 53.

cumplimiento de esta función de delimitación requiere de la ley penal, la acción ya no es tenida como una categoría autónoma del delito, sino que se le incluye dentro de la tipicidad[100]. La primera categoría analítica del delito pasa a ser, por lo tanto, la tipicidad, la que se define en atención a su función específica de asegurar que la represión punitiva cumpla con las exigencias político-criminales del principio de legalidad[101]. A la antijuridicidad se le configura también como una categoría autónoma del delito, pero con la diferencia de que el criterio de valoración que la informa está específicamente referido a la permisión excepcional por una situación especial de conflicto[102]. Finalmente, la categoría de la culpabilidad parte de una accesibilidad normativa sustentada en la libertad de determinación y actuación del sujeto individual, pero que se modula con un elemento político-criminal que ROXIN denomina responsabilidad y que se corresponde con la idea de la necesidad de pena[103].

Si se echa un vistazo a las exposiciones doctrinales en la actual discusión penal se podrá comprobar que el sistema dogmático orientado a finalidades político-criminales constituye la posición predominante[104]. Sin embargo, hay muchos aspectos de este sistema que no se han acabado de desarrollar por completo y en los que se presenta aún cierto debate[105]. De hecho uno de los mayores reproches que se hace al pensamiento de ROXIN es la falta de un sistema completo de imputación de responsabilidad con base en sus ideas programáticas[106] y que, por ello, adolece de ciertas inseguridades[107]. Son diversos los aspectos de la teoría del delito sobre los que el propio ROXIN no ha podido hacer una profunda labor de normativización teleológica que, en muchos casos, han sido sus propios discípulos los que han pretendido cubrir estos vacíos con el costo de no tener una unidad plena de pensamiento. En cualquier caso, el pensamiento de ROXIN ha marcado, sin duda, un cambio de rumbo en la dogmática penal: El rechazo de sistemas abstractos basados en principios

100 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 8 n.m. 40.

101 Vid., ROXIN: *Política criminal*, p. 43.

102 ROXIN: *Política criminal*, p. 55; EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, §7 n.m. 59, donde además incluye una función de punto de enlace de medidas de seguridad y otras consecuencias penales y una función de vinculación del Derecho penal con todo el ordenamiento jurídico.

103 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 64 y s.; EL MISMO, *Problemas básicos*, p. 200 y ss.; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 65.

104 Vid., por todos, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 23 y ss.

105 El propio ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 29, reconoce que el sistema teleológico se encuentra aún en fase de desarrollo.

106 Lo reconoce el propio ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 29.

107 Vid., SILVA SÁNCHEZ, Introducción a *El sistema moderno*, p. 21; EL MISMO, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 18, si bien busca rebatir estas críticas dirigidas al pensamiento teleológico de Roxin.

inmutables y la necesidad de formular sistemas conceptuales que estén orientados hacia el cumplimiento de los fines del sistema penal.

B. La normativización de las categorías dogmáticas con base en la función de la pena: El funcionalismo de Jakobs

El sistema funcionalista, propugnado por Jakobs, ha abierto en la doctrina penal moderna diversos puntos de discusión. Tiene un punto de partida común con el planteamiento de Roxin en cuanto cree necesario definir normativamente los conceptos dogmáticos[108]. Pero este autor va más allá, pues considera que el proceso de normativización no debe verse restringido por limitaciones de carácter ontológico[109]. La normativización de la teoría del delito debe de estar completamente definida por la función que cumple la pena, más concretamente, por su función de mantener la vigencia de la norma frente a una conducta que expresa una máxima de comportamiento incompatible con ella[110].

Con una clara incidencia de la dialéctica hegeliana[111], Jakobs define el delito como unidad de sentido que contradice lo dispuesto por la norma penalmente garantizada[112], correspondiéndole a la pena la labor de anular el sentido comunicativo del delito, es decir, restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito[113]. Bajo este esquema interpretativo, todas las categorías dogmáticas del delito deben estar informadas por esa relación comunicativa con la pena[114]. Delito y pena se

---

108 Vid., en este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 7 n.m. 27.

109 Así lo destacan Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 70; Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 24, quien, por otra parte, se muestra algo escéptico frente a este abandono total de límites ontológicos.

110 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 35; Cancio Meliá, en *El sistema funcionalista*, p. 32. Vid., esto antes ya, Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft*, p. 123.

111 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 2; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 17. Vid., de manera extensa, Lesch: *Der Verbrechensbegriff*, p. 75 y ss.

112 Vid, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 6; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; El Mismo, *PJ*, 49 (1998) pp. 297, 305 y ss. Por su parte, Lesch: *Der Verbrechensbegriff*, p. 93 y ss., defiende la opinión de que la visión funcionalista ya se encontraba en el pensamiento de Hegel. Desarrollando la línea de pensamiento de su maestro, Pawlik: *Normbestätigung*, p. 35 y ss., precisa que la defraudación de la norma producida por el delito consiste en la infracción del deber del ciudadano de contribuir al mantenimiento de la juridicidad existente.

113 Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 9; El Mismo, *PJ*, p. 298; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 13; Lesch: *Der Verbrechensbegriff*, p. 184 y ss.; Pawlik: *Das nerlaubte Verhalten*, p. 61 y s..

114 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 27; Silva Sánchez, Introducción a *El sistema moderno*, p. 20.

definen en el plano social como comunicaciones sobre la estructura normativa de la sociedad[115].

A partir de las consideraciones acabadas de hacer sobre la relación comunicativa entre delito y pena, se puede entender el sentido que Jakobs le da a las distintas categorías dogmáticas del delito[116]. Así, acción solamente podrá ser aquello que llega a expresar el sentido comunicativo de una contradicción de la norma. Lo que no expresa ese sentido comunicativo, debe ser considerado naturaleza[117]. Esta orientación del concepto jurídico-penal de acción hacia la unidad de sentido del delito, trae como consecuencia que Jakobs considere que la acción no es un elemento neutral previo al que luego se le van sumando las categorías tradicionales de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino un concepto unitario referido al significado comunicativo del delito. En este orden de ideas, no es posible hablar de una acción jurídico-penal si es que el autor no actúa culpablemente[118].

Si bien solamente el injusto culpable es un injusto penal, Jakobs admite la posibilidad de determinar un injusto provisional supeditado a que se confirme luego la culpabilidad del autor[119]. Ese injusto se estructura sobre la base de la competencia por el hecho que se establece a partir de la infracción individualmente evitable de los deberes impuestos por el rol socialmente asumido (a saber: el rol general de ciudadano o roles especiales derivados de instituciones sociales específicas). El hecho se imputa objetivamente por la infracción del deber[120], para lo cual resulta absolutamente superficial si tal infracción tuvo lugar por una acción o una omisión[121]. La imputación subjetiva del hecho se sustenta en el criterio de la evitabilidad individual del comportamiento objetivamente imputado al autor, lo que se presenta tanto en la actuación dolosa, como en la culposa[122]. A nivel de la antijuridicidad lo que se hace es determinar si la competencia por el hecho se mantiene o si se levanta por razones de normatividad pura, utilidad o solidaridad[123].

En el plano de la culpabilidad, Jakobs procede a desarrollar, en consonancia con su planteamiento general, un concepto de culpabilidad estrictamente nor-

115 En este sentido, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 14.

116 En este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 116.

117 Así, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 23 y s.

118 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 124; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 24.

119 Vid., Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, p. 60 y ss.

120 Jakobs: *Die strafrechtliche Zurechnung*, p. 26 y ss.

121 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 347 y ss.; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 17.

122 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 154: "*Tanto el comportamiento doloso como el imprudente son comportamientos evitables*"; Pawlik: *Das Unrecht*, p. 371 y s.

123 Vid., Jakobs: *Sobre la normativización*, p. 138 y ss.

mativo que responda a la necesidad de pena[124]. Su punto de partida es que la vigencia del principio de culpabilidad no se sustenta en la capacidad ontológica del autor de poder actuar libremente, sino en la capacidad de poder comunicar una contradicción de la norma en el plano social[125]. Una comunicación con sentido delictivo solamente la puede hacer de quien se espera una fidelidad suficiente al Derecho[126] y se le considera, por tanto, culpable del delito. Bajo estas consideraciones, la exigencia de la culpabilidad del autor no apunta a impedir la instrumentalización de la persona con la imposición de una pena, sino solamente a excluir de pena a aquellas personas que el sistema social no necesita sancionar para solventar la perturbación social generada por el hecho. Así, llega a sostener que una sociedad admite tratar como inimputables a determinados individuos, en la medida que el propio sistema social cuente con mecanismos cognitivos para mantener el modelo de orientación[127]. Esa misma lógica socialmente condicionada se presenta en los casos de inexigibilidad de otra conducta que disculpan al autor[128].

Como puede verse, en el pensamiento de Jakobs se encuentra la culminación del cambio de dirección en el sistema dogmático hacia un normativismo de naturaleza sociológica, lo que ciertamente ha despertado la crítica encendida de penalistas que no han logrado desprenderse del pensamiento naturalista[129]. La construcción de la teoría del delito y de la pena está guiada únicamente por la función que el Derecho penal cumple en el plano de la comunicación social, esto es, el mantenimiento de la vigencia de la norma. Tal enfoque provoca, por otra parte, una renuncia a pretensiones político-criminales trascendentes[130]. Pese al radical cambio metodológico, el funcionalismo radical continúa exponiendo la teoría del delito con la misma estructuración iniciada por el causalismo, aunque con contenidos muy distintos e incluso restando la original autonomía que se le asignaba a las categorías del delito.

---

124 Esto no significa que renuncie al principio de culpabilidad como presupuesto de la pena, sino que plantea un entendimiento distinto, funcional; es decir, desde la perspectiva del orden social de cuya estabilización se trata. Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 365 y s.; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 62.

125 Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 385; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 65 y s.

126 Vid., Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, p. 64.

127 Así, Jakobs, en *Estudios*, p. 80; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 63.

128 Vid., Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 63 y ss.

129 Vid., así las críticas de Schünemann: *Consideraciones críticas*, p. 42 y ss.

130 Vid., en este sentido, Silva Sánchez: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 1, p. 105. Críticamente sobre esto, Schünemann: *Consideraciones críticas*, p. 14.

C. *Una teoría del delito acorde con la función comunicativa de la pena: El normativismo de FRISCH*

El planteamiento de Wolfgang FRISCH defiende también la necesidad de normativizar las categorías dogmáticas de la teoría del delito. Coincide, en términos esenciales, con el planteamiento de JAKOBS, en cuanto a la necesidad de establecer una correspondencia entre la teoría del delito y la teoría de la pena[131], por lo que el delito no puede reducirse a la perspectiva materialista de ser una lesión culpable del bien jurídico penalmente protegido[132]. Mantener tal concepción implicaría una contradicción con la función asignada a la consecuencia jurídico-penal del delito. Lo anterior no significa, sin embargo, que el sistema del delito deba ser estructurado con una base material distinta, sino que dicha base debe estar necesariamente informada por aquello que sustenta la imposición de la pena por el delito cometido.

Dado que, en el planteamiento de FRISCH, a la pena le corresponde la función de confirmar la validez de la norma de conducta infringida, la teoría del delito tiene necesariamente que expresar esa contradicción de la norma. En efecto, la pena tendría como fin la defensa del carácter inquebrantable del ordenamiento jurídico, por lo que el delito no debería ser entendido simplemente como un injusto culpable que afecta al titular de un bien jurídico, sino fundamentalmente como un ataque al ordenamiento jurídico, esto es, como un cuestionamiento a la validez de la norma de conducta infringida[133]. Este cambio de perspectiva no trae como consecuencia obligada el abandono de la estructura tradicional del sistema del delito como un injusto culpable, pero sí la necesidad de reformular sus distintas categorías para hacerlas compatibles esa perspectiva de la pena.

La propuesta de reformulación de FRISCH parte de una categoría de la tipicidad que recoge la divergencia entre el comportamiento del autor y la norma de conducta subyacente al tipo penal aplicable, a la que se suman otras condiciones adicionales especiales como el resultado o el carácter doloso de la actuación[134]. Esta divergencia no debe estar excepcionalmente justificada por una proposición permisiva, correspondiéndole a la categoría de la antijuridicidad establecer la ausencia de una permisión excepcional. Ahora bien, la infracción de la norma de conducta no permitida excepcionalmente no es suficiente para cuestionar su validez, siendo

131 Vid., FRISCH, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (dir.), p. 200; EL MISMO, *LH-Mir Puig*, p. 574.

132 Vid., sobre esto, FRISCH, en *Cuestiones fundamentales del Derecho Penal*, García Cavero/Pariona (coord.), p. 42 y ss.

133 Vid., FRISCH: *Cuestiones fundamentales del Derecho Penal*, García Cavero/Pariona (coord.), p. 53.

134 Vid., FRISCH: *Cuestiones fundamentales del Derecho Penal*, García Cavero/Pariona (coord.), p. 57 y s.

necesario que el autor haya estado en capacidad de comprenderla y cumplirla[135]. La categoría de la culpabilidad se encarga de determinar si el autor reúne efectivamente esas condiciones. Finalmente, la reformulación del delito requiere dar cabida a una última categoría del delito que se sustente en la necesidad de rechazar el cuestionamiento de la validez de la norma, dentro de la cual se podrían ordenar de manera sencilla y convincente las causas de exclusión de punibilidad y también las causas de disculpa que, en los planteamientos tradicionales, se tratan incorrectamente como casos de falta de culpabilidad[136].

D. Las propuestas analíticas

En la línea de desarrollar una teoría normativa del delito que no se quede en el plano meramente descriptivo del suceso natural, en la doctrina penal se han formulado diversas propuestas analíticas que ponen el punto de partida, más bien, en la lógica y el sentido de las normas. El Derecho penal cumple su función por medio de normas y esa particularidad obliga a que las teorías dogmáticas sobre el delito tengan en cuenta su naturaleza prescriptiva y determinen, de esta manera, la imputación por su infracción. La ventaja de un enfoque que se asiente en las estructuras objetivas del lenguaje y la lógica, es que se superaría la discutible cientificidad de los planteamientos ontológicos, el problema del relativismo de los valores y también el cuestionamiento a la falta de un enfoque crítico en las interpretaciones de base sociológica.

Uno de los autores más relevantes en la introducción de las propuestas analíticas en la teoría del delito ha sido, sin duda, Joachim Hruschka. Para este autor alemán, el objetivo de las teorías jurídico-penales es formular la gramática del idioma del Derecho penal y extraer de ello sus consecuencias[137]. En cuanto a la teoría del delito, sostiene que ésta tiene que ser formulada como una imputación que debe ser entendida bajo la perspectiva moral de la *causa libera*[138]. A partir de la diferencia entre el mundo empírico que se explica y el mundo inteligible que se comprende[139], Hruschka concibe la imputación penal bajo un sistema lógico de las normas que distingue las reglas de conductas y las reglas de imputación[140]. Mientras las primeras están compuestas por un conjunto de prohibiciones, prescripciones, eximentes y permisiones que, en su dimensión prospectiva, configuran la realidad y que, en su

135 Vid., Frisch, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (dir.), p. 226.

136 En este sentido, Frisch: *Cuestiones fundamentales del Derecho Penal*, García Cavero/Pariona (coord.), p. 60 y ss.

137 Vid. Hruschka: *Strafrecht*, p. XX.

138 Hruschka: *Strukturen der Zurechnung*, 1976, *passim*.

139 Vid., Hruschka, en *Imputación y Derecho penal*, p. 3.

140 Vid., Hruschka, en *Imputación y Derecho penal*, p. 11 y ss.

dimensión retrospectiva, sirven de baremo de la conducta ya realizada; las segundas operan solamente en una dimensión retrospectiva y le permiten específicamente al juez imputar el suceso acaecido al autor como un hecho suyo y hacerle un reproche por ello. A la imputación ordinaria por la infracción de la norma de conducta, se le deben sumar los casos de imputación extraordinaria por la infracción de las llamadas incumbencias (culpa, *actio libera in causa*).

En la misma línea de darle a la norma una posición central en la estructuración de la teoría del delito, Urs Kindhäuser formula un planteamiento que parte de entender el delito como una contradicción de la norma[141]. La pena asume, en este contexto, la labor de ser una respuesta reprobatoria a esa contradicción. A través de la atribución del hecho punible, se le reprocha al autor haber expresado con su comportamiento una falta de intención de seguir la norma[142]. Teniendo en cuenta la bipartición de las reglas propuesta por Hruschka, Kindhäuser sostiene que la atribución del hecho punible se realiza con base en dos sistemas de reglas diferenciados: las reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales un comportamiento ha de ser visto como contrario a derecho y las reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales cabe atribuir responsabilidad por este comportamiento contrario a derecho.

En un nivel más operativo, Kindhäuser sostiene que el proceso de atribución del hecho punible requiere establecer primero una situación objetiva típicamente relevante que, si no media alguna causa de justificación, da lugar a un injusto objetivo de resultado. Luego se determina si se cumplen las condiciones bajo las cuales puede reprocharse al autor la realización del injusto de resultado como una infracción del deber culpable y punible. En un primer nivel, se establece si se satisfacen los presupuestos cognitivos y físicos (capacidad de acción) bajo los cuales el autor tendría que haberse formado la intención, con eficacia para la acción, de evitar la realización del tipo. En un segundo de nivel, se precisa si hubo razones normativas o psíquicas por las cuales el autor no pudo o tuvo que formarse, con eficacia para la acción, la intención de evitar la realización del tipo (capacidad de motivación)[143].

2. El retorno al Derecho penal liberal

Frente a las propuestas que abogan por la normativización de la teoría del delito, en el actual panorama doctrinal se aprecian también posturas que se oponen a ello. Estas posturas sostienen que lo que debe hacerse es retornar, de alguna ma-

141 Vid., Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 1 y ss.: "*esto es, un comportamiento por el cual el autor declara que, en un determinado caso, una determinada norma no vale para él*".

142 Vid., Kindhäuser: *La lógica de la construcción del delito*, pro manuscripto, p. 1.

143 Vid., Kindhäuser: *La lógica de la construcción del delito*, pro manuscripto, p. 1. Vid., también, Mañalich: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12 (2010), p. 171 y ss.

nera, al viejo y buen Derecho penal de tradición liberal, pues sólo de esta manera se podrá proteger al individuo del leviatán estatal. Para poder hacer un análisis más detenido de los planteamientos de fondo de esta orientación interpretativa del Derecho penal, resulta necesario dividir nuestra exposición en dos tendencias distintas. Por un lado, se encuentra la tendencia de base fundamentalmente filosófica que parte del racionalismo subjetivista, mientras que, por el otro, se presenta aquella tendencia que propone orientar el Derecho penal a las ciencias sociales.

A. El liberalismo racionalista

El liberalismo racionalista en el Derecho penal encuentra en E.A. WOLFF su defensor más importante[144]. Sus puntos de partida han sido seguidos y desarrollados con mayor detalle por sus discípulos KÖHLER, ZACZYK y KAHLO. Esta línea de pensamiento tiene una raíz filosófica claramente kantiana y, por tanto, se sustenta en los conceptos filosóficos de sujeto, acción, libertad, regla de acción e imputación, interpretados desde la filosofía de KANT y FICHTE[145]. Obviamente, no pretendemos en este trabajo general entrar en las particularidades del pensamiento jurídico-filosófico del liberalismo racionalista, sino solamente hacer una exposición a grandes rasgos de su comprensión del Derecho penal y, en concreto, de la teoría del delito.

El punto de partida del pensamiento filosófico de KANT es el llamado giro copernicano mediante el cual no es el objeto el que suministra el conocimiento, sino que éste está condicionado por las estructuras del sujeto que conoce[146]. En este sentido, la realidad de las cosas está determinada por la capacidad de conocimiento del sujeto, en otras palabras, por su racionalidad[147]. Desde el punto de vista del sujeto racional, lo existente tiene un doble carácter: por una parte, la realidad puede apreciarse como un suceso sujeto a leyes naturales aprehensible por la experiencia, y por el otro, como aquélla que tiene lugar mediante una acción libre del individuo orientada teleológicamente[148]. En el primer ámbito, el criterio racional ordenador

144 Puede cuestionarse que esta tendencia jurídico-penal pertenezca en sentido estricto a la escuela de Frankfurt, pero ciertamente de manera general existe una cierta proximidad (vid., SCHÜNEMANN: *Consideraciones críticas*, p. 55; SILVA SÁNCHEZ, Nota preliminar a *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), p. 16) que se explica no sólo porque E.A. Wolff fuese Profesor en la Universidad de Frankfurt, sino fundamentalmente por el rechazo al normativismo.

145 En este sentido, KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 9. Sobre el concepto de libertad en Kant y Fichte, ZACZYK: *Das Unrecht*, p. 130 y ss.; KAHLO: *Das Problem*, pp. 272, 277 y ss.

146 Cf. WOLFF, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 162 y s.; ZACZYK: *Das Unrecht*, p. 130 y s.; KAHLO: *Das Problem*, p. 283 y ss.

147 En este sentido, KAHLO: *Das Problem*, p. 278.

148 Vid., KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 9; KAHLO: *Das Problem*, p. 291.

del conocimiento es la causalidad, mientras que el segundo existe la posibilidad de oponerse a los procesos causales (causalidad por medio de la libertad)[149].

Al Derecho le interesa fundamentalmente el segundo ámbito, donde el criterio configurador de la realidad es la acción personal de un individuo que es entendido como un ser autofundante, es decir, que determina su actuación por medio de sus propias capacidades de fundamentación. Aquí no es una realidad externa al sujeto la que establece los principios de ordenación, sino que éstos son determinados por el sujeto mediante una labor racional ajena a todo condicionamiento empírico. En este sentido, el sujeto participa en el principio sustancialmente espiritual de la realidad, lo que significa que el sujeto tiene la capacidad de determinar la realidad según la categoría de la teleología interna cuyo principio espiritual puede estar expresado en normas o reglas[150]. El sujeto racional no actúa según leyes naturales, sino que debe actuar según su representación de las leyes morales que se someten al imperativo categórico de seguir la máxima mediante la cual pueda querer al mismo tiempo que sea una ley general[151]. Sin embargo, como se trata de un ámbito que no está regido por leyes causales, puede que el sujeto no siga la teleología interna expresada en normas (voluntad como libre arbitrio)[152]. La realización de un suceso objetivo según una regla del sujeto libre justifica la imputación como su realidad, como aquella que él ha configurado libremente[153].

Las reglas jurídicas regulan la acción desde su exteriorización intersubjetiva[154]. Pese a que la acción debe regirse por imperativos reconocidos por el sujeto racional, este reconocimiento requiere de la referencia a los demás (intersubjetividad). La idea misma de autonomía del sujeto precisa tener en consideración a los demás[155], pues se trata de un estado de cosas fundamental de su ser que sólo puede ser pensada si, al mismo tiempo, está presente en otros seres racionales[156]. Esta relación con los demás no es, sin embargo, una relación puramente imaginada, sino que es real

149 Zaczyk: *Das Unrecht*, p. 133. Busca desarrollar más esta doble naturaleza del sujeto práctico, Kahlo: *Das Problem*, p. 293 y ss.

150 Vid., Köhler: *Strafrecht*, AT, p. 9, en el que se destaca que el Derecho pertenece al ámbito de la realidad del comportamiento humano sujeto a reglas (o normas)

151 Cfr. Wolff, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 172; Zaczyk: *Strafrechtliche Unrecht*, p. 20. Como lo señala Wolff: *ZStW* 97 (1985), p. 808, esto se asienta en la idea de generalización de una máxima, de un criterio para la corrección de la acción que se derive del propio sujeto, pero que sirva también de guía para los otros sujetos racionales en tanto tales.

152 Kahlo: *Das Problem*, p. 270; Zaczyk: *Strafrechtliche Unrecht*, p. 20 y ss.

153 Köhler: *Strafrecht*, AT, p. 10; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 74.

154 En este sentido, Kahlo: *Das Problem*, p. 293.

155 Cf. Wolff, en *Politiksstrafrecht*, Hassemer (Hrsg.), p. 140; Zaczyk: *Das Unrecht*, p. 165.

156 Zaczyk: *Das Unrecht*, p. 165.

y, en este sentido, constituye relaciones de mutuo reconocimiento de la libertad entre los sujetos racionales[157]. Pese a la existencia de este mutuo reconocimiento y debido a que cada sujeto puede, en su propia determinación de lo correcto conforme a máximas, enfrentarse a los otros en la configuración del único mundo exterior, o simplemente corromperse, es necesario establecer límites externos a su acción[158]. Estos límites a la acción externa de los individuos se establecen mediante las reglas jurídicas que buscan integrar en la acción externa el ser libre de los otros sujetos[159]. En este sentido, las leyes jurídicas no exigen la presencia de una buena voluntad en el actuar, sino simplemente una conformidad externa con la ley[160].

Con base en las premisas conceptuales precedentemente explicadas el liberalismo racionalista sostiene que una conducta resulta contraria al Derecho cuando no observa las máximas del comportamiento frente a los demás y constituye, por ello, un desconocimiento de la relación de mutuo reconocimiento, esto es, la negación del carácter racional y libre de los demás. Esta contrariedad al Derecho alcanza el nivel de un delito, cuando se trata de la lesión más grave de las relaciones, jurídicamente constituidas, de mutuo reconocimiento entre los sujetos individuales[161], lo que tiene lugar cuando se afecta los elementos de existencia de la libertad de la persona o, lo que es lo mismo, de su autonomía (vida, cuerpo, libertad y patrimonio)[162]. La pena se erige, así, como una reacción de necesidad racional ante el actuar del delincuente, con la que se busca negar en la generalidad la actuación irracional del delincuente[163].

Los defensores del liberalismo racionalista han emprendido la labor de desarrollar una teoría del delito que se ajuste a la forma racional de entender la realidad precedentemente explicada. Dado que muchas de las orientaciones modernas de la legislación penal, así como las propuestas de interpretación del delito no se corresponden con esta comprensión del Derecho penal, el liberalismo racionalista asume una posición crítica. En este sentido, cuestiona la legitimidad de muchos rasgos

157 Wolff, en *Politiksstrafrecht*, Hassemer (Hrsg.), pp. 140, 182. Críticamente, Kindhäuser: *RPDJP* 1, p. 179.

158 Cf. Kahlo: *Das Problem*, p. 299.

159 Vid., en este sentido, Zaczyk, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 121.

160 Wolff, en *Politiksstrafrecht*, Hassemer (Hrsg.), p. 140; Köhler: *Strafrecht*, AT, p. 12. Lo cual no significa que la ley no debe ofrecer razones para merecer su obediencia (Kant: *Metaphysik der Sitten*, Weischedel (ed.), Obras, Vol. IV, 1975, p. 325).

161 Vid., en este sentido, Wolff, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 140. Sobre esta relación de reconocimiento mutuo, vid., Wolff: *ZStW* 87 (1985), p. 811 y ss.; Kahlo: *Das Problem*, p. 270.

162 Zaczyk: *Das Unrecht*, p. 165.

163 Vid., Köhler: *Der Begriff der Strafe*, p. 50; El Mismo: *Strafrecht*, AT, pp. 37 y s., 48 y ss.

de la legislación penal moderna (delitos de peligro abstracto o la responsabilidad penal de las personas jurídicas), del mismo modo que pone objeciones a muchas de las propuestas de funcionalización del Derecho penal. De manera general, podría decirse que el liberalismo racionalista propone mantenerse en los criterios tradicionales de delito y culpabilidad, pero entendidos desde la filosofía racionalista-subjetivista, oponiéndose, por ello, a sustituirlos por categorías puramente funcionales.

B. La escuela de Frankfurt

Más que constituir propiamente una comunidad académica con una línea de pensamiento claramente definida sobre el Derecho penal y el delito, la llamada escuela de Frankfurt vincula a diversos autores con claras diferencias ideológicas y metodológicas[164], aunque quizá con el único acuerdo común de rechazar la normativización de las categorías dogmáticas en el sentido de las propuestas funcionalistas actuales[165]. En este sentido, se muestra crítica frente a la expansión del Derecho penal producida por los procesos de *neo-criminalización*, resaltando que con ello el Derecho penal está finalmente dejando de ser un instrumento de reacción frente a lesiones graves de la libertad de los ciudadanos para convertirse, más bien, en instrumento de una política de seguridad[166].

La llamada escuela de Frankfurt se caracteriza por asumir una vinculación estrecha entre el Derecho penal y las ciencias sociales. Esta vinculación del Derecho penal parte de la idea de que la "cientificidad" del Derecho penal no queda simplemente en una ordenación del conocimiento mediante un método determinado, sino que es importante tener en cuenta que se trata de una cientificidad dirigida a lo social. En este sentido, debe quedar fuera del estudio del Derecho penal conceptos metafísicos u objetos que sólo pueden abordarse especulativamente[167]. El Derecho penal es una ciencia exclusivamente empírica, cuya pretensión es permitir un mejor Derecho penal, esto es, un Derecho penal racional en cuanto a sus consecuencias[168]. La divergencia de esta interpretación del Derecho penal respecto del liberalismo racionalista se hace evidente ya desde sus puntos de partida[169].

---

164 Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en el Prólogo a la edición española de *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), p. XII.

165 Vid., ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 474.

166 Vid., en este sentido, HASSEMER: *La responsabilidad por el producto*, p. 31; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 474.

167 En este sentido, HASSEMER: *Fundamentos*, p. 34; NAUCKE, en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 4.

168 NAUCKE, en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 4 y s.; PRITTWITZ: *Strafrecht und Risiko*, p. 83.

169 NAUCKE, en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 8 y ss.

Para los autores que se agrupan en torno a la llamada escuela de Frankfurt, el estudio del Derecho penal debe partir de su realidad, y ciertamente ésta no es el conjunto de normas jurídicas, sino las relaciones entre individuos, concretamente entre dos personas: una que lesiona y otra que padece la lesión[170]. Sin embargo, la actividad usual del penalista consiste en sumergirse sólo en lo estrictamente normativo, es decir, en el estudio de las leyes, y deja, por tanto, de lado la parte real del Derecho penal[171]. Esto se refleja claramente en los estudios especializados sobre el Derecho penal, en los que se puede ver con facilidad una mayor dedicación al análisis de su instrumental que al ámbito sobre el cual se aplica este instrumental. Por ello, resulta necesario devolver el papel decisivo a lo empírico, lo cual solamente se puede conseguir con una orientación del sistema penal a sus consecuencias[172]. Este consecuencialismo significa que la legislación y la jurisprudencia penales deben interesarse por las consecuencias fácticas de su actuación[173], la que sólo puede justificarse o legitimarse, si con ella se alcanzan las consecuencias deseadas y se impiden las indeseadas[174]. Para ello es necesario conocer cuáles son las consecuencias de tal actuación, las cuales solamente pueden ser precisadas mediante los conocimientos empíricos que suministran las ciencias sociales[175]. Un Derecho penal eficaz debe necesariamente estar referido a las ciencias sociales, y fundamentalmente a la criminología[176].

La historia del Derecho penal orientado a las ciencias sociales no es reciente, sino que esta tendencia puede ser reconocida desde finales del siglo XIX[177]. Cómo se ha manifestado esta tendencia en los distintos momentos históricos, ha dependido ciertamente de las situaciones histórico-políticas. La orientación del Derecho penal a las ciencias sociales se ha mostrado a lo largo de la historia de diversas maneras: en algunos momentos ha sido conservadora, mientras que en otros liberal e incluso radical; en determinadas etapas históricas ha buscado hacer más fuerte o eficaz el Derecho penal, mientras que en otras también lo ha criticado[178]. Hoy en día

170 Hassemer: *Fundamentos*, p. 31.

171 Hassemer: *Fundamentos*, p. 32 y s.

172 Hassemer: *Fundamentos*, p. 34.

173 Hassemer: en *FS-H. Coing*, I, p. 504 y ss.

174 Algo que un Derecho penal orientado por un *input* (a sí mismo), no podría determinar. Vid., en este sentido, Hassemer: *NStZ*, 1989, p. 556.

175 Hassemer: *Fundamentos*, p. 35 y s.

176 Cf., Albrecht, en *FS-E.A. Wolff*, p. 12 y s.

177 Naucke, en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 6.

178 Cfr. Naucke, en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 6.

el desarrollo de esta orientación del Derecho penal hacia las ciencias sociales, que ha sido asumido expresamente por los miembros de la llamada escuela de Frankfurt, ha adquirido unos rasgos fundamentalmente críticos frente a la legislación penal contemporánea. Sus trabajos especializados coinciden en un reproche a la actual legislación penal en el sentido de que está siendo impulsada más por factores de carácter político que científico, esto es, que se ha relegado a un segundo plano la eficacia del Derecho penal[179]. Este condicionamiento "político" del Derecho penal moderno no sólo ha afectado la mencionada eficacia del Derecho penal, sino que ha traído consigo también el paulatino abandono del conjunto de principios de tradición europea[180]. Estos dos aspectos de la moderna legislación penal constituyen en conjunto una negación al Derecho penal clásico de raíz liberal y propio de un Estado de Derecho[181].

IV. TOMA DE POSICIÓN: UNA TEORÍA DEL DELITO FUNDADA EN LA PERSONA

Si bien la dogmática jurídico-penal parte del Derecho positivo, esta afirmación no debe llevar a entender que la definición del delito se deduce, sin más, del tenor de la ley positiva[182]. La legislación penal es incompleta en muchos aspectos e incluso, en algunos casos, contradictoria por obvias razones de conformación histórica. Por esta razón, la labor dogmática debe ordenar la regulación legal con base en ciertos puntos de partida supra-positivos para construir una teoría completa y uniforme del delito[183]. Estos puntos de partida conforman un concepto material de delito que, además de sistematizar la regulación positiva a partir de una idea matriz, hace posible la crítica de las decisiones legislativas que lo desconocen. En la elaboración de este concepto material del delito concurren un conjunto de ingredientes necesarios: Un fundamento de naturaleza filosófica, la finalidad de la construcción conceptual, la base empírica y el criterio de estructuración interna. En lo que sigue, se explicará con mayor detenimiento la concepción que se asume de cada uno de estos componentes indispensables para la construcción de una teoría del delito.

---

179 Vid., Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, en el Prólogo a la edición alemana de *La insostenible situación del Derecho penal*, p. XVIII.

180 Vid., en este sentido, ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 484.

181 Vid., HASSEMER: *La responsabilidad por el producto*, p. 18. Por su parte, SCHÜNEMANN: *Consideraciones críticas*, p. 15, entiende que el Derecho penal clásico al que hace referencia Hassemer, es el que sigue el pensamiento de principios de tradición europea.

182 Vid., MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 28.

183 Así, BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 62.

1. El fundamento de la teoría del delito

A. *La búsqueda del fundamento*

En la dogmática penal científica siempre se ha discutido la cuestión de cuál es la idea fundamental que permite ordenar la legislación penal en una teoría general del delito. Los causalistas, por ejemplo, consideraron que con la verificación de las relaciones de causalidad era posible identificar los elementos del delito[184]. El neocausalismo no cuestionó la existencia de esta base empírica, pero la consideró insuficiente, ya que, conforme a la filosofía neokantiana que informaba a dicha línea de pensamiento, el delito era un producto cultural y, por lo tanto, dependiente de la manera como era valorada socialmente la realidad causal[185]. Son, por lo tanto, los estándares culturales los que hacen posible calificar de delito ciertas relaciones de causalidad que producen una modificación desvalorada en el mundo exterior[186].

Un giro importante en la determinación de las estructuras conceptuales sobre las que se construye el delito tuvo lugar con el finalismo, en la medida que dejó de poner la mirada en lo empírico o cultural, para centrarse en lo permanente de las cosas[187]. Con las llamadas estructuras lógico-objetivas, el finalismo procuró desarrollar una teoría del delito que rescatase lo propiamente humano[188] y, a la par, la asegurase de las inestabilidades políticas que pudiesen llevar a un abuso de su configuración con la finalidad de hacerla "políticamente rentable". No obstante, su mayor virtud se convirtió, al final, en su principal defecto, pues al poner la mira en la excepción (evitar regímenes injustos) dejó de tener en cuenta que lo natural es el

184 Vid., von Liszt, en *Strafrechtlichen Vorträge und Aufsätze*, I, p. 222: "*Lo que como hecho real se corresponde con el concepto de delito siempre es (...) un suceso sensorial del mundo exterior, un acontecer en hombres y cosas, una modificación conforme a las leyes causales que rigen la naturaleza*".

185 Vid., Mezger: *Tratado*, I, p. 156: "*Su comprobación (scl. Del delito) no puede tener lugar mediante un simple juicio sobre lo que es; dicha comprobación siempre lleva en sí una determinada valoración normativa del estado de hecho, un juicio sobre el valor, al lado del juicio sobre lo que es*".

186 Vid., así, M. E. Mayer: *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 125 y ss.

187 Si bien a este planteamiento se le ha catalogado de "ontológico", debe quedar claro, como lo precisara el mismo Welzel: *El nuevo sistema*, p. 13, que dicho planteamiento no se corresponde con la ontología fenomenológica de Hartmann y ni tan siquiera con la ontología de la antigua metafísica, sino con el hecho de que las categorías del conocimiento son también categorías del ser (ontología) y no simples categorías gnoseológicas. Anteriormente Welzel había señalado que "*si el ordenamiento del derecho penal no vincula sus predicados de valor con todo suceso real, entonces deben existir diferencias ontológicas de las cuales surge este diferente tratamiento*" (Welzel: *Estudios*, p. 126).

188 Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 31: "*El objeto de las normas jurídico-penales es, por consiguiente, el comportamiento humano, esto es, la actividad o pasividad corporal del ser humano, sujeta a la capacidad de dirigir la voluntad hacia fines*".

cambio social y, por lo tanto, también la variación de las necesidades de imputación. En este sentido, la teoría del delito de corte finalista, afincada en estructuras inmutables, trajo como consecuencia la desatención al carácter dinámico de los criterios de imputación penal, lo que finalmente produjo su falta de correspondencia con las necesidades sociales de punición[189].

La crítica al carácter cerrado del sistema finalista motivó, como reacción, el desarrollo de líneas de pensamiento que procuraron abrir la teoría del delito a los requerimientos sociales de castigo. Pese a este objetivo común, los nuevos planteamientos no han seguido un mismo enfoque metodológico. El funcionalismo orientado a las finalidades político-criminales regresa, de alguna manera, a la lógica neokantiana de los valores para definir el delito, pero no dejándolos en el mundo etéreo de la cultura, sino anclándolos en las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena[190]. En un plano más sociológico, el funcionalismo radical define el delito en función de aquello que, para la sociedad de la que se trate, constituye una perturbación social que debe salvarse con la imposición de una pena[191]. En una línea de pensamiento similar discurre también la propuesta normativista que sostiene que, si bien el hecho punible constituye la lesión culpable de un bien jurídico, solamente su entendimiento como el cuestionamiento a la validez del ordenamiento jurídico legitima la imposición de la pena[192]. Por su parte, las propuestas analíticas elaboran la teoría del delito desde su entendimiento como una infracción de la norma de conducta, encargándose de determinar desde la lógica y el lenguaje las reglas para imputar a una persona la responsabilidad penal por dicha infracción.

El panorama sucintamente descrito muestra que la formulación de una teoría del delito debe encontrar cuál es su llave maestra o concepto fundante, pues solamente de esta manera se podrá tener la pretensión de constituirse en una construcción conceptual completa, coherente y con un sentido propio. Mientras los causalistas y los neocausalistas pusieron la mirada en el hecho, entendido como realidad empírica o como realidad valorada, el finalismo lo puso en el sujeto individual. En nuestra opinión, resulta correcto que la teoría del delito ponga la atención en el sujeto actuante, pues un hecho solamente puede alcanzar relevancia penal si se pone en relación con un sujeto. No obstante, el fallo del finalismo fue definirlo únicamente en función de sus capacidades individuales (la actuación final de un sujeto

189 Así, la crítica de JAKOBS, en *Estudios*, p. 112, a la concepción final de la acción de no tener en cuenta la vertiente social.

190 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 24.

191 Vid., JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 18.

192 Vid., FRISCH: *Cuestiones fundamentales del Derecho Penal*, García Cavero/Pariona (coord.), p. 53.

con libertad de voluntad), lo que significó dejar de lado su faceta social. El sujeto del Derecho penal no es un individuo que simplemente exterioriza voluntades, sino fundamentalmente una persona que interactúa socialmente en función de normas.

El funcionalismo de corte sociológico ha destacado el aspecto social de la persona, aunque lo ha hecho con una radicalidad tal que ha negado su individualidad[193]. Según este planteamiento, la persona debe ser definida por el sistema social a través de sus criterios de ordenación (estructura normativa de la sociedad), por lo que se tendrá por tal a quien, en atención al contexto social, le corresponde cumplir con los deberes establecidos en las normas[194]. En nuestra opinión, éste es el punto más discutible del funcionalismo sociológico, pues la persona tiene tanto una faceta social, como una individual que no pueden ser ensombrecidos en la definición del delito. En consecuencia, hay que ser tan críticos con Welzel por centrarse solamente en la faceta individual de la persona, como con Jakobs por enfocarse exclusivamente en el aspecto social. El concepto clave para la formulación de la teoría del delito es, sin lugar a dudas, la persona que realiza el delito en perjuicio de otra persona o de la sociedad, pero no vista parcialmente en su capacidad individual o en su relevancia social, sino desde un enfoque integral.

B. La persona y su dignidad

El artículo 1 de la Constitución Política establece que la defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado. En este sentido, el Derecho penal, como parte del sistema social, debe estar dirigido a la protección de la persona. Esta protección obliga no sólo a tener que imputar responsabilidad penal a quien afecta los aspectos esenciales de una persona, sino también a ajustar los criterios de imputación de responsabilidad penal a la persona del autor[195]. Como puede verse, la teoría del delito debe estar informada doblemente por el concepto de persona, pues el injusto penal se sustenta en una afectación a la persona y la culpabilidad en la posibilidad de imputar dicho injusto a una persona. Sin embargo, no es suficiente con que la teoría del delito se haga a partir de una idea de persona, sino que el concepto de persona utilizado debe estar necesariamente informado, por mandato constitucional, de la dignidad humana.

La dignidad humana no es una simple atribución social contingente, sino que le corresponde a toda persona por el hecho de ser un ser humano. Siguiendo a Hervada, puede decirse que la dignidad de la persona humana significa que se trata de

193 Una individualidad que no es entendida en el sentido antropológico de ser con libertad, sino en el sentido más hedonista de ser con pretensiones de satisfacción e insatisfacción (vid., Jakobs: *Norm, Person und Gesellschaft*, p. 9 y ss.).

194 Vid., Jakobs, en *Grundfragen des Strafrechts*, Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), p. 77 y s.

195 Igualmente, Pinedo Sandoval: *Imputación objetiva*, p. 72.

un ser con una dimensión espiritual que es lo que le proporciona la intensidad y la perfección del ser más altas que el resto de seres del mundo animal[196]. La dignidad humana tiene dos expresiones: una absoluta y otra relativa. La primera constituye un mínimo irrenunciable del que ninguna persona puede ser despojada, mientras que la segunda está referida a su actuación práctica, por lo que la persona puede ir perdiéndola en función de la manera como vaya actuando[197]. Ambas expresiones de la dignidad humana deben ser consideradas por la teoría del delito, si es que quiere tener como referencia el concepto de persona del que parte la Constitución.

a. La dignidad humana absoluta como límite

La dignidad humana absoluta constituye fundamentalmente un límite a la formulación de cualquier teoría del delito, en la medida que la dogmática penal, al definir lo que se debe entender por un delito, no puede negarle a la persona el aspecto irrenunciable de su dignidad[198]. Lo que la dignidad humana impide de manera absoluta es que las construcciones dogmáticas den entrada a una instrumentalización de la persona, llegándosele a tratar como un simple objeto del derecho de cosas. Esta limitación absoluta no opera únicamente en el plano de la formulación general de la teoría del delito, sino que se expresa también en la definición de varios de sus aspectos específicos.

A nivel general, la dignidad humana absoluta impide una relativización del concepto de persona al formular la teoría del delito, dejándolo en manos de criterios puramente convencionales[199]. La imputación penal debe tratar al sujeto que comete un delito siempre como una persona, no siendo posible negarle tal calidad bajo ningún concepto o argumento[200]. En este orden de ideas, no podrá encontrar legitimación alguna un Derecho penal del enemigo que se sustente en la negación del estatus de persona a ciertos individuos especialmente peligrosos[201]. Si bien es posible endurecer la reacción penal o incluso restringir algunas garantías penales frente a formas especialmente graves de criminalidad, de ninguna manera la legiti-

196 *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, p. 452.

197 Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106.

198 Si bien PIÑA ROCHEFORT, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara Ed.), p. 276, no niega la existencia de una dignidad humana intrínseca y previa, señala que mientras esta dignidad no sea socialmente reconocida carece de existencia social. Esta afirmación vacía de sentido la existencia de una dignidad intrínseca, pues al estar condicionada al "reconocimiento social" ya no es absoluta.

199 Así, VAN WEEZEL: *Pena y sentido*, p. 31, señala: "*existe una «personalidad basal» que es refractaria a toda funcionalización y que se expresa como dignidad de la «humanitas» que subsiste en cada hombre*".

200 Sobre la independencia del contexto del ser persona, vid., SPAEMANN: *Personen*, p. 134 y ss.

201 Del mismo parecer, CHANJÁN DOCUMET: *Actualidad Penal* 26 (2016), p. 270.

midad de este proceder podrá sustentarse en la negación del estatus de persona del infractor.

La dignidad humana absoluta constituye también un límite en aspectos específicos de la teoría del delito. En el caso de la tipicidad, la relevancia típica de varias conductas solamente puede encontrar explicación en la dignidad absoluta de la persona: el delito de inducción o ayuda al suicidio, el delito de aborto o el delito de omisión del deber de socorro. En el caso de la legítima defensa, por ejemplo, la necesidad racional de la defensa se apoya precisamente en el carácter de persona del agresor, en la medida que, si bien desconoce al agredido como persona, esta situación no legitima a tratar al agresor como un simple objeto peligroso contra el cual se pueda reaccionar de cualquier manera eficaz. El agresor sigue siendo una persona y, por lo tanto, el que se defiende frente a la agresión debe utilizar siempre el medio menos lesivo. De la misma forma, el límite del consentimiento a los bienes jurídicos disponibles se explica en la irrenunciabilidad de determinados bienes de la persona, pues ni siquiera la propia voluntad de la persona es capaz de suprimir su dignidad. A nivel de la culpabilidad, la dignidad humana absoluta impide que el reproche penal al autor se pueda sustentar únicamente en la necesidad social de pena.

b. La dignidad humana relativa como criterio de ordenación de la imputación penal

La dignidad humana tiene, por otra parte, una manifestación relativa que se proyecta en su actuación práctica. La persona actúa en sociedad en orden a alcanzar su realización personal. Esta realización no puede obtenerse, sin embargo, de cualquier manera, sino que, en su interrelación con los demás, la persona debe observar ciertas reglas de convivencia esenciales. Si tales reglas no son observadas, entonces la dignidad relativa de la persona se degrada[202], lo que permite el reproche colectivo y eventualmente la imposición de una sanción. Debe quedar claro que el castigo no se sustenta en la simple necesidad de mantener el sistema social, sino que es necesario un reproche social contra el autor por su falta de fidelidad a las reglas que imponen el respeto a los demás. Este reproche punitivo solamente tiene lugar si el infractor, mediante su libre actuación, comunica un cuestionamiento a la vigencia de las normas elementales de convivencia.

Dos aspectos vinculados a la actuación práctica de la persona son determinantes en la elaboración de la teoría del delito. Por un lado, la persona actúa libremente, lo que significa que sólo se le podrá responsabilizar de aquellos hechos que pueden

202 Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106: "*La desigualdad en dignidad personal se basa en la diferente calidad moral de los hombres*".

ser considerados el ejercicio individual de su libertad[203]. Esta libertad presupone el conocimiento de lo que está haciendo y la capacidad de ponderarlo debidamente. Al aspecto individual de la personalidad, debe sumarse, por otro lado, el aspecto social, el cual está constituido por su responsabilidad frente a los demás[204]. Para determinar esta responsabilidad se debe tener en cuenta las particularidades de la sociedad en la que se actúa, siendo en este punto de singular importancia la complejidad y el anonimato de los contactos sociales actuales. En efecto, una persona no responde en la sociedad de hoy por todo lo que puede evitar, sino solamente por aquello que se le exige socialmente en función de la posición que ocupa. A partir de esta idea queda claro la razón por la que la imputación penal se sustenta en la infracción de los roles jurídicamente atribuidos. En suma, la llave maestra de la construcción conceptual del delito descansa en una concepción de la persona que no es puramente individual, ni tampoco de base exclusivamente sociológica, sino que debe recoger ambos aspectos de la personalidad, pues no es posible prescindir de uno de ellos en una teoría del delito que se corresponda con la dignidad humana.

2. La teleología de la definición dogmática del delito

La teoría del delito debe ser formulada teniendo en consideración que su principal propósito es ofrecer los criterios que sirven para imputar un delito a una persona por la realización de un hecho concreto[205]. Dado que esta imputación penal se hace con la finalidad de poder justificar la imposición de una pena, la definición del delito debe estar necesariamente informada de la función que se le asigna a la pena[206]. En la doctrina penal se manejan diversas teorías sobre la función de la pena como se pudo ver en el capítulo 3, por lo que resulta necesario tomar partido por una de ellas al momento de formular la teoría del delito. Por otro lado, debe considerarse también el dato de que la imposición de la pena se decide con base en criterios normativamente definidos, lo que supone tener claramente determinada la manera como debe ser entendida la norma jurídico-penal que ofrece tales criterios de decisión.

A. La teoría de la pena

Como se acaba de decir, la teoría del delito recoge un modelo de imputación de responsabilidad penal que justifica la imposición de la pena, por lo que

203 Igualmente, PINEDO SANDOVAL: *Ita ius esto*, 7, p. 203.

204 En este punto es correcta la afirmación de JAKOBS: *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 38, de que personas solamente existen en sociedad. No obstante, esta necesaria referencia a lo social, no debe soslayar la individualidad de la persona.

205 Similarmente, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 29.

206 Destacaba ya un fundamento teleológico en el sistema del delito en función del fin de la pena, RADBRUCH: *El concepto de acción*, p. 179 y s.

entre el delito y la pena debe existir una relación de lógica correspondencia. A diferencia de la posición mayoritaria, el delito no lo entendemos como un peligro –en el sentido de un comportamiento que lleva consigo el germen de su repetición por el mismo autor o de su imitación por otros–, frente al cual la pena se erige como un instrumento eficaz para prevenirlo. La función que le asignamos está referida, más bien, a mantener la identidad normativa de la sociedad defraudada por la conducta del autor, por lo que el delito debe ser visto, desde esta perspectiva, como una unidad de sentido que comunica socialmente que las normas que excluyen las formas de comportamiento incompatibles con los bienes jurídicos, no rigen. Entre delito y pena existe una vinculación comunicativa en relación con la vigencia de las normas que expresan la identidad normativa esencial de la sociedad.

De lo anterior se desprende con suma claridad que lo que define dogmáticamente al delito no es su lesividad empírica o la voluntad psicológica del autor de producir un menoscabo en los bienes de otro, sino el sentido comunicativo de defraudación de una norma que ordena la manera como se deben producir los contactos sociales. En este orden de ideas, la conducta que lesiona empíricamente algo, pero no provoca una perturbación social, no puede ser calificada de delito, de la misma forma que, por el contrario, sí puede serlo aquella que provoca una perturbación social, aunque no lesione empíricamente nada.

B. La norma jurídico-penal

La formulación de la teoría del delito debe tener en consideración también a la norma jurídico-penal que encarna la identidad normativa esencial de la sociedad que es mantenida comunicativamente por medio de la pena. La comprensión dominante le asigna una naturaleza deóntica[207], aunque se discute la cuestión de cómo debe ser enfocada tal naturaleza, esto es, si se trata de una prescripción dirigida a determinar la conducta de los ciudadanos o de una adscripción del juez con determinados criterios de valoración.

Desde la teoría de las normas elaborada por Armin KAUFMANN[208], la teoría del delito es edificada sobre la base de una comprensión de la norma como una norma de conducta, a la que se le asigna tanto una función de determinación, como de

207 Lógicamente cabe también la posibilidad de partir de una comprensión de la norma como hecho y explicar la teoría del delito como ejercicio de coerción (HOYER: *Strafrechtsdogmatik*, p. 46 y ss.). Sin embargo, la comprensión de la norma como hecho ha recibido críticas tan certeras [vid., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ: *RPDJP* 3 (2002), p. 395 y s.], que no es tomada hoy como una hipótesis razonable para explicar la naturaleza de la norma penal.

208 Vid., KAUFMANN, Armin: *Teoría de las normas*, pp. 142, 184 y ss.

valoración[209]. Según las necesidades punitivas, se acude a una u otra función en la formulación de las distintas categorías del delito. Este juego alterno no es, sin embargo, del todo armónico, como lo muestra, por ejemplo, el tema del contenido del dolo y el tratamiento del error. A ello debe agregarse que la alegada preponderancia de la norma de conducta contrasta con la función de valoración que, de hecho, se le asigna a la norma de sanción, como lo demuestra con claridad la asunción en varias ocasiones del llamado juicio del espectador objetivo[210]. A lo único que lleva esta mezcla de criterios es a dar entrada a una construcción tibia de la teoría del delito que recurre, según la particular apreciación del intérprete, a una u otra comprensión de la norma[211].

Para determinar la comprensión de la norma sobre la cual debe construirse la teoría del delito, resulta necesario tener en cuenta, aquí también, la función atribuida al Derecho penal. Si su función apunta a dirigir la actuación de los ciudadanos para evitar que lesionen bienes jurídicos, entonces la teoría del delito estará determinada por una infracción de la norma de conducta que pudo evitar el autor[212]. La pena se impondrá porque una persona no ha observado, pudiendo haberlo hecho, la norma de conducta. Si, por el contrario, al Derecho penal se le asigna la función social de mantener la identidad normativa de la sociedad frente a un hecho socialmente perturbador, entonces la teoría del delito deberá construirse sobre la base de la necesidad de sanción para restablecer la vigencia de la norma defraudada[213]. De optarse por este segundo planteamiento, se tendrá que renunciar a elaborar la teoría del delito a partir de la norma de conducta inobservada, siendo lo más coherente definirlo desde la perspectiva de la norma de sanción.

---

209 Vid., MIR PUIG: *LH-Cerezo Mir*, p. 73 y ss.; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 1, n.m. 43; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, PG, p. 58, aunque prefiere hablar de una función de protección y motivación de la norma penal.

210 Vid., esta apreciación LESCH: *Injusto y culpabilidad*, p. 12 y s.

211 Esta situación puede explicar las propuestas de cambio que precisamente a través de la norma de conducta y la norma de sanción están teniendo lugar en la doctrina penal contemporánea. Sobre esto informa con una fina percepción PEÑARANDA RAMOS: *RPDJP* 2 (2001), p. 402 y ss.

212 Vid., así, en el sentido más radical, la propuesta de MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, p. 631 y ss.

213 Hace este reproche JAKOBS, en *Estudios*, p. 226, precisamente a la concepción de Armin Kaufmann. Por ello puede comprenderse la rotunda afirmación de HAFFKE, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 134: "*Consiguientemente, son desde el principio erróneas todas las posturas que construyen el sistema del delito únicamente desde la perspectiva de la infracción de la norma de conducta*". Destaca también este aspecto SILVA SÁNCHEZ: *RPDJP* 3 (2002), p. 409. Anteriormente M. E. MAYER: *Derecho penal*, PG, p. 43, señaló que la función de determinación de la norma en el plano jurídico tiene un significado enteramente secundario.

Desde nuestra concepción de la pena, la teoría del delito debe encargarse de ordenar sistemáticamente las reglas que deciden la imposición de la pena para asegurar el restablecimiento de la vigencia de la norma defraudada. Se trata de reglas de imputación que se deben determinar para que el juez cumpla con la norma de sanción[214]. Esta afirmación no significa que la norma penal no sea idónea para determinar la actuación de los ciudadanos (norma de conducta). De hecho, la imputación penal se decide sobre la base de la infracción de la norma de conducta por parte del autor[215]. Por lo dicho, la teoría del delito no puede dejar de lado el dato de que el sujeto de la imputación actúa socialmente bajo el esquema prescriptivo de las normas de conducta. Sin embargo, esta consideración de las normas de conducta en la teoría del delito se hace únicamente con fines de imputación, esto es, como un baremo de medición de lo normativamente impuesto a los ciudadanos y de lo que, por lo tanto, se les puede imputar penalmente[216].

3. La base empírica del delito

Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta al momento de formular la teoría del delito es que el hecho punible no es una mera abstracción o entelequia, por lo que cuenta con una base empírica. Lo que queda claro es que la *empiria* no decide los criterios de la imputación penal que sistematiza la teoría del delito[217]. Pero eso no significa que se pueda prescindir absolutamente de la base empírica del delito. Una construcción dogmática no podrá ser sustentable, si parte de una exigencia fácticamente irrealizable[218]. Por ejemplo, no se puede admitir una imputación de conocimiento para afirmar el dolo si es que al agente le resulta materialmente imposible acceder a ese conocimiento. Del mismo modo, tampoco será posible imputar a alguien un hecho que le era físicamente imposible de evitar. Toda construcción normativa debe tener en consideración ciertas condiciones de facticidad.

---

214 Sobre las reglas de imputación, Hruschka, en *Imputación y Derecho penal*, p. 11 y ss. y su distinción de las normas de comportamiento.

215 Vid., Vogel: *Norm und Pflicht*, p. 27.

216 Vid., Hruschka, en *Imputación y Derecho penal*, p. 17 y s. Por ello, no puede afirmarse que un sistema basado en las normas de imputación o sanción deje de lado la función directiva de la norma [vid., Silva Sánchez: *RPDJP* 3 (2002), p. 401], sino que tal situación se reconoce, pero no es elevada a la categoría de función del Derecho penal. Como tesis mixta califica Varela: *Dolo y error*, p. 93 y ss., a esta estructuración de la teoría del delito que combina las normas de conducta con las reglas de imputación, aunque se pueda poner el acento más en la norma o en la imputación.

217 Vid., Pawlik: *Das Unrecht*, p. 299.

218 Vid., Kindhäuser: *Tareas de una dogmática jurídico-penal científica, pro manuscripto*, p. 2; Duttge, en *Grundfragen des Strafrechts*, Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), p. 50.

Los datos empíricos se obtienen fundamentalmente a través de la criminología, lo que pone evidencia su importancia para el trabajo que realiza el dogmático penal[219]. Si no se cuenta con la información sobre la realidad que recogen científicamente los criminólogos, la construcción dogmática se vuelve ciega o, en el mejor de los casos, intuitiva. Al final, el dogmático puede caer incluso en una falacia normativista que construye el deber ser de la imputación penal completamente desligado de lo que resulta viable en el plano del ser de la criminalidad. Por poner un ejemplo: si los estudios criminológicos establecen como un dato cierto que la norma penal no llega a ser conocida por los ciudadanos, la construcción de la imputación penal a partir de un diálogo racional entre norma y ciudadano no se corresponderá con la sociedad, en la que pretende ser aplicada. Toda quedará, por lo tanto, en un sistema solipsista de la imputación penal.

4. La bipartición de la teoría del delito

Si la pena se encarga de devolver comunicativamente la vigencia a la norma defraudada por el delito, resultará lógico que el delito sea visto como una unidad de sentido que expresa socialmente una contradicción de la norma. Sin embargo, la linealidad del pensamiento y el desarrollo del proceso de justificación de una decisión obligan a formular la teoría del delito bajo la forma de un análisis de pasos sucesivos. En las primeras formulaciones estratificadas de la teoría del delito, el planteamiento mayoritario propuso distinguir cuatro niveles: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, agregando algunos incluso el quinto nivel de la punibilidad. Con el abandono de un concepto pre-jurídico de acción, la posición asumida fue la tripartición del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En la actualidad, la tendencia dominante entiende que la distinción entre tipicidad y antijuridicidad no es, por lo menos, cualitativa, por lo que se opta por una bipartición de la teoría del delito en injusto penal y culpabilidad penal[220].

En cuanto al orden expositivo, el injusto penal (juicio sobre el hecho) es analizado en primer lugar, pasando luego a hacerse lo propio con la culpabilidad (juicio sobre el autor). Esta alineación se justifica dogmáticamente en la idea de que resulta posible hacer un juicio sobre lo antijurídico de un hecho sin referencia aún a una

219 Vid., al respecto, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 67.

220 Sobre la importancia de esta diferenciación, WELZEL: *JuS* 1966, p. 421; ROXIN: *FS-Henkel*, p. 171; SCHÜNEMANN, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 205; FRISCH, en *El sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (ed.), p. 223 y s.; LESCH: *Injusto y culpabilidad*, p. 7; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 5, n.m. 24; MIR PUIG: *Derecho penal*, PG, L 5/8; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, PG, p. 199; SANZ MORÁN: *Revista penal*, 5 (2000), p. 75. Pone de manifiesto la debilidad de las bases de esta distinción, MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, p. 507 y s.

persona específica[221]. Sin embargo, resulta cada vez más claro que el análisis penal no comienza con un juicio puramente objetivo sobre un hecho, sino que el hecho tiene que ser considerado desde un principio en relación con su autor[222]. Si el hecho socialmente perturbador se valora en un sentido jurídico, es únicamente para imputar, de ser el caso, ese hecho a una persona. En este sentido, lo que realmente interesa en la imputación penal es la culpabilidad, siendo el injusto no más que un concepto auxiliar[223]. Por lo tanto, lo que la doctrina tradicional llama injusto constituye, en realidad, una apariencia de injusto, pues sólo un injusto culpable constituye un injusto de verdad[224].

El descubrimiento de la vinculación funcional entre injusto y culpabilidad no excluye, sin embargo, un proceso de determinación sucesiva en el que se diferencien ciertos niveles progresivos, aunque debe reconocerse que se tratará unicamente de conceptos provisionales que sólo adquieren un sentido definitivo en conjunto[225]. El punto de distinción de carácter fundamentalmente didáctico se encuentra en la conformación del sentido del hecho. En un primer momento, se tiene que imputar el hecho al autor como infracción individualmente evitable de un rol jurídicamente atribuido, mientras que en un segundo momento se tendrá que determinar si puede imputarse a la persona en concreto la titularidad del rol con el que se ha llevado a cabo la imputación del hecho en un primer momento. De esta manera, es posible diferenciar en el proceso de imputación el injusto penal, por un lado, y la culpabilidad, por el otro.

El injusto penal se ocupa de la imputación penal del hecho. Esta imputación se hace inicialmente con la categoría de la tipicidad, la cual se compone de una imputación objetiva (infracción del rol) y de una imputación subjetiva (individualmente evitable). El uso expositivo de esta distinción no debe hacer perder de vista la visión unitaria de la imputación penal del hecho, ya que la imputación objetiva no podría llevarse a cabo si no se da por supuesto el conocimiento por parte del autor

221 Vid., así, la comprensión de KAUFMANN, Armin: *Teoría de las normas*, p. 163 y ss. A partir de esto, reconoce también JAKOBS, en *Estudios*, p. 123, que la posibilidad de una falta de culpabilidad por el desconocimiento de la norma implica que la norma exista con independencia de su conocimiento, lo cual significa aceptar un injusto independiente. En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 225. Una exposición exhaustiva del origen del injusto no culpable en el Derecho penal, MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, p. 89 y ss.

222 Vid., LESCH: *Injusto y culpabilidad*, p. 30.

223 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 60.

224 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 123; EL MISMO: *Sociedad, norma y persona*, p. 63; LESCH: *Injusto y culpabilidad*, p. 29 y s.; GONZÁLEZ RIVERO: *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 121 y s.

225 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 123; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 60.

de los aspectos relevantes de la imputación, del mismo modo que una imputación subjetiva tendría muy poco sentido si no se parte de la relevancia jurídico-penal de los aspectos objetivos abarcados por el conocimiento[226]. Dentro del injusto debe tenerse en cuenta también las llamadas causas de justificación que hacen que decaiga por determinadas razones la imputación del hecho. Las causas de justificación contextualizan el hecho en una situación de conflicto para decidir si cabe excluir la imputación que se ha hecho previamente en el nivel más general de la tipicidad[227]. También en este nivel de mayor concreción de la imputación entra en consideración la separación didáctica entre lo objetivo y lo subjetivo.

En el segundo nivel analítico de la teoría del delito se encuentra la culpabilidad penal. Aquí lo que específicamente se determina es si cabe reprocharle un déficit de fidelidad al Derecho a la persona, a la que previamente se le ha imputado el hecho a nivel del injusto. Para realizar este reproche se requiere de un conjunto de circunstancias personales y situacionales que sustenten o no afecten la capacidad del sujeto actuar razonadamente conforme a la norma penal. Por el contrario, dicha capacidad no se alcanzará o, en todo caso, se perderá, si el sujeto es un inimputable, si desconoce de manera inevitable el carácter antijurídico de su actuación o si se encuentra en una situación en la que no se le puede exigir razonablemente una conducta conforme a Derecho. En estos casos, la imputación penal provisionalmente realizada a nivel del injusto no se llega a completar, pues la persona, a la que se le atribuyó el hecho, no puede expresar un hecho con sentido jurídico-penal.

226 En sentido similar, BERNER: *Grundlinien*, p. 40 y ss.

227 Destaca que la tipicidad y la antijuridicidad no son categorías autónomas, sino que forman parte del injusto penal, SCHÜNEMANN: *InDret* 1/2008, p. 14 y s.

CAPÍTULO 10
LA ACCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La acción no es sólo un concepto que ha estado presente desde un inicio en la discusión dogmática sobre la teoría del delito, sino que también ha sido utilizado por distintas ciencias humanas y naturales[1]. Esto último puede ser la explicación de la influencia que conceptos procedentes de otros ámbitos del conocimiento han tenido en la definición que la dogmática jurídico-penal hace de la acción. Pero con independencia de esta posible interrelación científica, lo que se tiene que advertir aquí es que el estudio de la acción que se hará en este capítulo se va a circunscribir únicamente al desarrollo que ha tenido en la discusión jurídico-penal[2]. Al final, no sólo se determinará con meridiana claridad lo que se debe entender por acción en la teoría del delito, sino que se precisará también cómo dicha comprensión repercute en la interpretación de las disposiciones legales que aluden o están vinculadas a ella.

II. EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN

Puede decirse que, a lo largo de la historia de la dogmática penal, la conceptualización de la acción ha girado fundamentalmente en torno a dos modelos de interpretación[3]. Por un lado, la acción ha sido definida como la base material sobre

---

1 Vid., en este sentido, DEDES: *FS-Roxin*, p. 187; MARINUCCI: *El delito como "acción"*, p. 30 y ss.

2 Una exposición del desarrollo de la teoría de la imputación en general desde Aristóteles, pasando por San Agustín, Santo Tomás, Pufendorf, Amselm von Feuerbach hasta Hegel, HOHMANN: *Personalität*, p. 213 y ss.

3 Vid., la referencia a estas dos formas de comprender la acción, JAKOBS, en *Estudios*, p. 122; SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 980; MARINUCCI: *El delito como "acción"*, p. 13.

la cual se precisan los predicados que configuran el hecho punible, de manera tal que no es posible afirmar la realización de un delito sin una base real que sería la acción. La otra línea de interpretación ha procurado, por el contrario, exigir en la definición misma de la acción una referencia a criterios jurídico-penales, lo que significa conceptualizarla necesariamente desde el punto de vista del Derecho penal. El predicado penal conformaría la misma base material. Al interior de ambos modelos de interpretación, pueden encontrarse, a su vez, distintas variantes en función del punto de partida asumido, por lo que conviene exponerlas brevemente antes de tomar una posición al respecto.

1. La acción como concepto previo al Derecho penal

A. El concepto causal de acción

El modelo conceptual de una acción previa al Derecho penal tiene sus antecedentes en la definición hecha por Luden, quien señaló que el delito era un fenómeno delictivo provocado por una acción humana, por lo que se hacían necesarias en la comisión de un delito la corporalidad y la voluntariedad de la puesta de la causa[4]. Sin embargo, este autor no mantuvo, ni desarrolló en escritos posteriores esta afirmación general[5], sino que fue propiamente con la propuesta metodológica del causalismo que la acción se erigió como una categoría autónoma del delito, encargada de establecer su base empírica.

Von Liszt definió tempranamente la acción como "*la producción, reconducible a la voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior*"[6]. Sin embargo, debido a que este concepto fracasaba en la omisión, el referido penalista alemán procedió a modificarlo en las posteriores ediciones de su manual en los siguientes términos: "*conducta voluntaria hacia el mundo exterior, más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria*"[7]. Como puede verse, von Liszt procuró mantener un concepto de acción como sustrato empírico previo que resultase común a todos los delitos, sean activos u omisivos, incluso a costa de renunciar a la relación de causalidad y dejar la voluntariedad del comportamiento (sin contenido) como único elemento común de las diversas manifestaciones del delito.

Pese al cambio que supuso en el mundo científico asumir la diferenciación metodológica entre ciencias naturales y ciencias del espíritu, los autores neocausalistas

4 Luden: *Abhandlungen*, p. 215.

5 Así, Roxin: *Derecho penal*, PG, § 8, n.m. 9.

6 Von Liszt: *Lehrbuch*, 4. Aufl., p. 128.

7 Von Liszt: *Lehrbuch*, 22. Aufl., p. 116.

siguieron, en esencia, la visión causalista de la acción. Para esta línea de pensamiento la voluntad natural del autor de hacer o no hacer continuó siendo el elemento determinante de la acción. La definición de acción propuesta por Mezger como "*hacer o dejar de hacer querido*"[8], constituye posiblemente la prueba más clara del mantenimiento de la lógica causalista. Actualmente existen autores en la doctrina penal alemana, como Baumann/Weber, que continúan anclados en un concepto de acción de base causal al definirla como "*una conducta humana llevada por la voluntad*"[9].

El concepto causalista de acción tiene diversos puntos débiles que la hacen actualmente insostenible. En primer lugar, resulta sumamente cuestionable la reconducción de las distintas manifestaciones del delito a una misma base empírica[10]. Esta pretensión fue tempranamente cuestionada en la discusión doctrinal, como lo muestra la crítica de Radbruch de que dos conceptos empíricamente antagónicos como acción y omisión (a y no a) no podían tener un elemento común en el plano fáctico[11]. El intento de reducir el concepto común de acción únicamente a la voluntariedad para poder abarcar así la omisión, resultó igualmente insuficiente, pues esta voluntariedad no existiría, por ejemplo, en el caso de la omisión culposa inconsciente (el olvido)[12].

Otro punto también controvertido de la visión causal de la acción fue su pretensión de ser un concepto neutral, al que luego se le irían precisando las características de índole penal. Resulta poco plausible, por ejemplo, que la acción en el delito de injurias esté constituida por la simple emisión de ondas sonoras que, como vibraciones del aire, llegan al oído del afectado, produciéndole un aumento del ritmo cardiaco y la presión sanguínea[13]. Semejante concepto de acción apuntaría a desprenderse de lo propiamente humano, al reducir los contactos humanos a meros procesos causales, lo cual resulta insostenible, pues en la acción debe estar presente siempre una perspectiva humana. Precisamente en esta ausencia del componente humano que tendría lugar con un concepto causal estricto de acción, se apoyó el finalismo para formular su principal crítica contra dicho concepto de acción[14], presentándose como una teoría más exacta de la acción delictiva.

---

8 Mezger: *Moderne Wege*, p. 12.

9 Baumann/Weber: *Strafrecht*, AT, § 16, II 1.

10 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 13.

11 Vid., Radbruch: *El concepto de acción*, p. 168.

12 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 13.

13 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 15, calificando de ridículo reducir el concepto de acción a estos procesos físicos.

14 Welzel: *Estudios*, p. 141 y s.: "*Al lado del suceso causal hay un suceso heterogéneo que no está sujeto al orden de la causalidad, sino al sentido de la intencionalidad (...) el resultado pertenece al sujeto en una forma completamente distinta como si fuera solo un efecto de su causa*".

B. El concepto final de acción

Si bien el finalismo no renunció a una comprensión de la acción previa, sobre la cual habrían de precisarse posteriormente las otras categorías dogmáticas del delito, su concepto de acción recuperó una visión supraempírica de la acción. En efecto, para el planteamiento de WELZEL la acción constituía, a diferencia de los simples procesos causales, una expresión de sentido del ser humano orientada a la consecución de determinados objetivos propuestos[15]. Con base en esta idea se criticó la explicación causalista de la acción que la entendía como un acto voluntario de contenido indiferente, pues la causalidad no era capaz de expresar, por sí misma, sentido[16]. La acción no es una simple vinculación causal de una manifestación de voluntad con un resultado lesivo, sino una actuación hacia un fin propuesto por el sujeto de la acción. El hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse, por ello, objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos. Actividad final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo[17].

La formulación finalista de la acción no estuvo exenta de críticas. Al igual que el concepto naturalista de acción, se le cuestionó ser insuficiente para agrupar en un solo concepto las distintas manifestaciones del delito. Así, se indicó que el concepto final de acción no se acomodaba a los delitos omisivos, en la medida que la actuación dirigida a un fin evocaba claramente una conducta activa. La referencia de WELZEL a una *capacidad de actuar* en los delitos omisivos[18] tampoco sirvió de mucho para levantar la mencionada objeción, pues la capacidad de actuar es distinta a la acción misma que es lo que se trata de caracterizar[19]. Por esta razón, no sorprende que finalistas como STRATENWERTH[20] o Armin KAUFMANN[21] no consideraran que el concepto final de acción sea una categoría autónoma del delito, siguiendo de alguna manera la separación del edificio dogmático propuesta, en su momento, por RADBRUCH.

Pero la crítica al carácter insuficiente del concepto final de acción para abarcar las distintas manifestaciones del delito no se quedó en la omisión. Al ser la finalidad el elemento central del concepto de acción, lo subjetivo pasó a formar parte también de dicho concepto, de manera tal que el concepto de acción tendría que

15 Vid., WELZEL, en *Abhandlungen*, p. 18.

16 Así, igualmente la exposición de JAKOBS, en *Estudios*, p. 108.

17 WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 33 y ss. Vid., con mayor profundidad, WELZEL: *Um die finale Handlungslehre*, p. 3 y ss.

18 WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 201.

19 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m.18.

20 Vid., STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 1.

21 Vid., KAUFMANN, Armin: *FS-Hans Welzel*, p. 393 y ss.

abarcar no sólo la acción y la omisión, sino también el dolo y la culpa. Precisamente, en relación con esto último, se le cuestionó referirse fundamentalmente al dolo directo, dejando cuando menos de lado la actuación culposa[22]. WELZEL, sin embargo, dejó en claro que la denominación "final" no debía entenderse como intención dirigida a la producción de un resultado típicamente relevante, sino que, a partir de esta estructura ontológica del actuar humano, debían establecerse el dolo y la culpa al interior del Derecho penal[23].

Las críticas achacadas al concepto final de acción llevaron a que, en sus últimos años, WELZEL recomendara sustituir la denominación "final" por la de "cibernética", en la medida que lo que realmente importaba en el concepto de acción era el control y dirección de la acción[24]. Pero a pesar de esta reformulación terminológica de la idea matriz de la acción para poder con ello dar entrada también a las otras formas de manifestación del delito, lo cierto es que la comprensión finalista de la acción ha sido considerada igualmente incompleta en cuanto al enfoque utilizado. Su mayor déficit se encontraría en el hecho de haberse centrado en las capacidades individuales de control, dejando de lado la significación social que innegablemente también posee[25].

C. *El concepto social de acción*

El déficit social de la comprensión finalista de la acción ha pretendido ser cubierto por la llamada teoría social de la acción. Los orígenes de esta teoría son ciertamente anteriores a la teoría final de la acción, pero sólo en las últimas décadas ha adquirido una mayor significación. Eberhardt SCHMIDT, reelaborando el tratado de VON LISZT, definió la acción como "*conducta voluntaria hacia el mundo social externo*"[26], lo que ponía de manifiesto que la acción no interesaba en términos fisiológicos –perspectiva propia de las ciencias naturales–, sino como fenómeno

---

22 Vid., así, MEZGER: *FS-Rittler*, p. 123. Igualmente, respecto del concepto de omisión por limitarse sólo a la dolosa, SCHÜNEMANN: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 73. Vid., la referencia de JAKOBS, en *Estudios*, p. 110 y s., a esta crítica dirigida a la teoría final de la acción.

23 Vid., WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 65, señalando que la teoría de la acción final no desarrolla la estructura de la acción final en los tipos penales. Pero con esta precisión el planteamiento finalista cae en la mayor crítica que se le hizo al causalismo: definir la acción con una voluntad sin contenido (vid., así, MARINUCCI: *El delito como "acción"*, p. 62).

24 Vid., WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 37 y s.

25 Vid. JAKOBS, en *Estudios*, p. 112. No obstante, destaca en Welzel la consideración de lo social a través de la llamada adecuación social, LESCH: *Intervención delictiva*, p. 22, aunque reconoce que finalmente no desarrolló esta idea completamente.

26 Vid., con mayores referencias, VON LISZT/EB. SCHMIDT: *Lehrbuch*, 26. Aufl., p. 153 y s. Luego, también, SCHMIDT, E.: *FS-Engisch*, p. 339 y ss.

social. En la misma dirección discurren las concepciones de la acción de ENGISCH, quien la entendió como "*producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes*"[27], de MAIHOFER, quien la definió como "*conducta dirigida a la lesión de bienes sociales*"[28], y actualmente de JESCHECK, al entenderla como "*conducta socialmente relevante*"[29]. Como puede verse, el elemento común de todas estas concepciones de la acción es su relevancia social.

Pese al denominador común de las definiciones de acción acabadas de reproducir, está claro que resulta difícil encontrar en los autores mencionados una unidad de pensamiento dogmático[30]. Esta situación no impide, sin embargo, que se les pueda someter a una crítica común: El diferenciar apenas entre la relevancia social del hecho y la relevancia jurídica[31]. En efecto, aun cuando pueda decirse que el concepto social de acción se mantiene todavía dentro del modelo conceptual de una acción previa al Derecho penal, no ofrece contornos suficientemente definidos que permitan diferenciarla de las otras categorías del delito. Es más, las fronteras entre lo social y lo jurídico desaparecen en los supuestos en los que es la propia regulación penal la que otorga la relevancia social a los hechos[32]. En estos casos, el concepto de acción no sería previo al Derecho penal, sino, más bien, un concepto definido por el propio Derecho penal. Por ejemplo: Es el Derecho (concretamente la normativa de tránsito) lo que hace socialmente relevante conducir en la zona urbana a más de 50 km/h.

2. La acción como concepto jurídico-penal

A. Los hegelianos

El modelo conceptual de una acción propiamente jurídico-penal se remonta al llamado concepto preclásico de acción desarrollado por los penalistas hegelianos. Estos autores parten de la idea de que el delito no es la simple suma de una voluntad y un hecho, sino que ambos se vinculan por medio de una imputación. Esta vinculación por medio del juicio de imputación es lo que hace que el hecho pase

27 Vid., ENGISCH: *Vom Weltbild des Juristen*, p. 38.

28 Vid., con mayor detalle, MAIHOFER: *FS-Eb. Schmidt*, p. 178.

29 Vid., JESCHECK: *FS-Eb. Schmidt*, p. 152; EL MISMO/WEIGEND: *Tratado*, PG, I, p. 330.

30 En este sentido, KAUFMANN, Arthur: *FS-Hellmuth Mayer*, p. 92; KINDHÄUSER: *Intentionale Handlung*, p. 189.

31 Vid., así, la crítica de ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 28 y s.; SCHÜNEMANN: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 49; SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión*, p. 113 y s.; MARINUCCI: *El delito como "acción"*, p. 64.

32 Vid., en este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 29.

a ser una acción[33], lo que permite entender claramente las palabras de Berner de que "*el concepto de acción agota la esencia completa de la imputación*"[34]. Como salta a la vista, esta concepción de la acción no la define como un hecho externo al que se le van agregando predicados de carácter penal (lo que sucedería después con el causalismo), sino como la imputación del hecho a la voluntad subjetiva o moral del autor[35]. Bajo este contexto interpretativo, resulta completamente comprensible que Berner señalara que el delito era acción y que, por eso, debía dividirse en acción y punibilidad[36].

La principal objeción que se le hizo a la compresión hegeliana de la acción fue haber centrado los criterios de la imputación penal fundamentalmente en la actuación dolosa, dejando de lado la culposa[37]. Esta situación llevó a que se tenga que precisar que la voluntad del autor no se identificaba con la intención de producir el resultado lesivo, lo que trajo como consecuencia la necesidad de diferenciar la relación de la culpabilidad y la relación de causalidad. Pero con independencia de la exactitud de la crítica hecha a los penalistas hegelianos, el hecho es que la difusión del pensamiento de análisis estratificado del delito en el Derecho penal de finales del siglo XIX, determinó que se abandonase su perspectiva del delito, teniéndose como más "científico" descomponer el delito en una suma de elementos, en los que la acción no sería más que uno de ellos (concretamente, la base material). De este modo, el método analítico del causalismo acabó con las bases de la comprensión hegeliana de la acción jurídico-penal y la sustituyó por una orientación descriptiva a partir de datos empíricos.

B. La realización típica

La metodología causalista supuso, como ya se dijo, la configuración de la acción como una categoría autónoma previa al Derecho penal que debía abarcar todas las posibles manifestaciones delictivas. No obstante, la insuficiencia del naturalismo para explicar conjuntamente la acción y la omisión en el mismo plano empírico llevó a que Radbruch negase un concepto jurídico-penal de acción pre-

33 Vid., Abegg: *Lehrbuch*, p. 124.

34 Berner: *Lehrbuch*, § 90. Destaca igualmente esta idea en los penalistas hegelianos Mezger: *Tratado*, I, p. 190.

35 Así, lo interpreta Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3.

36 Berner: *Lehrbuch*, p. 108. Aunque Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 8, señala que Berner tampoco profundizó mucho más en sus apuntes iniciales.

37 Así, Radbruch: *El concepto de acción*, p. 142; Larenz: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 55 y s.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 7. En contra de este parecer, Lesch: *Der Verbrechensbegriff*, p. 132.

vio al delito e iniciase su sistemática del delito a partir de la relevancia típica[38]. El primer elemento común del delito no sería entonces la acción, sino la realización del tipo penal. Pese a que el finalismo intentó colocar nuevamente la acción como la base de la teoría del delito, finalmente terminaron por imponerse las teorías de la acción que se corresponden más con el planteamiento, iniciado por Radbuch, de que, a nivel empírico, no es posible formular un concepto unitario de acción, sino solamente por medio de una referencia normativa[39]. Las teorías más relevantes, en esta línea de pensamiento, son el concepto negativo de acción y el concepto personal de acción.

a. El concepto negativo de acción

El concepto negativo de acción no es ajeno a la lógica de la realización típica. Lo que concretamente hace es invertir la deducción lógica que hasta ahora se había utilizado para definir la acción en el Derecho penal, es decir, no partir de la acción para luego abarcar la omisión, sino que define la acción jurídico-penal desde el punto de vista del delito omisivo, consiguiendo así una formulación que englobe también a la conducta activa. Con base en este razonamiento establece que en el actuar activo y en el omisivo el autor no evita "algo" que es evitable. Sin embargo, para que este concepto no sea ilimitado se requiere la fijación de un límite, recurriendo para ello a la posición de garantía o a la situación típica. Así, el concepto negativo de acción la define como la "*no evitación evitable en posición de garantía o en la situación típica*"[40]. Como puede verse, se trata de un concepto de acción que no es previo al Derecho penal, sino que está determinado por un concepto normativo: El deber de evitar.

La explicación anterior deja muy claro que el concepto negativo de acción no puede pretender ser un concepto de acción previo al Derecho penal. Si se analiza con detenimiento su planteamiento, podrá concluirse que, en el fondo, recurre al tipo penal para definir lo que es acción[41], pues lo que debe evitarse solamente

38 Vid., Radbruch: *El concepto de acción*, p. 182. En el mismo sentido, aunque desde la teoría de la imputación objetiva, Honig: *FS-Frank*, I, p. 195.

39 Vid., así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 41 y s.; Gallas, en *Studien zum Unterlassungsdelikte*, p. 52 y ss.; Schünemann: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 62; Schmidhäuser: *GS-Radbruch*, p. 276 y ss. En la doctrina penal nacional Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 10, n.m. 1072; Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (2013), p. 85. Considera, por el contrario, que debe mantenerse el concepto de acción como algo común de las manifestaciones del delito, Maiwald: *ZStW* 86 (1974), p. 655.

40 Sobre esto, vid., ampliamente, Herzberg: *Die Unterlassung*, p. 172 y ss.; Behrendt: *Die Unterlassung*, p. 132; El Mismo, *FS-Jescheck*, I, p. 308.

41 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 35.

puede ser determinado en función de una contextualización típica (la posición de garantía o la situación típica). Con base en estas ideas, se hace evidente que el concepto negativo de acción no se construye a partir de la omisión en sí misma, sino a partir de la configuración típica del delito omisivo. El concepto común de acción es definido, por lo tanto, en función de la relevancia penal que le da la tipicidad a la acción y a la omisión.

b. El concepto personal de acción

Para Roxin la acción es "*manifestación de la personalidad*"[42], de manera tal que solamente podrá hablarse de una acción si el hecho producido puede reconducirse a la actuación de un ser humano como una unidad psico-física, más concretamente como centro anímico-espiritual de la acción[43]. Bajo estas consideraciones, no puede hablarse de una acción si es que el ser humano no ha exteriorizado su voluntad, si interviene en el suceso como un simple instrumento u objeto, o si se trata de situaciones de inconsciencia en los que el individuo no puede someter sus impulsos a una ponderación racional[44]. Está claro que con este criterio el límite entre acción y no acción no resulta categórico[45], por lo que habrá que determinar en cada caso si de alguna manera (completa o limitada) el sujeto ha manifestado su personalidad.

No hay duda que el objetivo de Roxin es ofrecer un concepto de acción sumamente amplio que abarque la realidad de la acción y la omisión, así como el dolo y la culpa; pero sin echar mano del algún criterio que pudiese asociarse a la visión empírica u ontológica que tanto criticó a las teorías de la acción causal y final. Le resulta claro que la necesidad de normativizar los conceptos dogmáticos no puede ser dejada aquí de lado. Por ello, su concepto personal de acción se instituye como un primer criterio de valoración que permite, con base en la idea normativa de la manifestación de la personalidad, abarcar las distintas formas de actuación que podrían alcanzar incidencia penal. Sin embargo, este criterio normativo no se encuentra lo suficiente definido como para configurar una categoría autónoma del delito. Por ello, Roxin termina aceptando que su concepto de acción debe enmarcarse en la categoría de la tipicidad[46]. Es más, existen ciertas omisiones en las que la

42 Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 42. En una línea de pensamiento similar Rudolphi: *SK-Kommentar*, preliminares al § 1, n.m. 17 y s. (conducta personal atribuible).

43 Así lo destaca, Bunster: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3 (2003), p. 12.

44 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 42.

45 Precisamente lo que Roxin busca es un concepto tan general que pueda abarcar las acciones y omisiones (manifestación), sin hacer referencia a algún elemento (movimiento corporal, por ejemplo) que pudiese dejar fuera a las omisiones, como lo pone de manifiesto Bunster: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3 (2003), p. 13.

46 Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 40.

primera valoración social se debe al tipo penal. En este sentido, la manifestación de la personalidad solamente podrá adquirir contornos definidos recurriendo al tipo penal correspondiente.

C. *El retorno a concepciones globales de la acción*

La vinculación del concepto jurídico-penal de acción con el tipo penal en la línea de los planteamientos antes referidos, ha comenzado también a cuestionarse por parte de un sector de la doctrina penal. La principal objeción es que una referencia normativa sólo a la tipicidad resulta demasiado limitada para tener una comprensión completa de lo que es una acción para el Derecho penal. Se parte de la idea de que una acción constituye una expresión de sentido jurídicamente relevante, mediante la cual el actuante comunica socialmente una toma de posición sobre el cumplimiento de la ley[47]. En el caso de la acción jurídico-penal, la expresión de sentido consiste en un cuestionamiento a la vigencia de la norma penalmente asegurada. Los referentes normativos para determinar tal cuestionamiento no son solamente los que ofrece el tipo penal, sino todos los que están recogidos en la teoría del delito.

JAKOBS es quien se ha encargado en los tiempos modernos de llevar a cabo la labor de conceptualizar la acción jurídico-penal desde una perspectiva integral. Para determinar si existe un cuestionamiento a la vigencia de la norma penalmente garantizada, considera necesario atender al sentido global del hecho, por lo que solamente podrá hablarse de una acción jurídico-penal si es que se trata de un comportamiento objetivamente imputable, individualmente evitable y culpable[48]. Como el mismo JAKOBS lo reconoce, este planteamiento constituye una especie de retorno al punto de partida que tuvieron los penalistas hegelianos[49]. La acción jurídico-penal se presenta, bajo estas consideraciones, como un concepto que otorga unidad a la imputación jurídico-penal, pudiendo incluso afirmarse que el concepto jurídico-penal de acción no es más que una teoría global del hecho delictivo[50].

3. Toma de posición

Para poder determinar lo que significa la acción en la teoría del delito debe tenerse claro desde el principio que su conceptualización no es algo que se encuen-

---

47 Vid., PAWLIK: *Normbestätigung*, p. 19.

48 Vid., con mayor detalle, JAKOBS, en *Estudios*, p. 124 y s. En la misma línea, SCHILD: *GA* 1995, p. 115; LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, p. 213 y ss.; GONZÁLEZ RIVERO: *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 134 y ss.; LA MISMA, en *LH-Bacigalupo*, p. 267; PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 297. Críticamente, ante el planteamiento de Jakobs, SCHÜNEMANN: *FS-Roxin*, p. 18 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 988 y s.

49 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 121 y ss.

50 Vid., así las apreciaciones de SCHILD: *GA* 1991, p. 116 y s.

tre ya definido empírica u ontológicamente[51], sino que se trata de una construcción conceptual realizada desde el Derecho penal[52]. Por lo tanto, el criterio de definición no debe exportarse de otras ciencias o tomarse como una realidad preconfigurada, sino que debe obtenerse de la propia teleología de la teoría del delito. En este orden de ideas, si la acción es un concepto esencial para definir el delito, entonces su contenido debe estar necesariamente informado por la función que específicamente se le atribuye al Derecho penal.

Si se concibe el Derecho penal como un sistema de directivas de conducta bajo amenaza de sanción penal, entonces resulta lógico que el concepto de acción abarque no sólo las conductas que infringen las normas penales, sino también las que las respetan[53]. Por consiguiente, tal concepto no estará informado por los aspectos que definen un delito, sino por la susceptibilidad de tener un sentido de carácter jurídico-penal[54]. Por el contrario, si al Derecho penal se le asigna la función de restablecer la vigencia de la norma defraudada, entonces la acción jurídico-penal deberá definirse bajo la idea de una comunicación social de un ciudadano que defrauda la norma penalmente garantizada[55]. Como puede verse, no es la susceptibilidad de tener relevancia penal lo que definiría la acción, sino el hecho de expresar comunicativamente un sentido contrario a la norma penalmente garantizada. Acción será, por tanto, aquello que socialmente pone en tela de juicio la vigencia de la norma.

Dado que, en nuestro caso, atribuimos al Derecho penal la función de restablecer la vigencia de la norma defraudada, el principal insumo para llevar a cabo la definición del concepto jurídico-penal de acción será el criterio que determina la defraudación de la norma penalmente garantizada. Un sector importante de la doctrina penal reconduce este criterio a la descripción típica, en tanto incluye la acción dentro de la categoría de la tipicidad[56]. Por nuestra parte, consideramos, sin embargo, que la sola tipicidad representa una referencia limitada que no recoge todas las particularidades de aquello que expresa comunicativamente la defraudación de la norma. Mayor acogimiento merece, por ello, la propuesta de interpretación

---

51 Vid., en este sentido, Koriath: *Grundlagen*, p. 402 y s.; Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 977 y s.; Espinoza Urbina: *Gaceta Jurídica*, T. 204 (noviembre de 2010), p. 106.

52 Vid., esta línea de interpretación ya en Mezger: *Moderne Wege*, p. 12 y ss.; Lang-Hinrichsen: *JR* 1952, p. 189. Actualmente ha puesto esto de manifiesto, Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 977 y s.

53 Vid., en este sentido, Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 990 y ss.

54 Vid., Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 990.

55 Vid., similarmente, Jakobs, en *Estudios*, p. 116 y s.

56 Así, Gallas, en *Studien zum Unterlassungsdelikyte*, p. 52 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 42 y s.; Schmidhäuser: *GS-Radbruch*, p. 276 y ss.

formulada por JAKOBS, quien entiende que el concepto jurídico-penal de acción solamente puede configurarse si se tiene en cuenta el significado global del delito[57].

Si bien se le podría objetar a la comprensión de la acción que aquí se defiende, reducir su utilidad dogmática a una especie de exposición general del delito[58] y dejar de lado funciones tan importantes como la función de delimitación de lo penalmente relevante[59], no debe soslayarse el dato de que el ofrecimiento de una visión global del hecho delictivo mediante el concepto jurídico-penal de acción tiene igualmente una utilidad dogmática nada desdeñable, puesto que sólo de esta manera se puede percibir el sentido unitario que expresan conjuntamente las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La falta de simetría que muchas veces muestra el desarrollo separado de las categorías del delito se debe, en gran medida, a la pérdida de la visión de conjunto del delito como una unidad de sentido.

Lo hasta ahora expuesto no es incompatible, sin embargo, con que se pueda utilizar un concepto estricto de acción al que se le asigne la función dogmática de exclusión de hechos absolutamente irrelevantes para el Derecho penal (función de delimitación). Si bien la doctrina penal le atribuye a la acción otras funciones (clasificatoria, definitoria y de enlace)[60], lo cierto es que la única función material es la de delimitación, pues las otras no son más que sistematizaciones del derecho positivo o consecuencias del análisis dogmático[61]. Con la función de delimitación el concepto de acción excluye aquellos sucesos lesivos de bienes jurídicos que se encuentran completamente al margen de la intervención de una persona. Tal uso dogmático no parece tan necesario cuando el suceso ocurre sin una vinculación directa o indirecta con alguna persona, pues el sistema penal se mantiene desde el principio inactivo (por ejemplo, la muerte de alguien por el ataque de un animal salvaje o las consecuencias mortales de un terremoto de alta intensidad). Pero sí lo es cuando el hecho lesivo está empíricamente vinculado a una persona que no interviene como tal[62]. En tales casos, un concepto estricto de acción como insumo elemental del delito resulta indiscutiblemente útil.

---

57 Vid., con mayor detalle, JAKOBS, en *Estudios*, p. 121 y ss.

58 En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 989. En la doctrina nacional, igualmente, JUÁREZ URBINA, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 495.

59 Sobre la función de delimitación del concepto de acción, vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 57 y ss.

60 Sobre las distintas funciones del concepto de acción, MARINUCCI: *El delito como "acción"*, p. 14 y s.

61 Por el contrario, GÓMEZ MARTÍN: *LH-Mir Puig* (2017), p. 606, renuncia a un concepto de acción que cumpla alguna de estas funciones.

62 De otro parecer, sin embargo, KAUFMANN, Armin, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 276.

De lo anterior, se desprende que la acción puede contar en la teoría del delito con un concepto amplio y otro estricto. En sentido amplio, la acción jurídico-penal es un concepto que recoge la unidad de sentido del delito como una defraudación de la norma. En sentido estricto, por el contrario, es un elemento básico de la teoría del delito, sin el cual no es posible darle la más mínima relevancia penal a un suceso lesivo de un bien jurídico. Asumir ambos conceptos no supone necesariamente una contradicción, mientras queden claramente delimitados los ámbitos de aplicación de cada uno de ellos. Bajo la aceptación de esta idea, se hará seguidamente una exposición diferenciada de ambas expresiones dogmáticas del concepto de acción.

III. EL CONCEPTO AMPLIO DE ACCIÓN: LA UNIDAD DE SENTIDO DEL DELITO

La acción, como categoría dogmática que le da unidad al delito, constituye el resultado de un proceso complejo de atribución de sentido. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad no son más que partes de este proceso. De lo que se trata, dicho de modo sintético, es de determinar si a una persona se le puede imputar un hecho como defraudación de una norma penalmente garantizada. Si bien cada categoría del delito posee cierta autonomía conceptual, no debe olvidarse su pertenencia a un proceso global de determinación de sentido. Por consiguiente, resulta necesario precisar cuáles son los criterios generales que permiten ordenar a cada una de las categorías del delito hacia el objetivo común de determinar si ha tenido lugar una defraudación de la norma. En la sociedad actual esta defraudación se presenta cuando una *persona* infringe objetivamente su *rol* de manera individualmente *evitable*.

1. El estatus de persona

La determinación de un hecho como una defraudación de la norma penalmente garantizada requiere primeramente de alguien capaz de poder negar su vigencia[63]. Esta capacidad la tienen, en principio, las personas, por lo que solamente a los que posean este estatus se les podrá atribuir con fines de restabilización normativa el sentido socialmente perturbador de un suceso, en los términos de una negación de la vigencia de una norma. Lo que corresponde, entonces, será determinar a quién se le considera persona desde la perspectiva jurídico-penal.

Si se parte de un concepto sociológico de persona definido enteramente por el sistema social[64], resulta lógico que la capacidad de comunicar socialmente una

63 Vid., similarmente, Jakobs, en *Estudios*, p. 123.

64 Vid., así Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, p. 18; González Rivero: *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 117.

defraudación de la norma se determine de forma autorreferencial por el propio sistema social[65]. Desde esta perspectiva, queda claro que lo único relevante será aquello que se corresponda con las necesidades de mantenimiento del sistema social. La imputabilidad penal no se basará en las capacidades individuales de la persona, sino en las necesidades punitivas de la sociedad. A esta comprensión de la persona cabe cuestionarle que abre la posibilidad a una instrumentalización del individuo para alcanzar ciertas finalidades sociales.

La situación se torna distinta si se parte, por el contrario, de un concepto realista de persona, pues, en dicho caso, la capacidad de expresar sentido jurídico-penal tendrá que partir necesariamente de su individualidad, no siendo suficiente la mera existencia de necesidades sociales de punición. En este orden de ideas, un hecho podrá imputarse a una persona, en tanto pueda considerarse externamente que es una obra suya, esto es, una expresión social de su libertad[66]. De esta manera, se combinan de manera satisfactoria la faceta individual y la faceta social de la persona, por lo que sólo tendrá capacidad de recibir imputaciones penales quien puede actuar libremente de forma socialmente relevante.

La capacidad general de recibir imputaciones penales por poseer el estatus de persona, no releva de la labor de establecer si, en el caso concreto, el agente reúne las condiciones para una atribución culpable. En este nivel concreto, lo que tiene lugar es un reproche a la persona del autor por una falta de fidelidad al Derecho, al haber expresado en el caso concreto la voluntad socialmente determinable de desconocer la vigencia de la norma infringida por su conducta[67]. Debe hacerse aquí la precisión de que no se trata de una voluntad subjetiva o psicológica, sino de una voluntad normativamente determinada a partir de la libertad que se le atribuye a la persona[68].

---

65 Vid., así, González Rivero: *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 119.

66 En similar sentido, Larenz: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 60 y ss.; Kaufmann, Arthur: *FS-Helmuth Mayer*, p. 101; Wolff, E.A.: *Der Handlungsbegriff*, p. 17, para lo que llama acción individual; Lampe: *ZStW* 79 (1967), p. 496 y ss. A las mismas consecuencias llega Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 44, cuando define la acción jurídico-penal como expresión de la personalidad, pero sin reconocer la libertad de la persona como punto de partida. De una opinión distinta, Kargl: *Handlung*, p. 517 y ss., mediante lo que denomina determinismo estructural.

67 Resalta este aspecto en la construcción del concepto de acción a partir precisamente de la intención de no obedecer la norma, Kindhäuser, en *Herausforderungen*, Koch (Hrsg.), p. 94. Sobre la importancia de la voluntad para una acción penalmente relevante, la sentencia de la Corte Suprema de la República Exp. N° 3019-98-Puno de 18 de septiembre de 1998 (Rojas Vargas: *Jurisprudencia penal*, I, p. 111).

68 Similarmente, Hruschka: *Strukturen*, p. 13, en tanto considera que la voluntad está determinada con la imputación de conocimiento de la aplicación de una regla (una acción). Por su parte, Koriath: *Grundlagen*, p. 402, coincide con esta comprensión, pero entiende que las reglas de interpretación no forman parte de la teoría de la acción.

Si se imputa al autor el conocimiento de la realidad y de la norma en condiciones normales de actuación, entonces podrá exigírsele luego una voluntad suficiente de cumplimiento de la norma, de manera tal que la infracción de la norma se mostrará como un acto que expresa la voluntad de negar su vigencia.

2. El rol general de ciudadano y los roles especiales

La sola posesión del estatus de persona no permite, por si sola, la imputación de un hecho concreto. Es necesario determinar si es penalmente competente por dicho hecho. Si esta competencia penal tuviese que construirse en el plano fáctico, entonces resultaría correcta una estructuración de los criterios de relevancia penal a partir de una acción directa e individual que lesiona causalmente el sustrato material que representa el bien jurídico. De esta manera, tanto la omisión como las formas de autoría no inmediatas necesitarían una fundamentación adicional para poder equipararse (valorativamente) a la acción individual que directamente lesiona el bien jurídico, del mismo modo que la tipificación de una conducta sin una lesión a tal bien jurídico tendría que ofrecer especiales razones para su incriminación (los llamados delitos de peligro).

La situación cambia de manera radical, si lo objetivamente imputable en el caso concreto se determina con base en la infracción de los roles jurídicamente atribuidos a la persona[69]. En esta comprensión de la competencia penal, una persona realiza un comportamiento objetivamente imputable si, en razón de su rol, ha debido evitar la realización de un suceso con un sentido social delictivo[70]. Por el contrario, si la persona no resulta competente por la aparición de tal suceso en función de lo que le es exigible en virtud del rol jurídicamente atribuido, entonces lo sucedido tendrá que atribuirse a otra persona o a la situación misma, y no requerir, por lo tanto, de un restablecimiento normativo a costa suya[71]. Dos son las clases de roles que cabe atribuir jurídicamente a un ciudadano y por cuya infracción se puede determinar su competencia penal.

A. El rol general: La competencia por organización

El rol general de ciudadano se fundamenta en la separación de esferas de organización entre los ciudadanos y, por consiguiente, en la autonomía que cada uno tiene en la organización de su propia esfera[72]. Como contrapartida a esta

69 Fundamental, en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 7. Críticamente, SCHÜNEMANN: *FS-Roxin*, p. 19 y s.

70 Vid., similarmente, JAKOBS, en *Estudios*, p. 115 y s.

71 Vid. similarmente, GÜNTHER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 323 y s.

72 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 7 y s., Apdo 29, n.m. 29 y ss.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 350.

libertad de organización, a todo ciudadano se le atribuye el deber general negativo de evitar organizaciones propias que afecten a otros[73]. En la medida en que se parte de una separación de esferas, el ciudadano responde únicamente por su propia organización, esto es, que en este ámbito rige el llamado principio de autorresponsabilidad[74], entendido como responsabilidad por el dominio de la propia esfera de organización. El proceso de imputación penal del hecho socialmente perturbador deberá precisar cómo se manifiesta el rol de ciudadano en el marco de determinadas actividades concretas como la del médico, taxista, mecánico, camarero, etc.[75]. La infracción de este rol da lugar a lo que se conoce como un delito de dominio.

Un aspecto importante de precisar en la configuración de la imputación penal con base en la infracción del rol general de ciudadano es que la relevancia penal de su conducta no se obtiene de la capacidad causal para producir el resultado lesivo, sino del incumplimiento del deber general negativo de no dañar a otro. Por ello, no es un paso necesario del análisis normativo diferenciar acción y omisión en el plano empírico, sino determinar únicamente si se ha infringido el deber general antes referido[76]. Esta afirmación no debe llevar, sin embargo, a la conclusión errada de que no es necesario individualizar un comportamiento concreto[77], pues, de no llevarse a cabo esta determinación, no habría forma de establecer si el deber negativo se infringió o no. Lo que debe precisarse en el análisis normativo es, más bien, si la infracción del deber de no dañar a otro se ha manifestado como la inobservancia de un deber de aseguramiento o de un deber de salvamento.

---

73 Vid., así, sobre la fundamentación de este deber Jakobs: *La imputación penal*, p. 15, nota 15; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 35; El Mismo, *Acción y omisión*, p. 11; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 133; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 83; Lesch: *Intervención delictiva*, p. 65; Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber*, p. 83 y ss.; Pawlik: *Ciudadanía y Derecho penal*, p. 85 y ss.

74 Vid., en este sentido, Jakobs, en *Modernas tendencias*, p. 624 y s.

75 Le asiste razón a Feijoo Sánchez: *Imputación objetiva*, p. 140 y s., al señalar que no puede entenderse el rol en un sentido sociológico, sino jurídico (recogido de manera expresa o tácita en la norma penal). Por esta razón, no se trata de fijar el rol social de un ingeniero, camarero, estudiante, etc., sino del rol jurídico (rol general de ciudadano) en cada uno de estos ámbitos de actuación.

76 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 363; Navas: *Polít. Crim.* Vol. 10, N° 20 (diciembre de 2015), Art. 8, p. 687. Sostienen en la doctrina nacional la irrelevancia de la distinción entre acción y omisión, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 181; Caro John: *Manual teórico-práctico*, p. 230 y s.

77 Como parecería desprenderse de la crítica de Rueda Martín: *Actualidad Penal* 28 (2016), p. 180 y s.

a. Los deberes de aseguramiento: Los deberes del tráfico

Los deberes de aseguramiento consisten, valga la redundancia, en "*asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido*"[78]. Estos deberes pueden infringirse mediante una conducta activa u omisiva[79], dependiendo ello del casual estado en el que se encuentre la esfera de organización del ciudadano correspondiente[80]. Por ejemplo: Si una persona maneja su automóvil con excesiva velocidad, responderá por las lesiones que produzca al transeúnte que atropella. Si lo atropelló mientras aceleraba el automóvil, el delito será activo, mientras que si lo atropelló en el momento en el que se encontraba ya a una velocidad excesiva, el delito será omisivo (debió disminuir la velocidad).

Como puede verse, el fundamento de la imputación penal no se encuentra en el plano natural, sino en un plano normativo: La infracción del rol general del ciudadano[81]. Si el ciudadano incumple los deberes de aseguramiento en el ámbito concreto en el que se mueve, ese comportamiento, sea activo u omisivo, podrá serle imputado objetivamente a su esfera de organización[82]. Si la organización se hace conforme al rol, el comportamiento no podrá imputársele penalmente, aun cuando se trate de una conducta riesgosa y el sujeto haya sido consciente de ello[83]. Por ejemplo: Quien maneja su automóvil conforme a las normas de tránsito crea conscientemente un riesgo, pero no responderá penalmente por las lesiones producidas si atropella a un transeúnte, pues su organización se ha hecho conforme a los deberes de aseguramiento que impone la normativa de tránsito (límite de velocidad, cumplimiento de las señalizaciones, etc.).

b. Los deberes de salvamento

Un ciudadano es competente por organización también cuando infringe deberes de salvamento. Estos deberes surgen en relación con riesgos que ya no se encuentran en el ámbito de organización personal del obligado al salvamento, pero por los que es también organizativamente competente[84]. En consecuencia, el deber negativo de no dañar a otros no se puede cumplir, en estos casos, por medio de una

78 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 349; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 30 y s.

79 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135 y s.

80 Vid. así, PHILIPPS: *Handlungsspielraum*, p. 149 y ss.; JAKOBS, en *Estudios*, p. 350; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 34 y ss.; GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal*, p. 166 y s.

81 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 350.

82 Vid., así, lo que JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135, denomina deber de aseguramiento del tráfico.

83 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 96 y s.

84 Y en este sentido afirma JAKOBS: *La imputación penal*, p. 31, con referencias bibliográficas, que frente a ese riesgo puede concurrir la competencia de varias personas.

acción de aseguramiento de los riesgos que se administran, sino, más bien, con la realización de acciones dirigidas evitar que un proceso lesivo en curso menoscabe efectivamente un bien jurídico penalmente protegido. Dos son los posibles fundamentos de un deber de salvamento.

El deber de salvamento puede surgir, en primer lugar, por la *asunción* de riesgos ubicados ya en otras esferas de organización. En estos casos, el ciudadano realiza una conducta peligrosa, pero asume, al mismo tiempo, el deber de revocar ese peligro antes de que se afecten ámbitos de organización ajenos, esto es, que asume una competencia por el riesgo en ámbitos ajenos como sinalagma a la renuncia de la autoprotección de los titulares de estos ámbitos[85]. Estos deberes de salvamento pueden ser infringidos indistintamente mediante una acción o mediante una omisión[86]. En caso de producirse tal infracción, el comportamiento podrá imputársele objetivamente al ciudadano. Por ejemplo: Una persona suelta a su perro en un parque para que corra un poco. En determinado momento el perro emprende un ataque contra otra persona que está corriendo en el mismo lugar. Si el dueño no impide la embestida del animal, será responsable por las lesiones que el can produzca sobre la víctima del ataque.

En segundo lugar, los deberes de salvamento pueden tener su fundamento en la introducción de riesgos especiales en ámbitos de organización ajenos[87]. En estos casos, no existe una asunción de los riesgos, sino una conducta precedente especialmente peligrosa (injerencia). Un sector importante de la doctrina penal limita los supuestos de injerencia a los casos de una conducta precedente antijurídica[88], pero como acertadamente lo ha puesto de relieve Jakobs, existen conductas permitidas que, sin embargo, fundamentan igualmente deberes de salvamento[89]. Precisamente se trata de aquellas conductas que el ordenamiento jurídico solamente las tolera porque llevan consigo deberes de salvamento[90]. En este sentido, el incumplimiento de tales deberes frente a riesgos especiales constituye una forma de infracción del rol general de ciudadano y justifica, por tanto, la imputación del comportamiento.

---

85 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 351 y s.; El Mismo, *La imputación penal*, p. 33 y s.; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 136; Pawlik: *Das Unrecht*, p. 185.

86 Sobre estas posibilidades, vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 352.

87 Sobre esto, vid., con detalle, Jakobs, en *Estudios*, p. 354; El Mismo, *La imputación penal*, p. 31 y s.

88 Vid., por todos, Jescheck/Weigend: *Tratado*, PG, II, p. 937, nota 55.

89 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 355; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 139; Pawlik: *Das Unrecht*, p. 182. En la doctrina nacional, Delzo Livias: *Actualidad Jurídica*, T. 169 (diciembre de 2007), p. 127; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 200.

90 Vid., Freund: *Erfolgsdelikt*, p. 182. Estos deberes de salvamento pueden, sin embargo, decaer si la víctima contribuye mediante una actuación a propio riesgo. Vid., en este sentido, Jakobs, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 139.

Por ejemplo: Los productores de cierto fármaco que ya está en el mercado por una comercialización autorizada descubren que tiene efectos secundarios lesivos. Pese a ello no sacan el producto del mercado mediante una llamada de retirada del producto.

B. Los roles especiales: Las competencias institucionales

Además del rol general de ciudadano, la imputación penal tiene en consideración los llamados roles especiales. Los contactos sociales no se reducen a una separación de las esferas de organización, sino que también se fundamentan en vinculaciones entre ellas con base en instituciones sociales elementales[91]. Y ello es así en la medida que el desarrollo de las personas no se realiza solamente al interior de su propia esfera de organización, sino que requiere de relaciones estables con otras personas que aseguren las condiciones reales para el desarrollo de las libertades. En consecuencia, las personas no solamente deben respetar la libertad de los demás, sino también mantener, por medio de instituciones sociales específicas, las condiciones para un ejercicio efectivo de las libertades[92]. Esta particularidad de la sociedad actual explica la existencia de roles especiales derivados de las instituciones sociales específicas que vinculan por medio de prestaciones positivas distintas esferas de organización[93].

La institución debe ser entendida en el sentido que le asigna las ciencias sociales, "*como la forma de relación, duradera y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición del sujeto individual y que contribuye, más bien, a constituirlo*"[94]. En la medida que las instituciones se encuentran ya preformadas (*vida social consolidada*) y son disponibles dentro de estrechos límites, no se trata aquí de un tema que esté sometido a la libertad organizativa de cada individuo, sino de aspectos específicos de la configuración social que vinculan a las personas entre sí[95]. Los roles especiales derivados de las instituciones generan deberes positivos que imponen al vinculado institucionalmente la realización de una prestación conser-

---

91 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 7 y s.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 83; SÁNCHEZ VERA: *Delito de infracción de deber*, p. 93 y ss. En la doctrina penal nacional, GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal*, p. 41 y ss.; REAÑO PESCHIERA: *Formas de intervención*, p. 24 y s.; SALAZAR SÁNCHEZ, en *Dogmática actual*, Salazar Sánchez (coord.), p. 556; CARO JOHN: *Normativismo*, p. 73 y ss.

92 Vid., PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 175 y ss.

93 Vid. JAKOBS: *La imputación objetiva*, 71 y ss.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 347 y s.; KINDHÄUSER, en *Herausforderungen*, Koch (Hrsg.), p. 92; PAWLIK: *Ciudadanía y Derecho penal*, p. 93 y ss.

94 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 58, nota 114.

95 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 70 y s.; PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 189 y s.

vadora u optimizadora de una situación social deseable que permite hacer realidad el ejercicio de las libertades individuales[96].

La vinculación institucional puede presentarse de forma intensa, como es el caso de la relación paterno-filial que surge de la institución de la familia[97], o manifestarse solamente en un ámbito parcial de la vida como es el caso de la institución de la confianza especial que vincula, por ejemplo, a un médico con su paciente (salud). Si el titular de un rol especial no cumple con los deberes positivos derivados de la vinculación institucional, cabrá entonces imputarle jurídico-penalmente el hecho que, conforme a la tipificación penal[98], afecta la vigencia de la institución social respectiva. En estos casos estamos ante los llamados delitos de infracción de un deber[99]. Para la realización de estos delitos no se requiere un acto de organización, pues aquí no interesa la competencia por el dominio del riesgo, sino el deber de preservar a otro o mantener una situación social procurada por una institución social[100]. En este sentido, las competencias institucionales se reflejan en deberes de salvamento, cuya infracción puede tener lugar tanto por una acción como por una omisión. Por ejemplo: El padre responde por la muerte del hijo menor de edad al que no auxilia cuando comienza a ahogarse en la piscina.

Para determinar si la infracción de un deber positivo derivado de una institución social específica puede fundamentar una competencia penal, resulta necesario establecer si la relevancia social de dicha institución es de tal intensidad que el cumplimiento de los deberes que de ella surge necesita ser asegurada por medio del Derecho penal[101]. Estas instituciones sociales y su relevancia sólo pueden ser determinadas teniendo en cuenta la concreta configuración de la sociedad. Por ello, intentaremos seguidamente señalar cuáles son las instituciones sociales específicas que producen, en la actualidad, vinculaciones penalmente aseguradas entre las distintas esferas de organización, dejando en claro, desde un principio, que esta labor

96 Destaca este aspecto, Pawlik: *InDret* 1/2008, p. 14.

97 Vid., así en los primeros años de vida de los hijos, Jakobs, en *LH-Jakobs* (Perú), p. 176.

98 Sobre la posibilidad de que la formulación del tipo penal sea más estrecha que la extensión del deber positivo, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 84.

99 Sobre el origen y evolución de los delitos de infracción de un deber, García Cavero: *La responsabilidad penal*, p. 42 y s.; Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber*, p. 27 y ss.; Bacigalupo, S.: *LH-Mir Puig* (2017), p. 434 y ss.

100 Debe reconocerse, sin embargo, como lo sostiene Jakobs: *La imputación penal*, p. 48, que la competencia por organización es también una institución, pero, al ser la más general, no adquiere un contenido específico frente a las otras instituciones sociales. Por esta razón, los delitos de dominio son también delitos de infracción de un deber, pero de la institución social más general. También sostiene que los delitos de dominio son delitos de infracción de un deber, aunque desde otra perspectiva, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 95.

101 En este sentido, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 84.

no pretende en lo absoluto agotar las posibilidades de fundamentación institucional en la sociedad actual, más aún si se trata de aspectos sujetos a la historicidad de la realidad social.

a. La familia

Pese a los cuestionamientos a la institución familiar por parte de políticas autodenominadas "progresistas", la familia sigue siendo una institución social básica. Sin entrar a discutir sobre su carácter natural o no, el hecho es que nuestra sociedad se estructura a partir de la familia, estableciéndose vinculaciones especiales entre sus distintos miembros. En primer lugar, debe destacarse la vinculación derivada del matrimonio, en virtud de la cual los esposos se deben, entre otras cosas, un deber de mutua asistencia[102]. En segundo lugar, cabe mencionar la relación paterno- o materno-filial, la cual establece un deber de los padres de cuidar y salvaguardar la salud y el patrimonio de sus hijos menores o dependientes de ellos[103]. Dado que la adopción constituye un título válido de incorporación a una determinada familia, no hay razones para negarle a la adopción la misma fuerza vinculante que la relación parental natural[104]. Menos intensa es la vinculación de carácter fraternal, la cual establecería, en todo caso, un deber de solidaridad cualificado[105]. Como puede verse, la institución de la familia genera un conjunto de vinculaciones que dan lugar a deberes especiales de cuidado y auxilio entre sus miembros, con independencia de la competencia por el dominio de los riesgos presentados.

b. El Estado

Al Estado le corresponde un conjunto de deberes positivos frente a los miembros de la comunidad[106]. Si bien no responde penalmente por sí mismo, sí lo hacen los titulares de la función pública que actúan en su representación (funcionarios

102 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 63; Pawlik: *Ciudadanía y Derecho penal*, p. 100 y s. En la doctrina nacional, Vílchez Chinchayán: *Aproximación a la intervención penal anticipada*, p. 258.

103 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 59; Pawlik: *Ciudadanía y Derecho penal*, p. 100 y s. En la doctrina nacional, Vílchez Chinchayán: *Aproximación a la intervención penal anticipada*, p. 258.

104 Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 66, quien afirma que rigen analógicamente las reglas de la relación paterno-filial, lo que no debería ser así, pues la adopción es tan válida como la relación biológica.

105 Niega una competencia institucional fundada sólo en el parentesco por ausencia de comunidad, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 62.

106 Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 73, nota 149, diferencia los deberes estatales que cumplen los funcionarios, de los deberes que le corresponde al Estado como tal.

públicos)[107]. La existencia de deberes positivos estatales a cargo de los funcionarios públicos cuenta con un reconocimiento explícito del Tribunal Constitucional, aunque lo haya hecho en el ámbito concreto de la gestión y administración de los centros penitenciaros. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado textualmente que "(...) *el principio-derecho de dignidad de la persona humana impide que los internos puedan ser tratados como cosas o instrumentos. Por ello, y dado que la privación de la libertad ubica a los internos en una situación de indefensión, dada la imposibilidad de satisfacer sus necesidades personales por sus propios medios, la defensa de la persona humana y la legitimidad del régimen penitenciario le imponen al Estado el cumplimiento de determinados deberes jurídicos positivos*". A lo anterior el Tribunal Constitucional agrega que "(e)*n el régimen penitenciario el Estado no sólo asume el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun bajo condiciones de reclusión*"[108].

Siguiendo la clasificación de JAKOBS, pueden diferenciarse dentro de los deberes estatales los que se derivan de las relaciones estatales de poder y los que se corresponden con los fines estatales[109]. En los primeros la competencia institucional tiene lugar cuando el ejercicio del poder, sobre el cual el Estado tiene el monopolio, empeora las condiciones de existencia de bienes (por ejemplo, el delito de abuso de autoridad que puede cometer cualquier funcionario)[110]. En los segundos, la competencia institucional se deriva de la infracción de deberes para cuyo cumplimiento existe el Estado: Asistencia elemental, seguridad interior y exterior, el respecto de los principios del Estado de Derecho (especialmente la sujeción de la Administración a la ley), la protección del medio ambiente, etc.[111]. Así se configuraría, por ejemplo, el delito de prevaricato con el que se castiga al juez que dicta una resolución judicial ilegal.

Resulta oportuno precisar que el cumplimiento de los deberes estatales no se reduce a la actividad de los funcionarios, ya que la participación de los particulares,

---

107 Vid., en este sentido, JAKOBS: *La imputación penal*, p. 50.

108 STC Exp. N° 01575-2007-HC de 20 de marzo de 2009, fundamentos jurídicos 7 a 9.

109 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 74 y ss.

110 Vid., de manera más detallada, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 74 y s.

111 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 76; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 52; MÜSSIG: *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara Ed.), p. 212 y s. PAWLIK: *InDret* 1/2008, p. 18, destaca especialmente como el cometido fundamentalísimo del Estado garantizar un estado de libertad real.

en algunos casos, puede ser tan relevante como la de los funcionarios[112]. En efecto, puede ser que el ordenamiento jurídico atribuya a determinados ciudadanos ciertas competencias institucionales o quasi-institucionales para el cumplimiento de los fines estatales[113]. En la medida que los funcionarios públicos no pueden tener un acceso pleno a ciertos ámbitos sociales, se establecen ciertas competencias institucionales que vinculan a los particulares con determinados organismos públicos[114]. Esta vinculación se aprecia con facilidad en las relaciones con la Hacienda Pública (por ejemplo, el delito tributario que comete el agente de retención y percepción que no entrega los tributos retenidos o percibidos[115]), con la institución encargada de los procedimientos concursales (por ejemplo el delito de aprovechamiento fraudulento del procedimiento concursal) y con ciertos organismos fiscalizadores (por ejemplo, el delito de rehusamiento o entrega de información inexacta ante órganos de supervisión económica[116]). El cumplimiento de los deberes estatales se extiende a los particulares, de manera que éstos terminan respondiendo, de ser el caso, por la infracción de tales deberes estatales.

c. *La confianza especial*

Otra de las instituciones positivas relevantes para el Derecho penal es la confianza especial[117], la cual debe diferenciarse ciertamente de la injerencia y de la asunción[118]. No se trata de una simple confianza respecto de lo inocuo de la esfera de organización ajena, ni de un acto de libertad que implique una renuncia a mecanismos de autoprotección, sino de un reconocimiento institucional. En este sentido, no tiene que existir una afectación directa (injerencia) o indirecta (asunción de la función de protección) en la existencia de los bienes protegidos, sino solamente el deber de mejorar la situación de estos bienes por parte del obligado[119].

---

112 Vid., en este sentido, García Cavero: *La responsabilidad penal*, p. 183; Vílchez Chinchayán: *Aproximación a la intervención penal anticipada*, p. 258.

113 Vid., así, sobre el deber de colaborar con la administración como un deber quasi-institucional, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 110.

114 Vid., García Cavero: *La responsabilidad penal*, p. 183.

115 Vid., así, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 116.

116 Vid, Silva Sánchez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 323.

117 Vid., con mayor detalle, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 67; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 149 y s.; El Mismo, *La imputación penal*, p. 53 y s.; García Cavero: *La responsabilidad penal*, p. 183 y s.

118 Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 67.

119 Vid., en este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 67; El Mismo, *La imputación penal*, p. 54.

La confianza especial puede aparecer de dos formas: como confianza que fundamenta la competencia institucional o como confianza que materializa la competencia institucional[120]. En el primer caso, el destinatario de la confianza especial entra en una relación que le atribuye el deber positivo de aseguramiento de un bien o de enfrentamiento a un peligro que lo hace competente (p.e. los bomberos, el médico, etc.). La confianza especial que materializa la competencia institucional, por su parte, tiene lugar en supuestos en los que los deberes institucionales son administrados por una organización y debe determinarse al interior de la misma a quién le corresponde su cumplimiento[121]. Este tipo de confianza especial tiene lugar en el marco de los servicios médicos de hospitales o centros de salud.

d. La solidaridad

Otra institución social que vincula esferas de organización es la solidaridad[122], conforme a la cual a los ciudadanos que están en posición de auxiliar a otro en situación de necesidad, se les atribuye el deber de socorrerlo. Algunos autores reconocen que la solidaridad puede generar deberes penalmente garantizados, pero no consideran que se trate de deberes positivos, sino, más bien, de una tercera forma de competencia penal que concurre con la competencia organización y la competencia institucional[123]. A nuestro modo de ver, la solidaridad fundamenta deberes positivos, aunque su intensidad es normalmente menor respecto de los que surgen de otras instituciones sociales específicas[124]. Sin embargo, esa menor intensidad no le da una naturaleza distinta a la de los deberes positivos, sino que, por el contrario, reconoce que la vinculación institucional puede ser más o menos intensa.

La institución social de la solidaridad no genera un simple deber moral de auxilio, cuyo incumplimiento resulte jurídicamente irrelevante. La legitimación estatal, hoy casi indiscutida, para imponer el pago de impuestos es posiblemente la expresión más clara de la coerción jurídica que tiene la solidaridad en nuestra sociedad. En consecuencia, se hace patente que en la actualidad una conducta que exprese una falta de solidaridad no es simplemente una transgresión a una norma moral (*caritatis norma*), sino un hecho jurídicamente relevante. Lo que sucede es que, por razones de fragmentariedad, la solidaridad penalmente reforzada es la que

120 Vid., estas ideas en Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 68 y ss.

121 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 73.

122 Vid., Vílchez Chinchayán: *Aproximación a la intervención penal anticipada*, p. 253.

123 Así, van Weezel: *Polít. crim.* Vol. 13, Nº 26 (diciembre de 2018) Art. 12, p. 1078.

124 Esa menor intensidad se refleja en que al insolidario no se le hace responsable por el resultado producido, sino solamente por la infracción del deber de socorrer o auxiliar. Vid., esta particularidad en van Weezel: *Polít. crim.* Vol. 13, Nº 26 (diciembre de 2018) Art. 12, p. 1089.

está referida a las situaciones de necesidad existencial, esto es, a los casos en los que una persona está expuesta a peligros contra la vida, el cuerpo y la salud.

Sobre el fundamento de la exigibilidad jurídica de la solidaridad no se ha discutido mucho[125]. En nuestra opinión, y dejando de lado las diversas perspectivas que se han formulado al respecto, la solidaridad es una institución social que vincula las esferas de organización de los ciudadanos. En el ámbito penal, la solidaridad genera el deber positivo de auxiliar a las personas que se encuentren en situaciones de peligro para su vida o integridad física[126]. El incumplimiento de este deber de auxilio para preservar la esfera de organización ajena amenazada de riesgo, da lugar a un delito de infracción de un deber (el llamado delito de omisión del deber de socorro). Pawlik desliza la opinión de que este deber especial tendría su fundamento en el cumplimiento subsidiario del deber estatal de proteger a los ciudadanos, por lo que el particular se convertiría en un coadyuvante de la Administración[127]. Sin embargo, la distinta intensidad que tienen los deberes estatales en relación con los deberes de solidaridad, no parece permitir reconducirlos a un mismo fundamento, por lo que la solidaridad deberá encontrar su propio sustento. Es, a nuestro entender, la naturaleza social de la persona la que le impone el deber de socorrer a quien se encuentra en peligro existencial y no es capaz de salir, por sí mismo, de dicha situación de peligro.

3. La evitabilidad individual

La imputación penal no se limita a la determinación de la infracción de un rol jurídicamente atribuido, sino que resulta necesario además que el ciudadano haya podido además evitar dicha infracción[128]. La razón por la que se erige a la evitabilidad como el criterio informador de la atribución penal del hecho, se debe a que

125 Posiblemente el trabajo que más cabe destacar en este intento es el de Varona Gómez: *Derecho Penal y solidaridad*, p. 25 y ss.

126 No obstante, Silva Sánchez: *Estudios sobre los delitos de omisión*, p. 300, precisa acertadamente que la solidaridad no es el bien jurídico protegido de la omisión del deber de socorro, sino el título de imputación de la responsabilidad penal.

127 Vid., Pawlik: *GA* 1995, p. 364; El Mismo, *Das Unrecht*, p. 192. En la misma línea de pensamiento, Alonso Álamo: *LH-Mir Puig* (2017), p. 257, sostiene que la juridificación del deber de solidaridad sólo se justifica desde la perspectiva del deber del Estado de garantizar la seguridad de los bienes jurídicos y su incapacidad de hacerlo directamente en ciertas situaciones de necesidad legamente definidas. Críticamente, van Weezel: *Polít. crim.* Vol. 13, Nº 26 (diciembre de 2018) Art. 12, p. 1091 y ss.

128 Vid., así la afirmación de Jakobs, en *Estudios*, p. 154, de que todo comportamiento contrario a la norma, sólo puede ser un comportamiento evitable. La evitabilidad es un criterio que se encontraba presente ya en Binding: *Normen*, IV, p. 339 y ss., en tanto consideraba que toda norma prohíbe todas sus infracciones *evitables*.

el mundo se encuentra actualmente desmitificado y puede, por tanto, explicarse racionalmente. En este sentido, las consecuencias de los sucesos resultan, en gran medida, calculables, lo que significa que las personas manejan en su actuación la capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación. Esta capacidad de evitación individual del resultado lesivo, que se presenta tanto en la actuación dolosa como culposa, permite imputar subjetivamente un determinado suceso lesivo a una persona. Por el contrario, al ser lo imprevisible inevitable, las conductas subjetivamente imprevisibles no podrán configurar un hecho penalmente desvalorado por ausencia de la imputación subjetiva necesaria.

Con base en la idea socialmente asumida de la evitabilidad puede decirse que una expectativa normativa de conducta se defrauda comunicativamente cuando la persona concreta estuvo en capacidad de evitar esa defraudación mediante la observancia de lo que le exige su rol[129]. Pero debe precisarse que no se trata de una evitabilidad individual entendida en un sentido psicológico[130], sino de una evitabilidad determinada normativamente[131]. De lo contrario, situaciones como la indiferencia y la culpa inconsciente apenas suministrarían una base suficiente para sostener la relevancia penal de lo que se realiza. Para precisar lo evitable por una persona no basta con tener en cuenta los conocimientos que los roles jurídicamente atribuidos imputan de manera general, sino que resulta necesario considerar la situación específica de la persona, es decir, hacer una imputación subjetiva.

Una cuestión central en la configuración normativa de la evitabilidad es la determinación del momento a partir del cual debe aplicarse el criterio de la evitabilidad. Ante esta cuestión, algunos consideran que la evitabilidad individual tiene que determinarse al momento de la realización del hecho[132], mientras que otros entienden que no interesa si el sujeto pudo evitar o no la infracción de la norma al momento del hecho, sino que constituye también un ámbito de su responsabilidad

---

129 Como lo señala JAKOBS: *PJ* 59, p. 132, un Derecho penal que se orienta no en el destino, sino en el rendimiento, debe recurrir al criterio de la evitabilidad.

130 Hay que señalar, sin embargo, que los criterios de imputación deben tener en cuenta que la persona no se mueve en un plano ideal, sino que actúa en un mundo real, de manera que la normatividad de la imputación no puede situarse en el ámbito de lo imposible: *ultra posse nemo obligatur* (vid., así, KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 139; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 42a; MANSO PORTO: *Desconocimiento*, p. 18).

131 En este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 121. Por el contrario, DEDES: *FS-Roxin*, p. 197, considera que existen casos en los que lo subjetivo del autor es simplemente verificado, por lo que no tendría lugar una determinación normativa.

132 En este sentido, en concreto para el conocimiento de la norma, MANSO PORTO: *Desconocimiento*, p. 18 requiere una evitabilidad individual *al momento del hecho*. Por su parte, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 36, requiere al momento del hecho cuando menos un conocimiento latente de la norma.

haber tenido la capacidad de evitar dicha infracción en su momento[133]. Por nuestra parte, consideramos más adecuada esta segunda configuración de la evitabilidad, en tanto el único defecto real que se admite normativamente para restablecer la norma es su concreta defraudación, pero no cualquier otro defecto de organización del ciudadano. No obstante, debemos señalar que la evitabilidad al momento del hecho ha de recibir un tratamiento distinto a la evitabilidad como ámbito de responsabilidad, pues en el primer caso podrá realizarse una imputación actual, mientras que en el segundo se tratará solamente de una exigencia normativa que, por sí misma, no amerita todavía una imputación penal (incumbencia). Por ejemplo: La indiferencia frente al deber de conocer la normativa administrativa que establece los parámetros de la contaminación ambiental permitida no puede castigarse como delito, pero puede sustentar la evitabilidad individual de un acto de contaminación realizado por el productor indiferente.

IV. EL CONCEPTO ESTRICTO DE ACCIÓN: EL SUSTRATO HUMANO BÁSICO DEL DELITO

La utilidad de contar un filtro previo al análisis del injusto penal con el que se pueda excluir desde el inicio sucesos en los que, si bien existe una vinculación fáctica con una persona, ésta no interviene como tal, justifica la formulación de un concepto de acción, en sentido estricto, que establezca cuál es el sustrato básico del delito. El paso siguiente es encontrar el criterio de valoración con el que conformar este filtro conceptual y poder excluir bajo una misma idea los sucesos antes mencionados. ROXIN es quien, en tiempos recientes, ha procurado aportar dicho criterio con la llamada manifestación de la personalidad. Sin embargo, con la finalidad de excluir cualquier referente naturalista u ontológico, ha utilizado una formulación con tal nivel de abstracción que, en el fondo, no termina de ofrecer un fundamento común para todos los casos en los que se habla de una falta de acción[134].

Lo que puede explicar la deficiencia del criterio de la manifestación de la personalidad es la idea, a nuestro entender errónea, de que lo normativo no puede tener una naturaleza ontológica. Efectivamente, los modernos planteamientos normativistas parten de la falsa premisa de que solamente los referentes convencionales pueden ser honrados con la calificación de normativos. Lo ontológico es asimilado a lo empírico[135], por lo que no podría pasarse del plano del ser al deber ser sin caer en una falacia naturalista. Este razonamiento no es correcto, pues lo ontológico responde, en estricto, a la esencia de las cosas con independencia de cuál sea su expre-

133 En este sentido, KINDHÄUSER, en *Cuestiones actuales*, p. 46 y s.; GONZÁLEZ RIVERO: *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 156 y ss., con base en el concepto de competencia.

134 En este sentido, BUNSTER: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3 (2003), p. 20.

135 Así críticamente KAUFMANN, Arthur: *FS-Hellmuth Mayer*, p. 86.

sión fenomenológica. Por lo tanto, un criterio ontológico es tan normativo como uno de carácter sociológico, radicando la diferencia únicamente en la procedencia de la pauta de valoración[136]. Posiblemente el error metodológico de Roxin, al formular su concepto de acción, haya sido ofrecer un criterio normativo de naturaleza convencional previo al análisis propiamente típico, lo que no es posible, pues si se quiere instalar un filtro normativo previo, entonces el único criterio que podría encontrarse es de naturaleza ontológica[137].

Lo anterior no debe ser tomado como la resurrección del concepto final de acción, pues no hay duda de lo insalvable que son las críticas que se le hicieron por reducir su horizonte fundamentalmente a la acción dolosa[138] o por perder su neutralidad e incidir indebidamente en elementos de la configuración de las otras categorías del delito[139]. Lo que aquí se propone no es, por lo tanto, formular una teoría general de la acción, sino precisar el insumo mínimo que necesita cualquier tipo penal para poder determinar una conducta penalmente relevante[140]. Ese insumo no es una estructura eterna que el legislador debe necesariamente observar, sino una realidad material propia de la actuación de las personas, más concretamente, aquello que hace que algo sea obra de alguien y no una simple casualidad que deba quedar al margen del Derecho penal. Esta atribución sólo es posible cuando una persona se expresa como tal en la configuración de la realidad. Ello tiene lugar cuando la modificación del mundo exterior es expresión objetiva de su espíritu individual o, dicho en otras palabras, exteriorización de su libertad. Esa libertad exteriorizada no es la jurídicamente delimitada a efectos de definir la responsabilidad jurídico-penal, sino la que le corresponde a toda persona como ser humano y sobre la cual trabaja el Derecho penal para cumplir con su específico cometido.

En correspondencia con lo hasta ahora dicho, el concepto estricto de acción tiene la función dogmática de excluir de lo penalmente relevante aquellos sucesos lesivos de realidades valoradas positivamente que, aunque puedan vincularse empíricamente con una persona, no son ejercicio de su libertad y, por lo tanto, no pueden ser calificados como obras suyas. Se trata de los supuestos denominados de falta de acción, entre los cuales cuentan la fuerza irresistible, los actos reflejos, los estados de inconsciencia, el sonambulismo, las convulsiones o ataques epilépticos, las situaciones de hipnosis, entre otros más. Por otro lado, dicho concepto de acción puede ofrecer un parámetro crítico a la labor legislativa, por ejemplo, si es que

136 Actualmente, Pawlik: *Normbestätigung*, p. 22 y s.

137 Igualmente, la crítica a los conceptos de acción puramente jurídicos, Kaufmann, Armin, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 283 y s.

138 Vid., Kaufmann, Arthur: *FS-Hellmuth Mayer*, p. 94.

139 Vid., Kaufmann, Arthur: *FS-Hellmuth Mayer*, p. 88 y s.

140 En la misma línea, Kaufmann, Arthur: *FS-Hellmuth Mayer*, p. 81.

se tipifica como delito el acaecimiento de un suceso que no puede ser considerado la obra de una persona, a la que se le hace penalmente responsable.

V. LA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

El Código Penal utiliza el concepto de acción en algunas disposiciones de la Parte General o regula situaciones que están vinculadas innegablemente a dicho concepto, por lo que resulta pertinente establecer cómo estas regulaciones deben ser interpretadas. Así, se debe determinar si se está haciendo alusión directa o indirectamente a un concepto amplio o estricto de acción o si, por el contrario, su uso tiene alguna particularidad semántica que el intérprete debe tener en cuenta para evitar errores o contradicciones interpretativas[141]. Lo anterior confirma, por otra parte, la necesidad de que la teoría del delito cuente con un concepto dogmático de acción con el que se pueda alcanzar una interpretación coherente de las referidas disposiciones legales[142].

1. La acción como comisión

El artículo 11 del CP establece que son delitos y faltas las *acciones* u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. De esta regulación se podría inferir que las reglas generales de la imputación penal en nuestro Código Penal parten de la diferenciación naturalista entre acción y omisión[143], lo cual resultaría reforzado además por la regulación general de la comisión por omisión prevista en el artículo 13 del mismo texto punitivo. Con base en esta particular situación legislativa, algunos autores sostienen que la acción y la omisión conformarían el primer elemento del delito sobre el cual se determinarían los otros[144]. Otros autores, por el contrario, consideran que el artículo 11 del CP parte de la realización típica como el elemento común de la acción y la omisión, ya que no formula un concepto previo de acción que englobe las distintas formas de manifestación del delito (acción u omisión, dolosa o culposa), sino que establece que la relevancia penal se alcanza por el hecho de estar penadas por la ley[145].

---

141 Como lo ha dicho Radbruch: *El concepto de acción*, p. 105 y s., con cita a von Lilienthal: "*No se precisa ulterior prueba de que el Código Penal no conoce el concepto de acción cual un perfecto término técnico*".

142 En el mismo sentido, en relación con la similar situación de la regulación penal italiana, Marinucci: *El delito como "acción"*, p. 23.

143 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 10, n.m. 1076.

144 Así, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código Penal Anotado*, p. 33; Mera Palomino: *Actualidad Jurídica*, T.170 (enero de 2008), p. 127.

145 Así, Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 10 (2010), p. 93. Similarmente, el comentario al artículo 11 del CP que hace Villavicencio Terreros: *Código Penal Comen-*

Pese a la plausibilidad de los planteamientos precedentes, no necesariamente cabe concluir una desestimación legal de la posibilidad de entender dogmáticamente a la acción como una categoría que engloba los elementos constitutivos del hecho delictivo (concepto amplio de acción). Si bien el artículo 11 del CP utiliza el término acción, queda claro que no lo hace para definir o regular la primera categoría del delito, sino para abarcar, junto con la omisión y las formas de imputación subjetiva (dolo y culpa), las distintas manifestaciones del hecho delictivo. En consecuencia, el término "acción" en el marco del artículo 11 del CP debe interpretarse como sinónimo de comisión, en oposición a la omisión, pero no como una categoría analítica del delito. Por otro lado, el artículo 13 del CP tampoco tiene que ser entendido como una cláusula de extensión de la punición, sino que es perfectamente posible interpretarlo como el reconocimiento de que los tipos penales abarcan las omisiones, por lo que procede a definir las condiciones generales para su relevancia penal. Esto último será desarrollado con mayor detenimiento en el capítulo 14.

2. Los casos de falta de acción

El Código Penal se refiere implícitamente a la acción cuando se ocupa de los supuestos que tradicionalmente se han calificado como causas de falta de acción o de no acción. Aquí entraría en juego el concepto estricto de acción como elemento básico al que se le enlaza las otras categorías del delito (injusto y culpabilidad). La función de este concepto es fundamentalmente de carácter negativo, es decir, de exclusión liminar del análisis jurídico-penal de ciertos sucesos que son desde ya irrelevantes[146]. En estos supuestos, no se entra a discutir siquiera la tipicidad de la conducta, pues carecen de una relevancia penal mínima.

Dentro de los supuestos de falta de acción, cabe mencionar, en primer lugar, los casos en los que no hay ni siquiera un acto exterior reconducible causalmente a una persona. Se trata de los hechos provocados por animales[147], el llamado caso fortuito que abarca hechos procedentes de la naturaleza absolutamente imprevisibles como un terremoto o un tsunami, y los meros pensamientos, actitudes internas, disposiciones de ánimo y todos los afectos que pertenezcan a la esfera interna (*cogitationis poenam nemo patitur*)[148]. En relación con estos casos, no hay la menor discusión sobre la ausencia absoluta de relevancia penal.

---

tado, p. 64, en el sentido de que la conducta es el carácter genérico de todas las formas de tipicidad.

146 Así, SILVA SÁNCHEZ: *Estudios*, p. 18 y s.

147 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 54.

148 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 57.

En segundo lugar, se encuentra los casos de *vis physica absoluta* o también conocida como fuerza irresistible[149]. Aquí el suceso lesivo se reconduce a una fuerza irresistible proveniente dè la naturaleza o de un tercero que incide únicamente sobre la corporeidad de una persona[150]. El origen de esta fuerza, como puede verse, es externo, por lo que no podrán abarcarse los casos de actuaciones arrebatadas o frenéticas[151]. Si bien hay una intervención física de la persona sometida a la fuerza irresistible, se excluye absolutamente la capacidad de controlar su cuerpo y, por lo tanto, de dirigir el suceso lesivo. El carácter irresistible de la fuerza física se refiere precisamente a una intensidad tal que elimina o anula por completo la capacidad de controlar el suceso[152]. La caída sobre un valioso jarrón a raíz de un fuerte empujón de un tercero o de un viento huracanado, son ejemplos académicos a los que siempre se ha recurrido para graficar ejemplificativamente los casos de fuerza irresistible. Pero también es posible que la fuerza irresistible incida en un delito de omisión[153] como, por ejemplo, no auxiliar a un herido debido a que se está aprisionado o sujetado violentamente por otro. En este último caso, no es necesario que el sujeto esté impedido de todo tipo de acción, sino solamente que no pueda realizar materialmente la acción debida[154].

En tercer lugar, se hace referencia a profundos estados de inconsciencia, tales como la situación de absoluta narcosis, hipnosis o embriaguez, así como los ataques convulsivos[155]. Está claro que, si el estado de inconsciencia es relativo, de forma tal que el agente mantiene cierto grado mínimo de voluntariedad, entonces no cabrá una exclusión liminar del análisis jurídico-penal, sino que se tendrá que encontrar a nivel del injusto y la culpabilidad el sustento de su irrelevancia penal, de ser el caso.

---

149 Distinto es el caso de la *vis compulsiva* o coacción, pues en estos casos el amenazado no se encuentra privado absolutamente de libertad. Vid., al respecto, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 273 y s.; Armaza Galdós: *LH-García Rada*, p. 127; Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (2013), p. 86 y s.; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 78 (2015), p. 58.

150 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 58, precisa que en estos casos el cuerpo funciona sólo como masa mecánica sin que el espíritu o la psique hayan participado de algún modo. En la doctrina nacional, Armaza Galdós, en *LH-García Rada*, p. 124; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 78 (2015), p. 54; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 72.

151 Vid., Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 78 (2015), p. 59.

152 Así, sobre el carácter irresistible de la fuerza física, Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (2013), p. 87; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 78 (2015), p. 54; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 157.

153 Vid., Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 78 (2015), p. 53.

154 En este sentido, Espinoza Urbina: *Gaceta Jurídica*, T. 204 (noviembre de 2010), p. 107 y s.

155 Vid., Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 73.

Especialmente problemático es el supuesto de la embriaguez, pues se trata de un estado que admite diversos niveles. Si bien la normativa administrativa cuenta con una tabla de alcoholemia[156], debe tenerse claro que dichos niveles de alcoholización tienen una función meramente referencial en el juicio de imputación penal, pues la imputación penal recurre, como regla general, a una imputación personalizada y no simplemente estandarizada.

Se hace mención finalmente a los llamados movimientos reflejos, los que son definidos como reacciones incontroladas del cuerpo ante determinados estímulos internos o externos[157]. El estímulo recibido pasa directamente de un centro sensorio a un centro motor sin intervención primaria de la consciencia[158]. Por ello, su aprehensión será, a lo sumo, con posterioridad[159]. La ausencia de participación del sistema nervioso central determina, por otra parte, que se trate de movimientos básicamente primarios que carecen de la más mínima elaboración[160]. Así, los movimientos reflejos pueden expresarse mediante vómitos, calambres, espasmos, el cierre instintivo de los ojos ante el acercamiento violento de un objeto, entre otros supuestos[161]. Se trata de procesos mecánicos que provocan siempre la misma reacción (reproducibilidad o provocabilidad) y en los que no hay intervención de la subjetividad de la persona (independencia de la afectividad)[162].

Un grupo de casos, sobre cuya inclusión como supuesto de falta de acción se ha discutido doctrinalmente, son los llamados actos de corto circuito o instintivos. El sujeto reacciona aquí de forma incontrolada ante determinadas situaciones excepcionales. Existe cierto acuerdo doctrinal en cuanto a negar que los actos de corto circuito sean equiparables a los movimientos reflejos, en la medida que no se presenta una total independencia de la afectividad[163]. Lo que resulta discutido es si los casos de corto circuito deban mantenerse como supuestos de exclusión de la acción o si se tratan, más bien, de supuestos que tendría que analizarse en sede de culpabilidad[164]. Dado que la falta de acción constituye un análisis de exclusión liminar de sucesos lesivos, su ámbito de aplicación debería circunscribirse a los casos

156 Vid., la referencia en Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 275.

157 Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 10, n.m. 1082; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 73.

158 Así, Espinoza Urbina: *Gaceta Jurídica*, T. 204 (noviembre de 2010), p. 108.

159 Vid., Silva Sánchez: *ADPCP*, 1986, p. 909.

160 Vid., Silva Sánchez: *ADPCP*, 1986, p. 909.

161 Vid., la referencia en Silva Sánchez: *ADPCP*, 1986, p. 909.

162 Así, Silva Sánchez: *ADPCP* 1986, p. 910.

163 Vid., con referencias doctrinales, Silva Sánchez: *Estudios*, p. 23 y s.

164 Vid., la discusión con toma de postura en Silva Sánchez: *Estudios*, p. 29 y ss.

en los que queda absolutamente claro la ajenidad de una persona al suceso lesivo, lo que no parece ser el caso de los actos de corto circuito.

En cuanto a la regulación legal, debe señalarse que de todos los supuestos antes mencionados, nuestro Código Penal sólo regula expresamente la fuerza irresistible como un supuesto de exención de responsabilidad penal (artículo 20 inciso 6)[165]. Esta situación podría llevar a la conclusión, a contrario, de que en el resto de supuestos de falta de acción no tendría lugar una exención de pena. Tal conclusión no es correcta, pues el juez podrá utilizar analógicamente la regulación de la fuerza irresistible para excluir de pena los otros supuestos de falta de acción. Hay que recordar que la analogía prohibida en el Derecho Penal se limita a la que resulte perjudicial para el reo. Dentro del artículo III del Título Preliminar del Código Penal no se contempla el uso analógico de eximentes de responsabilidad penal como un supuesto de analogía prohibida, por lo que el reconocimiento expreso únicamente de la fuerza irresistible como causa de exclusión de la responsabilidad no le impide al juez penal usar el mismo fundamento en los supuestos análogos de falta de acción[166].

3. La ausencia de regulación positiva de la *actio libera in causa*

Los supuestos de falta de acción no siempre producen una exclusión del análisis jurídico-penal, pues la imputación penal puede mantenerse si es que el suceso lesivo puede reconducirse a un comportamiento precedente[167]. Se trata de los casos que se agrupan bajo la figura de la *actio libera in causa*, esto es, el conjunto de situaciones en las que un sujeto lesiona (o intenta lesionar) un bien jurídico en un estado o situación que impide la imputación de responsabilidad penal, pero habiendo provocado él mismo, dolosa o culposamente, ese estado defectuoso[168]. Estructuralmente cabe diferenciar aquí dos momentos: La acción precedente o de provocación con la que el sujeto provoca su estado defectuoso, y la acción posterior

165 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 10, n.m. 1079; Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (2013), p. 88; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 78 (2015), p. 55.

166 Por el contrario, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 78 (2015), p. 60, considera que con el artículo 11 del CP se pueden excluir todos los casos de ausencia de acción, siendo la regulación específica de la fuerza irresistible innecesaria. Tal planteamiento parte, sin embargo, de la idea de que el artículo 11 regula la categoría de la acción, lo que no es así, pues, como ya se dijo, este dispositivo legal utiliza el término acción en oposición a la omisión, por lo que se refiere fundamentalmente a la acción comisiva, no a la categoría general de la acción.

167 Vid., así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 10, n.m. 1085.

168 Así, Joshi Jubert: *La doctrina de la «actio libera in causa»*, p. 117. En la doctrina nacional, Zanabria Chávez: *Acerca de la actio libera in causa*, p. 11.

o defectuosa, con la que afecta el bien jurídico penalmente protegido[169]. Como puede fácilmente deducirse, la figura de la *actio libera in causa* no se limita exclusivamente a un estado defectuoso referido a alguno de los supuestos de ausencia de acción, sino que puede presentarse en relación con cualquier forma de exclusión de la responsabilidad penal (especialmente de exclusión de la culpabilidad)[170]. Sin embargo, aquí nos vamos a limitar a los casos en los que el estado defectuoso es un supuesto de ausencia de acción.

El primer escollo que se presenta para poder sancionar con la figura de la *actio libera in causa* los casos de falta de acción es que llevar a cabo la imputación penal produciría cierta tensión con el principio de coincidencia o simultaneidad. Este principio impone una congruencia temporal entre la acción realizada y las exigencias subjetivas referidas a dicha acción[171]. Tanto la imputación subjetiva (dolo o culpa), como la culpabilidad del autor, deben estar presentes durante la fase de ejecución del injusto objetivo. Aunque no existe en nuestro Código Penal una disposición legal de la que se desprenda explícitamente la necesidad de tal simultaneidad en la imputación penal[172], exigencias de racionalidad llevan obligatoriamente a asumirlo. En el delito doloso se excluye, en ese orden de ideas, el dolo *antecedens* y el dolo *subsequens*.[173]

Para superar el problema de la fricción con el principio de coincidencia, se han formulado diversos modelos para fundamentar el castigo de los casos de *actio libera in causa*. Por un lado, el modelo de la excepción propone una excepción al principio de coincidencia, admitiendo una imputación extraordinaria basada en una *culpa antecedens*. Punto clave de este modelo es la distinción entre el fundamento de la imputación y el objeto de la imputación[174]. Por otro lado, el llamado modelo de la tipicidad intenta sustentar la responsabilidad penal en virtud de las reglas generales de la imputación, lo que va claramente por un camino opuesto al modelo de la excepción. La imputación penal se reconduce a la acción precedente, la que se subsumiría en el tipo penal correspondiente. El autor utiliza a su propia

169 Vid., ALCÁCER GUIRAO: *Actio libera in causa*, p. 21.

170 Así, ALCÁCER GUIRAO: *Actio libera in causa*, p. 22; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *LH-Mir Puig*, p. 536; ÁLVAREZ DÁVILA: *Eta ius esto* 1, p. 128 y s.

171 Vid., ALCÁCER GUIRAO: *Actio libera in causa*, p. 25. Considera que el principio de coincidencia tiene predicamento legal en el artículo 9 de nuestro Código Penal, PÉREZ LÓPEZ: *Actualidad Jurídica*, T 159 (febrero de 2007), p. 95 y s.

172 Así, ÁLVAREZ DÁVILA: *Eta ius esto* 1, p. 135. Sin embargo, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 152 y s., acude al artículo 20.1 del CP, en el extremo de la grave alteración de la conciencia para deducir la relevancia penal de una situación de *actio libera in causa*.

173 Vid., en este sentido, PUPPE: *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 132 y ss.

174 Vid., así, HRUSCHKA: *JZ* 1995, p. 23 y s.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *LH-Mir Puig*, p. 539.

persona como lo hace un autor mediato con el instrumento para ejecutar el hecho delictivo[175]. Finalmente, cabe mencionar al modelo de la ampliación o extensión, el cual procura llegar a una solución intermedia entre los modelos antes aludidos. Se establece el objeto de la imputación en el acto precedente, siguiendo el modelo de la tipicidad, pero se limita el comienzo de la tentativa a la realización de los actos ejecutivos en el estado defectuoso, siguiendo el modelo de la excepción[176].

Dejando de lado las diversas críticas que se han formulado a cada uno de los modelos de imputación antes reseñados[177], lo cierto es que la opinión dominante se inclina por modelos de imputación ordinarios, no siendo necesario acudir a criterios de excepción[178]. Este parecer resulta más imperioso si se tiene en cuenta que, en nuestro país, no existe base legal que regule específicamente el castigo de los supuestos de *actio libera in causa*, por lo que no habría cobertura legal para admitir criterios de imputación excepcionales[179]. Bastará, por lo tanto, con que la interpretación de los tipos penales abandone una visión empiricista del delito y se sustituya por una comprensión normativa[180]. A efectos de la imputación penal, no interesa la relación de inmediatez entre la conducta y el resultado lesivo, sino que se le pueda atribuir socialmente a la conducta precedente la generación del riesgo prohibido al que se reconduce el resultado lesivo. Dado que lo acontecido con el sujeto incapaz de acción es un hecho de la naturaleza, la provocación de la situación de incapacidad supone un impulso a la naturaleza que constituye la creación de un riesgo penalmente prohibido y, por lo tanto, un comportamiento típico[181].

175 Vid., Roxin: *ADPCP* 1988, p. 22; Jakobs: *RPDJP* 2 (2001), p. 222; Alcácer Guirao: *Actio libera in causa*, p. 108; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 152.

176 Streng: *ZStW* 101 (1989), p. 311; El Mismo, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 273.

177 Vid., con mayor detalle, Alcácer Guirao: *Actio libera in causa*, pp. 37 y ss., 47 y ss., 59 y ss.

178 Así, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 68; Pinedo Sandoval: *Eta ius esto* 2, p. 132.

179 Atendiendo a esta situación, Pérez López: *Actualidad Jurídica*, T. 159 (febrero de 2007), p. 96, niega que sea posible, sin una regulación expresa, recurrir a la figura de la *actio libera in causa* para incriminar una conducta. Por el contrario, sostiene que no se infringe el principio de legalidad, Streng, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal*, p. 280, en relación con la regulación alemana que tampoco cuenta con una norma específica referida a la *actio libera in causa*.

180 Igualmente, Álvarez Dávila: *Eta ius esto* 1, p. 137.

181 Así, Jakobs: *RPDJP* 2 (2001), p. 217 y s.

Capítulo 11
CUESTIONES GENERALES DE LA TIPICIDAD

I. INTRODUCCIÓN

Una conducta, para poder tener relevancia delictiva, debe reunir los elementos definidos en el tipo penal correspondiente, es decir, debe cumplir con el supuesto de hecho previsto en una disposición legal de la Parte Especial del Código Penal o de una ley penal especial. Como se explicó ampliamente en el capítulo 4, el principio de legalidad ha sido establecido en la Constitución como un condicionante esencial para el ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado, por lo que la conducta delictiva debe encontrarse previamente determinada como tal en una ley penal[1]. La falta de tipicidad de la conducta impide que se le pueda considerar como penalmente relevante. Su sola dañosidad o perturbación social es insuficiente para que pueda alcanzar el carácter de un injusto penal.

La determinación del contenido de la tipicidad no ha sido nada pacífica en la doctrina penal. Desde que esta categoría fue incluida explícitamente en la teoría del delito, se ha discutido extensamente sobre su naturaleza, alcance y relación con las otras categorías del hecho punible. Por todo ello, resulta conveniente iniciar el presente capítulo haciendo una sucinta exposición sobre cómo ha evolucionado la discusión doctrinal en relación con la configuración dogmática de la categoría de la tipicidad. A partir de esta exposición, se estará en capacidad de tomar una determinada posición sobre la manera como debe ser entendida y las funciones que desplegaría. Dado que la tipicidad no tiene una regla uniforme para la estructuración de todos los tipos penales, en la parte final de este capítulo se hará un recuento de los diversos criterios clasificatorios de los tipos penales en razón de sus diferencias es-

1 Vid., la vinculación de la tipicidad al principio de legalidad, Roxin: *Política criminal*, p. 43.

tructurales, lo que será de mucha utilidad para saber lo que se tiene que determinar en cada caso a efectos de afirmar la tipicidad de una conducta.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA TIPICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

1. La tipicidad como categoría objetiva y descriptiva

No hay mayor discusión en reconocer a BELING como el fundador o, en todo caso, el primero en incluir la categoría de la tipicidad en la teoría del delito[2]. Este autor partió de la idea de que toda figura delictiva autónoma tiene elementos de carácter externo y de carácter interno, configurando los primeros el tipo de injusto y los segundos la culpabilidad[3]. Siguiendo este orden de ideas, BELING concluyó que la tipicidad constituía un elemento fundamental del delito, al que se le encargaba describir la parte externa del hecho delictivo. De esta manera, la tipicidad se erigió como una categoría del delito caracterizada por ser descriptiva (al no contener ninguna valoración legal que aluda a la antijuridicidad de la actuación típica concreta) y objetiva (al excluir todos los procesos subjetivos que debían ser vistos, más bien, en sede de culpabilidad)[4].

2. Del descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto a la formación de un tipo subjetivo

Frente la formulación de BELING de entender el "tipo de injusto" como una categoría objetiva, diversos penalistas alemanes como FISCHER, HEGLER, M. E. MAYER o MEZGER, pusieron de manifiesto que, en no pocos casos, el injusto del hecho, y no la culpabilidad, dependía de la dirección de la voluntad del autor[5]. En consecuencia, la naturaleza de la tipicidad no siempre era completamente objetiva. Así, se resaltó la importancia de cierta tendencia subjetiva para poder describir adecuadamente la acción en delitos como la violación sexual (ánimo libidinoso) o el hurto (ánimo de apropiación)[6]. A partir de esta constatación, se elaboró la llamada teoría de los elementos subjetivos del injusto[7], los que fueron inicialmente considerados como excepciones al carácter eminentemente objetivo de la tipicidad[8].

---

2 Vid., en este sentido, ROXIN: *Teoría del tipo penal*, p. 56 y s.

3 Vid., BELING: *Esquema*, p. 42.

4 Vid., así la breve exposición histórica de la categoría de la tipicidad de ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 7.

5 Vid., en este sentido, con las correspondientes referencias bibliográficas, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 8. Las referencias bibliográficas igualmente en CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 428.

6 ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 8; CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 427.

7 Una exposición del desarrollo histórico de la teoría de los elementos subjetivos del injusto vid., en MEZGER: *Tratado*, I, p. 346 y ss.; POLAINO NAVARRETE: *Los elementos subjetivos del injusto*, p. 89 y ss.

8 Así se aprecia en el planteamiento de MEZGER: *Tratado*, I, p. 349.

El carácter objetivo de la tipicidad, tal cual la formulara BELING en su día, fue finalmente abandonado cuando el finalismo trasladó el dolo (natural) y la culpa de la culpabilidad a la tipicidad, lo que llevó a tener que aceptar, como regla general, una parte subjetiva en el tipo[9]. Era lógico, desde planteamientos finalistas, que si la tipicidad se encargaba de describir la acción constitutiva del delito, dicha descripción de la acción, configurada finalmente, debía contemplar la vertiente subjetiva de la acción[10]. A pesar de que el concepto final de acción no terminó por imponerse, hoy en día resulta absolutamente dominante el entendimiento de que la tipicidad es una categoría que contempla una parte objetiva y otra subjetiva de la conducta penalmente relevante[11]. Puede decirse sin ningún reparo que la configuración puramente objetiva de la tipicidad resulta hoy en día una formulación prácticamente superada.

3. Del descubrimiento de los elementos normativos del tipo a la normativización de la tipicidad

Es M. E. MAYER a quien se le atribuye haber descubierto los llamados elementos normativos del tipo. Se trata de elementos típicos que tienen un carácter valorativo, pues una percepción sensorial no es suficiente para constatar su existencia, sino que resulta necesario realizar un juicio de valor para poder determinarlos[12]. Así, por ejemplo, la sola percepción sensorial de un bien no permite saber si es "ajeno", tal como lo exige el tipo penal del delito de hurto. La ajenidad del bien mueble constituye, pues, un elemento del tipo que requiere de una valoración conforme a los criterios jurídicos establecidos en la legislación civil para determinar si la cosa percibida pertenece a alguien o no. El descubrimiento hecho por MAYER no le llevó, sin embargo, a cuestionar el carácter no valorativo de la tipicidad, sino que tal entendimiento se mantuvo como regla general. Los elementos normativos del tipo se entendieron, más bien, como elementos típicos impropios de carácter excepcional,

---

9 Vid., en este sentido, WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 53. Pero debe precisarse que para WELZEL: *Estudios*, p. 53 y s., el tipo de injusto no era igual en los delitos dolosos y en los delitos culposos.

10 Vid., WELZEL: *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, p. 4: "*Lo que me interesa en la teoría de la acción es desarrollar el principio general de la estructura de una acción humana, es decir, su finalidad, para demostrar que la "acción" también en su curso "externo" es un acontecimiento dirigido y conducido por la voluntad, o sea, es una unidad de voluntad interna y hecho externo. Si este es el principio general de la estructura de la acción humana, entonces también debe ser el principio de estructura de las acciones típicas y relevantes para el Derecho penal*".

11 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 21.

12 Vid., MAYER, M. E.: *Derecho Penal*, PG, p. 228.

pues en realidad se trataban de elementos de la antijuridicidad que, por el tenor de la ley, pasaban al tipo penal y debían ser abarcados, por tanto, por el dolo[13].

Posteriores estudios sobre los llamados elementos normativos del tipo llegaron a demostrar que dichos elementos no eran tan excepcionales como, en un principio, se les creía. Así, Erick WOLF puso de manifiesto que incluso elementos considerados en principio como descriptivos se convertían, en cuanto al alcance de su significado, en elementos normativos[14]. Así, por ejemplo, el elemento típico de documento en el delito de falsificación de documento requiere de un proceso de valoración jurídica que permita determinar si lo preservado en un soporte material es un documento o no para el Derecho penal. A partir de estas ideas, la tipicidad comenzó a entenderse como una categoría normativa, pues se precisaba de valoraciones jurídico-penales para determinar si una conducta concreta era típica o no[15].

En las últimas décadas se ha desarrollado con una fuerza inusitada la llamada teoría de la imputación objetiva, la cual ha terminado por normativizar completamente la parte objetiva de la tipicidad[16]. Este proceso de normativización tuvo lugar inicialmente en la forma de tipificación predominante de las conductas delictivas: los llamados delitos de resultado. En efecto, en estos delitos el juez penal no debía limitarse a hacer una simple verificación de que la conducta causó el resultado lesivo, sino que debía determinar, con base en criterios jurídico-penales, si la conducta del autor generó un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se realizó en el resultado acaecido[17]. En la actualidad, esta lectura normativa del tipo objetivo ha trascendido a los delitos de resultado, alcanzando a todas las formas de tipificación de las conductas delictivas. Por ello, le asiste plena razón a JAKOBS cuando sostiene que la teoría de la imputación objetiva se ocupa de determinar las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable[18].

El proceso de normativización se ha presentado también en la faceta subjetiva del tipo. El dolo que, a diferencia de la culpa, se encontraba definido desde una lógica fundamentalmente psicologicista, está sufriendo una notoria reconfiguración normativa. Así, su elemento cognitivo –el que, para cada vez más autores, es el único realmente decisivo– no se entiende ya como un dato psíquico que el juez comprueba indirectamente a partir de ciertas circunstancias externas que rodean al hecho, sino, más bien, como una imputación a la subjetividad del autor que se

13 Por ello, los denominó "inauténticos". Vid., al respecto, MAYER, M. E.: *Derecho Penal*, PG, p. 228.

14 Vid., WOLF: *Las categorías de la tipicidad*, p. 114.

15 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 12.

16 Así los destaca CANCIO MELIÁ: *Líneas básicas*, p. 54.

17 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 4b.

18 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 4.

hace sobre la base de ciertas exigencias de conocimiento[19]. Este enfoque normativo no sólo ha producido una configuración más homogénea de la categoría de la tipicidad, sino también un reacercamiento estructural entre el dolo y la culpa. Como es lógico, todo esto ha llevado a que, en un plano más general, se ponga en tela de juicio que lo subjetivo sea efectivamente una situación interna del autor, comenzando, por ello, a ganar terreno planteamientos que lo ven como un aspecto que se determina, más bien, con parámetros intersubjetivos o sociales[20].

De lo expuesto se puede concluir que también el carácter descriptivo que originalmente se le asignó a la tipicidad, ha dejado de ser la posición dominante en los planteamientos dogmáticos actuales sobre la teoría del delito. La perspectiva normativa asume, en consecuencia, el papel decisivo al momento de establecer los contornos propios de esta categoría del delito. Así las cosas, queda claro entonces que la tipicidad no se circunscribe a describir de manera general un suceso empírico externo, sino que ofrece los elementos de juicio para llevar a cabo una adscripción en un nivel de análisis general.

4. La relación entre tipicidad y antijuridicidad

Mientras la tipicidad fue entendida conforme a la formulación de Beling como una categoría descriptiva o valorativamente neutral, se contó con un margen suficiente para poder distinguirla de la antijuridicidad[21]. El posterior descubrimiento de los elementos normativos del tipo no trajo consigo el abandono de esta distinción conceptual, pues lo que se sostuvo fue que la tipicidad mostraba solamente un indicio de la antijuridicidad de la conducta (*ratio cognoscendi*), pero no la *ratio essendi* del desvalor del hecho que propiamente se determinaba en el ámbito de la antijuridicidad. Para graficar esta idea, se afirmó que entre la tipicidad y la antijuridicidad había una relación similar a la que existe entre el humo y el fuego[22]. La subjetivización del injusto penal llevada a cabo por el finalismo, tampoco disolvió la frontera entre estas categorías del delito, pues se sostuvo expresamente que quien realiza un tipo penal no obra aún de forma antijurídica, lo que solamente sucederá si es que no existe una proposición permisiva que permita, en una situación especial, la realización de la conducta típica[23].

El que la tendencia dominante al inicio de la discusión dogmática iniciada por el sistema clásico haya distinguido la tipicidad de la antijuridicidad, no significa que

19 Vid., sobre las concepciones normativas del dolo, Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 275 y ss.

20 Así, la propuesta de Porciúncula: *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal*, p. 205 y ss.

21 Vid., Beling: *Esquema*, p. 55.

22 Vid., Mayer, M. E.: *Derecho Penal*, PG, p. 12.

23 Vid., Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 50. De un regreso a Beling califica al desarrollo conceptual de la tipicidad hecho por Welzel, Roxin: *Teoría del tipo penal*, p. 74.

no hayan existido voces disonantes. La llamada teoría de los elementos negativos del tipo se opuso precisamente a esta posibilidad de distinción. Los antecedentes de esta teoría se remontan a los trabajos de Merkel, quien, a propósito de los supuestos de error, concibió las causas de justificación como elementos negativos del delito[24], lo que se correspondía con su idea de que todos los elementos del injusto penal eran materialmente equivalentes[25]. Aunque este planteamiento no se impuso finalmente en la doctrina penal, autores tan relevantes como Mezger, pese a distinguir analíticamente la tipicidad y la antijuridicidad, entendieron a la primera ya no como una *ratio cognoscendi*, sino como una *ratio essendi* de la antijuridicidad general del hecho[26]. La tipicidad de la conducta fundamenta su antijuridicidad a reserva, siempre, de que no aparezca justificada en virtud de alguna causa especial de exclusión del injusto, por lo que si esto ocurre, la conducta no será antijurídica a pesar de su tipicidad[27].

En el contexto actual de la teoría del delito que le asigna a la tipicidad una naturaleza normativa, lo natural sería que la diferencia con la antijuridicidad se difumine. Sin embargo, en la doctrina penal sigue siendo aún la postura dominante mantener la diferencia analítica entre las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad. Roxin, por ejemplo, entiende que la tipicidad y la antijuridicidad responden a finalidades político-criminales distintas, pues mientras la tipicidad es rígida al estar sujeta al tenor literal de la ley, la antijuridicidad es principista, es decir, resuelve el conflicto presentado en el caso concreto (por ejemplo, legítima defensa) con base en principios jurídico-penales (principio de ponderación de bienes, de autoprotección, etc.)[28]. En nuestra opinión, este criterio de distinción resulta relativo, pues a la tipicidad la inspira también un principio (el principio de legalidad), mientras que muchas causas de justificación se encuentran expresamente reguladas en el Código Penal (artículo 20), lo que implica también una cierta vinculación con el tenor de la ley. Por consiguiente, la dicotomía entre ley y principio no es determinante para diferenciar las categorías de la tipicidad y de la antijuridicidad.

---

24 Vid., Merkel: *Derecho Penal*, PG, p. 84. Aunque, Ortiz de Urbina Gimeno: *LH-Gimbernat*, I, p. 1394, encuentra antecedentes anteriores en Binding.

25 Vid., Merkel: *Derecho Penal*, PG, p. 33 y ss. Así lo destaca especialmente, Wilenmann, en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), p. 106 y ss.

26 Mezger: *Tratado*, I, p. 376: "*El tipo jurídico-penal* (...) *es fundamento real y de validez ("ratio essendi") de la antijuricidad*".

27 Mezger: *Tratado*, I, p. 376.

28 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 20. Asumen en la doctrina penal nacional la autonomía de las categorías, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 11, n.m. 1106; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, 299.

Desde la perspectiva que aquí seguimos, no existe en estricto una diferencia cualitativa entre las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad[29], siendo la única finalidad de esta diferenciación conceptual mostrar los diversos pasos lógicos del proceso global de imputación penal y evidentemente las posibilidades de su negación. En consecuencia, la distinción entre ambas categorías del delito deviene en una distinción fundamentalmente analítica, pero no funcional o de distinta naturaleza. La única particularidad de la tipicidad frente a la antijuridicidad está en que en la primera se hace una imputación en función de la perturbación social que, en general, produce la conducta del autor, mientras que en la segunda se determina, de manera más contextualizada, si existe alguna situación *especial* de conflicto que pudiese levantar la imputación penal realizada a nivel de la tipicidad.

III. LAS FUNCIONES DE LA TIPICIDAD

A la tipicidad se le atribuyen distintas funciones. El planteamiento estándar da cuenta de una función político-criminal, una función sistemática y una función dogmática[30]. En el plano político-criminal, la función es una de garantía, en la medida que la tipicidad se encargaría de definir la conducta penalmente sancionada[31]. Lo que esta función hace es vincular la determinación de la conducta delictiva y la pena a imponer con el principio de legalidad[32]. A la función sistemática le corresponde, por su parte, establecer el conjunto de elementos que permiten saber de qué delito típicamente se trata[33]. En este sentido, la tipicidad no sólo haría posible delimitar la conducta permitida de la prohibida, sino también diferenciar las distintas formas de conducta prohibida de cara al establecimiento de las consecuencias jurídicas. Así, por ejemplo, la tipicidad del delito de hurto sustentada en la sustracción subrepticia permite diferenciarla de la tipicidad del delito de robo, cuyo tipo penal requiere que la apropiación tenga lugar por medio de violencia o amenaza. Por último, la función dogmática de la tipicidad residiría en determinar aquello que debe ser abarcado por el dolo del autor[34].

---

29 En el mismo sentido, en la doctrina penal nacional, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 55 y ss.; Alcócer Povis: *Introducción*, p. 101 y s.

30 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 1.

31 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 2. En la doctrina nacional, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 66; Hugo Álvarez: *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 127 y s.; Huarcaya Ramos: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 122.

32 Vid., Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 49. Sobre esta función de garantía del tipo penal, Roxin: *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 43.

33 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 1. En la doctrina penal nacional, Huarcaya Ramos: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 127.

34 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 3.

En las exposiciones doctrinales reina actualmente el consenso de que las distintas funciones atribuidas a la tipicidad inciden en su conceptualización. Al respecto debe señalarse que, si bien existe un núcleo común de significación, la tipicidad de la función político-criminal no es idéntica a la tipicidad sistematizadora y, a su vez, éstas tampoco coinciden plenamente con la tipicidad que cumple la llamada función dogmática[35]. Dado que la presente exposición sobre la tipicidad se hace en el marco de la teoría del delito, lo lógico es atender a la llamada función dogmática. Sin embargo, debe hacerse la puntualización de que no se comparte la posición que limita esta función a determinar simplemente lo que es objeto del dolo, pues tal parecer trae consigo una reducción irrazonable del panorama dogmático. La función que la tipicidad despliega en la teoría del delito es mucho mayor. Se encarga específicamente de aportar los elementos de juicio para determinar el carácter socialmente perturbador de un hecho que lo hace idóneo, en general, para defraudar la vigencia de la norma y necesitado, por lo tanto, de un restablecimiento comunicativo por medio de la imposición de una pena.

IV. LAS CLASES DE TIPOS PENALES

La tipicidad establece los elementos que caracterizan a una forma de actuación que defrauda la vigencia de una norma penalmente garantizada. Si bien la estructura de los tipos penales tendría que seguir un mismo patrón, razones de política criminal o de técnica legislativa llevan a que puedan presentarse ciertas diferencias en la tipificación[36]. Precisamente estas diferencias marcan distintas formas de configuración típica de la conducta penalmente relevante, de las que el intérprete debe ser consciente al momento de afirmar la tipicidad de una conducta concreta. Con la finalidad de poner de relieve estas distintas formas de configuración de la tipicidad penal, los escritos doctrinales ofrecen diversos criterios de clasificación de los tipos penales al margen de los bienes jurídicos protegidos en cada caso[37]. Estas clases de tipicidad constituyen conceptos sistemáticos intermedios que se formulan con una abstracción mayor que el tipo penal particular, pero concretando más la tipicidad del concepto general de delito[38].

1. Los tipos penales cerrados, abiertos y las leyes penales en blanco

En función del mayor o menor margen de interpretación que ofrece el tipo penal, se diferencian los *tipos penales cerrados* y los *tipos penales abiertos*. WELZEL

35 Igualmente, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 4 y s.

36 Por ello, resulta correcta la apreciación de WOLF: *Las categorías de la tipicidad*, p. 12, de que la clasificación de los tipos penales no es sólo una categoría de la lógica jurídica, sino también de la teleología del legislador.

37 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 77.

38 Vid., WOLF: *Las categorías de la tipicidad*, p. 13 y s.

sostiene que la regla general es que los tipos penales sean cerrados, lo que significa que deben contener todos los elementos fundamentadores del injusto, de manera tal que la conducta que realiza el tipo penal será antijurídica mientras no se presente una causa de justificación[39]. Por el contrario, en los tipos penales abiertos el juez tiene que completar previamente el tipo mediante una apreciación judicial independiente que utiliza un criterio deducido de la ley[40]. La realización del tipo no es aún un indicio de la antijuridicidad de la conducta, pues debe verificarse positivamente ciertos elementos especiales de antijuridicidad[41]. Esta situación se presenta en los casos en los que el tipo penal exige una especial reprochabilidad (por ejemplo, la gravedad y el valor del perjuicio en el delito contra la propiedad industrial del artículo 222 del CP) o una actuación contraria a deberes jurídicos que no se encuentran definidos en el tipo penal (por ejemplo, la ilegalidad en el delito de omisión de deberes funcionariales del artículo 377 del CP).

La doctrina penal se muestra poco dispuesta a admitir la figura de los tipos penales abiertos. ROXIN señala, por ejemplo, que "*es tan imposible que existan tales tipos penales abiertos como que haya realizaciones socialmente adecuadas del tipo*"[42]. El tipo penal no puede, pues, ser neutral respecto del injusto. A este parecer cabe responder señalando que la existencia de tipos penales abiertos muestra con claridad la homogeneidad valorativa de las categorías de la tipicidad y antijuridicidad, por lo que, en casos como los indicados, no es incluso posible hacer una separación clara de ambas categorías. Por otro lado, la formulación incompleta de los elementos típicos no representa nada singular, como lo indica JAKOBS, quien destaca que ello tiene lugar en las posiciones de garantía, la omisión impropia, el riesgo permitido, entre otros supuestos, sin que el tipo penal se convierta en abierto en lo que respecta al injusto[43]. En este sentido, cabe admitir la figura de los tipos penales abiertos, pero entendidos como "*abiertos a la concreción intensiva por medio de la interpretación*"[44].

Los tipos penales abiertos tienen lugar normalmente mediante una *cláusula general* incorporada en el tipo penal que le otorga al juez cierta discrecionalidad para decidir si el hecho es típico o no. Por ejemplo, una cláusula general que convierte en abierto el tipo penal del delito de exhibicionismo previsto en el artículo 183 del CP es el elemento típico de "índole obscena". En este caso, el juez debe realizar una valoración que le permita concluir si la conducta concreta constituye, en función del contexto social de la acción, una conducta obscena. Por lo general,

39 Vid., WELZEL: *El nuevo sistema*, p. 59.
40 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 61.
41 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 43.
42 ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 44.
43 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 62.
44 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 62.

las cláusulas generales constituyen *elementos de valoración global* del hecho, lo que significa adelantar el análisis de la antijuridicidad al ámbito de la tipicidad. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el delito de secuestro del artículo 152 del CP, en donde se indica que la conducta típica debe llevarse a cabo "sin derecho, motivo ni facultad justificada" o en el delito de denegación o retardo de apoyo policial del artículo 378 del CP que requiere que la conducta se haga "sin causa justificada". En tipos penales como los mencionados, el juez debe tener en consideración la antijuridicidad del hecho para decidir sobre la tipicidad de la conducta concreta.

Como otra clase de tipos penales necesitados de complemento debe mencionarse a las *leyes penales en blanco (propias)*[45]. Sin embargo, tal como se ha visto en el capítulo 4, las leyes penales en blanco no son tipos penales que requieran de un complemento por encima de lo establecido en el tipo penal, sino que la especificación de algunos de los elementos típicos se hace con base en lo establecido en las leyes extrapenales a los que la ley penal se remite. En este sentido, si bien uno de los elementos del tipo puede tener cierto grado de indeterminación (la cláusula de remisión), la interpretación judicial no es discrecional, sino que, por el contrario, debe necesariamente ajustarse a parámetros establecidos legislativa o reglamentariamente.

2. Los delitos comunes, especiales y de propia mano

El establecimiento de ciertas restricciones típicas respecto de los posibles autores del delito permite distinguir varias clases de tipos penales. Así, se diferencian primeramente los *delitos comunes* de los *delitos especiales* en función de la amplitud del círculo de autores del delito. En los delitos comunes, el tipo penal no exige una cualidad especial para ser autor del delito, de manera tal que cualquier persona que reúna las condiciones generales de imputabilidad podrá responder como autor[46]. La situación cambia si se trata de delito especial, pues en estos casos el tipo penal exige que el autor del delito reúna una determinada calidad especial[47]. Esta exigencia puede ser expresa (por ejemplo, en el delito de parricidio del artículo 107 del CP) o concluyente (por ejemplo, en el delito de defraudación tributaria del artículo 1 del D. Leg. N° 813)[48]. El sentido de esta restricción del círculo de autores del de-

45 Así, MEZGER: *Tratado*, I, p. 396.

46 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 128; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 80.

47 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 91; GÓMEZ MARTÍN: *Los delitos especiales*, p. 11 y s., como concepto simple que se distingue del concepto complejo que recoge la fundamentación material de la restricción del círculo de autores.

48 Es importante destacar que el uso del anónimo "el que" en la tipificación de la conducta no significa necesariamente que el delito sea común, ni que el uso elementos aparentemente

lito es conseguir una protección más eficiente del bien jurídico penalmente protegido[49].

Dentro de los delitos especiales se suelen diferenciar, a su vez, los *delitos especiales propios*, por un lado, y los *delitos especiales impropios*, por el otro. En los primeros la calidad especial exigida para ser autor es un elemento que fundamenta la pena (por ejemplo, la calidad de juez o fiscal en el delito de prevaricato), mientras que en los segundos la calidad especial solamente agrava la penalidad (por ejemplo, la agravación de la violación a la intimidad cuando la realiza un funcionario público)[50]. La restricción del círculo de posibles autores puede tener lugar también por la propia configuración de la conducta típica, como sucede con los *delitos de propia mano*. En estos delitos, el tipo penal exige del autor una realización personal y corporal de la conducta típica, de manera tal que no podrá responder como autor del delito quien no ha ejecutado dicha conducta[51]. Un ejemplo de delito de propia mano es el delito de bigamia.

Resulta pertinente marcar las diferencias entre el binomio "delitos comunes/delitos especiales" y el binomio "delitos de dominio/delitos de infracción de un deber". Cierto sector doctrinal tiende a equiparar ambas clasificaciones, es decir, que los delitos comunes son delitos de dominio y los delitos especiales delitos de infracción de un deber[52]. Sin embargo, tal equiparación resulta errónea, pues mientras el primer binomio se basa en condicionamientos formales del tipo, el segundo responde a distintos criterios materiales de imputación[53]. El delito de dominio sustenta la imputación penal en el dominio del riesgo penalmente prohibido, por lo que la conducta del autor puede subsumirse en un tipo penal con un círculo de autores abierto o delimitado, esto es, en un delito común (como el homicidio simple del artículo 106 del CP) o en un delito especial (como el fraude concursal doloso del artículo 209 del CP). En consecuencia, es perfectamente posible distinguir

---

delimitadores hagan especial un delito que, en realidad, es común, como lo precisa Gómez Martín, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 100 y ss.

49 Así, Gómez Martín, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 105.

50 Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 129; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 9/47 y s.; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 81.

51 Vid., Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 9/52; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 308. Críticamente sobre la conformación de la categoría dogmática de los delitos de propia mano, Sánchez Vera: *El denominado "delito de propia mano"*, p. 187; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 82.

52 En el Perú, por ejemplo, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 306 y s.; Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 109.

53 Anteriormente, García Cavero: *La responsabilidad penal*, p. 42.

entre delitos comunes de dominio y delito especiales de dominio[54]. Por su parte, el delito de infracción de un deber sustenta la imputación penal en la infracción de un deber positivo que una institución social específica impone al autor. Por lo general, el delito de infracción de un deber está configurado típicamente como un delito especial, en la medida que el tipo penal delimita el círculo de autores a los que tienen la calidad de obligados institucionales. Sin embargo, la infracción de la institución general de la solidaridad hace posible afirmar también la existencia de un delito de infracción de un deber común, como es el caso del delito de omisión del deber de socorro del artículo 127 del CP.

3. Los delitos monosubjetivos y plurisubjetivos

La exigencia típica de una pluralidad de intervinientes en el delito permite distinguir los *delitos monosubjetivos* de los *delitos plurisubjetivos* o, también llamados, *de intervención necesaria*. Los primeros se caracterizan por una redacción típica en singular de la conducta punible, de manera tal que el delito podría ser cometido por una sola persona o por varias[55]. Por ejemplo, la redacción del delito de homicidio alude "al que mata a otro", por lo que este delito puede ser realizado tanto por un sujeto individual, como por un conjunto de personas. En los delitos plurisubjetivos o de intervención necesaria, por el contrario, el tipo penal requiere necesariamente la intervención de una pluralidad de personas[56], de manera que no será posible sostener la realización de estos delitos por un solo sujeto.

Dentro de la intervención necesaria se distinguen, a su vez, los *delitos de convergencia* y los *delitos de encuentro*. Los primeros exigen que la conducta típica sea realizada por varios sujetos con actos similares y en la misma dirección en relación con la afectación al bien jurídico, mientras que los segundos contemplan actos provenientes de distintas direcciones que se complementan entre ellos para la configuración del delito[57]. Un ejemplo de delito de convergencia sería el delito de conspiración para una rebelión del artículo 349 del CP. Ejemplo de delito de encuentro sería, por su parte, la colusión desleal del artículo 384 del CP. En la doctrina penal no se discute el castigo a los intervinientes en un delito de convergencia, pero respecto de los delitos de encuentro no hay acuerdo sobre la posibilidad de castigar

54 Igualmente, PINEDO SANDOVAL, en *Estudios críticos*, p. 445.

55 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 636; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 308.

56 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 636; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 308.

57 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 636; ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la administración pública*, p. 66 y ss.; PEÑA TERREROS: *JuS Doctrina & Práctica* 11 (noviembre de 2007), p. 87.

al interviniente que se favorece con el hecho como partícipe en el delito cometido por el autor[58]. La jurisprudencia nacional se inclina por admitir el castigo como partícipe en el caso de los delitos contra la Administración Pública.

4. Los delitos de mera conducta y los delitos de resultado (de lesión y de peligro)

La exigencia de un resultado separado de la conducta del autor es el criterio que permite distinguir los *delitos de mera conducta* de los *delitos de resultado*[59]. En los primeros el delito se consuma con la sola realización de la acción (mera actividad, como el delito de violación de domicilio del artículo 159 del CP) o de la omisión (omisión pura, como el delito de omisión a la asistencia familiar del artículo 149 del CP) sin que sea necesario constatar un resultado temporal y espacialmente separado de la conducta. En los delitos de resultado, por el contrario, se exige un resultado separado espacial y temporalmente de la acción del autor como es el caso del delito de homicidio o de la estafa. La importancia de esta diferenciación de los tipos penales se encuentra fundamentalmente en el nivel de la imputación objetiva, pues la consumación del delito de mera conducta se producirá con la sola creación del riesgo prohibido, mientras que, en el caso de los delitos de resultado, se exigirá además la imputación objetiva del resultado[60].

Dentro de los delitos de resultado se suelen diferenciar los *delitos de lesión* de los *delitos de peligro*[61]. Los primeros requieren que el resultado diferenciado de la acción sea la efectiva lesión de un objeto que corporaliza el bien jurídico protegido, como es el caso, por ejemplo, del delito de daños del artículo 205 del CP[62]. Los delitos de peligro suponen, por el contrario, solamente una amenaza al objeto que representa el bien jurídico. En cuanto a la configuración del peligro, se suelen diferenciar, a su vez, los *delitos de peligro concreto* de los *delitos de peligro abstracto*[63]. En los primeros el tipo penal exige que en el caso concreto se hayan presentado todas las condiciones para la lesión del objeto sobre el que recae la acción, no produciéndose

58 Vid., con mayores referencias, Abanto Vásquez: *Los delitos contra la administración pública*, p. 69 y ss.; Peña Terreros: *JuS Doctrina & Práctica* 11 (noviembre de 2007), p. 90 y ss.

59 Vid., Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 9/18; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 72.

60 En relación con la causalidad misma, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 78.

61 Vid., Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 222 y s.

62 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m.122.

63 Vid., en general, Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 4, n.m. 11 y ss. Críticamente sobre la utilidad de esta bipartición, Vílchez Chinchayán: *Actualidad Penal* 5 (2014), p. 106 y ss.; El Mismo, *Actualidad Penal* 40 (2017), p. 348 y ss.; El Mismo, *Aproximación a la intervención penal anticipada*, p. 70 y ss.

dose dicha lesión por razones fortuitas[64] (por ejemplo, el delito de peligro común del artículo 273 del CP). Los delitos de peligro abstracto requieren únicamente la peligrosidad general de la conducta sin que sea necesario que, en el caso concreto, se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido[65] (por ejemplo, el delito de conducción bajo estado de ebriedad del artículo 274 del CP). Si se analiza detenidamente los delitos de peligro abstracto, podrá concluirse que no se tratan, en sentido estricto, de delitos de resultado pues no requieren un peligro efectivo[66]. Se tratará, por lo tanto, de delitos que se configuran solamente con la realización de una conducta en general peligrosa[67].

Una modalidad especial de los delitos de resultado son los llamados delitos cualificados por el resultado. En estos casos, el tipo penal contiene un tipo penal básico, cuya penalidad se agrava si es que se produce un resultado adicional que intensifica el desvalor de la conducta[68]. Este resultado cualificante puede ser, a su vez, un peligro concreto o una lesión al objeto material del delito que debe imputarse objetiva y subjetivamente al delito base. Un ejemplo de delito cualificado por el resultado es la agravante del delito de robo agravado prevista en el último párrafo del artículo 189 del CP, la que incrementa la pena si, a consecuencia del robo, se produce la muerte o lesiones graves sobre la víctima.

5. Los delitos instantáneos, permanentes y de estado

En función de la forma de afectación del objeto de protección se suelen distinguir entre *delitos instantáneos* y *delitos permanentes*. En los primeros, el delito se consuma con la realización de la conducta típica y, de ser un delito de resultado, con la producción del resultado típico[69]. Estos delitos pueden dividirse, a su vez, en delitos instantáneos *de resultado permanente* y delitos instantáneos *de estado*. Son delitos instantáneos de resultado permanente aquéllos cuya afectación se mantiene a lo largo del tiempo sin una intervención del autor, pero que requieren de un acto correctivo para la cesación de la afectación (el delito de lavado de activos, por ejemplo[70]). Los delitos instantáneos de estado producen un cambio de estado en el objeto de protección que no resulta reversible con la realización de un acto correc-

64 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 123; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 13.

65 Vid., MEZGER: *Tratado*, I, p. 391 y s.; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 14.

66 Así, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L 9/63.

67 Así, BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 224, señala que los delitos de peligro abstracto difícilmente pueden diferenciarse de los delitos de mera actividad.

68 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 108.

69 Vid., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 634.

70 Así lo establece el II Pleno Jurisdiccional Penal de 1998, en el tema 2, Acuerdo Quinto.

tivo posterior (el delito de homicidio, por ejemplo). Los delitos permanentes se caracterizan, por su parte, por el hecho de que la consumación del delito no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a lo largo del tiempo[71] (el delito de secuestro, por ejemplo). En estos casos, la permanencia en el tiempo de la ejecución de la conducta típica influye evidentemente en la posibilidad de una participación delictiva o de un concurso de delitos en la etapa de consumación permanente, así como en el cómputo de los plazos de prescripción[72].

La falta de claridad del criterio de clasificación acabado de explicar ha traído como consecuencia una interpretación equivocada del delito de desaparición forzosa. El Tribunal Constitucional sostiene que a este delito le corresponde, en nuestro sistema penal, el carácter de un delito permanente cuya consumación se mantiene mientras no se indique el destino o paradero de la víctima[73]. La Corte Suprema de la República sigue este mismo parecer en el Acuerdo Plenario N° 9-2009, al establecer como pauta interpretativa vinculante que el delito de desaparición forzosa es un delito permanente. Lo que sostiene puntualmente es que el mencionado delito se consuma cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero, prolongándose la ofensa al bien jurídico en el tiempo en virtud al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente[74].

---

71 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 80. Esta definición se corresponde con la que determinó el II Pleno Jurisdiccional Penal de 1998, tema 2, Acuerdo Segundo.

72 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m.107; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 80; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 90 y s.

73 El intérprete máximo de la Constitución señala que: "*(t)al es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. En consecuencia, si bien la figura típica de la desaparición forzada de personas no estuvo siempre vigente en nuestro ordenamiento, ello no es impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por este delito por hechos que hubieran tenido origen en una detención ocurrida antes de la entrada en vigencia de este delito en nuestro Código Penal, siempre que la permanencia del mismo, consistente en el desconocimiento del paradero de la víctima, persista hasta el momento en que el delito ya estaba contemplado en nuestro ordenamiento*" (STC N° 2798-04-HC/TC, de 9 de diciembre de 2004, fundamento jurídico 22).

74 La Corte Suprema de la República ha dicho específicamente en el Acuerdo Plenario N° 9-2009 lo siguiente: "*El delito de desaparición forzada, por la forma de afectación del objeto de protección, es un delito permanente. Ahora bien, este delito se consuma cuando el individuo privado de su libertad desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero (...) Siendo así, en el delito de desaparición forzada de personas la fase consumativa se extiende, la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo, en virtud al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente –dependiente en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente-; esto es, en el caso concreto,*

Si se analiza la estructura típica del delito de desaparición forzosa, surgen serias dudas sobre la sustentabilidad de las opiniones jurisprudenciales antes referidas. El artículo 320 del CP castiga como delito de desaparición forzosa al funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada. Si bien la desaparición forzosa se inicia con una privación de la libertad, lo central de este delito está en los actos que producen la desaparición del detenido. No se trata, por lo tanto, de una figura equiparable al secuestro, pues no castiga el mantener privado de la libertad a una persona, sino el desparecerlo. Cómo se ha realizado esta desaparición (normalmente la muerte), no es algo que requiera el tipo penal para su configuración, pero queda claro que no se trata de una acción que se lleva a cabo de manera permanente por el funcionario público. En este sentido, no es posible hablar de un delito permanente, sino de un delito instantáneo con resultado permanente[75] que aligera el objeto de prueba, de manera que se pueda castigar sin tener certeza sobre la muerte con el descubrimiento del cadáver de la víctima. La situación podría ser distinta si, como sucede en otros países, la tipificación del delito de desaparición forzosa estuviese centrado en una omisión del funcionario público de no suministrar información sobre el paradero del desaparecido, algo que, por lo demás, resultaría poco compatible con el principio constitucional del *nemo tenetur* si es que se trata del mismo funcionario público al que se le atribuye la desaparición.

6. Tipos penales objetivados y con elementos subjetivos especiales

Por la forma en la que se relacionan la parte objetiva y subjetiva del tipo, los tipos penales se diferencian entre *tipos penales objetivados* y *tipos penales portadores de elementos subjetivos especiales*. Los primeros son aquellos que exigen que la parte subjetiva común a todo delito se corresponda con la realización objetiva de la conducta típica[76]. Por el contrario, los tipos penales portadores de elementos subjetivos especiales requieren, como su propio nombre lo dice, elementos subjetivos adicionales a los generales, los cuales pueden trascender la parte objetiva de la conducta típica (*tipos de tendencia interna trascendente*) o pueden intensificar la

---

hasta que no se da la información correspondiente sobre el paradero del afectado, mientras el deber de informar no sea satisfecho. El momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima –ésta "aparece"–, o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos (SCIDH Heliodoro Portugal, párrafo 34); se supere, de este modo, la falta de información que bloquee los recursos materiales y legales para el ejercicio de derechos y el esclarecimiento de los hechos, y mientras de este modo perdure el dolor e incertidumbre en los allegados de la persona desaparecida y en la sociedad en general"

75 Una diferenciación que ha sido asumida expresamente en el Pleno Jurisdiccional de Ica de 1998 (Tema 2).

76 Vid., así, lo que Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 9/37, llama tipo congruente.

parte subjetiva que se corresponde con la parte objetiva de la acción típica (*tipos con tendencia interna intensificada*)[77]. Ejemplo del primer grupo de delitos es el delito de usurpación en su modalidad de destrucción de linderos (artículo 202 inciso 1 del CP) que castiga al que destruye o altera los linderos de un inmueble "para apropiarse del mismo", mientras que del segundo lo sería el delito de asesinato por placer (artículo 108 inciso 1 del CP).

Los tipos penales de tendencia interna trascendente pueden, a su vez, dividirse en dos grupos. Por un lado están los llamados *delitos mutilados de dos actos*, en los que el resultado ulterior se va a obtener con una acción posterior a la que apunta la primera acción[78]. Por ejemplo, el delito de tráfico ilícito de drogas del segundo párrafo del artículo 296 del CP se configura con la posesión de drogas para, como acto posterior, su tráfico ilícito. Por otro lado se encuentran los llamados *delitos cortados de resultado*, en los que el resultado ulterior lo debe producir la misma acción típica sin una acción ulterior[79]. Por ejemplo, el delito de fraude procesal del artículo 416 del CP castiga al que, por cualquier medio fraudulento, induce a error del funcionario "*para obtener resolución contraria a ley*".

7. Delitos de un solo acto y delitos de varios actos

Lo usual es que el tipo penal establezca un solo comportamiento como conducta típica, esto es, como un *delito de un solo acto*. Por ejemplo, el delito de daños previsto en el artículo 205 del CP (dañar, destruir o inutilizar). Sin embargo, puede ser que el tipo penal contemple varias conductas como comportamiento típico, dando lugar a los llamados *delitos de varios actos*[80]. Ahora bien, los delitos de varios actos son normalmente los tipos penales conjuntivos, es decir, aquellos que exigen la realización conjunta de los actos previstos en el tipo penal (llamados también delitos compuestos o conjuntivos[81]). Por ejemplo, para el delito de violación sexual son necesarios la coacción y el yacimiento[82]. No obstante, la pluralidad de acciones previstas en la ley pueden presentarse también en una relación de alternatividad, dando lugar a los que se conocen como *tipos mixtos alternativos*, es decir, tipos penales que contemplan varias conductas, pero una sola basta para configurar el delito[83].

---

77 Vid., Wolf: *Las categorías de la tipicidad*, p. 50; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 9/42; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 79.

78 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 84; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 93.

79 Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 84.

80 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 126; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 77 y s.

81 Vid., Mezger: *Tratado*, I, p. 394 y s.; Velásquez Velásquez: *Derecho Penal*, PG, p. 633.

82 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 126.

83 Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 127; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 9/34. Por su parte, Mezger: *Tratado*, I, p. 395 y s., distingue en los tipos penales mixtos (que describen

Ejemplo de esta clase de tipo penal es el delito de administración fraudulenta de persona jurídica del artículo 198 del CP.

8. Los delitos de emprendimiento, de preparación y de participación

El esquema normal de tipificación de una determinada forma grave de lesionar el objeto que representa el bien jurídico, es mediante la indicación de los elementos constitutivos de la conducta ejecutiva que produce dicha lesión. Bajo este esquema, el tipo penal es realizado por el autor cuando la conducta ejecutiva ocasiona el resultado lesivo (consumación). Sin embargo, por razones fundamentalmente de política criminal, el legislador penal estima necesario que, en determinados casos, la realización típica del delito no tenga que esperar a que la conducta ejecutiva del autor produzca la lesión del bien jurídico y procede, por ello, a anticipar la tutela penal. Este adelantamiento típico al estado previo de la lesión del objeto que representa el bien jurídico da lugar a la configuración de tres clases especiales de tipos penales: los delitos de emprendimiento, los delitos de preparación y los delitos de participación.

Los delitos de emprendimiento castigan la ejecución de la conducta tanto si produce el resultado lesivo, como si no lo produce[84]. Esta equiparación penológica tiene pleno sentido, si es que se trata de delitos, en los que la utilización de la regla general del castigo atenuado de la tentativa produciría una disminución significativa de la eficacia preventiva de la norma penal. Por su parte, los delitos de preparación son aprobados por el legislador penal para castigar actos de preparación previos a la conducta ejecutiva, rompiendo con la regla general de la impunidad de los actos de preparación en razón de un interés público especial. Finalmente, los delitos de participación castigan la realización autónoma de un acto de cooperación[85]. Esta anticipación de la tutela penal encuentra normalmente justificación en la especial gravedad de la contribución y el riesgo elevado de impunidad por la

---

dos conductas unidas por la conjunción "o") los tipos penales mixtos alternativos que son los que expresan tan sólo diferentes modificaciones del tipo, todas ellas de igual valor, de los tipos penales mixtos acumulativos que unen varias formas independientes de ejecución del delito, no permutables entre sí. En consecuencia, las distintas formas de realización del delito se presentan en relación de concurso. Por ejemplo, si un administrador de una persona jurídica oculta la situación de la persona jurídica mediante la alteración de los estados financieros y refleja además utilidades inexistentes para repartirlas, cometerá dos delitos de administración fraudulenta de persona jurídica (artículo 198 incisos 1 y 5 del CP) en situación de concurso.

84 Vid., Fuentes Osorio: *RECPC* 08-08 (2006), p. 10 y s. Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf

85 Vid., Fuentes Osorio: *RECPC* 08-08 (2006), p. 11. Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf

posible falta de castigo del autor. Ejemplo de la primera clase de delito anticipado es la modalidad del delito de contrabando previsto en el artículo 2 litera e ("*intentar introducir o introduzca al territorio nacional mercancías...*")[86]. El delito de marcaje previsto en el artículo 317-A del CP recoge tanto una modalidad de preparación ("para cometer"), como una de participación ("para facilitar")[87].

9. Tipo penal básico, derivado y autónomo

La forma en la que se relacionan sistemáticamente los tipos penales permite diferenciar el llamado *tipo penal básico*, los *tipos penales derivados* (privilegiados o agravados) y los *tipos penales autónomos*.[88] El tipo penal básico establece los elementos esenciales de una figura delictiva. Por ejemplo, el delito de hurto simple del artículo 185 del CP establece, como elementos esenciales de esta figura delictiva, el apoderamiento ilegítimo de un bien mueble total o parcialmente ajeno, la sustracción del lugar en que se encuentra y la finalidad de provecho. En relación con este tipo penal se pueden desarrollar tipos penales que, en atención a alguna particularidad o elemento accidental, agraven o atenúen la pena prevista en el tipo básico (por ejemplo, el hurto con destreza como supuesto agravado del artículo 186 inciso 3 del CP)[89]. En estos casos, el tipo penal derivado debe reunir necesariamente los elementos esenciales del tipo penal básico. Finalmente, los tipos penales autónomos o, también llamados, *delictum sui generis* son aquellos que se derivan de otra figura delictiva, pero que adquieren autonomía en cuanto a la entidad de su injusto, desarrollando incluso sus propios tipos penales derivados. Por ejemplo, el delito de robo del artículo 189 del CP en relación con el delito de hurto[90].

10. Delito uniofensivo y pluriofensivo

Los tipos penales pueden clasificarse también en función de si la conducta típica está configurada en atención a la afectación de un solo bien jurídico o de varios bienes jurídicos. En el primer caso al tipo penal se le denomina delito uniofensivo, mientras que en el segundo caso la calificación utilizada es la de delito pluriofensivo[91]. El delito de homicidio, por ejemplo, es claramente un tipo penal uniofensivo, ya que tipifica la conducta en atención únicamente a la afectación de la vida de otra persona. Por el contrario, el delito de secuestro extorsivo constituye un tipo penal

86 En este sentido, García Cavero: *Derecho penal económico*, PE, III, p. 1566.
87 Así, García Cavero: *RPCP* 24 (2012), p. 331.
88 Una distinción que ponía en evidencia ya Mezger: *Tratado*, I, p. 392 y ss.
89 Vid., Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 83.
90 Vid., Roxin, *Derecho Penal*: PG, § 10, n.m. 135.
91 Vid., Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 86.

pluriofensivo, en la medida que castiga al que mantiene como rehén a una persona (libertad ambulatoria) para obtener una ventaja económica indebida (patrimonio).

V. LOS ASPECTOS DE LA TIPICIDAD: EL TIPO OBJETIVO Y EL TIPO SUBJETIVO

La proscripción de la responsabilidad objetiva en el Derecho penal trae como consecuencia lógica que la tipicidad deba incluir también una faceta subjetiva. En consecuencia, esta categoría del delito debe estar necesariamente compuesta por una tipicidad objetiva y una tipicidad subjetiva. La tipicidad objetiva se encarga de determinar fundamentalmente la incidencia social de la conducta en términos de infracción de un rol jurídicamente atribuido, mientras que la tipicidad subjetiva está referida a la vinculación subjetiva del autor con la infracción del rol bajo la forma de dolo o culpa. Esta diferenciación conceptual no debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que se trata de elementos autónomos con criterios propios de determinación[92]. El tipo objetivo y el tipo subjetivo se encuentran mutuamente condicionados, pues el primero es el objeto del segundo[93], y el segundo define la relevancia típica del primero[94]. Por esta razón, tendría muy poco sentido hablar de una tipicidad objetiva sin presuponer el conocimiento del autor de los datos típicamente relevantes o determinar la tipicidad subjetiva sin reunir los requisitos mínimos para afirmar la relevancia objetiva del hecho. Ambos aspectos de la imputación sólo adquieren un sentido completo cuando son contemplados de manera conjunta[95].

La unidad funcional de la tipicidad objetiva y subjetiva no significa, sin embargo, que lo que constituye el objeto de análisis de la tipicidad pueda ser determinado por la una o por la otra. El que en la exposición general de la teoría del delito lo usual sea tratar primero la tipicidad objetiva y luego la tipicidad subjetiva[96], no se explica solamente en razones estrictamente pedagógicas[97], al punto que pudiese considerarse como igualmente válido empezar el análisis por el tipo subjetivo. Si

92 Por ello, señala correctamente JAKOBS: *PJ* 56, p. 120, nota 3, que el tipo objetivo no constituye un escalón de valoración propio. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ: *Líneas básicas*, p. 69.

93 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 1; KINDHÄUSER: *InDret* 4/2008, p. 6. Muy esclarecedoras se muestran las explicaciones de FRISCH, en *El sistema integral* Wolter/Freund (ed.), p. 248, al señalar que el conocimiento (elemento subjetivo) del autor permite seleccionar la parte de la realidad sobre la que recae el juicio objetivo.

94 Vid., ROJAS AGUIRRE: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, (julio de 2010), p. 249 y s.

95 Vid., esta comprensión ya en BERNER: *Grundlinien*, p. 40 y ss.

96 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, Apdo 7, n.m. 1.

97 Así, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 210.

bien constituyen dos caras de una misma moneda, eso no significa que sobre cualquiera de ellas recaiga la función de dimensionar la unidad del objeto. El juicio sobre la relevancia penal de una conducta empieza por el lado objetivo y se completa con el lado subjetivo[98], pues es claro que la perturbación social se inicia con el hecho externo y sólo alcanza a ser una infracción de la norma con la determinación del tipo subjetivo. En consecuencia, es la relevancia objetiva la que marca los límites de la tipicidad que luego se encarga de circunscribir de manera más precisa la parte subjetiva. Bajo este entendimiento, los conocimientos especiales no desbordan, en estricto, la tipicidad objetiva, sino que terminan de definir la relevancia típica de una actuación que ya era objetivamente relevante.

98 Resalta esta progresión en el análisis de la tipicidad, Caro John: *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 80 y ss.

Capítulo 12
EL TIPO OBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina penal actualmente dominante distingue a nivel de la tipicidad un tipo objetivo y un tipo subjetivo. En el tipo objetivo se determina el sujeto activo del delito, la conducta típica y, por lo general, el resultado que consuma el delito[1]. En varios delitos, se incluye además el sujeto pasivo del delito, el modo de realización de la conducta típica, los medios específicos de comisión, el objeto material del delito y elementos circunstanciales de tiempo o lugar. El análisis de los elementos objetivos del tipo de cada figura delictiva es un trabajo que corresponde al estudio de la Parte Especial del Derecho Penal, ocupándose la Parte General, más bien, de los aspectos de la tipicidad objetiva comunes a los distintos delitos o a una gran parte de ellos[2]. Por consiguiente, el presente capítulo no se va a ocupar de abordar la específica tipicidad objetiva de determinadas figuras delictivas en particular, sino de determinar los aspectos generales de la tipicidad objetiva de los delitos, lo que significa fundamentalmente establecer cómo el comportamiento del autor adquiere relevancia penal y cómo el resultado producido puede ser objetivamente imputado a dicho comportamiento.

II. LOS ELEMENTOS OBJETIVO DEL TIPO

Dado que el Derecho penal sanciona la conducta de una persona que perjudica a otra, el tipo penal debe precisar primeramente quienes son los sujetos del

---

1 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 54. Por su parte, Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 217, señala que el contenido de todas las especies de tipos penales está dado por tres elementos: a) el autor, b) la acción, y c) la situación de hecho.

2 Similarmente, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 55.

delito. El que realiza la conducta típica es el sujeto activo del delito[3], quien, en caso de varios intervinientes, podrá responder como autor o partícipe según la relevancia de su aporte (*infra*, capítulo 17). A la persona sobre la que recae la lesividad de la conducta típica se le conoce, por su parte, como el sujeto pasivo del delito. En términos sustantivos, se trata del titular de aquella realidad material o inmaterial que representa el bien jurídico[4], mientras que procesalmente le corresponde la calidad de víctima del delito[5]. Según la particular formulación típica, el sujeto pasivo puede estar específicamente determinado por el tipo penal (por ejemplo, el delito de parricidio)[6] o ser cualquier persona (por ejemplo, el delito de estafa). Por otro lado, puede ser que la conducta típica afecte, en principio, a un solo sujeto pasivo (por ejemplo, el delito de hurto) o a un número indeterminado (por ejemplo, el delito de peligro común por incendio o explosión). Es posible también que la tutela penal se anticipe, de manera tal que la conducta típica carezca de referencia a un sujeto pasivo (por ejemplo, el delito de conducción en estado de ebriedad).

El principal elemento objetivo del tipo penal es, sin duda, la conducta típica[7], la que establece concretamente la forma de actuación (verbo rector) que lesiona la norma penal. En un primer momento se entendió que esta conducta solamente podía estar constituida por realizaciones activas, por lo que las omisiones solamente se podían castigar si concurría un fundamento especial establecido en la ley o en un contrato. De hecho, el que en muchas legislaciones penales se incorporara una regla general que establecía los presupuestos para castigar la omisión como una comisión, respondía a la lógica de que los tipos penales de la Parte Especial solamente castigan conductas activas. A esta cláusula general se le asignaba, por tanto, una naturaleza constitutiva, por lo que producía una ampliación de lo punible. Tal comprensión se encuentra actualmente abandonada, siendo la posición dominante aquella que sostiene que la conducta definida en el tipo penal, salvo supuestos de clara limitación a una actuación comisiva, abarca tanto las acciones como las omisiones. En consonancia con la naturaleza normativa que se le asigna actualmente a la categoría de la tipicidad, la conducta típica no constituye la descripción de un suceso causal, sino la adscripción de una conducta.

---

3 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 304; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 67 y s.

4 Como titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 376; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 305.

5 En este sentido, CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 377, lo distingue del perjudicado.

6 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 305.

7 En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 404, como núcleo de todo tipo penal; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 1121, como elemento esencial del aspecto objetivo del tipo legal.

Lo usual es que el tipo objetivo haga algunas precisiones mayores sobre la conducta típica. Por un lado, puede establecer una modalidad específica de realización de la conducta típica[8], tal y como lo hace, por ejemplo, el delito de violación de la intimidad del artículo 154 del CP ("el que viola la intimidad de la vida personal o familiar *ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen*"). Asimismo, puede suceder también que el tipo objetivo establezca unos medios específicos para la realización de la conducta típica[9], como pasa, por ejemplo, con el delito de injurias ("palabras, gestos o vías de hecho"). También es común que la conducta recaiga sobre un objeto al que se le denomina objeto material del delito[10], como sería la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los activos en el delito de lavado de activos o el dinero falso en el delito de falsificación de moneda. Por último, el tipo objetivo puede precisar igualmente ciertas circunstancias temporales o especiales en la realización de la conducta típica[11], como lo demuestra el elemento temporal del estado puerperal en el delito de infanticidio o el elemento espacial del territorio de la República en el delito de tráfico de moneda o billetes falsificados.

En el caso de los llamados delitos de resultado, el tipo objetivo establece la producción de un resultado (de lesión o de peligro) diferenciado espacio-temporalmente de la conducta[12]. Si se trata de un delito culposo, la doctrina penal mayoritaria señala que el injusto debe ser necesariamente configurado como un delito de resultado (más precisamente, como un delito de lesión)[13]. Un sector de la doctrina discute que el resultado deba ser considerado dentro de la tipicidad, pues sostiene que el injusto penal se agotaría en el desvalor de la acción, siendo el resultado, en todo caso, no más que una condición objetiva de punibilidad[14]. A este planteamiento cabe responder que, en una sociedad liberal, el injusto no se puede estructurar en la voluntad interna del autor y si esa voluntad requiere objetivarse en

8 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 56; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 1121.

9 Así, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 313, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 1121.

10 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 1120; Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 404, precisando que este objeto material puede ser corpóreo o incorpóreo.

11 Vid., Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 404; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 313 y s.

12 Vid., Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 405.

13 Vid., con amplias referencias bibliográficas, Gil Gil: *El delito imprudente*, p. 345, nota 1028.

14 Vid., Kaufmann, Armin, en *Estudios*, p. 149; Sancinetti: *Ilícito personal y participación*, p. 26 y ss.; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 67.

una conducta, ¿por qué no puede incluir también el resultado?[15] El tipo de injusto puede, por lo tanto, exigir un resultado como consecuencia objetiva de la conducta.

El resultado típico está constituido, por lo general, por la afectación de una realidad material (por ejemplo, el bien inmueble en la usurpación) o inmaterial (por ejemplo, el honor en la difamación) que encarna el bien jurídico[16]. Esta usual situación no excluye, sin embargo, que el resultado puede tratarse también de una simple modificación del mundo exterior producida por la conducta típica del autor, sin que signifique necesariamente la lesión de una realidad valiosa. Así se presenta el caso, por ejemplo, de la subida o bajada del precio de los valores en el delito bursátil de manipulación de precios en el mercado de valores o con la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones en el delito concursal de uso de falsa información en el inicio de procedimiento concursal. El resultado típico es, en estos casos, una consecuencia objetiva de la conducta que no constituye la afectación del objeto que representa el bien jurídico penalmente protegido.

Uno de los puntos más debatidos en el tipo objetivo es la vinculación que debe existir entre la conducta típica y el resultado. Esta vinculación debe tener lógicamente una naturaleza objetiva. En un inicio se entendió que era la causalidad la que los vinculaba objetivamente. Actualmente la situación es muy distinta, pues el proceso de normativización que ha experimentado la categoría de la tipicidad se ha debido fundamentalmente al hecho de que se tiene por insuficiente la existencia de una simple vinculación causal[17]. Bajo este nuevo esquema interpretativo, se han formulado diversos criterios valorativos para establecer el vínculo objetivo entre la conducta típica y el resultado típico, y poder afirmar la realización del tipo objetivo. Lo que finalmente han producido estos planteamientos es una redefinición de la comprensión misma de la conducta típica que, en un inicio, era fundamentalmente descriptiva y que ahora se configura normativamente. En lo que sigue se dará cuenta precisamente de este proceso de evolución del tipo objetivo, para luego entrar de lleno en la llamada teoría de la imputación objetiva.

III. DE LA CONSTATACIÓN DE CAUSALIDADES A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La lógica causalista determinaba la tipicidad de la acción mediante la verificación de la ocurrencia de cierto suceso empírico subsumible en el tipo penal. Se constataba concretamente si el autor había realizado la conducta prevista en el tipo

15 Así, categóricamente, JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 69.

16 Así, alude a la producción de un resultado psíquico, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 403.

17 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 1.

penal y si el resultado lesivo se había producido. La acción era entendida como una exteriorización de la voluntad del autor, mientras que el resultado se expresaba como una modificación del mundo exterior. Sin embargo, estos aspectos de los tipos penales no podían presentarse inarticuladamente, sino que debían estar objetivamente vinculados por un nexo de causalidad[18]. Por ello, la doctrina penal emprendió tempranamente el trabajo de establecer cómo se determinaba la relación de causalidad entre la acción del autor y el resultado típico.

La primera teoría de la causalidad en ganar cierto reconocimiento en la discusión dogmática fue la llamada teoría de la equivalencia de condiciones formulada por von Buri[19]. Para esta teoría, causa es toda condición de un resultado, es decir, toda condición sin la cual el resultado no se hubiese producido con independencia de su proximidad o importancia (*conditio sine qua non*)[20]. Para determinar la vinculación entre la condición y el resultado, la antigua jurisprudencia alemana propuso recurrir a la fórmula de la supresión mental, según la cual una condición es causa del resultado si suprimida mentalmente el resultado desaparece en el caso concreto[21]. Como puede verse, con este planteamiento de la causalidad muchas serían las condiciones *sine qua non* del resultado, lo que explica, por otro lado, que a esta teoría se le llamara precisamente la teoría de la equivalencia de las condiciones.

La razón por la cual la teoría de la equivalencia de las condiciones alcanzó cierto reconocimiento en la etapa causalista del delito fue su pretendido carácter prejurídico, pues atendía sólo a datos naturalísticos. No obstante, en el plano lógico esta teoría de la causalidad presentaba puntos discutibles. En primer lugar, llevaba a una remisión al infinito, en la medida que todo resultado podía remontarse a sus causas anteriores hasta llegar incluso al inicio de los tiempos[22]. Pero quizá el aspecto más controvertido fue el método de la supresión mental utilizado para determinar la calidad causal de una condición. Este método no ofrecía realmente un mayor conocimiento sobre la causalidad, pues su utilización presuponía el conocimiento del carácter causal de una condición, es decir, que este método no servía en el fondo para nada más que para hacer una justificación formal[23]. Por lo demás, esta

18 Vid., Beling: *Esquema*, p. 61. Es von Liszt quien introduce en 1881 el nexo causal por primera vez en la sistemática del delito, como lo informa Pérez Barberá: *Causalidad, resultado y determinación*, p. 19.

19 Vid., sus trabajos monográficos *Über die Causalität und deren Verantwortung* de 1873 y *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen* de 1885. Anteriormente se destaca el trabajo de Glaser, *Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht* de 1858.

20 Vid., Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L10/11.

21 Vid., la referencia en Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 7.

22 Vid., Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L10/12.

23 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 9; Kindhäuser: *LH-Mir Puig* (2017), p. 657.

fórmula fallaba en los casos de causalidad hipotética (por ejemplo, cuando otro hubiese matado igualmente a la víctima) y de causalidad alternativa (por ejemplo, si C fue envenenado separadamente por A y por B, produciéndose la muerte por el veneno de A que fue ingerido primero, aunque el veneno de B igualmente lo habría matado)[24]. Si es que en estos casos se utiliza el método de la supresión mental, no se podrá determinar una vinculación causal entre la conducta del autor y el resultado producido, ya que, suprimida mentalmente la acción, el resultado igualmente se produciría; conclusión que va abiertamente en contra de la convicción general[25].

En cuanto a los cuestionamientos realizados a la teoría de la equivalencia de condiciones por la regresión al infinito, un importante sector de la doctrina penal intentó resolver este problema con la formulación de las llamadas teorías individualizadoras. El denominador común de estas teorías era que recurrían, de alguna manera, a un criterio de selección para limitar el análisis jurídico-penal a determinados tipos de causa[26]. Así, se formularon distintas teorías sobre la causalidad que acotaban el análisis jurídico-penal a alguna de las condiciones-causas, como fue el caso de la teoría de la causa eficaz, la causa promotora, la causa directa, la causa adecuada, la causa inmediata, entre otras.[27] Posiblemente la teoría individualizadora que mayor reconocimiento tuvo fue la teoría de la causa adecuada, la cual fue elaborada por VON KRIES. Conforme a esta teoría, sólo es causa en sentido jurídico-penal una conducta que posee una tendencia a provocar un resultado típico, mientras que las otras condiciones son jurídicamente irrelevantes[28]. Esta teoría permite excluir como causas, por ejemplo, los cursos causales inusuales y la extensión *ad infinitum* del curso causal que sí admitía, por el contrario, la teoría de la equivalencia de condiciones[29].

Pese a la mayor capacidad de resolución de la teoría de la causa adecuada, queda claro que ya no se trata de una teoría causal, sino de una teoría jurídica[30], pues no establece cuándo algo es causal del resultado, sino qué condición es la jurídicamente relevante. Bajo su esquema de análisis, no se determina simplemente si el agente realizó una condición del resultado, sino que la producción del resultado se le puede atribuir objetivamente. Precisamente en sintonía con esta lógica valo-

24 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 12.

25 Vid., PÉREZ BARBERÁ: *Causalidad, resultado y determinación*, p. 26.

26 En este sentido, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L10/36.

27 Vid., una amplia exposición de las distintas teorías sobre el nexo causal en JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, III, p. 434 y ss.

28 Vid., VON KRIES: *Principien des Wahrscheinlichkeitsrechnung*, p. 75 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 9 (1889), p. 528. Debe destacarse que von Kries no era jurista, sino médico.

29 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 31.

30 De una causalidad normativamente entendida habla FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 31.

rativa surgió el planteamiento de Honig sobre la llamada "susceptibilidad objetiva de ser tomado como fin" (*objetive Bezweckbarkeit*) que la propuso como una idea complementaria a la causalidad en los delitos de resultado[31]. De la mano del famoso ejemplo del tío que, en una tarde tormentosa, envía a su sobrino rico por el bosque con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, lo que efectivamente sucede, Honig llegó a la conclusión de que el resultado lesivo no podía atribuirse a toda acción causal, sino solamente a aquellas acciones que tienen la susceptibilidad objetiva de producir el resultado acaecido. Con este planteamiento no se trataba de otra cosa que de realizar una limitación valorativa de la relación de causalidad. Sobre la base de esta idea, comenzó a perfilarse la llamada teoría de la imputación objetiva, la cual ha desplazado a las teorías de la causalidad en la determinación del vínculo objetivo entre la conducta y el resultado típico.

En cuanto al método de la supresión mental utilizado en la teoría de la equivalencia de las condiciones, algunos autores, como Spendel,[32] buscaron solucionar las deficiencias acusadas, exigiendo que en la supresión mental sólo se tenga en cuenta las condiciones realmente concurrentes. Si bien este replanteamiento podía ayudar en el caso de la causalidad hipotética, no resolvía el problema en la causalidad alternativa, pues, en el ejemplo utilizado, el veneno de B realmente concurría[33]. Por ello, el método de la supresión mental fue dejado de lado, asumiéndose, más bien, otros criterios para la determinación de la causalidad natural entre acción y resultado. En la actualidad cuenta con cierto reconocimiento la formulación de Engisch sobre la condición conforme a leyes, la cual determina la concurrencia de la causalidad atendiendo a si a una *"conducta le han seguido modificaciones en el mundo exterior temporalmente sucesivas, que estaban ligadas a la conducta y entre sí en una secuencia; según una ley (de la naturaleza), y que han desembocado en alguna parte integrante de la situación de hecho concreta que está delimitada como resultado conforme a la ley penal"*[34]. Esta formulación ciertamente no ayuda a determinar la causalidad en los casos dudosos, pero no la enmascara, pues permite que, en los supuestos de causalidad hipotética y alternativa, se afirme la existencia de una relación de causalidad[35].

---

31 Vid., Honig: *FS-Frank*, I, p. 174 y ss., quien se refirió también a los delitos de omisión y la utilización también aquí de la imputación del resultado (p. 189 y ss.). Actualmente se mantienen en el modelo de interpretación de la imputación objetiva de Honig, Maiwald: *FS-Miyazawa*, p. 465 y ss.; Köhler: *Strafrecht*, AT, p. 143 y ss., con el criterio de dominabilidad.

32 Spendel: *Die Kausalitätsformel*, p. 38.

33 Así, roxin: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 13.

34 Vid., el planteamiento de Engisch: *La causalidad*, p. 50.

35 Así, roxin: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 14.

La teoría de la condición conforme a leyes presentó, sin embargo, problemas al momento de determinar el resultado que debía ser explicado causalmente, pues si se definía de forma abstracta, la causalidad de la conducta típica no podía afirmarse en los casos de una causa sustitutiva o de reemplazo que igualmente hubiese producido el resultado abstractamente considerado. Para graficar esta idea puede recurrirse al famoso caso del verdugo que, en el último momento de la ejecución del condenado, es desplazado por el padre de la víctima, quien activa la inyección letal. Si se pretende determinar la causalidad en relación con la muerte del condenado, entonces no se podrá decir que la acción del padre de la víctima fue causal, pues el resultado se habría igualmente producido. Pero si la pregunta se hace por la muerte provocada mediante el mecanismo letal activado por el padre, entonces no habrá duda de su causalidad. Esta situación ha llevado a que, de manera predominante, la doctrina penal alemana se decante por la determinación del nexo de causalidad del resultado *en su concreta configuración*[36]. La relación de causalidad no se debe determinar, por lo tanto, en atención al resultado típico (la muerte del condenado), sino al resultado concretamente acaecido (la muerte de la víctima por la sustancia letal inoculada a través de la inyección). Algunos consideran poco útil hacer esta concreción del resultado[37], mientras que otros discuten sobre cuáles son los criterios de selección de las circunstancias para concretar el resultado[38].

Los correctivos que se han hecho a la visión naturalista de la causalidad han motivado que la tipicidad de la conducta no se reduzca a una verificación de datos empíricos, tal y como en un principio lo postuló el causalismo. La relevancia penal no viene dada por la simple constatación de modificaciones indeseadas en el mundo exterior producidas causalmente por la conducta del autor, sino por la imputación a una persona de la realización de una conducta socialmente perturbadora[39]. Para ordenar esta nueva forma de determinar la tipicidad objetiva de la conducta, la doctrina penal ha desarrollado la llamada teoría de la imputación objetiva, la cual no sólo goza en la actualidad de amplio predicamento en los escritos especializados, sino que ha empezado también desde hace algunos años a ser asumida dominantemente por los tribunales penales para la resolución de los casos concretos[40].

---

36 Vid., sobre una exposición crítica a esta doctrina de procedencia alemana, Pérez Barberá: *Causalidad, resultado y determinación*, p.29 y ss.

37 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 15; Puppe: *InDret* 4/2008, p. 8 y ss.

38 Vid., Pérez Barberá: *Causalidad, resultado y determinación*, p. 42 y ss.

39 Vid., Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 73. En la doctrina penal nacional, Chávez Sánchez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 140.

40 Vid., las referencias jurisprudenciales en Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 322 y ss.; Pariona Arana: *Actualidad Penal* 9 (2015), p. 116 y ss.

IV. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La teoría de la imputación objetiva estuvo originalmente formulada como una teoría compuesta por tópicos, en los que se veía necesario corregir con criterios normativos la determinación de la relación de causalidad en los delitos dolosos de resultado[41]. Con el tiempo esta teoría se ha ido extendiendo a todo el tipo objetivo, de manera tal que ha terminado por normativizar la conducta y el resultado típicos[42]. Esta normativización de la parte objetiva del tipo ha provocado, por otro lado, que la aplicación de la teoría de la imputación objetiva alcance a las distintas formas de manifestación del delito. Es así que, en la actualidad, se presenta como un instrumento conceptual que sirve para determinar la tipicidad objetiva en los delitos de mera conducta y de resultado, de acción y de omisión, de peligro y de lesión, dolosos y culposos[43]. La idea central es que, a nivel del tipo objetivo, no se trata simplemente de constatar realidades empíricas, sino de imputar objetivamente a una persona la realización de un comportamiento intolerable y, dado el caso, la producción de un resultado socialmente desvalorado.

1. La fundamentación de la teoría de la imputación objetiva

Un sector de la doctrina penal, anclada en una visión causalista o finalista del delito, le niega utilidad a la teoría de la imputación objetiva, en tanto sostienen que la función que se le atribuye en la teoría del delito podría ser perfectamente cubierta por otras categorías dogmáticas ya existentes[44]. Por ejemplo, los aún defensores de una comprensión causalista del delito sostienen que los problemas que aparentemente solucionaría, pueden resolverse con los correctivos que ofrecen la causalidad[45], la antijuridicidad o la culpabilidad (dolo y culpa)[46]. Por su parte, los representantes de la escuela finalista muestran también su disconformidad con la creación de esta nueva categoría, en tanto, según su parecer, se trata de cuestiones que pueden solucionarse sin mayores complicaciones en la categoría de la acción[47],

41 Vid., así, Roxin: *Problemas básicos*, p. 131 y ss., que lo lleva a su llamado principio del riesgo.

42 Vid., Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 74.

43 En este sentido, Puppe: *La imputación*, p. 23; Reyes Alvarado: *Imputación objetiva*, p. 84 y s.

44 Vid., en este sentido, la exposición que hacen Frisch: *FS-Roxin*, p. 219 y ss.; Pariona Arana: *Actualidad Penal* 9 (2015), p. 114 y s.

45 Vid., así, Rodríguez Devesa/Serrano Gómez: *Derecho penal español*, PG, p. 371 y ss.

46 Vid., así, Baumann/Weber/Mitsch: *Strafrecht*, AT, § 14, n.m. 100.

47 En este sentido, Hirsch: *FS-Lenckner*, p. 133 y ss.

en el dolo[48] o que entran en el ámbito de la valoración específica de la antijuridicidad[49]. Incluso para los delitos culposos, en donde existe una clara similitud entre los criterios de la imputación objetiva y la teoría de la infracción del deber objetivo de cuidado, se ha considerado también superflua su utilización[50].

Desde planteamientos más modernos se han formulado también objeciones a la supuesta utilidad dogmática de la teoría de la imputación objetiva. Un sector de la doctrina penal entiende así que un juicio de relevancia sobre la base de un sujeto ficticio resulta un filtro no solamente superfluo, sino capaz de llevar a conclusiones inadecuadas[51]. En este sentido, lo que se debe hacer no es determinar objetivamente un riesgo "no permitido", sino si el riesgo que ha producido el resultado fue reconocido como tal por el autor concreto y, de esta manera, poder imputarle el delito a título de dolo[52]. Lo único relevante es que la conducta concreta satisfaga los elementos descritos en el tipo penal sin la necesidad de incorporar filtro objetivo alguno[53].

Si a las distintas objeciones formuladas contra la utilidad de la imputación objetiva les asiste algo de razón, no vamos a resolverlo aquí de manera detallada[54]. Para responder al sector doctrinal crítico, bastará por ahora con remitirse básicamente a las razones que justifican la normativización de las categorías jurídico-penales y, dentro de esta tendencia, el desarrollo alcanzado por la teoría de la imputación objetiva[55]. No obstante, la idea de la normativización no goza de una unidad de pensamiento, sino que existen en la doctrina penal actual distintos pareceres sobre cómo debe ser emprendida y, por tanto, cómo debe configurarse, en concreto, la teoría de la imputación objetiva. Por esta razón, lo que se hará a continuación es una breve exposición de las propuestas más importantes de normativización de la tipicidad objetiva[56], para luego manifestar cuál es nuestro parecer sobre esta cuestión central de la teoría del delito.

---

48 Vid., en este sentido, KAUFMANN, Armin: *FS-Jescheck*, I, p. 251; MORSELLI, en *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.), p. 402.

49 Vid., así BUSTOS RAMÍREZ: *EPCr* XII, 1989, p. 105 y ss.

50 Vid., en este sentido, KÜPPER: *Grenzen*, p. 91 y ss.; STRUENSEE: *GA* 1987, p. 97 y ss.

51 Así, KINDHÄUSER: *InDret* 4/2008, p. 15.

52 Con mayor detalle, KINDHÄUSER: *InDret* 4/2008, p. 25.

53 En este sentido, REYES ROMERO: *Revista Ius et Praxis*, año 21, N° 1 (2015), p. 144.

54 Vid., las razones para un abandono de la comprensión finalista de la tipicidad, así como las respuestas a las críticas procedentes fundamentalmente del finalismo, FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 81 y ss.; CANCIO MELIÁ: *LH-Jakobs* (Perú), p. 252 y ss.

55 Vid., en este sentido, FRISCH: *FS-Roxin*, pp. 221 y s., 226 y ss.; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 43 y ss.

56 Una exposición más amplia de estos planteamientos, con consideraciones críticas, en PINEDO SANDOVAL: *Imputación objetiva*, p. 47 y ss.

A. La función de prevención general de la norma penal

Conforme a la línea de pensamiento desarrollada por ROXIN, a las normas penales (como amenaza penal) se les atribuye la función de prevenir las lesiones de los bienes jurídicos[57]. En este sentido, la norma penal se configura como una norma de determinación que se dirige a los ciudadanos con la finalidad de decirles qué deben hacer o no hacer para evitar lesionar bienes jurídicos[58]. Bajo este punto de partida, aquellas lesiones causales de bienes jurídicos que no pueden ser evitadas por la norma de determinación, no deberían ser sancionadas penalmente debido a la ausencia de un desvalor de la acción (infracción de la norma de determinación). Por otro lado, la norma penal constituye también una norma de valoración informada por consideraciones político-criminales, esto es, que la realización de un comportamiento prohibido debe producir además un resultado contrario al ordenamiento jurídico[59]. Por esta razón, para determinar la tipicidad penal no basta un desvalor de la acción, sino que es necesario además un desvalor del resultado, pues si no existe una afectación de la paz jurídica, no habrá necesidad de reaccionar penalmente[60].

La vinculación objetiva entre la acción y el resultado no se satisface con una relación de causalidad, sino que resulta necesario determinar si es posible imputar al autor lo causado[61]. Para llevar a cabo esta determinación se debe acudir a la teoría de la imputación objetiva, la cual se enmarca dentro de la teoría del tipo objetivo[62]. En consonancia con la función atribuida al Derecho penal de proteger bienes jurídicos mediante la prevención general, la imputación objetiva se debe encargar de filtrar solamente aquellas conductas, en las que la norma penal ha podido ejercer esa función de prevención[63]. En este sentido, la imputación objetiva debe comprender, en un primer momento, todas las acciones que desde una perspectiva previa al hecho hubiesen podido evitarse de haberse observado la norma de conducta[64]. Pero debe además limitar la imputación a los casos en los que, desde una perspectiva posterior al hecho, la norma de conducta siga siendo apropiada para evitar la

57 Vid. así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG§ 3, n.m. 36 y ss.

58 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 93.

59 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 93.

60 Vid. ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 100.

61 Vid., ROXIN: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 243.

62 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 55.

63 Vid., ROXIN: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 243. Así también la fundamentación de SCHÜNEMANN: *RPDJP* 1 (2000), p. 423. Similarmente MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal*, PG, p. 292.

64 Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN: *RPDJP* 1 (2000), p.424 y s., quien señala que, por tratarse de normas de determinación o comportamiento, deben ser abarcados por el dolo y valer todos los conocimientos que posee el autor.

lesión del bien jurídico[65], de manera que se excluyan los casos en los que el riesgo penalmente prohibido no se ha materializado en el resultado[66]. Pese a la posibilidad de diferenciar estos dos planos en la explicación de la imputación objetiva, lo cierto es que, para esta línea de interpretación, se trata de dos aspectos que se encuentran necesariamente vinculados[67].

En el caso de los delitos de lesión (del bien jurídico), ROXIN sostiene que los presupuestos de la imputación objetiva son dos: la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico y la realización del riesgo no permitido[68]. El tipo objetivo del delito correspondiente no se realizará, por lo tanto, si no concurren ambos presupuestos. El primer presupuesto es desestimado si el riesgo falta, es disminuido o está aún dentro de lo permitido. El segundo presupuesto, por su parte, decaerá si el riesgo creado no se ha realizado, si se trata de cursos causales inusuales, si el riesgo no permitido no repercute en el resultado o si el fin de protección de la norma infringida no cubre el resultado concretamente producido.

B. La teoría de la conducta típica y la limitación de la imputación objetiva

Otro sector de la doctrina penal, representado sobre todo por FRISCH, reduce sustancialmente la función dogmática atribuida a la llamada imputación objetiva, en la medida que ésta se ocuparía únicamente de comprobar que la realización de un resultado se corresponda con el peligro penalmente desaprobado que ha sido creado por el autor[69]. Los otros problemas que, según la doctrina dominante, se resolverían también con esta teoría, en realidad no deberían ser abordados en la imputación objetiva, sino en la teoría de la conducta típica, siendo la causa de la inflación de los problemas enmarcados en la teoría de la imputación objetiva un planteamiento insuficiente de la teoría de la conducta típica[70]. La perspectiva de análisis utilizada en cada uno de estos aspectos del tipo de los delitos de resultado es

65 Vid., SCHÜNEMANN: *RPDJP* 1 (2000), p. 426 y ss., que no se reduce a una simple vinculación causal, sino que debe determinarse conforme a finalidades político-criminales.

66 Vid., ROXIN: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 243.

67 Vid. ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 42; SCHÜNEMANN: *RPDJP* 1 (2000), p. 423 y s.

68 Vid., ROXIN: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 243. En su manual, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 85, precisa, sin embargo, que, en algunos casos, pese a la creación del riesgo no permitido y su realización en el resultado, la imputación al tipo objetivo puede decaer si el alcance del tipo penal no abarca resultados de la clase de los producidos.

69 Vid., FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 557 y ss.

70 Vid., FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 45 y ss.; EL MISMO, *FS-Roxin*, p. 225; EL MISMO, *Tipo penal*, p. 54 y ss.

distinta: mientras en la conducta típica se realiza una determinación *ex ante*, en la realización del resultado tiene lugar una determinación *ex post*[71].

Para poder comprender el planteamiento precedente, resulta necesario tener en cuenta que el planteamiento de Frisch parte de un concepto material de delito, al que se le define como aquella conducta merecedora y necesitada de pena. La condición mínima para este merecimiento y necesidad de pena es la realización de un injusto del que alguien resulte responsable, entendiéndose por injusto el desconocimiento de las relaciones de mutuo reconocimiento, es decir, la negación del reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos[72]. Ahora bien, para justificar la imposición de una pena no es suficiente con la realización de un injusto, pues no todo injusto resulta merecedor y necesitado de pena, sino que debe tratarse de un injusto cualificado. La cualificación del injusto depende de consideraciones de racionalidad y de justicia, e incluso, en algunos casos, de fórmulas de consenso[73]. Es sobre todo al tipo penal al que le corresponde, en virtud de su autonomía conceptual, la labor de determinar qué injusto culpable constituye un injusto que merece y necesita de la imposición de una pena[74].

Para Frisch, la categoría de la tipicidad no puede reducirse a una cuestión de imputación de resultados. Antes de entrar a determinar si el resultado producido es la consecuencia específica de una actuación desaprobada e imputable a una persona, debe llevarse a cabo un juicio de desaprobación normativa de dicha conducta. La realización de este juicio previo supone entrar en el alcance y los límites de la libertad jurídicamente reconocida[75], pues la desaprobación normativa de la conducta no es más que el resultado de una ponderación general entre la restricción de la libertad de acción y la protección de bienes jurídicos[76]. Los elementos de esa ponderación general (idoneidad, necesidad y adecuación) no forman parte de la tipicidad[77], por lo que pueden presentarse casos concretos subsumibles en el tenor del tipo penal, pero que se mantienen dentro del ámbito de libertad general. Cuando

71 Vid., Frisch: *Comportamiento típico*, p. 85 y ss.; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 62; Rojas Aguirre: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1 (julio de 2010), p. 249; Feijoo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 252.

72 Vid., Frisch, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (ed.), p. 204 y ss.

73 Vid., con detalle, Frisch, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (ed.), p. 200 y ss.

74 Vid., Frisch, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (Eds): p. 225.

75 Vid., así, Robles Planas: *Desvalorar e imputar*, p. 81.

76 Vid., en este sentido, Frisch: *Comportamiento típico*, p. 84; El Mismo, *FS-Roxin*, p. 222 y s.; Rojas Aguirre: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1 (julio de 2010), p. 249. En la doctrina penal nacional, Tisnado Solís: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 218 y ss.

77 Vid., así, Frisch, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 65: "*Una concepción que convierta todas estas cuestiones en problemas de imputación estaría mezclando cuestiones relativas a la constitución jurídica (...) con cuestiones relativas a la auténtica imputación*".

esto sucede, la determinación del injusto típico no puede limitarse a la constatación de los elementos del tipo penal o de la ausencia de una causa de justificación, sino que debe procederse a determinar si existe una conducta merecedora y necesitada de pena. A todo este proceder valorativo FRISCH denomina teoría de la "conducta típica"[78], colocándola en el centro de su comprensión de la tipicidad[79].

Haciendo una valoración global sobre el planteamiento brevemente expuesto del emérito Profesor de la Universidad de Friburgo, podría señalarse que lo que denomina como determinación de la conducta típica se corresponde, de alguna manera, con el nivel de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado de la teoría de la imputación objetiva defendida por la doctrina dominante. Sin embargo, donde se encuentra la principal diferencia, nada irrelevante por cierto, es que se trata de un aspecto independiente que no forma parte de la llamada teoría de la imputación objetiva[80]. Como ya se dijo, la imputación objetiva es limitada únicamente a comprobar que la realización de un resultado se corresponda con el peligro penalmente desaprobado creado por la conducta típica del autor[81]. Su fundamento radica en la limitación de la sanción penal solamente a las infracciones de la norma que conducen efectivamente a la realización del resultado[82].

C. La infracción de un rol como defraudación de la norma

La teoría de la imputación objetiva adquiere una configuración distinta en el planteamiento de JAKOBS. Para este autor, el Derecho penal se encarga de devolver la vigencia a la norma defraudada por el delito[83]. Esta defraudación de la norma penalmente garantizada sólo puede tener lugar por medio de una conducta objetivamente defectuosa, sin que se deba tener en cuenta los distintos aspectos individuales del autor[84]. La teoría de la imputación objetiva ofrece precisamente el material que permite interpretar cuándo se ha realizado objetivamente un comportamiento delictivo, esto es, cuándo se ha defraudado de manera objetiva la expectativa social institucionalizada en la norma[85]. Como puede fácilmente apreciarse, la

78 Vid. FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 82; EL MISMO, *Tipo penal*, p. 102 y s.

79 Vid., FRISCH, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 59.

80 Vid., FRISCH: *FS-Roxin*, p. 232; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 59.

81 Vid., FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 557 y ss.

82 Así, ROJAS AGUIRRE: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1 (julio de 2010), p. 249.

83 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 11; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, p. 184 y ss.; DERKSEN: *Handeln*, p. 175 y s.; PAWLICK: *Das unerlaubte Verhalten*, p. 61 y s.; MÜSSIG: *RPDJP* 2 (2001), p. 317 y ss.

84 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 54.

85 Vid., JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 97 y ss.

comprensión de la teoría de la imputación objetiva en el planteamiento de Jakobs se encuentra vinculada con la función atribuida al sistema penal de devolver comunicativamente la vigencia de la norma defraudada por el delito[86].

El criterio con el que se debe determinar objetivamente la infracción de la norma penal es el desempeño incorrecto de un rol socialmente configurado[87]. Bajo este esquema conceptual, un hecho sólo podrá imputarse objetivamente a una persona si constituye la infracción de un rol[88]. Los actos lesivos de realidades que no forman parte de aquello que el rol obliga a evitar a su titular, no podrán serle objetivamente imputados, aun cuando fácticamente los haya realizado o haya podido evitar su producción[89]. Si todas las personas estuviesen obligadas a evitar todos los daños posibles o previsibles, se produciría una inmediata paralización de la vida social[90]. La imputación jurídico-penal requiere, por tanto, de una base social que permita disgregar los hechos o resultados por los que una persona puede ser objetivamente competente.

D. Toma de posición

De las distintas líneas de interpretación de la imputación objetiva expuestas, consideramos que la que se basa en la infracción de roles es la que mejor se ajusta a las características de la sociedad actual. Un hecho que reúne las exigencias típicas solamente puede ser objetivamente imputado si constituye la infracción de un rol jurídicamente atribuido[91]. En una sociedad caracterizada por el reparto del trabajo, no se puede imputar objetivamente a una persona lo que simplemente causa o pudo fácticamente evitar. Lo determinante en la imputación objetiva es lo que el sujeto debe objetivamente evitar conforme a su rol o, dicho en términos negativos, su competencia por el hecho. Lo subjetivo tiene importancia solamente como conocimiento de lo objetivamente relevante. El conocimiento subjetivo que va más

86 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 94.

87 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 97. Un aspecto importante en este punto es determinar si el término rol social se asume directamente del ámbito sociológico o si, por el contrario, se trata de roles jurídicamente definidos. El pensamiento de Jakobs parece apuntar actualmente a la segunda forma de percepción. Se muestran más proclives a un rol sociológicamente entendido Müssig: *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara, Ed.): p. 209 y s.; Caro John: *Manual*, p. 47 y s.

88 Vid., Pinedo Sandoval: *Imputación objetiva*, p. 61.

89 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 102.

90 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 96 y s.; El Mismo, *LH-Gimbernat*, I, p. 1069 y s.

91 En la doctrina penal nacional optan por construir la imputación objetiva en a infracción del rol, con propias particularidades, Caro John: *Manual*, p. 58 y ss.; Pinedo Sandoval: *Imputación objetiva*, p. 74.

allá de lo requerido en el contexto específico de su actuación conforme al rol no debería, en principio, tener efecto alguno en la imputación penal[92].

Si la imputación objetiva depende de los distintos roles asumidos[93], habrá que precisar cuáles son esos roles. Como ya lo vimos de manera general, por un lado se encuentra el rol general de ciudadano que impone el deber negativo de no dañar a los demás[94] y, por el otro, los roles especiales que dan lugar a deberes positivos especiales en virtud de una institución social específica[95]. La infracción del rol no se produce del mismo modo en ambos casos. La imputación objetiva en los delitos cometidos por la infracción del rol general del ciudadano sigue criterios de regulación distintos a los que rigen los delitos cometidos por la infracción de roles especiales. En lo que sigue, nos ocuparemos precisamente de exponer los contornos que asume una teoría de la imputación objetiva asentada en la defraudación de roles, distinguiendo la imputación objetiva en función de si se trata de una competencia por organización (delito de dominio) o de una competencia institucional (delito de infracción de un deber).

2. La imputación objetiva en los delitos de dominio

Los delitos de dominio se configuran materialmente por la infracción del deber general negativo de no dañar a otro. A toda persona, en cuanto ciudadano, se le reconoce la libertad de organizar su vida de la manera que lo estime más conveniente siempre que no perjudique ilegítimamente a otro. La obligación originaria de todo ciudadano consiste, por lo tanto, en no dañar a otro en el ejercicio de la libertad de organización[96]. El sinalagma lógico del reconocimiento de la libertad de organización será la responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas del ejercicio de esa libertad[97]. No obstante, debe quedar claro que el hecho de que de la actuación de un ciudadano se deriven causalmente resultados lesivos para otros, no le genera aún responsabilidad penal[98]. Solamente en caso que el ciudadano haya infringido el deber general negativo de no hacer daño a otro, podrá atribuírsele objetivamente el hecho lesivo y, dado el caso, una responsabilidad penal. La deter-

92 Vid., Jakobs: *PJ* 56, p. 136.

93 Vid., así, Jakobs, en *Estudios*, p. 211.

94 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 211 y s. En el Perú, Pinedo Sandoval: *Imputación objetiva*, p. 75 y ss.; Tisnado Solís: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 223 y s.

95 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 212 y s. En el Perú, Pinedo Sandoval: *Imputación objetiva*, p. 76; Tisnado Solís: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 224 y s.

96 Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 211. Sobre el origen filosófico de la obligación originaria, vid., la interesante exposición de Jakobs: *La imputación penal*, p. 7 y ss.

97 Vid., Jakobs, en Estudios, p. 349.

98 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 212.

minación objetiva de que se ha infringido el deber general negativo con la específica forma de actuación se divide en dos partes: la imputación del comportamiento y la imputación objetiva del resultado.

A. La imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento tiene lugar cuando la creación de un riesgo se le imputa a una persona como infracción del rol general de ciudadano o, lo que es lo mismo, como un incumplimiento del deber general negativo de no dañar a otro. Para llegar a hacer esta imputación, se debe precisar primeramente cuándo una organización riesgosa para otros sobrepasa los niveles de permisión establecidos por el ordenamiento jurídico. Una vez determinado un riesgo como penalmente prohibido, habrá que responder a la cuestión de si su creación puede imputarse penalmente al que lo ha producido o pudo evitarlo. En este punto, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima se erigen como instituciones dogmáticas imprescindibles. Finalmente, resulta pertinente precisar las distintas figuras típicas que pueden ser fundamentadas con la sola imputación del comportamiento, sin que sea necesario el segundo elemento de la imputación objetiva, es decir, la imputación del resultado.

a. La creación de un riesgo penalmente prohibido

Al autor se le puede imputar objetivamente un comportamiento penalmente relevante si ha creado un riesgo prohibido. Por pura lógica conceptual, los riesgos prohibidos serán aquéllos que se encuentren fuera de lo permitido. Si el riesgo creado cuenta con una permisión o tolerancia social, entonces este riesgo no podrá provocar una imputación penal. Se trata de lo que, en los estudios jurídico-penales, se conoce como riesgo permitido. El origen histórico de este concepto se remonta a la época industrial en la que fue necesario, para no parar el progreso, permitir ciertas actividades explotativas, a pesar de su peligrosidad[99]. Así, pueden encontrarse ya en la doctrina penal de la segunda mitad del siglo XIX referencias doctrinales a la problemática de acciones peligrosas, pero que resultan necesarias para el desarrollo de la sociedad.

Sin entrar en las distintas soluciones que se han ofrecido para justificar la utilidad dogmática del concepto del riesgo permitido[100], la doctrina penal actualmente dominante lo vincula con la teoría de la imputación objetiva, al presentarlo como la faceta negativa de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado[101]. Por el

99 Vid., con mayor detalle, Rehberg: *Zur Lehre*, p. 17; Preuss: *Untersuchungen*, pp. 15, 32.

100 Vid., sobre esto, vid. la exposición de Schürer-Mohr: *Erlaubte Risiken*, p. 30 y ss.

101 Vid., Prittwitz: *Strafrecht*, p. 277; Iñigo Corroza: *La responsabilidad*, p. 126; Caro John: *Manual*, p. 52 y s. En el plano jurisprudencial vid., la sentencia de la Corte Suprema

contrario, un sector minoritario de la doctrina se muestra crítico frente a la utilidad dogmática atribuida a este concepto[102] o lo considera simplemente un concepto formal que sólo permite agrupar los distintos casos en los que se excluye el desvalor de acción[103]. Otro sector, ubicado en una posición intermedia, limita la relevancia dogmática del concepto de riesgo permitido al ámbito de los delitos culposos[104]. Pese a los argumentos esgrimidos por los detractores de la idea del riesgo permitido, consideramos que existen razones de fondo para aceptar su plena relevancia en la configuración de la imputación objetiva.

En nuestra comprensión de la imputación del comportamiento, el riesgo permitido constituye un importante criterio para determinar el carácter prohibido de la conducta realizada. En una sociedad que apunta a optimizar los beneficios de las actividades riesgosas, queda claro que no forma parte del rol general de ciudadano evitar la realización de toda conducta que sea peligrosa para el bien jurídico, sino solamente los que exceden el nivel que la sociedad está dispuesta a admitir o tolerar[105]. No obstante, no basta con hacer la afirmación general de que no puede imputarse objetivamente riesgos permitidos, sino que se requiere concretar lo que califica a un riesgo como permitido o prohibido, para lo cual resulta determinante tener en cuenta la actual configuración normativa de nuestra sociedad[106]. Esta labor de concreción del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación con base en normas jurídicas, normas técnicas y reglas de la prudencia que rigen en los sectores sociales en los que actúa el ciudadano que realiza la conducta riesgosa[107].

El carácter prohibido de un riesgo puede estar determinado, en primer lugar, por el mismo ordenamiento jurídico[108]. No es extraño que la regulación positiva se encargue efectivamente de precisar qué conductas están excluidas del ámbito de lo permitido debido a su peligrosidad[109]. Esta determinación puede llevarse a

---

Nº 1767-97 de doce de enero de 1998 (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal*, I, p. 120 y s.). Sobre este requisito de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana, vid., REYNA ALFARO: *Revista peruana de jurisprudencia* 9 (2001), p. 33 y ss.

102 Vid., KIENAPFEL: *Das erlaubte Risiko*, p. 28 y ss.; ROEDER: *Die Einhaltung*, p. 40; PRITTWITZ: *Strafrecht*, p. 267 y ss.

103 Vid., en este sentido, MAIWALD: *FS-Jescheck*, I, p. 405 y ss.

104 Vid., así, KINDHÄUSER: *GA* 1994, p. 215 y ss.; BURKHARDT, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (ed.), p. 177, nota 95; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 211; EL MISMO, *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 289 y ss.

105 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 103.

106 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 173; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 118 y s. En la doctrina nacional, MEDINA FRISANCHO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (agosto de 2010), p. 63.

107 Vid., con mayor detalle, JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 124 y ss.; EL MISMO, *PJ* 56, p. 136.

108 Vid., PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 340.

109 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 173; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 124.

cabo mediante normas jurídicas de carácter penal o extrapenal. En el primer caso se recurre, por lo general, a la técnica de tipificación propia de los delitos de peligro abstracto, como sucede, por ejemplo, con el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción del artículo 274 del CP que establece como prohibido la conducción de vehículos motorizados con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos-litro o bajo el efecto de estupefacientes. En el segundo caso, se utilizan normas o reglamentaciones administrativas que prohíben la realización de determinados comportamientos peligrosos, como ocurre, por ejemplo, con las infracciones de tránsito en la regulación del tráfico rodado[110].

Si el riesgo prohibido está determinado por medio de una reglamentación administrativa, debe hacerse la indicación de que no basta con infringir esa reglamentación para afirmar que se ha creado un riesgo penalmente relevante. Resulta necesario que se encuentren presentes también los restantes elementos eventualmente exigidos por el tipo penal correspondiente[111]. En efecto, puede ser que el tipo penal exija, para la prohibición penal, un elemento cualitativo adicional o una gravedad cuantitativa especial de la conducta riesgosa[112]. Ejemplo del primer caso sería el medio fraudulento para que la falta de pago de los tributos se configure como una conducta típica de defraudación tributaria. Como ejemplo del segundo supuesto podría mencionarse el delito de contrabando, cuya tipificación exige que el valor del objeto del delito supere las cuatro unidades impositivas tributarias.

En sectores especializados y altamente dinámicos, las actividades riesgosas cuentan generalmente con una regulación que establece estandarizadamente la manera cómo deben comportarse los participantes en esos sectores. Esta regulación puede estar recogida en normas jurídicas especiales que definen parámetros de actuación para el correcto desarrollo de actividades peligrosas, lo que se conoce también como regulación primaria (p.e. la regulación administrativa sobre la comercialización de medicamentos)[113]. Pero puede ser también que la estandarización del comportamiento venga determinada por normas técnicas establecidas

110 Vid., la consideración también de las prohibiciones administrativas en estos casos, JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 125.

111 En este sentido pueden tenerse en cuenta las apreciaciones realizadas por PAREDES CASTAÑÓN: *El riesgo permitido*, p. 505 y ss., en el sentido de que el nivel de riesgo permitido penalmente no debe coincidir necesariamente con el establecido administrativamente, sino que pueden establecerse niveles máximos de riesgo permitido mayores a los determinados administrativamente.

112 Vid., en referencia a la responsabilidad por el producto, IÑIGO CORROZA: *La responsabilidad*, pp.121 y ss., 197 y ss.

113 Vid., FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 103; SCHÜRER-MOHR: *Erlaubte Risiken*, p. 180; FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 226 y ss.

por organizaciones privadas[114], como sería el caso de los métodos desarrollados por la técnica y la ciencia en la realización de determinada actividad industrial (por ejemplo, los estándares técnicos de los materiales de construcción o los estándares de seguridad en la fabricación de automóviles) o las directivas técnicas establecidas para ser cumplidas por los miembros individuales de una empresa (por ejemplo, las indicaciones técnicas que se le dan a los instaladores en caso de empresas dedicadas al mantenimiento del gas urbano)[115]. Incluso puede suceder que la misma regulación jurídica se remita expresamente a las normas técnicas[116]. Si la conducta analizada infringe la regulación jurídica o técnica que establece la manera como tendría que ser realizada, entonces se abre la posibilidad de considerarla una creación de un riesgo prohibido[117]. Sin embargo, debe hacerse la acotación de que la infracción de la regulación primaria constituye solamente un indicio del carácter prohibido de la conducta infractora[118], por lo que será necesario determinar todavía si el riesgo concretamente creado es el que la norma penal apunta efectivamente a evitar.

En la determinación del riesgo prohibido con base en estándares técnicos se discute especialmente si pueden utilizarse reglas técnicas que se muestran inadecuadas para el control de la actividad riesgosa. Si la inadecuación consiste en una exigencia excesiva sobre el agente para controlar el riesgo, el incumplimiento de las reglas en su parte de exceso no constituye un incremento del riesgo penalmente relevante, mientras el agente se haya mantenido en reglas que se perciben como adecuadas[119]. Más discutible se presenta el caso cuando el agente observa las reglas técnicas, pero éstas resultan inadecuadas para controlar el riesgo. Si al momento de actuar las reglas técnicas se muestran como reglas adecuadas para el control de los riesgos, no se habrá creado un riesgo prohibido[120]. Solamente podrá considerarse objetivamente relevante el cumplimiento de las reglas técnicas inadecuadas, si su

114 Vid., JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 126; FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 258 y ss.

115 Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ: *op. cit.*, p. 271.

116 Vid., sobre esto, SCHÜRER-MOHR: *Erlaubte Risiken*, p. 187 y ss. Esta remisión resulta recomendable dado el carácter esencialmente técnico y dinámico de las reglas técnicas en sectores especializados. Vid., al respecto, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 122 y ss.

117 Crítica frente a esta regulación (reglas especiales) para determinar el riesgo permitido, CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro*, p. 105.

118 En este sentido, CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro*, p. 104; FEIJOO SÁNCHEZ: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 321 y ss., quien sostiene que la infracción de la norma extrapenal de seguridad no es una *ratio essendi* de una conducta típica, pues los delitos culposos no son leyes penales en blanco que se remitan a la normativa extrapenal de seguridad.

119 Vid., así, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 126.

120 Vid., FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 126 y s.

adecuación estaba ya cuestionada al momento de actuar. En estos casos, la regla técnica deja de ser un criterio que autorice la creación de un riesgo y, por tanto, puede dar pie a una imputación del comportamiento.

Dada la multiformidad y el dinamismo de la sociedad actual, existen sectores de la vida que no cuentan con normas jurídicas o estándares técnicos sobre el correcto desempeño de una actividad, por lo que será necesario, en estos casos, encontrar algún referente objetivo para poder determinar si el riesgo creado por un comportamiento determinado se encuentra penalmente prohibido o no. En tales casos, el estándar de actuación tendrá que determinarse mediante reglas de prudencia. La prudencia es la capacidad de pensar, ante ciertos acontecimientos o actividades, sobre los riesgos posibles que éstos conllevan, y adecuar o modificar la conducta para no recibir o producir perjuicios innecesarios. Con esta capacidad asignada a cualquier ciudadano resultará posible determinar cuál es la pauta de actuación ante una situación concreta. En esta labor de determinación juega un rol decisivo el nivel de especialización del agente.

En ámbitos de actuación, en los que se exige cierta especialización, existen ciertas reglas del arte u oficio que se deben seguir para evitar generar peligros excesivos o incontrolables. Así, por ejemplo, la *lex artis* médica establece ciertas medidas de cuidado que todo médico debe observar, tales como contar las gasas utilizadas en una operación quirúrgica o excluir posibles reacciones alérgicas antes del suministro de determinados fármacos. La libertad de terapia no autoriza al médico a dejar de lado las precauciones que la práctica médica le impone como lo más adecuado[121]. El que se pueda utilizar experimentalmente técnicas o métodos distintos a los imperantes, no puede ser un proceder ordinario, sino una experimentación terapéutica que requiere de estudios previos y la observancia de ciertas condiciones para su ejecución[122]. Un aspecto importante a la hora de determinar una *lex artis* es tener en consideración que dicho conocimiento no es uniforme, sino que depende del grado de especialización y la propia realidad de cada región o país[123]. En consecuencia, no se puede sostener una *lex artis* universal, sino que debe hacerse necesariamente una labor de contextualización.

En ámbitos de actuación ordinarios, en los que no se cuenta, por lo general, con una regulación jurídica de seguridad, ni con parámetros uniformes sobre el correcto desempeño, el riesgo prohibido se debe determinar con base en el criterio general de la prudencia que le corresponde a un ciudadano fiel al Derecho[124]. Este

121 Así, Feijoo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 336 y s.

122 En este sentido, Feijoo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 337.

123 Similarmente, Feijoo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 337 y s.

124 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 126 y ss.; Schürer-Mohr: *Erlaubte Risiken*, p. 181.

criterio ha sido desarrollado, sobre todo, en el ámbito del Derecho civil, en donde no se cuenta con niveles altos de positivización de las obligaciones. De lo que se trata es de establecer hasta dónde habría llegado con su proceder un ciudadano respetuoso de los derechos de los demás que se encontrara en la misma situación del autor. Dado que no todo lo que resulta socialmente conveniente se traduce en una norma jurídica o se encuentra necesariamente recogido en un estándar uniformemente definido, la pauta de actuación exigida se debe determinar en función de lo que resulta razonable esperar de un ciudadano responsable en la situación concreta en la que se encuentra el agente.

Un tema discutido es el tratamiento de las compensaciones de riesgo. Como se sabe, ciertas actividades riesgosas se permiten bajo la observancia de determinadas condiciones dirigidas a reducir el riesgo[125]. La discusión se presenta cuando estas condiciones no se cumplen, pero se utilizan medidas de compensación que permiten reducir igualmente la peligrosidad de la actividad riesgosa. Para decidir si en estos casos la creación del riesgo sigue siendo prohibida, debe determinarse si las condiciones o requerimientos de seguridad están impuestos por normas jurídicas o solamente por normas técnicas. En el primer caso, las compensaciones del riesgo no tendrán ninguna relevancia para excluir la responsabilidad[126], mientras que si se trata sólo de normas técnicas los mecanismos de protección podrían reemplazarse sin problemas por otros nuevos igualmente o más efectivos[127]. Si una compensación de riesgos tuviese relevancia también frente a lo establecido jurídicamente, se pondría en duda la vinculatoriedad de la legislación y se aumentaría el peligro de un desorden en los sectores regulados. Considerar que una determinada reglamentación está desfasada y, por ello, estar autorizados a incumplirla, significa colocarse en el papel de un legislador, lo cual, en un sistema democrático, no puede determinarse de manera individual.

b. La competencia por la creación de un riesgo penalmente prohibido

Con los criterios acabados de desarrollar resulta posible determinar si una conducta riesgosa ha creado un riesgo penalmente prohibido. No obstante, para la imputación del comportamiento no basta con que se haya sobrepasado el nivel de actuación general permitida, sino que se requiere además determinar la competencia organizativa por el riesgo prohibido creado. El hecho riesgoso se presenta, por

125 Vid., FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 102; FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 231, con amplias referencias bibliográficas.

126 Vid., CARO JOHN: *Manual*, p. 69 y ss.

127 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 128 y s. De una opinión distinta, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 108, nota al pie de página 8; FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 247 y s.

lo general, en un contexto interactivo, por lo que la intervención de varios sujetos puede oscurecer la determinación de los sujetos organizativamente competentes. Por esta razón, resulta conveniente delimitar los ámbitos de competencia en caso de intervención de varios sujetos en la creación del riesgo prohibido. En principio, la competencia por el riesgo prohibido le debería corresponderle al titular del ámbito de organización del que se deriva dicho riesgo, pero puede suceder también que no lo sea, sino que la competencia por organización recaiga, más bien, en una tercera persona (principio de confianza y prohibición de regreso) o incluso en la propia víctima (ámbito de responsabilidad de la víctima). Si no es posible afirmar la competencia organizativa de alguna persona, entonces el hecho deberá ser tratado simplemente como un infortunio[128].

b.1) El principio de confianza

b.1.1) Concepto

En sociedades organizadas, en las que la división del trabajo libera al ciudadano de un control sobre las actuaciones de los demás, el principio de confianza adquiere especial relevancia[129]. La previsibilidad de la actuación deficiente ajena se limita a través de la confianza, de manera que una persona no debe estar pendiente, en todo momento, de las previsibles conductas incorrectas de los terceros con los que interactúa[130]. Se trata de una confianza que no proviene de la experiencia, sino de una exigencia normativa[131]. Su fundamento se sustenta en la idea de que los demás sujetos son también responsables y, por lo tanto, puede confiarse en un comportamiento adecuado a Derecho por parte de ellos[132]. Bajo esta perspectiva, resulta acertado el parecer defendido por un sector de la doctrina penal que lo considera una expresión del principio de autorresponsabilidad[133], lo que debe tenerse en cuenta no sólo para sustentar la relevancia normativa de la

128 Vid., Jakobs: *InDret* 4/2009, p. 14.

129 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 25; Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 105; El Mismo, en *Estudios*, p. 219; Schumann: *Handlungsunrecht*, p. 19; Corcoy Bidasolo: *El delito imprudente*, p. 315; Zúñiga Ríos: *Actualidad Penal* 10 (2015), p. 99 y s.

130 En este sentido, Maraver Gómez, en *Imputación objetiva*, Urquizo/Salazar (coord.), p. 148.

131 Así, Maraver Gómez: *El principio de confianza*, p. 305; Bautista Pizarro: *El principio de confianza*, p. 84; Caro John: *Manual*, p. 66.

132 Vid., en este sentido, Schumann: *Handlungsunrecht*, pp. 6, 11; Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 105; Feijoo Sánchez: *Imputación objetiva*, p. 290.

133 Vid., Stratenwerth: *FS-Schmidt*, p. 392; Schumann: *Handlungsunrecht*, p. 6; Maraver Gómez: *El principio de confianza*, p. 170 y ss.; El Mismo, en *Imputación objetiva*, Urquizo/Salazar (coord.), p. 155; Bautista Pizarro: *El principio de confianza*, p. 81.

confianza, sino también para establecer las limitaciones o excepciones a la posibilidad de confiar[134].

Lo específico del principio de confianza en relación con el concepto general del riesgo permitido[135] se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de la actuación de otras personas[136]. No obstante, este principio requiere, como todo criterio de delimitación de competencias[137], de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, ésta decae[138]. Para poder llevar a cabo esta labor, debe tenerse en cuenta el sector específico correspondiente, pues la configuración del principio de confianza varía según las características de cada sector. Así, por ejemplo, la confianza que rige en el tráfico rodado no se corresponde con la que tiene lugar cuando se usa prestaciones ajenas en la división o especialización en el trabajo[139]. Dado que este segundo ámbito de aplicación de la confianza es el más común, la exposición se va a ocupar de explicarlo de manera más detenida.

b.1.2) Las formas de manifestación

El principio de confianza frente a las prestaciones de terceros en una actuación conjunta tiene dos formas distintas de manifestación. En primer lugar, pueden mencionarse los casos en los que una actuación se mostraría inocua si la persona que actúa a continuación cumple con sus propios deberes[140]. Así, por ejemplo, el productor de determinados bienes que necesitan mantenerse refrigerados no responderá por el carácter nocivo del producto si la empresa distribuidora no observa, de manera dolosa o culposa, las reglas especiales de transporte y convierte el producto en peligroso para la salud de los consumidores[141]. La confianza en un transporte correcto de la mercadería por parte del distribuidor hace que la responsabili-

134 Así, MARAVER GÓMEZ, en *Imputación objetiva*, Urquizo/Salazar (coord.), p. 155.

135 Consideran el principio de confianza una forma de riesgo permitido, LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, p. 264; CANCIO MELIÁ: *Líneas básicas*, p. 77 y ss. Por el contrario, MARAVER GÓMEZ: *El principio de confianza*, p. 369, lo califica como un criterio independiente y complementario del riesgo permitido.

136 Vid., así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 51; EL MISMO, en *Estudios*, p. 218. En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 294.

137 Por el contrario, PUPPE: *La imputación del resultado*, p. 200, considera que el principio de confianza no forma parte de la imputación objetiva, sino que sirve solamente para determinar y delimitar los deberes de cuidado no establecidos positivamente.

138 En este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 219.

139 Vid., en este sentido, SCHUMANN: *Handlungsunrecht*, p. 21.

140 Vid., JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 105.

141 Vid., IÑIGO CORROZA: *La responsabilidad*, p. 235.

dad del productor se encuentre excluida[142]. En estos casos solamente podrá existir un deber del primer actuante de comunicar al segundo la necesidad de cumplir con ciertas condiciones especiales en la transportación, lo cual, por otra parte, no será necesario en caso de productos que evidentemente requieren de tales condiciones (por ejemplo, los productos marinos o lácteos).

La otra forma de manifestación del principio de confianza en la actuación conjunta se presenta cuando una situación concreta ha sido preparada previamente por un tercero. En principio, se puede tener válidamente la confianza en que este tercero ha actuado de manera correcta en la etapa anterior[143]. Así, por ejemplo, si el médico encargado de realizar una operación quirúrgica infecta al paciente con un instrumental quirúrgico que previamente debió ser esterilizado por la enfermera encargada, no podrá hacérsele penalmente competente por el riesgo generado con la utilización del bisturí infectado en la operación, pues puede alegar legítimamente haber confiado en que la enfermera cumpliría con su parte del trabajo de esterilizarlo previamente. El principio de confianza le autoriza a confiar en el adecuado cumplimiento de las labores específicamente asignadas a la enfermera[144].

b.1.3) Los límites del principio de confianza

El principio de confianza, como todo principio general, presenta también ciertas circunstancias especiales que excluyen su vigencia. Estos límites a la vigencia del principio pueden clasificarse en tres supuestos[145]: a) la confianza queda excluida primeramente si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada, por alguna razón, de su responsabilidad; b) tampoco hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa; y c) la confianza cesa también cuando resulta evidente la actuación irregular de uno de los otros intervinientes en la actuación conjunta.

El punto de apoyo para la exclusión de la vigencia del principio de confianza en el primero de los supuestos antes mencionados es que un comportamiento co-

142 Vid., en concreto la relevancia del principio de confianza entre productores y comerciantes, Kuhlen: *Fragen*, p. 135; Hilgendorf: *Produzentenhaftung*, p. 160; Paredes Castañón, *El caso colza*, p. 162 y s.; Maraver Gómez: *El principio de confianza*, p. 112.

143 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 106.

144 Sobre la vigencia del principio de confianza en la división del trabajo en un equipo médico de operación, Roxin: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 246.

145 Vid., así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 54 y ss.; El Mismo, en *Estudios*, p. 219 y s.; Feijoo Sánchez: *Imputación objetiva*, p. 307 y ss.; Zúñiga Ríos: *Actualidad Penal* 10 (2015), p. 100.

rrecto sólo puede esperarse de personas libres y responsables[146]. En consecuencia, normativamente no se puede confiar en la correcta actuación de sujetos irresponsables para desenvolverse en el ámbito específico de actuación. Esta limitación se ha ejemplificado normalmente con situaciones referidas al tráfico rodado (específicamente, el caso de los incapacitados, menores de edad o ancianos), pero también es posible que se presente en otros ámbitos sociales, como podría ser el caso de ciertas actividades empresariales: Por ejemplo, la industria de los juguetes no puede confiar en un uso correcto de los mismos por parte de los menores de edad[147].

El segundo de los supuestos en los que el principio de confianza cesa, encuentra su fundamento en que darle validez normativa a la confianza en las relaciones de control implicaría vaciar de contenido la función implementada de controlar los posibles fallos de otros[148]. Por lo tanto, quien debe controlar la actuación o el trabajo de otro no puede alegar la confianza en el correcto desempeño del controlado[149]. Por ejemplo: El juez no puede alegar confianza respecto del trabajo de un practicante en la elaboración del proyecto de una resolución. La situación es distinta si lo que se asigna es una labor de supervisión, pues en tal caso no es que la confianza cese, sino que ésta se restringe[150]. En este orden de ideas, el superior puede confiar en una actuación correcta del subordinado, siempre que se verifiquen ciertas condiciones de aseguramiento para excluir irregularidades (reportes periódicos, auditorías, respaldo documentario, etc.)[151].

El último supuesto de limitación de la confianza se muestra como especialmente extraño en una comprensión objetiva del principio de confianza, pues aparentemente se sustentaría en el conocimiento subjetivo de que el otro interviniente no actúa correctamente. Hay que precisar, sin embargo, que la situación de con-

146 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 318; BAUTISTA PIZARRO: *El principio de confianza*, p. 84; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 73 (2015), p. 93 y s.

147 Así, FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 318.

148 Vid., sobre el llamado doble aseguramiento, MARAVER GÓMEZ, en *Imputación objetiva*, Urquizo/Salazar (coord.), p. 166.

149 SCHUMANN: *Handlungsunrecht*, p. 24, reconoce estos supuestos como propios de los casos de uso de prestaciones de terceros que los diferencian precisamente de la confianza en el tráfico rodado.

150 Así, FEIJOO SÁNCHEZ, en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Bajo/Bacigalupo/Gómez-Jara (ed.), p. 204 y s. Resalta, en este sentido, BAUTISTA PIZARRO: *El principio de confianza*, p. 67, que la confianza no se presenta igual en relaciones de coordinación horizontal que en relaciones verticales de jerarquía.

151 De manera precisa, SILVA SÁNCHEZ, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Oritz de Urbina (ed.), p. 90 y s., indica, en relación con los directivos de la empresa, que la confianza se mantiene en la medida que se procure la información sobre la actuación del subordinado.

fianza no se rompe con una desconfianza subjetiva derivada de la intuición, sino sólo con una que se origina por situaciones que objetivamente permitan poner en tela de juicio la confianza sobre la conformidad a Derecho del comportamiento del otro[152]. Debe tratarse, por lo tanto, de un manifiesto incumplimiento de la labor que le corresponde. Por ejemplo: el médico cirujano no puede alegar confianza si es que el anestesista se está durmiendo durante la operación, del mismo modo que el conductor no podrá alegar confianza si se percata a cierta distancia que el peatón está infringiendo abiertamente las reglas de tránsito[153].

b.2) La prohibición de regreso

b.2.1) Concepto

Dejando de lado la discusión sobre si resulta correcto o no utilizar el término de "prohibición de regreso", la función que actualmente se le asigna a este instituto jurídico-penal es la exclusión de la responsabilidad de quien realiza un comportamiento neutral que favorece la realización de un hecho delictivo[154]. Dentro del concepto de conducta neutral se incluyen aquellos comportamientos cotidianos o conforme a un rol o profesión que, desde la comprensión social, no están dirigidos a favorecer la realización de un delito. En la jurisprudencia de los tribunales penales nacionales se ha acudido, en reiteradas oportunidades, al tópico de la prohibición de regreso por la neutralidad del aporte para exonerar de responsabilidad penal al que lleva a cabo dicho aporte[155].

La posibilidad de impedir que la imputación penal retroceda a etapas anteriores a la conducta lesiva no es un planteamiento novedoso en la discusión penal. Tal situación se debatió en el caso de una contribución culposa en el hecho doloso de un sujeto plenamente responsable (por ejemplo: la persona que deja su arma accesible y ésta es utilizada por otro para matar a la víctima)[156]. En ese entonces, las razones que se esgrimieron para justificar la irresponsabilidad del contribuyente culposo

152 En este sentido, Maraver Gómez: *El principio de confianza*, p. 125 y s.; Reyes Alvarado: *Imputación objetiva*, p. 154 y s., agregando que quien se percata de la situación de incumplimiento debe ser además competente para la evitación del daño. En la doctrina nacional, Pérez López, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 73 (2015), p. 97.

153 Vid., Tasayco: *Actualidad Penal* 20 (2016), p. 137 y s.

154 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 107; Cancio Meliá: *Líneas básicas*, p. 82. En la doctrina nacional, Caro John: *La imputación objetiva en la participación delictiva*, p. 58 y ss.; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 146; Figueroa Cortez: *Actualidad Penal* 1 (2014), p. 180.

155 Vid., Caro John: *Summa Penal*, p. 90 y ss.

156 Vid., en este sentido, la referencia de Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 24, n.m. 21; Feijoo Sánchez: *Imputación objetiva*, p. 355 y s.; Caro John: *Das erlaubte Kausieren verbotener*

fueron muy diversas: La negación de una relación de causalidad[157], la impunidad general de la participación culposa (cómplice e instigador)[158] o la ausencia de una mediación de la voluntad[159]. El que la discusión se centre ahora en la neutralidad del aporte ha motivado no sólo que se amplíen los supuestos comprometidos, sino también que se desarrollen nuevos criterios de solución.

b.2.2) Fundamento

La doctrina penal fundamenta la falta de responsabilidad penal del que realiza un aporte neutral en criterios muy diversos[160]. Como bien lo ha precisado FRISCH, el estado difuso de la discusión jurídico-penal sobre este tema se debe no sólo a la insuficiencia legislativa para ofrecer criterios claros de solución, sino también a que el problema se ha pretendido resolver desde distintas categorías dogmáticas[161]. Ante este escenario tan disperso, lo que haremos, en primer lugar, es hacer un breve recuento de las propuestas interpretativas más relevantes, sistematizándolas en función del lugar en el que se ubica dogmáticamente el criterio de solución utilizado. Luego de ello, tomaremos posición por el planteamiento que, a nuestro modo de ver, delimite de la manera más razonable la exoneración de la responsabilidad penal que produce la realización de una conducta neutral o estereotipada.

En el plano causal, la exoneración de responsabilidad penal se ha pretendido fundamentar en la lógica de las causas de reserva o en la causalidad hipotética. Este planteamiento parte de la idea de que no tiene sentido prohibir penalmente la realización de un aporte neutral si es que la negativa de dicha aportación no habría impedido que el autor recurra a otra persona capaz de ofrecer el mismo servicio sin revelar, esta vez, sus planes delictivos[162]. Siguiendo esta lógica, sin embargo, la prohibición de regreso no podría hacerse valer en los casos en los que el agente que ejecuta el delito no está en posibilidad de acceder a una prestación similar. Los problemas de prueba y la diferencia de soluciones por datos simplemente accidentales del caso concreto que ofrece esta solución basada en consideraciones hipotéticas[163], han llevado a que la doctrina penal mayoritaria busque actualmente fundamentar

---

Taten, p. 25. Mantiene en la actualidad este sentido clásico de la prohibición de regreso, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 325 y s.

157 Vid., así, VON LISZT: *Lehrbuch*, 9. Aufl., p. 123.

158 Vid., en este sentido, HÄLSCHNER: *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1, p. 444 y s.; EXNER: *FS-Frank*, I, p. 569 y ss.

159 Vid., en este sentido, FRANK: *Das Strafgesetzbuch*, p. 15 y s.

160 Una exposición del panorama sobre el tema, FRISCH: *FS-Lüderssen*, p. 539 y ss.

161 Vid., FRISCH: *FS-Lüderssen*, p. 541 y ss.

162 Vid., LÖWE-KRAHL: *Steuerhinterziehung*, p. 37.

163 Vid., de manera más amplia, la crítica de PILZ: *Beihilfe*, p. 146 y ss.

la limitación de la prohibición de regreso en un plano más allá del simplemente causal, esto es, a nivel de la tipicidad de la conducta.

Un sector de la doctrina penal entiende que la atipicidad del aporte neutral se debe a la falta de dolo del que lo realiza[164]. A esta interpretación se le ha considerado poco convincente, sobre todo porque la actuación dolosa podría afirmarse con el solo conocimiento de la probabilidad del uso delictivo de su aporte, lo cual ampliaría de manera intolerable la responsabilidad penal por la realización de conductas normales de la vida diaria[165]. No obstante, esta crítica parecería no alcanzar a aquellos que fundamentan la tipicidad del aporte neutral solamente si existe un conocimiento seguro de su utilización delictiva[166]. Pero lo que este planteamiento no puede superar es el cuestionamiento que se le hace de no producir finalmente ninguna restricción de la conducta neutral, pues el sentido social del hecho estará supeditado al fuero interno del sujeto[167]. A lo anterior se suma también la crítica de que llevaría a sancionar penalmente supuestos dudosos de elevación dolosa del peligro, como, por ejemplo, el caso de quien contrata los servicios profesionales de una persona de la que sabe con seguridad que deja de pagar fraudulentamente sus impuestos[168]. La doctrina penal considera, por ello, que la prohibición de regreso por la realización de una conducta neutral no puede hallar su fundamento en la sola falta de conocimiento del aprovechamiento delictivo del aporte neutral[169].

---

164 Vid., como falta de un ataque accesorio *doloso* al bien jurídico Beckemper: *Jura* 2001, p. 169; Niedermair: *ZStW* 107 (1995), pp. 533, 543 y s. Similarmente, Küpper: *GA* 1987, p. 401, quien considera solamente necesario que la voluntad de favorecer el delito sea objetivamente reconocible; Rueda Martín: *Revista penal* 9 (2002), pp. 127, 135, resaltando la importancia de lo subjetivo para determinar la adecuación social de la conducta.

165 Así, en concreto, la crítica de Wohlers: *SchwZStr* 117 (1999), p. 428; El Mismo, *NStZ* 2000, p. 170; Frisch: *FS-Lüderssen*, p. 541 y s.; Silva Sánchez: *El nuevo escenario*, p. 86; Caro/Polaino, en *LH-Paredes Vargas*, p. 73.

166 Anteriormente, von Bar: *Gesetz und Schuld*, II, p. 693. En la actualidad defienden un parecer muy similar Otto: *FS-Lenckner*, p. 214; El Mismo, *JZ* 2001, pp. 441, 444; Amelung: *FS- Grünwald*, p. 22 y ss., quien excluye solamente un dolo eventual general sobre la peligrosidad de la prestación profesional; Ransiek: *Unternehmensstrafrecht*, p. 55, en función de la seguridad sobre la futura comisión del delito. Críticamente sobre basar el carácter prohibido del riesgo solamente en subjetividades, Frisch: *Comportamiento típico*, p. 304 y ss.

167 Vid., sobre esto la acertada crítica de Robles Planas, en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 370 y ss.

168 Considera estos supuestos como todavía penalmente irrelevantes, Roxin: *FS-Miyazawa*, p. 512. Críticamente ante esta fundamentación de la exclusión de la imputación, Rueda Martín: *Revista penal* 9 (2002), pp. 127, nota 47, 130.

169 Vid., así, Wohlers: *NStZ* 2000, p. 172; Lesch: *JR* 2001, p. 386.

La doctrina mayoritaria aborda la prohibición de regreso por la neutralidad de la conducta en el ámbito de la imputación objetiva[170], lo que le lleva a sustentar la exclusión de la responsabilidad penal en una falta de tipicidad objetiva. Las diferencias empiezan al momento de determinar la razón de esa exclusión. Un sector de la doctrina considera que el aporte neutral constituye un comportamiento socialmente adecuado y, por ello, no puede dar lugar a una imputación objetiva[171]. Otros autores recurren al viejo criterio de la previsibilidad objetiva utilizado por los defensores de la "teoría de la adecuación" y excluyen la tipicidad en caso de intervenciones imprevisibles de terceros[172]. Una referencia más centrada en el hecho la ofrecen aquéllos que sostienen que en la realización de una conducta neutral no tiene lugar una "dominabilidad" o "controlabilidad" del hecho[173]. Un sector importante de la doctrina justifica, con base en el principio de confianza, la confianza del primer actuante en que el tercero no realizará una conducta delictiva[174]. Finalmente, un sector, cada vez mayor, de la doctrina penal se apoya en la idea de los ámbitos de responsabilidad, según la cual una persona no tiene que representarse o controlar las distintas posibilidades de comportamiento ilícito que puede llevar a cabo un tercero con su prestación[175].

Con la finalidad de encontrar cierto equilibrio entre el planteamiento subjetivista y objetivista en la determinación de la irrelevancia típica de una conducta neutral, un sector minoritario de la doctrina penal ha propuesto seguir un planteamiento mixto, es decir, que el desvalor de la conducta se determine con base en criterios objetivos y subjetivos[176]. No obstante, y aunque resulta cierto que en la realización de una conducta penalmente relevante concurren aspectos objetivos y

170 Vid., así, ROXIN: *FS-Tröndle*, p. 179, 185; PUPPE: *La imputación del resultado*, p. 211; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 70; FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 368 y ss.

171 Vid., GALLAS, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 92.

172 Vid., así, BURGSTALLER: *FS-Jescheck*, I, p. 363 y s.; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 861 y s. En España: CORCOY BIDASOLO: *El delito imprudente*, p. 527 y ss.

173 Vid., así, NAUCKE: *ZStW* 76 (1964), p. 428; OTTO: *Strafrecht*, AT, § 6, n.m. 52 y ss.

174 Vid., en este sentido, STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 70 y ss.; WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung*, p. 347. Cercano a esta posición se muestra ROXIN: *FS-Tröndle*, p. 187, al admitir una ausencia de pena en los casos de dolo eventual, invocando el principio de confianza. En España: CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 411; MARTÍNEZ ESCAMILLA: *Imputación objetiva*, p. 350.

175 Vid., con particularidades propias, JAKOBS, en *Estudios*, p. 261; SCHUMANN: *Handlungsunrecht*, p. 62; LESCH: *Das Problem*, p. 165; WOHLERS: *Deliktstypen*, p. 331. En España: FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p.389 y s. En la doctrina nacional, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 324 y s.

176 Vid., así, TAG: *JR* 1997, p. 56.

subjetivos, una determinación simultánea de ambos aspectos resulta incompatible con una teoría del delito que tiene por finalidad encontrar soluciones sistemáticas bajo una lógica de progresiva determinación. En este orden de ideas, la conducta que contribuye a la realización de un delito debe pasar primero por el filtro de la tipicidad objetiva, para recién entrar a analizarse la concurrencia del dolo, una vez que se haya determinado que la conducta bajo análisis cumple con las exigencias objetivas del tipo.

Aunque con una incidencia bastante menor en la discusión, un sector de la doctrina penal propone resolver la falta de responsabilidad penal del que realiza un aporte neutral en el plano de la antijuridicidad[177]. Sostiene que el cumplimiento de una labor profesional constituiría una causa de justificación que levantaría la antijuridicidad del aporte causal a la lesión de un bien jurídico. Esta propuesta de solución tiene, en primer lugar, un ámbito de aplicación que se limita al ejercicio de las profesiones, lo que es solamente una parte del universo de las conductas neutrales. En segundo lugar, la invocación de una causa de justificación requiere, como punto de partida, un hecho contrario a la prescripción general de la norma general, lo que precisamente se discute en el caso de la conducta neutral, por lo que la cuestión planteada debería resolverse primero a nivel de la tipicidad de la conducta.

De los distintos criterios arriba mencionados, consideramos que el más adecuado para justificar la prohibición de regreso por la neutralidad del aporte es el criterio de los ámbitos de responsabilidad. Como ya lo hemos precisado, la responsabilidad penal en los delitos de dominio se configura por una organización defectuosa que infringe el deber negativo de no lesionar a otros. Esta organización defectuosa puede tener lugar por una organización individual o ser producto de una organización conjunta[178]. En caso de una organización conjunta, no basta que se realice una aportación causal al hecho, sino que es necesario que ese aporte tenga el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas[179], lo que ampliará el ámbito de competencia del aportante a lo que se hará luego con su aporte. Por ejemplo: prestar un servicio de taxi no vincula objetivamente al taxista con el delito de robo que comete el pasajero al llegar a su destino, a diferencia de lo que significa entregar ilegalmente un arma para atracar un banco. Bajo estas consideraciones, una actuación conforme con el estereotipo de conductas socialmente permitidas no puede constituir una infracción del rol general de ciudadano[180].

177 Así, Müller-Dietz: *Jura* 1979, p. 253; Tiedemann: *Einführung*, § 4, n.m. 190.

178 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 148; Lesch: *Das Problem*, p. 271 y s.

179 Vid., así, Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 152 y s.; Frisch: *Comportamiento típico*, p. 300 y ss. En la doctrina penal nacional, Tisnado Solís: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 209.

180 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 107. Igualmente, Caro John: *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, p. 130, sobre la base del rol socialmente determinado.

b.2.3) Las formas de manifestación

Como lo acabamos de indicar, nuestra posición es que las conductas neutrales que dan pie a una prohibición de regreso en la imputación penal se presentan como causas de exclusión de la tipicidad objetiva[181]. En consecuencia, al que lleva a cabo una conducta neutral no se le puede hacer penalmente competente por la creación del riesgo prohibido. Si bien en las exposiciones doctrinales se distinguen dos posibles formas de aparición de la prohibición de regreso en función del grado de vinculación del aporte neutral con la realización del delito, lo cierto es que en ambos casos la imputación penal no alcanza igualmente al que realiza el comportamiento estereotipado.

La primera forma de aparición de la prohibición de regreso tiene lugar cuando alguien realiza un comportamiento cotidiano, debido o estereotipado, al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve del mismo para su realización[182]. La solución es siempre la exclusión de la responsabilidad penal de quien realiza el aporte neutral[183]. Por ejemplo: No puede considerarse partícipe en el delito de falsificación de moneda al deudor que le paga la deuda al acreedor, quien adquiere con ese dinero una maquina fotocopiadora que utiliza para falsificar los billetes. A los deudores no les asiste objetivamente el deber de controlar que los acreedores hagan un buen uso del dinero recibido de ellos. En nada cambia la solución si quien lleva a cabo la conducta neutral conoce el futuro uso delictivo. Por seguir con el ejemplo: Una responsabilidad penal del deudor que cumple con pagar su deuda ni siquiera podría plantearse bajo el supuesto de que el acreedor le haya revelado previamente su designio delictivo[184].

La segunda forma de aparición de la prohibición de regreso se presenta cuando alguien hace una prestación generalizada e inocua en favor de otra persona que la utiliza para la materialización de un delito[185]. En estos casos tiene lugar cierta comunidad con el autor, pero esa relación se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que el beneficiario no puede ampliar unilate-

181 Así lo ha precisado la Corte Suprema de la República en el R.N. N° 34-2017-Lima Norte de 18 de agosto de 2017.

182 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 59, Apdo 24, n.m. 16; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 156. En el mismo sentido, ROXIN: *FS-Tröndle*, p. 191. Justifica la impunidad por tratarse de una cuestión del azar que se encuentra fuera del dominio del autor, RUEDA MARTÍN: *La teoría*, p. 264 y ss.; LA MISMA, *Revista penal* 9 (2002), p. 126, nota 38.

183 Admite, sin embargo, excepciones en caso de manifestarse objetivamente una voluntad delictiva, KÜPPER: *GA* 1987, p. 402.

184 Vid., de manera general, JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 156.

185 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 24, n.m. 17; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 156 y s.

ralmente[186]. Por ejemplo, el asesor que absuelve una consulta sobre determinados puntos de la regulación tributaria, no podrá responder penalmente en el delito de defraudación tributaria cometido por su cliente con la información recibida. La falta de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación pueda suponer un futuro uso delictivo[187], ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder[188]. Lo que resulta debatido en la doctrina penal es si, en estos casos, el conocimiento cierto del uso delictivo convierte el aporte neutral en uno con sentido delictivo. Eso se verá en el apartado siguiente.

b.2.4) La pérdida de neutralidad del aporte

La neutralidad de la conducta debe ser establecida en función del contexto social en el que tiene lugar[189]. Lo que es neutral en un contexto, no tiene por qué serlo en otro. Si el contexto social determina que una conducta sea considerada neutral, entonces entrará a tallar la prohibición de regreso, impidiendo que la imputación penal alcance al que ha realizado dicha conducta[190]. Un caso especialmente problemático es lo que se conoce como "contexto caótico", en el que se suprimen las condiciones básicas para la separación de los ámbitos de responsabilidad y, por lo tanto, impide sostener la neutralidad que, en una situación normal, tendría el aporte[191]. Así, si quien participa en una trifulca en la entrada de una ferretería, entra a este establecimiento y pide al dependiente que le venda inmediatamente un hacha o una palana, no hay duda que la conducta de venta no podrá ser considerada neutral y, por lo tanto, el vendedor no podrá invocar en su defensa una prohibición de regreso. No obstante, debe quedar claro que, en tales casos, no es que los conocimientos especiales del aportante valgan para imputarle responsabilidad penal, sino que sencillamente no existe una conducta neutral[192].

186 Vid. Jakobs, en *Estudios*, p. 217.

187 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 157; Frisch: *Comportamiento típico*, p. 306.

188 Vid. Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 157 y s.

189 Igualmente, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 80; Caro/Polaino, en *LH-Paredes Vargas*, p. 77; Tisnado Solís: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 256.

190 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 165. En la doctrina nacional, Figueroa Cortez: *Actualidad Penal* 1 (2014), p. 180 y s. En la jurisprudencia nacional puede citarse especialmente el R.N. N° 2242-2011-Huancayo.

191 Vid., Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 164. Críticamente, Robles Planas: *Garantes y cómplices*, p. 84 y ss.

192 En el mismo sentido, Caro/Polaino, en *LH-Paredes Vargas*, p. 82 y s.

Una conducta no mantiene siempre su carácter neutral, sino que puede abandonarlo y constituir, por ello, un riesgo penalmente prohibido. Los criterios ofrecidos por la doctrina penal para afirmar la tipicidad objetiva de un aporte profesional o estereotipado son de distinto orden. Unos recurren a criterios cuantitativos como, por ejemplo, "*que el comportamiento del partícipe sea esencial para la realización del hecho principal*" [193] o "*que la prohibición de este comportamiento sea relevante para la protección del bien jurídico*"[194]. Otros recurren, más bien, a criterios cualitativos como "*la solidaridad con el autor*"[195] o "*que su aporte posea una referencia de sentido claramente delictiva*"[196]. En una variante intermedia, algunos autores utilizan un criterio mixto basado en la cualificación y cuantificación del riesgo[197]. Como puede verse, existe una amplia paleta de alternativas que lleva a reducir sustancialmente la posibilidad de consenso en la solución del problema del límite de la neutralidad del aporte.

Para determinar en qué momento un aporte neutral llega a alcanzar relevancia típica, resulta necesario, a nuestro modo de ver, recordar el fundamento por el cual una prestación profesional o estereotipada exime de responsabilidad penal; esto es, la delimitación de los ámbitos de responsabilidad. La idea central es que el que realiza una conducta neutral no puede ser responsabilizado penalmente por la utilización de su aporte en ámbitos que no organiza o por los que no se encuentre institucionalmente obligado. Mientras se mueva en el marco de su libertad organizativa o en el cumplimiento de los deberes positivos de base institucional, su actuación no puede perder su carácter lícito, aunque cognitivamente pueda ser posible su uso delictivo. Hasta aquí no parece haber mayor discusión. Sin embargo, el consenso doctrinal se rompe cuando el que lleva a cabo la conducta neutral conforme al rol general o a uno especial, sabe, por canales informales o fortuitamente, el aprovechamiento delictivo de su comportamiento por parte de otro[198].

El carácter permitido de una conducta neutral no debería cambiar por el hecho de que sea previsible una futura utilización del aporte por parte de otro en

193 Vid., en este sentido, WEIGEND: *FS-Nishihara*, p. 208 y ss. En la misma línea se encuentra SAMSON/SCHILLHORN: *Wistra* 2001, p. 5 con base en la idea de que el aporte haya sido útil para el hecho principal.

194 En este sentido, LÜDERSSEN: *FS-Grünwald*, p. 341.

195 Vid., en este sentido, SCHUMANN: *Handlungsunrecht*, p. 56 y ss.; SCHILD-TRAPPE: *Harmlose Gehilfenschaft*, p. 188 y ss.

196 En este sentido, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 300 y ss. (espec. p. 311 y s.); EL MISMO, *FS-Lüderssen*, p. 546, aunque no para todos los supuestos de acciones neutrales.

197 Vid., en este sentido, ROGAT: *Zurechnung*, p. 147 y ss.

198 Vid., CARO/POLAINO, en *LH-Paredes Vargas*, p. 64.

un eventual contexto delictivo[199]. Una imputación del comportamiento no puede sustentarse con la sola realización de una conducta causal evitable[200], siendo necesario, más bien, que esta conducta constituya objetivamente una infracción del rol general de ciudadano[201]. Un sector de la doctrina penal sostiene, sin embargo, que si al agente le consta, al momento de su prestación, el futuro uso delictivo, será posible fundamentar su participación punible[202]. El carácter inicialmente neutral del aporte se perderá, por lo tanto, si el aportante tiene conocimiento cierto de su futuro uso delictivo. Otro sector de la doctrina penal, por el contrario, vincula el criterio de determinación de la competencia penal por el aporte a un plano estrictamente objetivo, señalando que la conducta sólo dejará de ser neutral si se enmarca objetivamente en un contexto marcadamente delictivo[203]. Para que la conducta del aportante sea punible, sus labores deben haber abandonado objetivamente el carácter de una actuación estereotipada y constituir una adaptación de su aporte a la comisión de un hecho delictivo[204]. Los conocimientos especiales son, al respecto, objetivamente irrelevantes[205].

En principio, nos inclinamos por la solución objetiva del límite de las conductas neutrales, pues encierra una gran contradicción darle a un elemento subjetivo la capacidad de cambiar el sentido objetivo de una conducta[206]. La tesis de la relevancia objetiva de los conocimientos especiales confunde, al final, la moralidad con la juridicidad[207]. No obstante, hay que precisar cómo se configura el criterio objetivo del rol para determinar los ámbitos de responsabilidad. Como fue expues-

199 Vid., en este sentido, Jakobs: *PJ* 59, p. 140 y ss.; El Mismo, *LH-Gimbernat*, I, p. 1069 y s.

200 Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 243.

201 Vid., en este sentido, Lesch: *Das Problem*, p. 283.

202 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 28; El Mismo, *FS-Tröndle*, p. 190 y ss.

203 Vid., en este sentido, Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 164. Anteriormente Jakobs, en *Estudios*, p. 260, hizo referencia a los criterios de "la definición del comportamiento como parte de un plan delictivo" y "la adaptación del comportamiento únicamente al plan de otro". Similarmente, Derksen: *Handeln*, p. 84; Lesch: *JR* 2001, p. 387; Pérez Manzano: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 831 y s.; Caro John: *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, p. 136 y ss.; Caro/Polaino, en *LH-Paredes Vargas*, p. 75 y ss.; Caro John: *Manual*, p. 79 y ss.

204 No basta un escenario delictivo [como lo sostiene Urrutia Oré: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 96 (2017), p. 58], sino que debe existir una adaptación del aporte neutral a dicho contexto delictivo.

205 Vid., sobre la irrelevancia de los conocimientos especiales, Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 163; El Mismo, en *Estudios*, pp. 214, 235 y ss.; El Mismo, *RPDJP* 5 (2004), p. 229; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 81 y s.; Lesch: *JR* 2001, p. 387. En nuestro país del mismo parecer, Caro John: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 356; El Mismo, *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 86 y ss.

206 Así, Feijoo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 212.

207 En este sentido, claramente, Jakobs: *LH-Gimbernat*, I, p. 1070.

to de manera general, la persona asume en sociedad dos tipos de rol jurídicamente relevantes: El rol general de ciudadano y determinados roles especiales. En el primer caso, al ciudadano le corresponde administrar libremente su propia actividad con el deber negativo de no lesionar a terceros. No hay, por tanto, en este ámbito de actuación un rol de médico, de abogado, de mozo, de taxista etc.[208], sino el rol general de cuidar que la actividad que uno realiza no afecte a terceras personas[209]. La pregunta que surge en este contexto de ideas es si el rol general de ciudadano obliga a una persona, que tiene ciertos conocimientos especiales ajenos a su ámbito usual de actuación, a evitar lesionar a otro. Una respuesta general es inapropiada, por lo que resulta necesario hacer ciertas distinciones fundamentales.

Existen actividades que implican la gestión de situaciones objetivamente peligrosas (manejo de automóviles o maquinarias) y actividades que no se muestran objetivamente como peligrosas (venta de útiles escolares, panes, etc). Solamente en el primer caso, los conocimientos especiales adquieren relevancia objetiva en cuanto al cumplimiento del rol general de ciudadano de no dañar a otros, pues la asunción de la gestión de un riesgo implica necesariamente una obligación jurídica de evitar, con todos los conocimientos disponibles, que el riesgo se torne en lesivo[210]. De otra forma, no se explicaría que el Derecho permita a los particulares la administración de bienes o la realización de actividades riesgosos. Jakobs admite esta lógica al dar relevancia a los conocimientos especiales en el caso del manejo de riesgos especiales[211]. Por el contrario, si la actividad se refiere a ámbitos que se muestran objetivamente como inocuos, los conocimientos especiales no podrán fundamentar una imputación objetiva del comportamiento delictivo.

La regla expuesta se invierte en ciertos casos de excepción, en el sentido de que los conocimientos especiales fundamentarían una responsabilidad penal en la gestión de riesgos socialmente inocuos, mientras que no lo harían a pesar de tratarse de la gestión de riesgos especiales. El primer caso se presenta cuando el actuante incorpora el conocimiento especial en el manejo del riesgo de su conducta, de manera tal que la conducta deja de ser inocua para convertirse en una gestión propia del riesgo[212]. Por ejemplo, el autor sabe que hay una bomba en el avión

208 Vid., en este sentido, Feijoo Sánchez, en *LH-Bacigalupo* (España), p. 239, nota 8; El Mismo, *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 239. De una naturaleza sociológica, por el contrario, parecer ser el concepto de rol manejado por Caro John: *Das erlaubte Kausieren*, p. 101 y ss.; Vásquez Shimajuko: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 110 (2018), p. 76 y s.

209 Similarmente, Piña Rochefort, en *LH-Jakobs* (Colombia), p. 53.

210 Vid., similarmente Robles Planas: *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 399, respecto de los casos en los que el sujeto asume la gestión de ámbitos peligrosos.

211 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 215.

212 Vid., así, Caro John: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 357.

que le recomienda abordar a la víctima. El segundo caso tiene lugar cuando el Estado asume la labor de determinar las incumbencias de conocimiento del agente en la administración y gestión de riesgos especiales. En este caso, si las incumbencias de conocimiento se regulan jurídicamente, los conocimientos especiales más allá de los requeridos jurídicamente no podrán fundamentar una imputación jurídico-penal[213]. GUILLERMO BRINGAS justifica adecuadamente esta solución en el sentido de que si el Estado decide centralizar los criterios de una correcta administración de riesgos especiales, este recorte de libertad tiene como contrapartida la limitación del propio Estado de no poder exigir conocimientos más allá de los que está obligado el sujeto por la reglamentación sectorial correspondiente[214]. Así, por ejemplo, si la regulación administrativa de la actividad bancaria impone ciertas incumbencias de conocimiento a los funcionarios bancarios para impedir actos de lavado de activos, el conocimiento o sospecha de un funcionario más allá del estándar exigido por las normas administrativas, no podrá fundamentar una responsabilidad penal. Los conocimientos especiales jurídicamente no relevantes no pueden sustentar, en estos casos, la imputación objetiva del comportamiento.

b.2.5) Competencia por otras razones

Conviene remarcar finalmente que, aun cuando se determine que el que realiza una prestación neutral se mantiene en el marco de lo socialmente adecuado y, por lo tanto, sin relevancia típica, esta situación no anula la existencia de otros deberes jurídico-penales que pueden dar pie a una responsabilidad penal por su infracción. En este orden de ideas, si al sujeto que presta un aporte socialmente aceptado le asiste alguna posición de garantía[215] o, mejor dicho, otro deber de naturaleza organizativa (introducción de un riesgo especial[216], por ejemplo) o un deber institucional especial[217] (confianza especial, por ejemplo) o un deber de solidaridad

213 En esta línea, ROBLES PLANAS: *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 397, quien determina la conducta estándar con criterios jurídicos y extrajurídicos.

214 Vid., así, GUILLERMO BRINGAS: *Iuris lex societas*, 1 (2006), p. 281.

215 Vid., así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 24, n.m. 19; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 159 y s.; FRISCH, *Comportamiento típico*, pp. 267 y ss., 374 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 407 y ss.; CARO JOHN: *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, p. 154 y ss.; MEDINA FRISANCHO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (agosto de 2010), p. 70.

216 Así se solucionarían los casos de un favorecimiento posterior al inicio del hecho delictivo. Vid. sobre estos casos, JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 164; WOHLERS: *NStZ* 2000, p. 174; FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 400 y s.

217 Así, CARO JOHN: *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, p. 185 y ss.; EL MISMO, *Manual*, p. 82 y ss.

mínima (omisión del deber de socorro o de denuncia)[218], entonces una responsabilidad penal podrá tener lugar en caso que esos deberes se infrinjan. El único aspecto que la prohibición de regreso excluye es la responsabilidad penal por la prestación estereotipada en sí misma, pero no la derivada de cualquier otra razón penalmente relevante[219].

b.3) El ámbito de competencia de la víctima

b.3.1) Concepto

La figura de la víctima ha estado presente en las construcciones jurisprudenciales y doctrinales del Derecho penal desde hace mucho tiempo[220]. Si bien actualmente se habla de un "redescubrimiento de la víctima"[221], lo cierto es que en el marco de la dogmática penal esta tendencia debe entenderse, más bien, como el descubrimiento de la utilidad que la teoría de la imputación objetiva tiene en la solución de la problemática del comportamiento de la víctima[222]. En este sentido, son cada vez menos las fundamentaciones dogmáticas que ubican esta cuestión fuera del ámbito de la teoría de la imputación objetiva, como lo hicieron, por ejemplo, las que procuraron solucionarla en el ámbito subjetivo como un supuesto de falta de previsibilidad de la lesión por parte del autor[223], las que se movieron en el terreno de la causalidad mediante la llamada teoría de la "media causación"[224] o la teoría de la concurrencia de culpas[225], o las que consideraron que se trataba de un problema específico de los delitos culposos respecto de la configuración del deber

218 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 24, n.m. 20; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 160; Frisch: *Comportamiento típico*, p. 276 y s.; Feijoo Sánchez: *Imputación objetiva*, p. 402 y ss.; Caro John: *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, p. 157 y ss.

219 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 160; El Mismo, en *Estudios*, p. 216. Igualmente, en la doctrina nacional, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 151.

220 Vid., Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 109.

221 Se trata de un redescubrimiento de la víctima que se refleja en diversos sectores (Criminología, Política criminal, Derecho procesal penal, Derecho penal material). Sobre esto vid., Neumann, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 225 y ss.; Derksen: *Handeln*, p. 14 y ss.; Cancio Meliá: *RPDJP* 1 (2000), p. 19 y ss.

222 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 109; Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 325 y ss.

223 Vid., sobre esto, la completa exposición de Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 156 y ss. Vid., referencias jurisprudenciales en Derksen: *Handeln*, p. 22, nota 63. En la jurisprudencia peruana acude al criterio de la previsibilidad, la sentencia de la Sala Superior Penal, Exp. Nº 550-98 de 24 de abril de 1998 (Bramont-Arias Torres: *Jurisprudencia en materia penal*, p. 59).

224 Vid., esta teoría en Binding: *Normen* IV, p. 587 y ss.

225 Vid., Quintano Ripollés: *Derecho penal de la culpa*, p. 321 y ss.

objetivo de cuidado[226]. No obstante, el consenso de la doctrina dominante alcanza sólo a la ubicación del problema de la conducta de la víctima al interior de la teoría de la imputación objetiva, pues sobre su concreta configuración dogmática reina todavía cierta polémica[227].

En una explicación funcional de la imputación objetiva cabe reconocer dos razones por las que las consecuencias de un hecho penalmente relevante deben ser asumidas por la víctima: o porque nadie resulta competente por el delito (el caso de un infortunio), o porque ella ha "actuado a propio riesgo"[228]. De estas dos posibles razones para cargar a la víctima con la producción de un resultado lesivo, solamente la segunda constituye, en sentido estricto, un caso de competencia suya[229], ya que en el caso del infortunio no tiene lugar propiamente una atribución del hecho al ámbito de responsabilidad de la víctima, sino simplemente que sobre sus espaldas debe pesar la desgracia. Una competencia de la víctima sólo podrá sostenerse, en sentido estricto, cuando ella, en tanto persona responsable, ha actuado a propio riesgo.

b.3.2) Fundamento

El principio de autorresponsabilidad establece que todo ciudadano debe de responder por sus propios actos. Dado que la víctima es también un ciudadano, tendrá que cargar con el resultado lesivo que pueda producir su actuación responsable. Bajo este contexto explicativo, queda claro que el principio de autorresponsabilidad es el fundamento por el cual la víctima termina siendo competente por el perjuicio sufrido como consecuencia de su propia actuación[230]. Debe hacerse, sin

226 Vid., sobre esto, Walther: *Eigenverantwortlichkeit*, p. 21 y ss.; Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 166 y ss., con referencias.

227 Vid., en este sentido, Walther: *Eigenverantwortlichkeit*, p. 40 y ss.; Derksen: *Handeln*, p. 30 y ss.; Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 349 y ss.

228 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 109 y s. En la misma línea, Neumann, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 240 y s.

229 Utilizan el término competencia de la víctima, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 104; El Mismo, en *Estudios*, p. 359; Frisch: *NStZ* 1992, p. 5. Prefiere hablar de imputación a la víctima, Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 327 y s.

230 Vid., sobre el principio de autorresponsabilidad, con diferentes matices, Frisch: *NStZ* 1992, p. 3; Walther: *Eigenverantwortlichkeit*, p. 79 y ss.; Zaczyk: *Strafrechtliches Unrecht*, p. 19 y ss.; Freund: *Erfolgsdelikt*, p. 200; Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 299 y ss.; Feijoo Sánchez: *Imputación objetiva*, p. 486 y ss.; Reyes Alvarado: *Imputación objetiva*, p. 52 y s. En la doctrina nacional, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 322; Medina Frisancho: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (2010), p. 72; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 64 (2014), p. 60; Calcina Hancco: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 82 (2016), p. 78 y s.; Caro John: *Manual*, p. 89. Crítico, Luzón Peña: *Actualidad Penal* 27 (2016), p. 144 y s.

embargo, la precisión de que esta competencia de la víctima no se expresa bajo la forma de un padecimiento de pena, sino, más bien, como la asunción de las consecuencias lesivas del suceso.

La competencia de la víctima no es absoluta, en la medida que puede sufrir ciertos recortes normativos. Por un lado, el principio de autorresponsabilidad decae cuando tienen lugar situaciones de superioridad en las que la víctima es instrumentalizada por el autor[231] (por ejemplo, el funcionario penitenciario que obliga al preso a dormir sin ropa, enfermándose este último gravemente o la persona que se aprovecha de una relación de superioridad para mantener relaciones sexuales con una menor de 14 años[232]). Por otro lado, la autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima[233] derivados de un rol especial del autor que mantiene su competencia por el hecho, aun cuando la víctima actúe a propio riesgo (por ejemplo, el padre no puede dejar que el hijo menor de edad se suba a las barandas del balcón).

b.3.3) Las formas de manifestación

La actuación a propio riesgo de la víctima puede presentarse de dos maneras distintas. Por un lado, están los casos en los que la víctima infringe incumbencias de autoprotección en situaciones de riesgo que, de haberlas observado, le habría preservado de las consecuencias perjudiciales. Por otro lado, la actuación a propio riesgo puede tener lugar también en los casos en los que existe un acto de propia voluntad de la víctima (consentimiento) en relación con la afectación de bienes jurídicos suyos disponibles. Antes de entrar en un análisis detenido de cada uno de estos supuestos de actuación a propio riesgo, conviene dejar establecido que esta diferenciación de supuestos, no significa una reedición de la teoría que distingue la participación en la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida[234], sino que, por el contrario, el planteamiento aquí propuesto se asienta en criterios dogmáticos completamente diferentes. El que la víctima se ponga en peligro ayu-

231 Vid., Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 347 y ss. Como lo señala Feijoo Sánchez: *Imputación objetiva*, p. 456, existe en estos casos una orientación a los supuestos de autoría mediata.

232 Así el muy interesante desarrollo hecho por Rosillo Sánchez, en *Estudios críticos*, p. 368 y ss.

233 Vid., Frisch: *Comportamiento típico*, p. 194 y ss.; Puppe: *La imputación del resultado*, p. 237 y ss.; Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 355; El Mismo, *RPDJP* 1 (2000), p. 51 y s.

234 Utilizan esta diferenciación Roxin: *FS-Gallas*, p. 249 y ss.; El Mismo, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 86 y ss.; El Mismo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 55 (2014), p. 73 y ss.; García Álvarez: *La puesta en peligro*, p. 36; Luzón Peña: *Actualidad Penal* 27 (2016), p. 142 y s., con correcciones.

dado por otro o sea ella la que autorice a que otro la ponga en peligro, es una diferencia fenomenológica que no tiene ninguna relevancia normativa desde el punto de vista del principio de autorresponsabilidad[235].

La víctima infringe sus incumbencias de autoprotección[236], cuando, ante una situación de riesgo, actúa de una manera tal que pueden esperarse razonablemente consecuencias lesivas para ella[237]. Se trata, por tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta una incumbencia suya protegerse a sí misma[238]. Ya que la complejidad de los contactos sociales genera no sólo mayores beneficios para el progreso de la sociedad, sino también mayores riesgos, parece lógico que el sistema jurídico atribuya un conjunto de incumbencias de autoprotección a las personas. La infracción de estas incumbencias hace que, en determinados casos, los sujetos que produjeron causalmente la lesión, no respondan penalmente o sólo lo hagan de manera parcial en caso de mantener ciertas competencias por el dominio del riesgo. Por ejemplo, si una empresa pone en el mercado un producto que puede resultar peligroso si no se usa según las instrucciones anexadas[239], los directivos de la empresa no responderán por el peligro generado por el uso incorrecto del producto[240]. Una competencia conjunta se presentaría, por ejemplo, si la víctima viaja como pasajero sin casco en una motocicleta, resultando lesionada en la cabeza por un accidente causado por la excesiva velocidad del conductor.

---

235 Vid., Frisch: *Comportamiento típico*, p. 101 y ss.; Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 245 y ss.; Kretschmer: *NStZ* 2012, p. 180; Caro John: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 150; El Mismo, *Manual*, p. 89.

236 Preferimos utilizar el término incumbencia (*Obliegenheit*) debido a que no se trata propiamente de deberes de la víctima, sino de criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia [Donatsch: *SchwZStr* 105 (1888), p. 379]. Vid. sobre la inexistencia de deberes propiamente de la víctima, Silva Sánchez: *LH-Beristain*, p. 641; Cancio Meliá: *Conducta de la víctima*, p. 348; Donatsch: *SchwZStr* 105 (1888), p. 365 y s., respecto de la protección de los bienes personales; Medina Frisancho: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (agosto de 2010), p. 73.

237 Vid., Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 111. Está claro que solamente podrá hablarse de incumbencias de autoprotección en la medida que la víctima sea un sujeto responsable (vid., así, Frisch: *Comportamiento típico*, p. 172 y ss.).

238 En este sentido, admitimos la indicación de Jakobs: *Imputación objetiva*, p. 111, de que la infracción de las incumbencias es el reverso del quebrantamiento culposo del rol por parte del autor.

239 Sobre los deberes de información de los fabricantes sobre los potenciales peligros en el uso de los productos, Frisch: *Comportamiento típico*, p. 218 y ss.

240 Vid., en el mismo sentido, Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 105; Iñigo Corroza: *La responsabilidad*, p. 147.

La figura del consentimiento constituye otra especificación de la esfera de competencia preferente de la víctima en la atribución objetiva de riesgos[241], cuyo efecto exonerador de la responsabilidad penal está previsto expresamente en el artículo 20 inciso 10 del CP. Lo usual es fundamentar su relevancia exoneratoria de responsabilidad en la capacidad del sujeto de gestionar libremente sus propios intereses[242]. No obstante, en la actualidad se intenta dejar de lado este instituto jurídico-penal debido al fuerte contenido subjetivo que posee[243]. Por nuestra parte, consideramos que el uso del consentimiento en la teoría de la imputación objetiva ofrece todavía importantes ventajas dogmáticas que no pueden obviarse, aunque para ello deba dejar de entendérsele como un dato psíquico y considerarlo, más bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad[244]. El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal[245], de manera que, en caso de realizarse el peligro, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima.

Podría argumentarse, en contra del reconocimiento del consentimiento como una forma de competencia de la víctima, que éste constituye también una infracción de las incumbencias de autoprotección y que, por ello, una diferenciación resulta ociosa. Ante esta afirmación cabe responder que la distinción entre la simple infracción de incumbencias de autoprotección y el consentimiento tiene relevancia no sólo en el plano subjetivo, sino también objetivo, pues mientras la primera está referida a conductas peligrosas potencialmente lesivas, el segundo tiene que ver con conductas directamente lesivas. Sobre la base de esta distinción, resulta lógico que las consecuencias penales no necesariamente coincidan. Por ejemplo: ¿tiene acaso el fabricante que vende un producto defectuoso a un comprador que ha sido informado de los defectos de fabricación del producto igual responsabilidad penal que aquél que vende un producto defectuoso a un consumidor que lo utiliza incorrectamente? No cabe duda que en el primer caso una responsabilidad del fabricante se encuentra excluida, mientras que en caso de infracción de incumbencias de au-

241 Vid., CANCIO MELIÁ: *Conducta de la víctima*, p. 203; FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 475. En la doctrina nacional, como causa de exclusión de la imputación objetiva, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 341; PÉREZ LÓPEZ, en *Estudios críticos*, p. 148.

242 En la doctrina nacional, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 326 y s.; CRUZ DEL CARPIO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 104 (2018), p. 83.

243 Vid., en este sentido, CANCIO MELIÁ: *Conducta de la víctima*, p. 190; EL MISMO, *RPDJP* 1 (2000), p. 28 y s.

244 Se trata, por tanto, del dato objetivo de aceptación de una conducta peligrosa. Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 221. En el mismo sentido, aunque en un contexto más general, CANCIO MELIÁ: *Conducta de la víctima*, p. 331.

245 Similarmente, CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro*, p. 98 y s.

toprotección se mantiene todavía una competencia del fabricante por el producto defectuoso[246].

A través del consentimiento previo la víctima autoriza al autor la lesión de bienes jurídicos de carácter disponible[247]. Sólo el titular del bien jurídico puede permitir válidamente una injerencia sobre el mismo, siempre que se trate, claro está, de un bien jurídico disponible. No hay mayor discusión para negarle el carácter de disponible a los bienes jurídicos supraindividuales[248], pero en relación con los bienes jurídicos existenciales como la vida o la integridad física el debate se ha encendido en los últimos tiempos a raíz de la llamada "muerte digna" y los trasplantes de órganos[249]. Dado el reconocimiento de una dignidad humana absoluta de naturaleza indisponible, no parece posible compatibilizar esta dignidad con la admisión de una muerte voluntaria. Tal es el sentido de la incriminación de la instigación o ayuda al suicidio en el artículo 113 del CP[250]. En cuanto a la disposición de la salud que no implica una eliminación de la existencia de la persona, resulta ciertamente posible ponderar la finalidad de esa disposición de cara a determinar la validez del consentimiento[251].

El consentimiento debe expresarse a través de una voluntad objetivada[252] que ponga de manifiesto, de forma expresa o concluyente, la conformidad del titular con la afectación que recae sobre su bien jurídico[253]. La simple pasividad de la víctima es insuficiente[254], del mismo modo que tampoco cabe aceptar un consentimiento imprudentemente emitido, más allá de que pueda tratarse este supuesto como una actuación a propio riesgo, es decir, como una infracción de las incumbencias de autoprotección[255]. Lo que, por el contrario, sí resulta posible admitir es un consentimiento presunto, el cual se presentará en los casos en los que, si bien no se cuenta con el consentimiento efectivamente dado por el titular del bien jurídico, por encontrarse ausente o inconsciente, es seguro que, de poder hacerlo, lo habría

246 Vid., en este sentido, Iñigo Corroza: *La responsabilidad*, p. 155 y s.

247 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, 7, n.m. 111.

248 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 12, n.m. 1335; Cruz del Carpio: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 104 (2018), p. 86.

249 Vid., Reátegui Sánchez: *Derecho Penal*, PG, p. 192 y ss.; Pérez López, en *Estudios críticos*, p. 162; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 327.

250 Igualmente, Cruz del Carpio: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 104 (2018), p. 87.

251 En la misma línea, Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 122.

252 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, 7, n.m. 115.

253 De una autorización expresa o tácita hablan Pérez López, en *Estudios críticos*, p. 137; Cruz del Carpio: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 104 (2018), p. 88.

254 Así, Pérez López, en *Estudios críticos*, p. 165.

255 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, 7, n.m. 129.

dado[256]. Lo que no puede eliminar la relevancia típica del hecho es el consentimiento emitido con posterioridad[257].

El consentimiento de la víctima puede verse afectado por circunstancias que le restan validez. Así, la competencia de la víctima no puede sostenerse en los casos en los que su consentimiento resulte afectado por factores distorsionantes, esto es, que la víctima no ha sido, o ya no es, una persona responsable[258]. En unos casos puede ser que la víctima no cuente o pierda la facultad natural de discernir y, por lo tanto, de comprender la relevancia de sus actos, lo que afecta evidentemente su capacidad para consentir (el caso de los niños o los enfermos mentales)[259]. Esta capacidad no necesariamente se identifica con la imputabilidad penal o la capacidad civil de ejercicio, sino con la suficiente madurez para decidir sobre el bien jurídico concretamente afectado. En otros casos, puede ser que se trate de una persona con capacidad de consentir, pero la presencia de un vicio de la voluntad afecta la libertad del consentimiento (el error o la violencia)[260] o la insuficiencia de la información suministrada no permite un consentimiento debidamente ponderado[261].

c. Figuras típicas que se configuran con la imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento, como primer elemento de la imputación objetiva, puede fundamentar, por sí sola, la realización del tipo objetivo de determinadas figuras delictivas. Se trata concretamente de los delitos de mera conducta, los delitos de peligro abstracto, la tentativa en los delitos dolosos de resultado y los delitos de emprendimiento. En estos casos, no se requiere adicionalmente de una imputación objetiva del resultado para sostener la realización del tipo objetivo, pues la norma penalmente garantizada se defrauda con el primer elemento de la imputación objetiva. Sin embargo, la verificación de un resultado objetivamente imputable puede traer consigo un cambio en la razón de la responsabilidad penal,

256 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 345. Críticamente, por el contrario, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 336 y s.

257 Vid., OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 108; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 335.

258 Vid., en este sentido, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 188.; ARMAZA GALDÓS: *RDPC* 1 (1998), p. 119 y ss. Considera que incluso situaciones de déficit relativo fundamentan la autorresponsabilidad, FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 487.

259 Vid., OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 115; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 332; PÉREZ LÓPEZ, en *Estudios críticos*, p. 162; CRUZ DEL CARPIO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 104 (2018), p. 87.

260 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, 7, n.m. 116 y ss., con diversos matices.

261 Vid., MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 335. Sobre el consentimiento informado en ámbitos especiales como el tratamiento médico, REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 203 y ss.

o sea, que, por ejemplo, el delito de peligro cede ante la presencia de un delito de resultado o la tentativa deja su lugar al delito consumado.

c.1) Los delitos de mera conducta

Los delitos de mera conducta se oponen a los delitos de resultado, en tanto no exigen para su consumación un resultado diferenciable espacio-temporalmente de la conducta típica[262]. En este sentido, lo que caracteriza a esta figura delictiva es la ausencia de un resultado típico producido por el comportamiento del autor. Pero debe quedar claro que no es que en los delitos de mera conducta falte el desvalor de resultado[263] y que, por lo tanto, se trate de delitos formales, carentes de lesividad. Estos delitos cuentan con un desvalor de resultado, pero con la particularidad de que el resultado se da con la acción misma, no siendo posible separarlos en el análisis del tipo penal objetivo. A partir de esta idea, se han diferenciado los delitos de mera conducta de peligro (concreto o abstracto) y los delitos de mera conducta de lesión[264].

Si bien todos los delitos (incluida la tentativa) son normativamente de resultado, en tanto producen la defraudación de la norma, desde el punto de vista de los criterios de la imputación objetiva presentan ciertas diferencias estructurales en atención a si requieren de un resultado diferenciable de la conducta[265]. Los delitos de mera conducta se caracterizan por no tener precisamente un resultado diferenciado de la conducta típica, de manera que el juicio de imputación objetiva se centrará en dicha conducta sin que sea necesario vincularla objetivamente a un resultado concreto[266]. El comportamiento se imputará al autor con la sola ejecución del comportamiento típico, sin que sea necesario un juicio sobre la realización de un resultado diferenciable[267]. Por ejemplo, la imputación objetiva del delito de violación de domicilio del artículo 159 del CP se lleva a cabo con atribuir a una persona haber entrado en el domicilio ajeno sin la autorización del titular, sin que sea necesario vincular a esta conducta un resultado lesivo diferenciado.

---

262 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 103.

263 En esta línea, Acale Sánchez: *RDPC* 10 (2002), p. 26 y s.

264 Vid., Acale Sánchez: *RDPC* 10 (2002), p. 27.

265 Por eso en la doctrina penal italiana se diferencia entre el resultado y el daño, como lo informa Antolisei: *La acción y el resultado en el delito*, p. 117 y ss.

266 En el mismo sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 103.

267 Esta falta de necesidad no implica la imposibilidad de un castigo por tentativa, pues en estos delitos podría fundamentarse una sanción en grado de tentativa inacabada por la realización incompleta de la conducta típica. Vid., así, Abanto Vásquez: *Derecho penal económico*, p. 124 y s.

c.2) Los delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto se caracterizan por sancionar comportamientos peligrosos sin que efectivamente hayan puesto en peligro o lesionado un objeto que representa al bien jurídico[268]. Es la peligrosidad de la conducta lo que sustenta su incriminación penal. Por eso, no se trata, en estricto, de delitos de resultado, sino de mera conducta. Un claro ejemplo de delito de peligro abstracto es el delito financiero de concentración crediticia previsto en el artículo 244 del CP, en el que se sanciona la sola aprobación de créditos por parte de los administradores o representantes de las instituciones financieras por encima de los límites operativos legalmente establecidos, sin que sea necesario que se produzca un perjuicio o la puesta en peligro del patrimonio de la entidad financiera otorgante del crédito[269].

Para poder decidir cuándo tiene lugar la peligrosidad que fundamenta la imputación del comportamiento en los delitos de peligro abstracto, resulta necesario precisar primeramente qué se entiende por peligro. La discusión doctrinal sobre el concepto de peligro se centró inicialmente en su naturaleza. Mientras que la tesis objetiva lo definió como un hecho real, la tesis subjetivista lo consideró una representación del observador[270]. En la discusión actual, KINDHÄUSER se ha encargado de mostrar lo incorrecto de los planteamientos antes mencionados, al señalar que el peligro no es un juicio teórico, sino un juicio práctico, es decir, que no se trata de un juicio sobre un hecho puro, sino de un juicio normativo sobre las posibilidades de existencia de un bien[271]. En este sentido, la tarea principal en el ámbito de la imputación objetiva consiste en precisar los criterios normativos para poder afirmar la peligrosidad de la conducta típica.

La peligrosidad de una conducta que fundamenta el injusto penal en los delitos de peligro abstracto consiste en la infracción del deber general negativo atribuido al ciudadano. En estos delitos no interesa precisar si existe un peligro de lesión respec-

268 Vid., ZIESCHANG: *Die Gefährdungsdelikte*, p. 24 y ss.

269 En este sentido, GARCÍA CAVERO: *Derecho Penal Económico*, PE, III, p. 1666.

270 Vid., sobre estos dos criterios de definición del peligro, con referencias bibliográficas, KINDHÄUSER: *Gefährdung*, p. 198; EL MISMO, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 267 y s.; KISS: *El delito de peligro abstracto*, p. 59 y ss.

271 Vid., KINDHÄUSER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 268. Sobre la diferencia entre juicio teórico y juicio práctico, KINDHÄUSER: *Jura* 1984, p. 468. Un concepto normativo (valorativo) de peligro defienden, ESCRIVA GREGORI: *La puesta en peligro*, pp. 34, 104 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, PG, p. 306; MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro*, p. 117; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Delitos de peligro*, p. 37 y s.; CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro*, p. 45 y ss.; CEREZO MIR: *RDPC* 10 (2002), p. 52; CARO CORIA: *Derecho penal*, p. 465; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 18, n.m. 2038. Defiende, por el contrario, el concepto de peligro como un concepto teórico, PAREDES CASTAÑÓN: *El riesgo permitido*, p. 163, nota 22.

to de un objeto concreto, sino que la conducta *per se* constituye una perturbación social por su peligrosidad ordinaria, o más exactamente, por el cuestionamiento a la identidad normativa de la sociedad que produce[272]. Este cuestionamiento tiene lugar cuando el autor se organiza objetivamente de forma insegura frente a los demás, sin interesar si se ha afectado o no un objeto valorado positivamente. De lo que se trata es de enjuiciar de forma objetiva si la conducta del autor implica una falta de control o dominio de la propia esfera de organización que configura socialmente una situación de inseguridad para el disfrute racional de los bienes jurídicos[273]. Con base en estas ideas, puede concluirse que la fundamentación de la imputación objetiva en los delitos de peligro abstracto requiere solamente una imputación del comportamiento en el sentido de organización peligrosa insegura.

En los diversos delitos de peligro abstracto, la peligrosidad de la conducta puede alcanzar un mayor o menor grado de concreción sin llegar propiamente al terreno del peligro concreto[274]. En este sentido, la configuración de la imputación objetiva en los delitos de peligro abstracto puede presentar ciertas particularidades en función del grado o de la forma de expresión de la peligrosidad de la conducta recogida por el tipo penal. Por esta razón, los escritos especializados han propuesto diferenciar diversas formas especiales al interior de la categoría general de los delitos de peligro abstracto[275], las que pasaremos seguidamente a analizar de manera más detallada.

c.2.1) Delitos de peligro abstracto-concreto

Los delitos de peligro abstracto-concreto son aquéllos que sancionan conductas en las que falta una lesión o un peligro concreto porque ningún objeto de ataque se encuentra en el radio de actuación del autor[276]. La peligrosidad en estos delitos se manifiesta en la falta de dominio o incontrolabilidad del autor sobre la peligrosidad de la conducta, así como en la falta de competencia de otra persona por el dominio de los posibles riesgos derivados[277]. No obstante, la imputación objetiva en estos delitos requiere solamente una imputación del comportamiento peligroso, mas no un resultado de peligro concreto o lesión. Se necesita únicamente que la conducta haya sido capaz de producir, en las circunstancias específicas, un resultado de lesión

272 Vid., en el mismo sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 308 y s.

273 Vid., en este sentido, la propuesta de Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 335 y s.

274 Vid., así, Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 315.

275 Crítico frente a esta clasificación, Vílchez Chinchayán: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 165 y s.

276 Vid., Wohlers: *Deliktstypen*, p. 311. Vid., sobre esta forma delictiva, Zieschang: *Die Gefährdungsdelikte*, p. 52.

277 Vid., Wohlers: *Deliktsytypen*, p. 314.

o de peligro penalmente desvalorado, sin que se requiera que dentro de su radio de acción exista un objeto que represente el bien jurídico. Un ejemplo de delito de peligro abstracto-concreto es el delito de conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas del artículo 274 del CP.

Dentro de los delitos de peligro abstracto-concreto se encuentran como una clase específica los llamados delitos de aptitud o idoneidad (*Eignungsdelikte*)[278]. Lo particular de estos delitos reside en que la conducta peligrosa establecida por el tipo penal exige adicionalmente un elemento o circunstancia de aptitud o idoneidad para producir la lesión del bien jurídico. Esta exigencia no los convierte en delitos de peligro concreto[279], pues no es necesaria la puesta en peligro de un objeto que representa el bien jurídico, sino que basta la sola idoneidad de la conducta para producir dicha lesión. El delito de propagación de enfermedades contagiosas del artículo 289 del CP asume claramente esta estructura típica, pues criminaliza la conducta peligrosa de propagar una enfermedad, adicionando el tipo penal la exigencia de que esa enfermedad sea peligrosa o contagiosa para la salud de las personas.

c.2.2) Delitos de preparación

La regla general es que los actos preparatorios no entran en el ámbito de lo punible. No obstante, puede que, en determinados casos, la preparación de un hecho delictivo se muestre ya como la arrogación grave de un ámbito ajeno de organización y, por tanto, como una conducta penalmente relevante[280]. Un sector de la doctrina penal recurre a la idea del peligro a los bienes jurídicos para justificar la penalización de ciertas conductas de preparación[281]. Pero el recurso a esta idea no resulta plenamente convincente, ya que supondría fundamentar la punibilidad en un comportamiento sucesivo de carácter delictivo que todavía no tiene lugar, lo que implicaría, antes bien, entrar en la esfera interna del ciudadano y abandonar el principio del hecho[282]. Por esta razón algunos autores han propuesto poner el acento en una intensificación del lado subjetivo, al fundamentar el castigo de la preparación en la intención de dominar el contexto de peligrosidad de una lesión

278 Estos delitos son introducidos en la discusión de los delitos de peligro abstracto por SCHRÖDER: *JZ* 1967, p. 522. Posteriormente con un mayor desarrollo, HOYER: *Eignungsdelikte*, p. 95 y ss.

279 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 127.

280 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 305. Similarmente, WOHLERS: *Deliktstypen*, p. 336 y s.

281 Así, por ejemplo, MEINECKE: *Gesetzgebungssystematik*, p. 152; CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro*, p. 283; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 702 y s.

282 Vid., en este sentido, la crítica de JAKOBS, en *Estudios*, p. 310 y ss.

posterior del bien jurídico[283]. A nuestro modo de ver, este razonamiento termina sustentando el injusto del delito de preparación en un desvalor de la intención, lo que, a nuestro entender, no podría legitimar un juicio objetivo de antijuridicidad.

En consonancia con la comprensión que hemos asumido de la lesividad penal, el fundamento del castigo en los delitos de preparación debe encontrarse en el significado social que cabe atribuir a las conductas de preparación incriminadas como, en sí mismas, perturbadoras[284]. Esta perturbación social está provocada por la presencia de dos aspectos esenciales: La incalculabilidad de los posibles cursos lesivos que pueden derivarse de los actos de preparación y la especial importancia social de los bienes jurídicos que están en juego[285]. Bajo estas condiciones, la equivocidad del acto de preparación que justificaba su impunidad se pierde y, por lo tanto, se hace necesaria una respuesta normativa que le niegue pretensión de validez. Un delito de preparación es, por ejemplo, el delito de tráfico de precursores en materia de drogas, previsto en el artículo 296 B del CP.

En la línea de anticipar la tutela penal, el legislador penal ha comenzado en los últimos tiempos a criminalizar la mera tenencia de objetos peligrosos o la simple integración de organizaciones ilegales. Se castigan, así, actos que aún no producen una afectación al objeto que representa el bien jurídico, pero pueden llegar a hacerlo. Los primeros han sido calificados como delitos de tenencia o posesión que, como su propio nombre lo dice, sancionan la posesión de un objeto determinado[286]. A los delitos que sancionan la integración de una organización ilegal, se les conoce como delitos de estatus o de organización[287]. Debe hacerse la precisión de que no todos los delitos de posesión o estatus responden a la lógica de la anticipación. Así, los delitos de tenencia pueden estar referidos a una etapa postconsumativa (por ejemplo, la tenencia de material de pornografía infantil del artículo 183-A del CP)[288]. Del mismo modo, su fundamento dogmático no se reduce a la idea de la anticipación[289], por lo que se intenta encontrar otros criterios con los que justificar no sólo la criminalización, sino la medida de pena prevista.

---

283 Así, Puschke: *InDret* 4/2010, p. 6.

284 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 311.

285 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 312.

286 Vid., Pastor Muñoz: *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 37; Viveiros: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 83 (2016), p. 52 y ss.

287 Vid., con mayor detalle, Cancio Meliá: *Delitos de organización*, p. 15 y ss. En la doctrina penal nacional, Arismendis Amaya: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 89 (2016), p. 43 y ss.

288 Vid., Pastor Muñoz: *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 90 y ss.; Cox Leixelard: *Delitos de posesión*, p. 192.

289 Vid., al respecto, Cancio Meliá: *Delitos de organización*, p. 36 y ss.

c.2.3) Delitos de acumulación

Una especial discusión despertó en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente la formulación de KUHLEN referida a los delitos de acumulación. Este autor parte de la imposibilidad de calificar algunos ilícitos medioambientales como delitos de peligro o como delitos de lesión, pues su ofensividad no se encuentra en un daño directo al ecosistema, sino en un daño configurado cumulativamente. En efecto, estos delitos de acumulación sancionan acciones individuales que, por sí mismas, no pueden lesionar ni poner en peligro el medio ambiente, pero que vistas en conjunto con otras posibles infracciones sí podrían hacerlo[290]. El recurso a esta forma de tipificación estaría justificado en la necesidad de prohibir acciones de desprecio al medio ambiente que dejarían su cuidado al comportamiento de los otros ciudadanos. El desvalor de estos delitos no se encontraría en la contribución cumulativa, sino en el fenómeno colectivo de destrucción del medio ambiente.

La legitimidad de los delitos de acumulación ofrecida por KUHLEN ha sido criticada en el sentido de confundir funcionalidad con legitimidad[291]. Para evitar este reproche WOHLERS recurre a la idea de FEINBERG del rechazo a la utilización de los demás para el provecho propio (*freeloading*), lo que permitiría fundamentar el castigo de la afectación no consentida de concretos intereses personales de otros[292]. A partir de esta fundamentación de los delitos de acumulación, la discusión se trasladaría a la selección de las normas de conducta que pretenden concretamente penalizarse. Para decidir esta cuestión resulta necesario que se cumpla con dos requisitos: (a) la penalización debe limitarse a casos en los que los efectos cumulativos puedan esperarse de forma realista y (b) cada contribución cumulativa individual debe poseer un peso específico mínimo[293]. Si estos aspectos se encuentran presentes, podrá admitirse legítimamente la tipificación bajo la forma de un delito de acumulación.

En cuanto a la configuración de la imputación objetiva en los delitos de acumulación, debe señalarse que esta forma especial de tipificación sigue la regla gene-

290 Vid., KUHLEN: *GA* 1986, p. 399 y ss.

291 Vid., así, WOHLERS: *Deliktstypen*, p. 319. En el mismo sentido, HEFENDEHL: *RECPC*, 04-14 (2002), p. 10 y ss., recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf; ALCÁCER GUIRAO: *RECPC* 04-08 (2002), punto IV, resaltando que en la actual configuración del sistema de imputación jurídico-penal la fundamentación de los delitos de acumulación no resulta posible, recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html.

292 Vid., con más detalle, WOHLERS: *Deliktstypen*, p. 319 y ss. De acuerdo con la legitimidad de los delitos de acumulación, GRACIA MARTÍN, en *LH-Cerezo Mir*, p. 387; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 412 y s. En contra de los delitos de acumulación HERZOG: *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 144 y ss., por tratarse de una insoportable instrumentalización del Derecho penal para fines socio-pedagógicos; SILVA SÁNCHEZ: *La expansión*, p. 134 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 68, nota 62.

293 Vid., detenidamente, WOHLERS: *Deliktstypen*, p. 322 y ss.

ral establecida para los delitos de peligro abstracto[294], es decir, que su configuración no requiere la producción de un resultado de peligro o de lesión sobre el objeto que encarna el bien jurídico, sino que solamente bastará con la imputación del comportamiento. Un ejemplo de delito de acumulación lo constituye el delito urbanístico tipificado en el artículo 311 del CP, en donde se sanciona el simple uso con fines urbanísticos de terrenos agrícolas sin requerir una puesta en peligro o una lesión al medio ambiente o a uno de sus elementos[295]. La razón de la incriminación penal se encontraría en la representación hipotética de muchas infracciones a las normas urbanísticas.

c.3) La tentativa en los delitos dolosos de resultado

En los delitos dolosos de resultado, la tentativa constituye ya una infracción de la norma[296]. La punición de la tentativa requiere poder atribuir al ciudadano la creación de un riesgo prohibido mediante el incumplimiento del deber negativo que se deriva de su libertad de organización[297]. Sin esa infracción objetiva del deber, aun cuando se posea la voluntad de causar un daño, no podrá fundamentarse la imputación de una conducta en grado de tentativa[298]. En cuanto al tipo objetivo, la tentativa requiere de una imputación del comportamiento y la ausencia de la realización del riesgo prohibido en el resultado previsto por el tipo penal correspondiente[299]. Por el contrario, si se realiza también el resultado, entonces el castigo de la tentativa será consumido por el castigo del delito consumado. No obstante, parece también posible que la tentativa haya generado sólo un resultado de peligro concreto en un delito de lesión, de manera que esta concreción del riesgo podrá tenerse en cuenta en la individualización de la pena por tentativa, pero no podrá hablarse propiamente de un delito de lesión consumado.

---

294 Vid., en este sentido, WOHLERS: *Deliktstypen*, p. 309 y s. Por su parte, ZIESCHANG: *Die Gefährdungsdelikte*, p. 243 y s., considera que estos delitos son delitos de peligro potencial. Como un delito en el marco de bienes jurídicos institucionales, ALCÁCER GUIRAO: *REDPC* 04-08 (2002), parte VII.

295 Vid., la sentencia de la Corte Superior del Cono Norte de Lima Exp. N° 2987-97 de 3 de abril de 1998 (Academia de la Magistratura, *Serie de jurisprudencia* 4, p. 385 y s.).

296 En este sentido, JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 70.

297 Vid., en este sentido, VEHLING: *Abgrenzung*, p. 111 y ss.

298 Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 304; FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 61.

299 En el mismo sentido, pero con referencia a la llamada teoría del comportamiento típico, equivalente a la imputación del comportamiento, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 60 y ss.; FREUND: *Erfolgsdelikt*, p. 10; ALCÁCER GUIRAO: *ADPCP* 1996, p. 496. Ya en 1984, SILVA SÁNCHEZ: *ADPCP* 1984, p. 368 y s., expresaba esta misma idea con la creación de un riesgo típicamente relevante. Entiende, por el contrario, REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 327, que también en la tentativa se presenta una realización (distinta) del riesgo en el resultado.

c.4) Delitos de emprendimiento

Una imputación del comportamiento resulta igualmente suficiente para los llamados delitos de emprendimiento, esto es, para aquellos delitos cuyo tipo penal equipara la tentativa con la consumación[300]. En estos casos, la imputación objetiva no precisa de una vinculación normativa de la conducta típica con el resultado, sino de la sola infracción de las competencias de organización atribuidas al ciudadano. Un ejemplo de delito de emprendimiento en nuestra legislación penal lo constituye el artículo 241 inciso 2 del CP que sanciona por fraude en remates, licitaciones y concursos públicos al que intente alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio[301]. El efectivo alejamiento del resto de postores del concurso no constituye un elemento del tipo, por lo que el delito se consumará con la simple realización de acciones dirigidas a ello (la imputación del comportamiento)[302].

B. La imputación del resultado

En los delitos de resultado, el tipo objetivo requiere, además de la imputación del comportamiento, la producción del resultado típicamente establecido. Sin embargo, no basta que a la conducta penalmente relevante le suceda el resultado típico para poder hablar de un delito de resultado consumado, sino que resulta necesaria la existencia de una vinculación objetiva que explique que el resultado es consecuencia de la conducta típica[303]. Por mucho tiempo, se entendió que esta vinculación objetiva estaba constituida por una relación de causalidad, por lo que la tipicidad se afirmaba simplemente con acreditar un nexo de causalidad entre el comportamiento y el resultado típico. Esta idea se encuentra en la actualidad ampliamente superada. El hecho de que la causalidad no sea un tema indiscutido en las propias ciencias naturales, hace que no pueda ser trasladada, tal cual, al ámbito jurídico-penal. En este sentido, la determinación de la causalidad no es un trabajo de científicos naturales

300 Vid., sobre las particularidades de los delitos de emprendimiento, BURKHARDT: *JZ* 1971, p. 353; BERZ: *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 125 y ss.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 5; MEINECKE: *Gesetzgebungssystematik*, p. 67; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 697 y s., como una clase de los delitos de tentativa.

301 Vid., ABANTO VÁSQUEZ: *Derecho penal económico*, p. 124.

302 Hay que precisar que en la doctrina penal se califica a estos supuestos como delitos de emprendimiento impropios debido a que la acción típica requiere solamente una acción dirigida a un resultado, pero no la obtención del mismo. Vid., sobre los delitos de emprendimiento impropios, BERZ: *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 132 y s.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 7; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 700.

303 Vid., en este sentido, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 541.

al que simplemente se remiten los juristas, sino que es un trabajo jurídico que se sostiene ciertamente en determinados resultados de las ciencias naturales.

A lo anterior se suma el hecho de que la causalidad natural no es un criterio de vinculación objetiva con el resultado que esté presente en todas las formas de aparición de los delitos de resultado. En el caso de omisiones vinculadas a un resultado (por ejemplo, la muerte del niño recién nacido por omisión de la madre de darle alimento), no es posible hallar una relación de causalidad natural. La causalidad hipotética o jurídica alegada por algunos autores para vincular la omisión con el resultado en estos casos no es propiamente una relación de causalidad. Lo mismo sucede en el caso de los delitos cuyo resultado es un peligro concreto, pues no es posible establecer un vínculo causal entre la conducta peligrosa y el resultado de peligro. En tanto el peligro es un concepto normativo y no una realidad empírica, dicho peligro no puede ser explicado en los términos naturalistas de la causalidad. Así las cosas, la relación de causalidad solamente podría ser un criterio de vinculación objetiva en el caso de los delitos activos de lesión[304], siendo obligado reconocer que, incluso en tales casos, su determinación no es un trabajo descriptivo-experimental, sino comprensivo-valorativo.

En sintonía con lo anterior, la doctrina penal actual es prácticamente unánime al señalar que el resultado, para poder ser objetivamente imputado al autor, debe ser considerado, con base en criterios de valoración, como la consumación del comportamiento previamente atribuido al autor[305]. Se trata de lo que se ha venido a llamar como la imputación objetiva del resultado[306]. En consecuencia, no hay que simplemente verificar una relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado para poder considerar que el delito de resultado está consumado, sino que se debe llegar a determinar que el resultado es, normativamente hablando, la realización del riesgo penalmente prohibido creado por el comportamiento del autor[307]. Para ello, lo primero que debe tenerse en cuenta es que, en los delitos de resultado, la imputación del comportamiento, como se vio anteriormente, produce ya una defraudación de la norma que autoriza la imposición de una pena en grado de tentativa. Por lo tanto, la consumación se presenta como un aumento cuantitativo de la infracción de la norma producida ya por la imputación del comportamiento[308],

304 Similarmente, PÉREZ LÓPEZ: *Actualidad Penal* 40 (2017), p. 135 y s.

305 Vid., JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 174.

306 Vid., JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 173 y s.

307 En este sentido, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 556 y s.; CANCIO MELIÁ: *Líneas básicas*, p. 97 y s. En nuestros tribunales esta idea se viene aceptando ya desde hace varios años [vid., ROJAS VARGAS: *Diálogo con la jurisprudencia* 15 (1999), p. 99 y ss.]

308 Vid., en este sentido, JAKOBS: *JZ* 1988, p. 519. Similarmente, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 543 y ss., habla de un aumento del injusto por la producción del resultado.

por lo que el resultado no puede ser simplemente una consecuencia causal, sino una proyección de lo que hace prohibido el riesgo creado por la conducta del autor.

En lo que sigue, vamos a precisar primeramente cómo se establece el vínculo objetivo entre el comportamiento prohibido y el resultado típicamente relevante que permite tener por plenamente realizado el delito de resultado. De lo que se trata es de demostrar que no es posible sustentar esta vinculación objetiva únicamente en una relación de causalidad, sino que es necesario encontrar un criterio normativo que justifique imputar objetivamente el resultado al comportamiento penalmente prohibido. Posteriormente se abordarán los supuestos problemáticos en los que un resultado puede ser explicado por diversos riesgos, ofreciéndose criterios para una solución razonable. Finalmente, se hará una indicación de las figuras delictivas cuya realización típica requieren necesariamente de la imputación objetiva del resultado y las particularidades que adquiere en cada una de ellas.

a. El vínculo objetivo entre el comportamiento prohibido y el resultado

Con la desmitificación del mundo moderno se abandonó la comprensión de los sucesos acaecidos como hechos que escapan al control de los hombres[309]. El descubrimiento de las relaciones de causalidad trajo como consecuencia reconocerle al hombre una capacidad de manejar la producción causal de los sucesos y responder, por lo tanto, por lo causalmente producido. Bajo esta lógica, los resultados lesivos dejaron de ser una especie de maldición de los dioses o un capricho del destino para convertirse en el resultado de una actuación causal controlable por el autor. En efecto, el conocimiento de las leyes causales que gobiernan el mundo natural permitió que se le pudiese imputar objetivamente la producción de un resultado lesivo a quien manejó los factores causales de ese resultado. Al margen de lo objetivamente imputable quedaría aquello que no es causalmente esperable de la actuación del sujeto. En una sociedad que no se rige ya por el destino, sino por la planificación, al comportamiento del autor sólo se le podrá imputar aquél resultado previsible con el que se le pueda vincular causalmente[310].

Pese a las dudas que sobre la causalidad ha generado en la actualidad la física cuántica y la teoría de la relatividad de EINSTEIN, estos cuestionamientos no afectan el campo de actuación del mundo cotidiano, sino, más bien, el subatómico o ciertas situaciones especiales en dimensiones cósmicas[311]. En la interactuación social, por el contrario, la causalidad se mantiene aún sin mayor cuestionamiento como el

309 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 368.

310 Vid., este desarrollo argumental, JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 180 y ss. Vid., igualmente, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 111.

311 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 3.

dato explicativo de la producción de un resultado. Esta relevancia social de la causalidad explica que en el Derecho penal se le siga considerando el nexo objetivo que debe presentarse entre la conducta prohibida y el resultado lesivo. Sin embargo, como ya se indicó, esta comprensión se ha ido, por lo menos, relativizando, pues existen delitos de resultados en los que no es posible determinar una relación de causalidad natural, sino solamente una vinculación normativamente configurada (la omisión impropia o los delitos de peligro concreto). Por ello, una relación de causalidad natural entre la conducta prohibida y el resultado lesivo solamente se puede sostener en los delitos activos de resultado[312].

Lo anterior no significa que los delitos activos de resultado se satisfacen únicamente con una relación de causalidad entre la conducta y el resultado. Desde que Honig pusiera en evidencia que incluso en estos delitos no bastaba con acreditar la producción causal del resultado, la doctrina penal mayoritaria reconoce que la imputación del resultado a la conducta típica no se puede sustentar simplemente en la existencia de una relación de causalidad, sino que la primera se construye sobre la segunda. A esta comprensión de la imputación penal del resultado Cerletti le ha endilgado, sin embargo, certeras críticas de carácter lógico, en el sentido de que la causalidad no es una categoría previa a la labor normativa, sino que desde ya resulta seleccionada por el penalista en atención a sus propios fines[313]. No es, por lo tanto, que la imputación penal del resultado tenga que trabajar sobre una realidad causal neutra previamente dada, sino que se vincula a ciertas relaciones de causalidad determinadas por la semántica social.

Más allá de la discusión de si la relación de causalidad es un hecho natural que se complementa con un criterio normativo para sustentar la imputación penal o si los criterios jurídico-penales están presentes desde su definición misma, lo cierto es que resulta necesario precisar cómo debe determinarse la relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado recogidos por el tipo penal correspondiente. Por lo general, la tendencia dominante ha sido exigir niveles de certeza para poder vincular causalmente el resultado lesivo con la conducta típica del autor. Esta exigencia de certeza en la determinación de la causalidad tiene lugar tanto en la formulación general de la ley causal, como en la verificación de la relación de causalidad en el caso concreto.

En el caso de la formulación de la ley causal, la doctrina penal sostuvo que solamente podía afirmarse una relación de causalidad penalmente relevante si existía una ley causal indiscutida que establecía que la acción realizada era la causa del

312 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 41. La vinculación causal es exigida por Frisch: *Comportamiento típico*, p. 556., como condición necesaria. Igualmente, Corcoy Bisadolo, en *LH-Peña Cabrera*, p. 182 y ss.; López Barja de Quiroga: *LH-Bacigalupo* (Perú), p. 487.

313 Vid., con mayores referencias, Cerletti: *LH-Jakobs* (Colombia), p. 259 y ss.

resultado producido[314]. En consecuencia, si la ley causal utilizada para vincular la conducta con el resultado lesivo era discutible en la ciencia natural correspondiente, el axioma del *in dubio pro reo* obligaba a absolver de la imputación del resultado al autor de la conducta. No hay que olvidarse, sin embargo, que la limitación del conocimiento humano trae como consecuencia que no siempre se conozcan plenamente los factores causales de determinados sucesos[315], lo que significa que las leyes causales propuestas por los científicos no son infalibles, ni tienen que gozar de un absoluto consenso en la ciencia natural correspondiente. Por ello, el juez penal puede perfectamente realizar un juicio de causalidad con una ley causal que no goce de un absoluto consenso científico, estándole prohibido únicamente apoyarse en leyes causales extravagantes o poco plausibles. El *in dubio pro reo* sólo se aplica cuando el juzgador no tiene la certeza de la relación de causalidad en el caso concreto.

En el plano de la determinación del concreto nexo causal se discute igualmente si la falta de convicción sobre la vinculación causal entre la acción y el resultado debe llevar a la absolución de la imputación penal o no. Un sector anclado en una visión causalista señala que solamente podría imputarse un resultado lesivo a una conducta si es que se ha determinado plenamente la relación de causalidad en el caso concreto. El problema de este planteamiento es que limitaría sustancialmente la imputación en aquellos casos en los que no es posible reproducir completamente las circunstancias de la acción o hacer experimentaciones para verificar la relación de causalidad. Por ejemplo, en los casos en los que se busca determinar la capacidad de ciertas sustancias comercializadas para producir la muerte de los consumidores[316], la imposibilidad de utilizar personas vivas para experimentar cómo reaccionarían frente a sustancias aparentemente nocivas, impide una determinación absolutamente cierta de la causalidad entre el consumo de las sustancias y la muerte acaecida de los consumidores. La determinación del vínculo objetivo entre acción y resultado solamente podrá tener lugar a partir de leyes de probabilidad[317]. En nuestra opinión, la necesidad de resguardar penalmente la integridad de las perso-

314 Vid., KAUFMANN, Armin: *JZ* 1971, p. 572.

315 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 4, destaca que hasta ahora no se ha podido aclarar qué es lo que opera en la causalidad y cómo sucede.

316 Vid., sobre los problemas de la causalidad en la responsabilidad por el producto, BOCK: *Produktkriminalität*, p. 59 y ss.; SCHUMANN, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 202 y s.; PUPPE, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (Coords): p. 215 y ss.; KUHLEN, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 239 y ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad*, pp. 87 y ss., 124 y ss.; TIEDEMANN, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 110 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN: *El caso colza*, p. 57 y ss.

317 REYES ALVARADO: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 896, entiende que la comprensión de la causalidad ligada a la noción de certeza ha cambiado por una explicación del resultado en términos de probabilidades.

nas en sectores tan dinámicos como la comercialización de productos o sustancias farmacéuticas obliga a tener que sustentar una imputación penal con base en leyes de probabilidad. Como puede verse, la concreta vinculación objetiva entre el comportamiento y el resultado también se encuentra normativamente configurada en los delitos activos de lesión.

De lo expuesto, es posible concluir que la vinculación objetiva entre el comportamiento típico y el resultado producido, en ningún caso, se determina con la simple constatación de una relación de causalidad, sino que siempre resulta necesaria una decisión valorativa, incluso cuando la imputación penal recurre a juicios de causalidad como sucede con los delitos activos de lesión. Lo que corresponde entonces es determinar el criterio valorativo que autoriza a imputar objetivamente el resultado típico a la conducta del autor. En la doctrina penal se han ensayado diversas propuestas de determinación de ese vínculo objetivo entre el comportamiento penalmente relevante y el resultado típico. En lo que sigue, nos ocuparemos de exponer las propuestas que han gozado de mayor aceptación, lo que nos permitirá tomar luego una determinada postura al respecto.

a.1) La teoría de la evitabilidad

La teoría de la evitabilidad tiene su origen en las llamadas consideraciones hipotéticas que se plantearon inicialmente en el marco de la constatación de la relación de causalidad por medio del método de la supresión mental[318]. Sucedía concretamente que este método no servía cuando era hipotéticamente posible la conducta igualmente lesiva de otra persona, pues si se suprimía mentalmente la conducta del autor, el resultado no desaparecía (la llamada causalidad hipotética)[319]. Esta deficiencia del método de la supresión mental puso en evidencia que realmente no constituía un procedimiento para determinar la relación de causalidad, sino que lo único que hacía era confirmar algo que ya estaba previamente determinado, al punto que nadie discutía que, en este caso, se debía seguir manteniendo el carácter causal de la conducta del autor, a pesar de que el bien jurídico igualmente se hubiese visto afectado por el comportamiento hipotético de otra persona.

En la actual discusión doctrinal, en donde la causalidad ha cedido su posición de privilegio a la relación de imputación, se les sigue otorgando a las consideraciones hipotéticas relevancia para decidir la imputación objetiva del resultado. No obstante, el problema ha adquirido unos contornos distintos, pues la pregunta se centra ahora en el llamado comportamiento alternativo conforme a Derecho, es

318 Vid., Cancio Meliá: *Líneas básicas*, p. 100.

319 Sobre esto, vid., Samson: *Hypotetische Kausalverläufe*, p. 37 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 12 y s.; Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 415.

decir, en el hecho de si un comportamiento conforme a Derecho del autor hubiese podido evitar la producción del resultado[320]. La teoría de la evitabilidad sostiene, en este contexto de ideas, que habrá que excluir la imputación objetiva del resultado, si un comportamiento alternativo arreglado a Derecho no habría evitado el resultado. Por ejemplo, si un conductor que no respeta la distancia de seguridad choca por detrás a otro auto, ocasionando lesiones a su ocupante, el resultado no le será objetivamente imputable si es que la observancia de la distancia de seguridad tampoco habría impedido la colisión con un desenlace lesivo.

Dentro de la teoría de la evitabilidad se agrupan distintos puntos de vista que, pese a sus diferencias, coinciden en atribuir efectos exoneratorios al hecho de que el resultado lesivo sea inevitable porque igualmente habría tenido lugar con un comportamiento arreglado a Derecho del autor[321]. Una de las primeras formulaciones en este sentido fue la llamada teoría de la probabilidad rayana en la certeza esbozada por el *Reichgericht* alemán en su famosa sentencia sobre el caso de los pelos de cabra (RGSt, 63, p. 211 y ss.). Se trató aquí de la imputación al empleador de las enfermedades respiratorias padecidas por los trabajadores que manipularon pelos de cabra para la fabricación de pinceles sin un proceso previo de desinfección, en donde se sostuvo que el cumplimiento del procedimiento de desinfección previsto no habría eliminado los bacilos que provocaron las dolencias respiratorias. Según el planteamiento desarrollado por el *Reichgericht* "*la causalidad del comportamiento del autor solamente podría excluirse si existe la certeza o una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado lesivo habría aparecido también si el comportamiento culpable no le hubiese precedido*"[322]. Esta formulación de la teoría de la evitabilidad, limitada en un principio a los delitos culposos, fue criticada por llevar a cabo una inversión infundada de la carga de la prueba, pues obligaba al inculpado a tener que demostrar que con seguridad el resultado lesivo también habría tenido lugar sin su actuación[323].

Las críticas achacadas a la formulación original de la teoría de la evitabilidad provocaron que la jurisprudencia alemana empezara a exigir cada vez menos nivel de probabilidad para negar el nexo de contrariedad al deber entre la infracción del deber de cuidado y el resultado[324], aunque debe señalarse que este cambio ha traído

320 Vid., CANCIO MELIÁ: *Líneas básicas*, p. 101; KAUFMANN, Arthur, en *Causalidad, riesgo e imputación*, p. 135 y ss.

321 Vid., en este sentido, ERB: *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 72.

322 RGSt, 63, p. 124. Vid., referencias a este criterio jurisprudencial, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB* § 15, n.m. 178.

323 Vid., así, ERB: *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, pp. 74, 96; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 80.

324 Vid., sobre esta evolución, ERB: *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 97; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB* § 15, n.m. 177 y s.

consigo mayores problemas aún. El relajamiento de los requisitos para negar el nexo de contrariedad del deber, unido a cierta indeterminación del comportamiento alternativo, ha llevado a que los tribunales tengan la posibilidad de manipular el principio de evitabilidad para sacarse de encima dificultades probatorias[325]. En su actual configuración, la teoría de la evitabilidad se ha convertido así en un método que facilita la argumentación de la decisión deseada por parte de los tribunales, en la medida que no señala la razón por la cual se niega la vinculación con el resultado si un comportamiento alternativo adecuado a Derecho no hubiese evitado la producción del resultado[326].

a.2) La teoría del incremento del riesgo

En la línea de evitar el amplio margen exoneratorio de la teoría de la evitabilidad se mueve la teoría del incremento del riesgo. Esta teoría, desarrollada inicialmente por ROXIN[327] y que goza actualmente de amplio reconocimiento en la doctrina penal[328], surgió a partir de un caso resuelto por los tribunales alemanes conocido como el caso del camión o del ciclista. Se trató de un atropello que se produjo por el adelantamiento estrecho de un camión a un ciclista, quien se encontraba en estado de ebriedad. La discusión se centró en el hecho hipotético de que, si el camión hubiese adelantado al ciclista respetando la distancia reglamentaria, probablemente el ciclista igualmente habría caído en las ruedas del camión por su estado de ebriedad. Ante este caso, la tesis central de la teoría del incremento del riesgo fue que el resultado debía imputarse como realización del riesgo típico si la conducta generó un riesgo desaprobado, aunque no sea seguro que su ausencia no hubiese evitado el resultado[329]. En este sentido, la imputación del resultado solamente se podrá descartar si el comportamiento alternativo adecuado a Derecho hubiese producido con seguridad el mismo resultado[330]. No obstante, si la conducta alternativa hubiese evitado el resultado sólo con un cierto grado de probabilidad, entonces la imputación del resultado a la conducta del autor se deberá mantener.

---

325 Vid., PUPPE: *La imputación del resultado*, p. 119 y ss.

326 Vid., sobre esto, FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 35.

327 Vid., ROXIN: *ZStW* 74 (1962), p. 411 y ss. (espec. p. 431 y s.); EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 72 y ss.

328 Vid., la propia referencia que hace ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 74, nota 105, a los seguidores de su teoría del incremento del riesgo.

329 En el caso de los delitos omisivos se ha formulado la teoría del incremento del riesgo como la omisión de emprender una acción con probabilidades de salvamento (vid., la referencia, SCHÜNEMANN: *GS-Meurer*, p. 46 y s.).

330 Vid, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 64, 72; WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung*, p. 334.

Pese a los argumentos esgrimidos en favor de la teoría del incremento del riesgo[331], un sector importante de la doctrina le ha dirigido certeras críticas[332], las cuales, en mayor o en menor medida, pueden sintetizarse en el reproche de llevar a cabo una configuración excesivamente incriminatoria de la imputación del resultado[333]. La teoría del incremento del riesgo, al centrarse únicamente en la probabilidad generada por la conducta del autor y renunciar a una verificación de la relación de imputación con el resultado, no sólo estaría dando lugar a una infracción al principio del *in dubio pro reo* en la determinación de la vinculación de la conducta con el resultado[334], sino que convertiría también el resultado en una condición objetiva de punibilidad y, de esta manera, los delitos de lesión en delitos de peligro[335]. Las ventajas de la teoría del incremento del riesgo frente a la discrecionalidad de la teoría de la evitabilidad se perderían finalmente por un excesivo aligeramiento de los requisitos para la imputación del resultado.

a.3) La teoría del fin de protección de la norma

La teoría del fin de protección de la norma fue desarrollada en el Derecho penal por el Prof. español Enrique GIMBERNAT precisamente para solucionar la problemática de las conductas alternativas conforme a Derecho[336]. La idea central de esta teoría es que la norma penal no pretende evitar la producción de todos los resultados posibles, sino solamente de algunos de ellos. La relación de imputación del resultado no se determina, por tanto, con base en el hecho de si un comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiese podido evitar o no la producción del resultado, sino a partir del fin de protección de la norma que prohíbe la actividad riesgosa[337].

---

331 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 74 y ss.; PUPPE: *FS-Roxin*, p. 302 y s.

332 Vid., con mayor detalle, SAMSON: *Hypotetische Kausalverläufe*, p. 46 y ss.; EL MISMO, *FS-Lüderssen*, p. 587 y ss.; EL MISMO, *FS-Roxin*, p. 587 y ss.; ERB: *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 129 y ss.; KORIATH: *Grundlagen*, p. 490 y ss.; JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 192 y ss.

333 Vid., así, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 594 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ: *Imputación objetiva*, p. 62 y ss.

334 Vid., JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 195 y s. Anteriormente, HERZBERG: *MDR* 1971, p. 882. En la doctrina nacional QUISPE AGUEDO: *Actualidad Penal* 8 (2015), p. 124 y ss.

335 Vid., en este sentido, SAMSON: *Hypotetische Kausalverläufe*, p. 154 y ss.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 99.

336 GIMBERNAT ORDEIG: *ADPCP* 1962, p. 544 y ss.; EL MISMO, *Delitos cualificados*, p. 140 y ss.

337 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 184 y s.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *Omisión e imputación objetiva*, Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed.), p. 106 y s. Por el contrario, mantiene la necesidad de consideraciones hipotéticas, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 561 y s., nota 89.

La tesis central del criterio del fin de protección de la norma es que, si el resultado producido pertenece a la clase de aquellos resultados que la norma que prohíbe el riesgo busca impedir, entonces deberá afirmarse la relación de imputación, aunque cualquier otro comportamiento alternativo tampoco hubiese podido evitar su producción. Por ejemplo: El dependiente de una farmacia que vende un medicamento restringido sin pedir receta médica, responderá por la venta ilegal aun cuando el comprador hubiese tenido una receta médica falsa en el bolsillo que habría llevado al dependiente igualmente a venderle el medicamento si es que le hubiese sido requerida al comprador. Por el contrario, si el resultado no forma parte de la clase de resultados que la norma busca evitar, entonces su evitación en el caso concreto será no más que un reflejo de la protección y, por tanto, una casual capacidad de evitar el resultado lesivo que no puede fundamentar la relación de imputación objetiva. Por ejemplo: si el propietario de un restaurante hubiese cumplido con su deber de iluminar la entrada al local, habría iluminado también la acera pública y habría evitado que el transeúnte se lesionara el pie al caer en un hueco.

a.4) Toma de posición

De los criterios normativos anteriormente esbozados para establecer la relación de imputación entre el comportamiento típico y el resultado producido, nos inclinamos por la teoría del fin de protección de la norma. El que dicho planteamiento requiera de una labor de determinación por medio de una interpretación de los parámetros normativos de la prohibición del riesgo[338], no la hacen errónea, sino que la muestran como una teoría que debe ser precisada judicialmente. De lo que se trata es de identificar cuál es el sentido de la prohibición del riesgo desde el punto de vista del resultado, lo que supone un proceso hermenéutico en el que intervienen factores de previsión objetiva, deberes de actuación, etc. Si el resultado producido forma parte de la clase de resultados que se quieren impedir con la prohibición del riesgo creado, entonces tal resultado puede imputarse objetivamente a la conducta del autor. Si se trata, por el contrario, de un riesgo residual atípico que se explica con independencia de la conducta que crea el riesgo prohibido, entonces no habrá una relación de imputación objetiva del resultado[339].

Debe quedar claro que la teoría del fin de protección de la norma no ofrece, en el caso de las conductas activas, un criterio que sustituya la relación de causalidad, sino que se apoya en ella. Lo que hace este criterio normativo es establecer qué resultado causalmente vinculado al comportamiento prohibido puede imputársele

338 En ello se sustenta, en parte, la crítica a la teoría del fin de protección de la norma a la que se cataloga de difusa, inadecuada e incluso innecesaria. Vid., al respecto, Frisch: *Comportamiento típico*, p. 95 y ss.; Reyes Alvarado: *Imputación objetiva*, p. 225.

339 Así, Feijoo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 353.

objetivamente en función del criterio del fin de prohibición de la norma. En este sentido, no todo resultado producido causalmente por la conducta prohibida le resulta objetivamente imputable al autor de dicho comportamiento, sino solamente los que se correspondan con aquella clase de resultados que la norma que prohíbe el riesgo quiere evitar. Lo anterior no impide, sin embargo, que la teoría del fin de protección de la norma pueda vincular objetivamente la conducta con el resultado sin una relación de causalidad. Tal situación se presenta en el caso de los delitos de peligro concreto (por ejemplo, el peligro para la vida o la integridad física de los trabajadores por la falta de adopción de medidas de prevención de riesgos laborales) y los delitos de omisión impropia (por ejemplo, el deber de auxilio de los padres respecto de los hijos menores de edad en situación de peligro).

b. Las explicaciones alternativas del resultado

La imputación objetiva del resultado se vuelve especialmente compleja cuando el resultado puede encontrar explicación en distintos riesgos. Estos riesgos pueden provenir del comportamiento prohibido del autor, así como también del comportamiento prohibido de un tercero, la propia conducta de la víctima o simplemente ser un riesgo general de la vida[340]. Se trata de las llamadas explicaciones alternativas del resultado, en donde el resultado acaecido puede ser reconducido a distintos riesgos. La discusión normativa se centra en establecer concretamente a qué riesgo debe de atribuirse objetivamente el resultado producido. Para responder a esta cuestión, conviene diferenciar la exposición en función de la forma de aparición de los riesgos que pueden explicar alternativamente el resultado: como riesgos concurrentes o como riesgos derivados.

b.1) La concurrencia de riesgos

Una concurrencia de riesgos tiene lugar cuando el resultado producido puede explicarse con diversos riesgos presentes en el mismo momento. Esta situación de concurrencia puede manifestarse fundamentalmente de dos maneras: como riesgos concurrentes producidos por una misma conducta o como riesgos concurrentes producidos por conductas distintas, dentro de las cuales se incluye evidentemente la conducta de la propia víctima[341].

b.1.1) Riesgos concurrentes de una sola conducta: La aberratio ictus

El caso de riesgos concurrentes que provienen de una misma conducta tiene como supuesto problemático la llamada *aberratio ictus* o error en el golpe. Se trata

340 En este sentido, CANCIO MELIÁ: *Líneas básicas*, p. 94.

341 En el caso de un solo riesgo creado por varias personas, estaremos ante un caso de intervención delictiva (capítulo 17).

de los casos en los que el sujeto dirige efectivamente su conducta contra determinado objeto, pero no consigue lesionarlo, realizándose el efecto lesivo, más bien, en otro objeto[342]. En la doctrina penal, se ha intentado solucionar estos supuestos como un problema de objeto del dolo[343], pero se pasa por encima que lo primero que debe decidirse es si se puede imputar objetivamente a la conducta del autor los resultados del fallo en el golpe[344]. Tal decisión requiere, ante todo, determinar si en la *aberratio ictus* se presenta un riesgo único o si concurren, más bien, varios riesgos. Si cada riesgo se determina en función de un comportamiento, entonces en la *aberratio ictus* el riesgo sería único, mientras que, si se define en función de los objetos puestos en peligro, habría una concurrencia de riesgos. De la regulación de la figura del concurso ideal de delitos se desprende que la unidad o pluralidad de riesgos no se decide por la cantidad de conductas, sino, más bien, por los bienes jurídicos afectados. Puede concluirse, entonces, que en la *aberratio ictus* existe una concurrencia de riesgos.

Si la lesión del objeto no proyectada por el autor resulta objetivamente imprevisible, no se podrá afirmar una relación de imputación objetiva entre la conducta y el resultado producido, pues dicho resultado no habría podido evitarse planificadamente y, por lo tanto, no podría ser abarcado por el fin de protección de la norma[345]. Lo que habrá es simplemente una tentativa del delito inicialmente emprendido[346]. Si, por el contrario, el resultado producido es objetivamente previsible, entonces podrá afirmarse una relación de imputación objetiva con el comportamiento del autor, correspondiendo, en tal caso, determinar si la imputación subjetiva se debe hacer a título de dolo o de culpa. La *aberratio ictus* se presenta, en estricto, cuando el resultado objetivamente imputable al autor puede imputarse subjetivamente a título de culpa, produciéndose, de esta manera, una tentativa del delito doloso de lesión en concurso con un delito culposo consumado. En otras palabras: en la *aberratio ictus* se produce una imputación del comportamiento sin realización del resultado lesivo en el objeto proyectado y una realización previsible del riesgo prohibido en un resultado de lesión de otro objeto.

342 Vid., por todos, Silva Sánchez: *ADPCP*, 1984, p. 347. En la doctrina nacional, Arévalo Minchola: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 58 (2014), p. 69; Pérez López: *Actualidad Penal* 11 (2015), p. 104.

343 Vid., la disputa entre las teorías de la concreción y de la equivalencia en Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 144.

344 En el mismo sentido, Bacigalupo Zapater: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 67, destaca que el tema de la *aberratio ictus*, tratado tradicionalmente como supuesto de error, es analizado en la actualidad en el marco de la imputación objetiva.

345 Vid., Silva Sánchez: *ADPCP*, 1984, p. 375.

346 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 147.

Para dar un panorama completo a la problemática planteada, se debe tratar también el caso en el que la lesión del objeto no proyectado puede ser imputado a título de dolo. Aquí se deben diferenciar dos supuestos distintos en función de los efectos concursales. Por un lado, puede presentarse un caso de dolo alternativo, en donde el autor realiza un solo riesgo que puede realizarse en un objeto o en otro (p.e. poner veneno en una de las dos copas de champagne para que muera sólo uno de los novios)[347]. Como puede verse, no se trata, en sentido estricto, de un supuesto de concurrencia de riesgos, sino de la creación de un solo riesgo que puede realizarse en la lesión de un objeto o de otro. En estos casos, no habrá propiamente un concurso de delito, sino un solo delito consumado[348]. La situación es distinta en el caso de un dolo cumulativo, esto es, cuando la conducta genere varios riesgos (p.e. lanzar una granada a dos centinelas de un puesto de vigilancia). En tal caso, sí existe un concurso de delitos si es que ambos riesgos o uno solo de ellos se realiza en un resultado lesivo.

b.1.2) Riesgos concurrentes de varias conductas

El supuesto de riesgos concurrentes de varias conductas tiene lugar cuando el resultado producido puede explicarse por diversos riesgos creados por la actuación de varias personas (incluida la propia víctima). Para poder determinar a qué conducta se debe imputar objetivamente el resultado producido en este caso de concurrencia de riesgos procedentes de distintas conductas, se deben diferenciar los supuestos de concurrencia de riesgos en separables e inseparables.

Una concurrencia de riesgos separables tiene lugar cuando, además del riesgo prohibido creado por el autor, se presenta un riesgo general de la vida, un comportamiento arriesgado de la víctima o el comportamiento de un tercero, cuya incidencia en el resultado puede diferenciarse claramente[349]. Si el riesgo concurrente con el del autor es el que se realiza en el resultado, entonces deberá decaer la imputación del resultado al comportamiento del autor, sin que esto, por cierto, impida un castigo por tentativa en razón de la imputación del comportamiento. En caso que el riesgo concurrente provenga de un tercero, una imputación del resultado podrá tener lugar frente al tercero, pero se tratará de un proceso de imputación distinto al inicialmente considerado. Por ejemplo: Una persona apuñala a otra, quien herido toma un taxi con rumbo a urgencias del hospital más cercano, muriendo en un accidente de tránsito como consecuencia del acto imprudente de un motociclista que se cruzó en el trayecto del taxi. El riesgo creado por el apuñalamiento y el riesgo

347 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 33.

348 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *ADPCP*, 1984, p. 376 y s.

349 Vid., CANCIO MELIÁ: *Líneas básicas*, p. 105.

creado por el conductor temerario concurren en el caso concreto, realizándose en el resultado solamente el riesgo del accidente de tránsito.

En los supuestos de concurrencia inseparable, el riesgo resulta configurado por la confluencia de ámbitos de responsabilidad distintos. La explicación del resultado resulta problemática en la medida que no resulta posible separar el aporte de cada interviniente, de manera que pueda precisarse cuál de los aportes confluyentes ha sido eficiente en la producción del resultado y cuál no[350]. Por ejemplo: Dos empresas vierten residuos tóxicos por encima de lo permitido, dando lugar a una fuerte contaminación del río que produce la muerte de dos bañistas (artículo 305, segundo párrafo, inciso 2 del CP). Una absolución completa de los intervinientes con base en el *in dubio pro reo* se muestra como absolutamente injusta, pues el resultado lesivo se ha producido por una conducta contraria a deber de ambos intervinientes. Por esta razón, la solución más salomónica sería imputarle objetivamente el resultado producido a cada uno de los intervinientes[351], aunque admitiendo una necesaria disminución del injusto[352]. Si bien el injusto pertenece a ambos, no es razonable imputárselo completamente a ambos a la vez.

Un supuesto especial constituye los supuestos conocidos como riesgos sobrecondicionados, en los que los intervinientes realizan cada uno una aportación suficiente para producir el resultado[353]. Por ejemplo: dos sujetos de forma separada y sin ninguna coordinación ponen en una bebida una dosis suficiente de veneno para matar a la misma víctima. Para poder decidir la imputación del resultado producido en estos casos debe precisarse si se ha presentado ya una infracción perfecta de la norma por parte de dichos intervinientes. En caso que no exista aún tal infracción de la norma, lo que habrá es una concurrencia de riesgos que se deberá resolver con los criterios antes expuestos. Pero lo que no será de recibo es levantar la imputación de uno de los intervinientes a partir del comportamiento inadecuado de otro, pues nadie puede alegar válidamente una confianza en el comportamiento prohibido de otro[354]. En caso que exista ya una infracción de la norma perfecta (por ejemplo, un veneno produce sus efectos más rápido que el otro), entonces el aporte posterior será solamente una modificación de las circunstancias que no podrá fundamentar una imputación del resultado[355].

---

350 Vid., sobre esto, Jakobs, en *Estudios*, p. 282 y s.

351 En el mismo sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 83.

352 Vid., en este sentido, Cancio Meliá: *Líneas básicas*, p. 130.

353 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 281 y s.; Reyes Alvarado: *Imputación objetiva*, p. 396.

354 Vid., Jakobs: *FS-Miyazawa*, p. 424 y s. Igualmente el parecer de Puppe: *La imputación del resultado*, p. 52 y s., aunque en el ámbito del resultado típico.

355 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 83a; El Mismo, en *Estudios*, p. 285. Igual solución, Reyes Alvarado: *Imputación objetiva*, p. 400.

b.2) Los riesgos derivados

Los supuestos de riesgos derivados comprenden los casos en los que el comportamiento del autor genera una situación que permite u ocasiona posteriormente una lesión por el comportamiento de otra persona, de la víctima o la intervención de la propia naturaleza[356]. Para decidir si el segundo daño puede imputarse objetivamente al autor del primer riesgo o daño, habrá que determinar si el segundo daño puede incluirse en el fin de protección de la norma que prohíbe el primer riesgo. Para responder a esta cuestión se deben diferenciar los daños derivados en los siguientes grupos de casos.

b.2.1) Creación de una situación de indefensión

En estos casos, el comportamiento del autor coloca a la víctima en una situación de indefensión frente a otros riesgos que van, por ejemplo, desde los casos de infección en las heridas provocadas hasta la realización de un incendio en el hospital en el que la víctima está internada. Para determinar si procede aquí una imputación de los daños derivados de la situación de indefensión al causante del primer daño, es necesario seguir dos pasos. En primer lugar, deben excluirse de la relación de imputación los resultados provenientes de riesgos generales de la vida a los que una persona razonable está expuesta[357], pues lo contrario significaría permitir la entrada de supuestos de *versare in re illicita*[358] (por ejemplo, el lisiado que muere en un incendio). Una vez calificado el resultado como ajeno a los riesgos generales de la vida, deberá precisarse si existe una relación planificable entre el comportamiento del autor y la lesión derivada de la situación de indefensión[359]. El autor no puede ser competente por los daños inusuales derivados de la situación de indefensión de la víctima, sino solamente por aquellos que puedan esperarse de la situación en la que se ha puesto a la víctima y que, por lo tanto, resultan abarcados por el fin de protección de la norma (por ejemplo, golpear a la víctima hasta hacerle perder la consciencia, dejándola en una vivienda en estado ruinoso que se derrumba y le produce la muerte).

La imputación del resultado se hace más discutible si la lesión por la situación de indefensión se produce mucho tiempo después. La opinión más extendida señala que si la primera lesión se encuentra ya curada o controlada en sus efectos,

356 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 186.

357 Vid., así, sobre la determinación de los riesgos de la vida cotidianos con base en un sujeto razonable, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 408 y ss.

358 Vid., en este sentido, RUDOLPHI: *SK* preliminares al § 1, n.m. 75; JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 186 y s.

359 Vid., similarmente, JAKOBS: *Imputación objetiva*, p. 186 y s.

no hay responsabilidad por las lesiones posteriores[360]. No obstante, como lo resalta acertadamente Jakobs, esta argumentación resulta cuando menos mal formulada, pues los casos analizados están definidos como daños residuales permanentes[361]. En este sentido, lo que se debe hacer es determinar, más bien, si el daño posterior encuentra explicación preferente en otros ámbitos de competencia. Si se trata de riesgos generales de la vida que afectan a las personas disminuidas por la primera lesión o es la propia víctima la que ha omitido incumbencias de autoprotección al no compensar su nueva situación de deficiencia o enfermedad, el resultado obtendrá explicación en estas circunstancias y no en el causante del daño permanente[362]. Si, por el contrario, el daño permanente muestra un riesgo suficientemente fuerte de aparición de consecuencias lesivas posteriores frente a los cuales no puede adoptarse medidas de autoprotección, la imputación del resultado al causante del daño permanente se encontrará justificada[363]. El espacio de tiempo que existe entre el daño permanente y el daño posterior no tiene por qué levantar la imputación objetiva en estos casos[364].

b.2.2) Riesgos derivados para terceros

La creación de un riesgo prohibido para determinado bien jurídico puede originar además riesgos derivados que pueden afectar a terceras personas. En la doctrina penal se manejan fundamentalmente dos supuestos: los daños por conmoción y los accidentes por alcance. En los primeros, se discute si cabe imputar objetivamente al que realiza ilícitamente un daño a una persona, el daño por conmoción que produce a los parientes y allegados al conocer la realización del primer daño. La doctrina dominante rechaza en estos casos la imputación, pues las normas que prohíben el primer riesgo no tienen como fin proteger a personas distintas al afectado ante el peligro de una conmoción anímica por la noticia del primer daño[365]. No es

360 Vid., Rudolphi: *SK* preliminares al § 1, n.m. 77; Schünemann: *JA* 1975, p. 720; Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 15, n.m. 162; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 44.

361 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81. En el mismo sentido, también, Frisch: *Comportamiento típico*, p. 524.

362 Vid., en este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81; Roxin: *FS-Gallas*, p. 255; Frisch: *Comportamiento típico*, p. 527 y ss.

363 Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81; Frisch: *Comportamiento típico*, p. 525 y ss.

364 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 44; Reyes Alvarado: *Imputación objetiva*, p. 323. En el mismo sentido, pero reconociendo una disminución del injusto, Silva Sánchez: *GA* 1990, p. 213; Cancio Meliá: *Líneas básicas*, p. 104.

365 Vid., así, Roxin: *FS-Gallas*, p. 256 y s.

un tema de falta de dolo, sino que ya a nivel de la imputación objetiva es posible negar la relevancia penal.

Los accidentes por alcance, por su parte, se presentan cuando un accidente de tránsito ocasiona otros accidentes de los conductores que vienen detrás, los cuales pueden afectar no sólo a la misma víctima, sino también a terceros intervinientes en el tráfico. En caso sea la misma víctima la afectada, el caso tendría que resolverse con las reglas de la creación de una situación de indefensión, pues el primer accidente expone a la víctima a ser nuevamente afectada por otro interviniente en el tráfico. Si el afectado por los accidentes posteriores es un tercero, entonces tendrá que discutirse si el resultado de este riesgo derivado puede imputarse objetivamente al autor del primer accidente. La doctrina penal sostiene, al igual que los casos de conmoción, que el accidente posterior no puede imputarse objetivamente al autor del primer accidente, pues el fin de protección de la norma no alcanza a los accidentes posteriores. La responsabilidad penal por el segundo daño debe recaer sobre el conductor que provoca el segundo accidente, pues si hubiese manejado reglamentariamente habría podido frenar a tiempo[366]. FRISCH disiente, sin embargo, de este parecer, pues entiende que en el tráfico rodado resulta normal que un accidente traiga consigo otros accidentes por alcance[367]. En nuestra opinión, sólo los accidentes que no se deban a una imprudencia del segundo conductor podrían ser imputados objetivamente al primer conductor, pues los riesgos que se generan por una actuación antirreglamentaria del segundo conductor no están abarcados por el fin de la norma que prohíbe los riesgos del primer accidente.

b.2.3) Riesgos derivados de cursos salvadores

Un supuesto especialmente problemático de riesgos derivados tiene lugar cuando se discute la imputación de daños producidos a la víctima o a un tercero como consecuencia del emprendimiento o no de cursos salvadores riesgosos. La determinación de los criterios de imputación requiere diferenciar, por un lado, los casos en los que el daño recae sobre la propia víctima y, por el otro, los casos en los que es un tercero salvador el que resulta perjudicado[368].

En los supuestos en los que es la víctima la que padece un daño derivado de la omisión o del emprendimiento defectuoso de cursos salvadores, cabe hacer las siguientes consideraciones. Si el daño se produce por la omisión de la víctima o de un tercero obligado a adoptar ciertas medidas esenciales para neutralizar el resulta-

366 Vid., ROXIN: *FS-Gallas*, p. 257 y s.

367 Vid., FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 435.

368 Recurre también a una diferenciación, CANCIO MELIÁ: *Líneas básicas*, p. 106.

do inicial, no podrá imputarse al autor del primer riesgo una lesión más grave[369]. Por ejemplo, si la víctima no atiende la herida producida en un centro hospitalario. Por el contrario, si quien emprende el curso salvador comete errores incidentales en su actividad salvadora que se corresponden con los riesgos usuales, la relación de imputación objetiva del resultado respecto del daño derivado no quedará excluida[370]. Por ejemplo, una complicación anestésica que provoca la muerte del paciente durante la intervención quirúrgica a la que se le somete por una herida grave causada por el primer riesgo. El primer actuante responderá igualmente por el daño derivado. La situación cambia si es que los riesgos generados por el curso salvador son imputables al comportamiento defectuoso del salvador y que pudieron ser excluidos sin mayores complicaciones (por ejemplo, el médico que no suministra previamente una antitetánica a un herido con un verduguillo oxidado).

El emprendimiento de cursos salvadores puede que no afecte o dañe a la víctima, sino a aquél que emprende la acción de salvamento. Si procede una imputación objetiva de estos daños al autor de la situación requerida de salvación, es una cuestión discutida en la doctrina penal. Un sector de la doctrina entiende que si el salvador actúa libremente y, por tanto, de forma plenamente responsable por las consecuencias de su acto de salvamento, la relación de imputación no alcanza a los daños producidos por su actuación[371]. Por ello, resulta de especial importancia determinar si el acto de salvamento parte de una decisión libre y responsable[372], de forma tal que sólo podrá admitirse la imputación si el salvador afectado no se encuentra en situación de valorar el riesgo o la acción adecuada a los hechos (por ejemplo, por embriaguez)[373]. Si la imputación objetiva del daño producido al salvador en esta situación puede imputarse también subjetivamente, dependerá del grado de conocimiento atribuible al autor en el caso concreto.

En relación con los salvadores que son plenamente conscientes del riesgo que asumen con su emprendimiento, se discute si realmente en todos los casos debe excluirse la imputación objetiva de los daños padecidos a los creadores de la situación de salvamento. Un sector de la doctrina penal sostiene que no es posible una impu-

369 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 55; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 187 y s.; CANCIO MELIÁ: *Líneas básicas*, p. 111. Utilizan el criterio del error leve, sobre todo para el caso de errores médicos, WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung*, p. 346 y s.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 15, n.m. 169.

370 Vid., así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 55; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 188 y s.

371 Vid., así, ROXIN: *FS-Gallas*, p. 246 y ss.; PUPPE: *La imputación del resultado*, p. 247 y s.

372 Sobre la discusión de los criterios de determinación de un comportamiento libre y responsable, SOWADA: *JZ* 1994, p. 663.

373 Vid., CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 15, n.m. 168.

tación objetiva de los daños que recaen sobre el salvador, pues el primer actuante solamente ha dado pie a una autopuesta en peligro voluntaria del salvador[374]. Los daños producidos a los salvadores voluntarios no pueden ser objetivamente imputados al causante de la situación necesitada de salvación, ya que el salvador voluntario emprende una "satisfacción personal" que no puede trasladársele al causante de la situación de riesgo[375]. Cargarle los riesgos por el salvamento al autor de la situación necesitada de salvación llevaría a un "cálculo indigno" sobre la conveniencia para el autor de solicitar ayuda[376]. Sin embargo, la conclusión precedente no parece adecuada en el caso de aquellos salvadores que se encuentran legalmente obligados a intervenir como es el caso de los bomberos o los policías. Un sector de la doctrina sostiene, por eso, que quienes emprenden el salvamento por una obligación legal no tienen la posibilidad de escoger libremente si se ponen en peligro o no con la acción salvadora, por lo que los daños que padezcan deben serle objetivamente imputados a los que crearon la situación requerida de salvamento[377].

Las ideas expuestas en el párrafo precedente no tienen plena aceptación en la discusión doctrinal. Por un lado, se dice que el planteamiento que excluye la imputación de los daños padecidos por el salvador voluntario desconoce que la acción de salvamento constituye también la materialización de un deber de solidaridad, por lo que el salvamento emprendido voluntariamente no debe ser entendido siempre como una actuación arbitraria completamente irracional. En consecuencia, una imputación del resultado sólo podrá excluirse en los casos en los que la conducta voluntaria de salvamento se muestre como irrazonable o claramente desproporcionada[378]. Un sector de la doctrina penal sostiene incluso que la diferencia entre los salvadores voluntarios (moralmente obligados) y los jurídicamente obligados no tiene ningún sentido, pues la fuerza de motivación es la misma en ambos casos[379]. Por otro lado, se cuestiona que los daños padecidos por los salvadores jurídicamente obligados tengan siempre que imputarse objetivamente a quien actuó en primer lugar. Se dice que los legalmente obligados a intervenir han asumido voluntariamente dicha posición y en muchos casos reciben incluso una contraprestación

374 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 94; SCHÜNEMANN: *JA* 1975, p. 721 y s.

375 Vid., SCHÜNEMANN: *JA* 1975, p. 722.

376 Vid., ROXIN: *FS-Gallas*, p. 246 y s.

377 Así, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 501 y s.; WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung*, p. 344 y ss.

378 En este sentido, WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung*, p. 345; FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 513 y s.; PUPPE: *La imputación del resultado*, p. 227; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 15, n.m. 168. Críticamente por la poca certeza sobre lo razonable de la acción salvadora, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 94.

379 Vid., en este sentido, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 15, n.m. 168.

por ello[380], por lo que no es absolutamente excluible una cierta puesta en peligro voluntaria por parte del salvador.

Por nuestra parte, consideramos que la solución de la responsabilidad penal por los daños en cursos salvadores depende de si la conducta salvadora puede imputarse a la libre organización del salvador. No obstante, esta libertad de organización no debe determinarse en sentido psicológico, sino normativo, lo cual significa que debe precisarse el ámbito de competencia del salvador. En caso de existir un deber de salvamento, la libre organización (autorresponsabilidad) alcanza solamente a aquello que va más allá de lo jurídicamente exigible[381]. Por el contrario, si se trata de salvadores voluntarios, la arbitrariedad del salvador se manifestará únicamente en caso se produzca un daño excesivo o se utilice medios desproporcionados para el salvamento[382]. En este sentido, sólo el daño producido por la acción salvadora voluntaria dentro de lo razonable podrá imputarse objetivamente al creador de la situación original de peligro, pues esta acción se enmarca dentro del deber de solidaridad general que existe entre las personas.

b.2.4) Transformación por otros del riesgo inicial

En la llamada prohibición de regreso, como ya se vio *supra*, una persona realiza una aportación que favorece la conducta delictiva de un tercero, pero que no da lugar a una imputación del comportamiento debido a que no infringe su rol general de ciudadano, al mantenerse en una conducta neutral o estereotipada. Por el contrario, en los supuestos de transformación del riesgo inicial una persona realiza una conducta contraria a deber que luego es utilizada por otro para realizar otro resultado penalmente prohibido. Por ejemplo, los directivos de una empresa contaminan el medio ambiente vertiendo residuos tóxicos al río y un trabajador utiliza estos residuos tóxicos para envenenar a otra persona. La cuestión discutida será si cabe en estos casos imputar también al primer actuante el resultado realizado por el segundo actuante.

Para responder a la cuestión de si es posible una imputación del resultado en estos supuestos, debe recurrirse, al igual que en la prohibición de regreso, al principio de autorresponsabilidad[383]. Una persona solamente podrá responder por las consecuencias derivadas de su hecho. En el caso de los partícipes, hay que recordar que el hecho principal es también su hecho y, por tanto, deben responder también

380 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 106.

381 Sobre estos aspectos, con profundidad, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 515 y ss.

382 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 269; SOWODA: *JZ* 1994, p. 666.

383 Vid., CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 15, n.m. 171.

por las consecuencias del mismo[384]. En este sentido, si la conducta del segundo actuante no constituye un hecho del primer autor, sino que el efecto lesivo de la conducta del primer autor es simplemente utilizado unilateralmente por el segundo para la realización de otro delito, el riesgo transformado no puede ser objetivamente imputado al primer autor. Solamente si el fin de protección de la norma infringida por el autor incluye la evitación de una posterior transformación del riesgo por parte de un tercero, podrá imputarse al primer autor el resultado posterior de la conducta del tercero. En estos casos la prohibición penal tomaría la forma típica de un delito cualificado por el resultado, en el que se agravaría la pena en caso de darse, de manera evitable por el primer autor, el resultado de la transformación del primer riesgo[385].

b.2.5) Daños tardíos

Los daños tardíos son aquéllos, en los que una conducta inicial peligrosa da lugar, luego de una gran distancia temporal, a un resultado lesivo[386]. SILVA SÁNCHEZ engloba los daños tardíos en la categoría general de *resultados no inmediatos*, la que subdivide en tres grandes grupos: *Daños permanentes* (supuestos en los que una primera lesión produce un daño permanente sobre el que luego se basa el segundo resultado lesivo posteriormente acaecido), *daños sobrevenidos* (supuestos en los que el primer suceso lesivo condiciona la entrada del segundo suceso lesivo) y *daños tardíos* (supuestos en los que la lesión aparece después de mucho tiempo)[387]. En este apartado vamos a ocuparnos solamente del tercer grupo de resultados no inmediatos, pues los dos anteriores se ordenan, más bien, como supuestos de situaciones de indefensión, a los que ya hemos hecho referencia anteriormente.

En sintonía con la posición mayoritaria sostenida en la doctrina penal, debe señalarse aquí que, aunque entre la conducta y el resultado exista un considerable transcurso del tiempo, nada impide que el resultado pueda ser considerado la realización del riesgo creado por la conducta del autor[388]. Lo único que normativamente se exige es que el resultado forme parte de aquella clase de resultado que la norma que prohíbe el riesgo quiere evitar. Pese a lo acabado de decir, hay que reconocer que existen ciertas dificultades prácticas para la imputación objetiva de los daños tardíos. Por mencionar las más relevantes: La dificultad probatoria del vínculo en-

384 Lo considera, más bien, una excepción del principio de responsabilidad, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 15, n.m. 171.

385 Vid., estos supuestos, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 36.

386 Vid., VÁSQUEZ SHIMAJUKO: *La imputación de los resultados tardíos*, p. 101 y ss.

387 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *GA* 1990, p. 208 y s.

388 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 44. Sobre esta posición doctrinal, con mayores referencias, VÁSQUEZ SHIMAJUKO: *La imputación de los resultados tardíos*, p. 101 y s.

tre la conducta peligrosa y el daño tardío, los plazos de prescripción de los delitos y, todavía más importante, el carácter de cosa juzgada de un primer pronunciamiento judicial[389]. En consecuencia, puede ser que, en muchos casos, la imputación del daño tardío sea estructuralmente posible, pero no puede llevarse a cabo porque se trata de casos judicialmente cerrados.

Lo anteriormente mencionado lleva a la conclusión de que la imputación del daño tardío es materialmente posible, pero que puede decaer por razones de orden, más bien, procesal[390]. Ante este planteamiento, se ha esgrimido el parecer que sostiene que ya en el plano material no es viable mantener la posibilidad de imputar el resultado sin ninguna limitación temporal, pues el tiempo forma parte de la identidad normativa de la sociedad, de manera que debe ser necesariamente considerado para decidir si el resultado puede ser objetivamente reconducido a la conducta del autor[391]. Más allá de la diferencia de enfoque entre la solución material o procesal, lo cierto es que ambos planteamientos llevan a soluciones en gran parte coincidentes.

c. Figuras típicas que requieren la imputación del resultado

A diferencia de los delitos de mera conducta y los delitos de peligro abstracto, en los llamados delitos de resultado una imputación del resultado aparece como un elemento necesario del tipo objetivo para poder imponer la pena prevista para el delito consumado[392]. Dentro de los delitos de resultado se agrupan, por su parte, los delitos de peligro concreto, los delitos de lesión y los delitos cualificados por el resultado, siendo lo común, en todas estas figuras delictivas, la exigencia típica de un resultado diferenciado del comportamiento[393]. Sin embargo, las propias particularidades de cada uno de estos delitos hacen que el requisito de la realización del resultado se exprese de manera distinta, como lo veremos seguidamente.

c.1) Los delitos de peligro concreto

Los delitos de peligro concreto requieren, además de una imputación del comportamiento, una imputación del resultado. Como lo señala Jakobs: "*el pe-*

389 Vid., en este sentido, Roxin: *FS-Gallas*, p. 253 y s.; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81; Frisch: *Comportamiento típico*, p. 529 y ss.; Silva Sánchez: *GA* 1990, p. 217 y s.; Puppe: *La imputación del resultado*, p. 262.

390 Vid., en este sentido, Puppe: *La imputación del resultado*, p. 262.

391 Vid., ampliamente, Vásquez Shimajuko: *La imputación de los resultados tardíos*, p. 131 y ss.

392 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 78; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 54.

393 Hay que precisar, siguiendo a Wolf, E.: *Las categorías*, p. 70 y s., que no debe entenderse el resultado como una simple modificación en el mundo exterior, sino como un resultado jurídico, esto es, una modificación de la situación jurídica.

ligro concreto es un resultado, ya que es algo más que la realización de una acción en determinadas circunstancias subjetivas, esto es, la producción de una situación de peligro para determinado objeto de ataque existente en la realidad"[394]. En este sentido, para la configuración de los delitos de peligro concreto no basta sólo con una conducta peligrosa, sino que es necesario que se genere un peligro concreto para un objeto de ataque[395]. Si tiene lugar únicamente una imputación del comportamiento, pero no un resultado de peligro concreto, esta conducta sólo podría ser sancionada en grado de tentativa[396]. La imputación objetiva en estos delitos requiere la imputación del comportamiento y la realización del riesgo en el resultado (de peligro).

La imputación del comportamiento en los delitos de peligro concreto se determina conforme a las reglas generales del riesgo prohibido que ya hemos tenido oportunidad de exponer más arriba. La particularidad de los delitos de peligro concreto se encuentra, más bien, en el segundo aspecto de la imputación objetiva, esto es, el resultado de peligro concreto. Un sector de la doctrina penal cuestiona la necesidad de este segundo nivel de imputación[397] y, con ello, la consideración de estos delitos como delitos de resultado. No obstante, si se sigue esta interpretación de los delitos de peligro concreto, entonces no tendría ningún sentido diferenciarlos de los delitos de peligro abstracto. En la medida que consideramos que existe una diferencia estructural entre ambas clases de delitos, un resultado de peligro concreto es indispensable en la configuración de la imputación objetiva de los delitos de peligro concreto[398].

---

394 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 79; EL MISMO, en *Estudios*, p. 195. En el mismo sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 114; MEINECKE: *Gesetzgebungssystematik*, p. 142; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Delitos de peligro*, p. 145; MATA Y MARTÍN: *Bienes jurídicos intermedios*, p. 53; CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro*, p. 130 y s. Por el contrario, KORIATH: *GA* 2001, p. 60, no considera los delitos de peligro concreto como delitos de resultado.

395 Por ello, señala ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 114, que entre los delitos de peligro concreto y los delitos de lesión no existe una diferencia respecto de las estructuras de imputación. En igual sentido, ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 86.

396 Vid., MEINECKE: *Gesetzgebungssystemtik*, p. 73 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 421. En la misma línea, admite BERZ: *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 98 y ss., de *lege ferenda* respecto del Derecho penal alemán, la posibilidad de aplicar las normas del desistimiento también a los delitos de peligro concreto. Opuesta al castigo de la tentativa en los delitos de peligro (referidos a bienes supraindividuales), CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro*, p. 271 y ss., aunque está dispuesta a aceptar determinados casos similares al desistimiento en estos delitos (p. 277 y ss.).

397 Vid., BREHM: *Zur Dogmatik*, p. 15 y ss.; KORIATH: *GA* 2001, p. 64.

398 En el mismo sentido, ZIESCHANG: *Die Gefährdungsdelikte*, p. 35 y s.

Debido a que en los delitos de peligro concreto no existe un resultado de lesión, en estos delitos no podrá exigirse propiamente una relación de causalidad[399]. Por esta razón, entre la peligrosidad de la conducta y el resultado de peligro concreto sólo podrá establecerse una relación de imputación de carácter normativo. La jurisprudencia alemana recurrió, en un primer momento, al criterio de la probabilidad de producción de un daño[400], centrándose la discusión en los criterios para establecer tal probabilidad: una exacta descripción científica, una experiencia general de la vida en el caso concreto[401], el criterio del mejor observador posible[402] o solamente la perspectiva del autor[403]. El criterio de la probabilidad se mostró, sin embargo, insuficiente, pues descuidaba la determinación *ex post* en el caso concreto de un resultado de peligro generado por la conducta peligrosa. Por esta razón, la doctrina penal parte en la actualidad de la idea de que un delito de peligro concreto requiere la entrada del objeto positivamente valorado en el ámbito de peligro del autor (probabilidad), pero además que el daño efectivo no haya tenido lugar únicamente por casualidad[404]. Las diferencias de la doctrina surgen en cuanto a la fórmula que expresa el criterio de determinación de esa casualidad: la imposibilidad de explicación científica[405], lo que no puede esperarse[406], la ausencia de mecanismos normales de salvamento[407], la ausencia de la posibilidad seria de salvamento[408], la ausencia de dominio del curso de peligro[409] o la imposibilidad de impedir de manera planeada la relevancia lesiva de la conducta[410]. Si bien las diferencias de detalle no afectan la similar orientación de los criterios señalados, nos inclinamos por asumir

399 Por el contrario, HORN: *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 104, afirmaba un nexo causal entre la acción y el peligro.

400 Vid., sobre esto de manera detallada, ZIESCHANG: *Die Gefährdungsdelikte*, p. 40 y ss.

401 Criterio desarrollado en la jurisprudencia alemana mencionado por JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 79.

402 Vid., SCHRÖDER: *ZStW* 81 (1969), p. 8 y s.

403 Vid., CRAMER, en Schönke/Schröder: *StGB*, preliminares al § 306 y ss., n.m. 5; CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro*, p. 162 y ss.

404 Vid., ZIESCHANG: *Die Gefährdungsdelikte*, p. 44; SCHÜNEMANN: *GS-Meurer*, p. 57; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Delitos de peligro*, p. 37; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 11, n.m. 1200.

405 Vid., HORN: *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 155, 187 y ss. Críticamente sobre el planteamiento de Horn, KINDHÄUSER: *Gefährdung*, p. 192 y ss.; EL MISMO, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 268 y s.

406 Vid., SCHÜNEMANN: *JA* 1975, p. 793 y ss.; EL MISMO, *GS-Meurer*, p. 57.

407 Vid., DEMUTH: *Der normative Begriff*, p. 200 y ss.; CARO CORIA: *Derecho penal*, p. 473 y ss.

408 Vid., WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung*, p. 223 y ss.

409 Vid., OSTENDORF: *JuS* 1982, p. 430; MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro*, p. 122.

410 Vid., KINDHÄUSER: *Gefährdung*, pp. 201 y ss., 210 y ss., 277.

la última propuesta mencionada, ya que se ajusta más a nuestra comprensión de la imputación del resultado basada en el criterio de la planificación.

c.2) Los delitos de lesión

En los delitos de lesión debe producirse también un resultado, el cual está constituido por un perjuicio efectivo sobre el objeto que representa el bien jurídico[411]. Para poder sancionar un delito de lesión como delito consumado es necesario no solamente una imputación del comportamiento, sino que a este comportamiento se le pueda imputar objetivamente el resultado de lesión contemplado en el tipo penal correspondiente. Esta imputación del resultado requiere determinar primeramente que la lesión del objeto positivamente valorado hubiese podido evitarse, si no se hubiese llevado a cabo la conducta penalmente prohibida[412]. Pero además de establecer la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, es necesario vincularlos normativamente por medio del fin de protección de la norma. En este sentido, solamente los resultados lesivos que forman parte de la clase de resultados que la norma que prohíbe el riesgo quiere impedir, podrán imputarse objetivamente a la conducta que ha creado el riesgo prohibido por la norma.

c.3) Los delitos cualificados por el resultado

Una modalidad muy controvertida de delitos de resultado son los llamados delitos cualificados por el resultado. Estos delitos se estructuran sobre la base de un delito básico normalmente doloso, al cual se le impone un marco penal especial para el caso que su realización traiga consigo un resultado adicional más grave subjetivamente atribuible al autor[413]. La doctrina penal alemana dominante considera que el resultado cualificante del delito debe ser una lesión[414]. Sin embargo, no apreciamos una razón contundente para excluir los supuestos de cualificación por un resultado de peligro concreto, pues una situación de peligro adicional puede perfectamente aumentar también el injusto del hecho[415]. En este sentido, puede hablarse de un delito cualificado por el resultado tanto para los casos en los que la consecuencia

411 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 122; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 388 y s.

412 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 78.

413 Vid., en este sentido, KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 240; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 108; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 384.

414 Vid., así, SCHROEDER: *LK* § 18, n.m. 8; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 385, nota 31; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 30; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 118; DIEZ RIPOLLÉS: *ADPCP* 1982, p. 627 y ss.

415 En el mismo sentido, LORENZEN: *Zur Rechtsnatur*, p. 22 y s.

cualificadora sea una lesión, como para cuando se trate de un peligro concreto[416]. Ejemplo del primer supuesto sería el delito de contaminación ambiental agravado del artículo 305, segundo párrafo del Código penal ("*se producen lesiones graves o muerte*"), mientras que del segundo supuesto sería el delito de secuestro agravado del artículo 152 inciso 1 del CP ("*pone en peligro la vida o salud del agraviado*").

Si se pone atención en el origen histórico de los delitos cualificados por el resultado, surge inmediatamente la impresión de estar ante una forma de responsabilidad objetiva[417]. Esta carga histórica explica por qué aún hoy existe un sector doctrinal todavía crítico frente a la admisibilidad de estos delitos, a los que se les reprocha tener un carácter inconstitucional por afectar el principio de culpabilidad y el principio de igualdad[418]. Estas críticas, justificadas ciertamente en algunos supuestos específicos[419], no deben llevar, sin embargo, a un rechazo general de los delitos cualificados por el resultado. Si en estos delitos se exige también una imputación subjetiva mínima respecto del resultado cualificado, el reproche de una responsabilidad objetiva quedará plenamente descartado. Para cumplir con el requisito de una imputación subjetiva bastará, por lo tanto, con exigir cuando menos una producción culposa del resultado cualificante del delito[420].

Solucionado el aspecto subjetivo de los delitos cualificados por el resultado, los problemas de legitimación se trasladan a la cuestión de si puede justificarse el establecimiento de una penalidad distinta a la derivada del concurso entre el delito básico y el correspondiente al resultado cualificado[421]. Por nuestra parte, considera-

---

416 Vid., igualmente RENGIER: *Erfolgsqualifizierte Delikte*, p. 94. Esto no significa, sin embargo, que sigamos la calificación del delito cualificado por el resultado como delito de peligro concreto (GÖSSEL: *FS-Lange*, p. 234 y s.) o como delito de peligro abstracto (KÜPPER: *Der „unmittelbaren" Zusammenhang*, p. 41 y s.). FERSCHL: *Das Problem*, p. 41, ha puesto de relieve que los delitos cualificados son delitos de lesión, pues lo importante no está en el peligro del delito básico, sino en la cualificación del resultado, interpretación que va por la línea correcta, aunque debemos acotar que si el resultado cualificante es una puesta en peligro, entonces estaremos antes un delito de peligro concreto.

417 Vid., en este sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 384 y s.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 121

418 Vid., así las críticas de LORENZEN: *Zur Rechtsnatur*, pp. 130 y s., 164 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS: *ADPCP* 1983, p. 112 y ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad*, p. 81. En la doctrina nacional, PAREDES VARGAS, en *XVI Congreso Latinoamericano*, p. 385.

419 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 110.

420 Vid., KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 240.

421 SANCINETTI: *Teoría del delito*, p. 255, señala que en estos casos bastaría con incluir una cláusula en las normas del concurso ideal que permita ponderar la incidencia de la escala penal más leve (desplazada), sobre la más grave. Críticamente sobre los intentos de fundamentación de una pena mayor a la del concurso, HIRSCH: *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 139. En la doctrina nacional, PAREDES VARGAS, en *XVI Congreso Latinoamericano*, p. 384, defiende

mos que la necesidad de restablecer la vigencia de expectativas normativas esenciales podría justificar que, en determinados casos de afectaciones graves (por ejemplo, en los que está en juego la vida de personas), se recurra a una pena por encima del delito básico que no podría procurarse con las reglas ordinarias del concurso de delitos[422]. En estos supuestos, el autor comete un delito doloso al que normalmente están unidas consecuencias desfavorables para otras personas[423], lo que hace que el injusto merezca una pena considerablemente mayor a la que resulta de la aplicación de las reglas del concurso de los tipos penales individuales que el delito cualificado por el resultado combina[424]. Sin embargo, habrá que determinar, en cada caso, si la asunción actual en nuestra legislación penal del principio de exasperación y de acumulación para la determinación de la pena en los concursos de delitos, mantiene aún la necesidad de ciertos delitos cualificados por el resultado.

La imputación objetiva en los delitos cualificados por el resultado asume ciertas particularidades que deben ser puestas de manifiesto. Para evitar una responsabilidad por la simple producción causal del resultado cualificado, la jurisprudencia alemana exigió en estos delitos una "relación directa" entre el delito básico y el resultado cualificante[425], aunque también en algunos casos la negó[426]. Este requisito evidencia, aunque con una denominación no muy feliz, que no basta una simple vinculación causal para imputar el resultado cualificante al delito básico, sino que debe existir además una relación directa entre ambos[427]. La formulación propuesta por la jurisprudencia alemana se muestra, sin embargo, tan general[428] que apenas ofrece criterios claros para determinar cómo se constituye el mencionado vínculo objetivo. ¿Es imputable objetivamente al intento de violación sexual la muerte que la propia víctima se causa al tirarse de un quinto piso para evitar la consumación de la agresión (artículo 177 del CP)?

---

el parecer de que los delitos cualificados por el resultado deberían ser excluidos del Código Penal y aplicar las reglas del concurso.

422 Similarmente, HIRSCH: *GA* 1972, p. 69; HASSEMER/MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad*, p. 109.

423 Vid., esta idea, KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 243; HARDWIG: *GA* 1965, p. 99 y s.; HRUSCHKA: *GA* 1967, p. 43.

424 Vid., en este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 108.

425 Vid., sobre esta interpretación de la jurisprudencia alemana, MAIWALD: *JuS* 1984, p. 443 y s.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 112; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 34; FERSCHL: *Das Problem*, pp. 49, 84.

426 Vid., así las referencias en ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 113.

427 Vid., así, MAIWALD: *JuS* 1984, p. 443.

428 En todo caso parece indicar solamente que la imputación se negaría en caso de intervención de la propia víctima o de un tercero (vid., HIRSCH: *JR* 1983, p. 78).

Con la finalidad de precisar el criterio de vinculación objetiva se han ensayado en la doctrina penal otras fórmulas de descripción. En el plano de la causalidad se ha recurrido, por un lado, a la idea de un "nexo adecuado"[429] y, por otro, al llamado "principio de continuidad", según el cual sólo podrá afirmarse el vínculo específico entre el delito básico y el resultado más grave si el delito básico consumado es parte necesaria de la explicación causal del resultado más grave[430]. Otros autores consideran más adecuado restringir la simple vinculación causal en el ámbito del tipo penal, para lo cual han ofrecido distintas formulaciones: "nexo típico"[431], "nexo de consecuencia específico del tipo"[432], "las consecuencias típicas del delito básico"[433] o "los resultados pronosticables con base en el tipo sin atender a circunstancias anormales"[434]. Por nuestra parte, creemos que lo más conveniente es buscar los criterios objetivos de restricción en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva[435]. En este sentido, el vínculo entre el delito básico y el resultado cualificante debe establecerse con base en el fin de protección de la norma, lo que obligaría a determinar si el resultado producido se engloba en los resultados que el tipo penal cualificado por el resultado busca evitar planificadamente[436]. Por ejemplo: La muerte que se causa a si mismo el secuestrado para inmolarse, no puede imputarse objetivamente a sus captores como resultado que cualifique el delito de secuestro.

3. La imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber

La imputación objetiva tiene sus propios contornos en los delitos de infracción de un deber. Si bien sus elementos coinciden con los desarrollados para los delitos de dominio, su contenido no es el mismo. En los delitos de infracción de un deber, la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber positivo especial impuesto por una institución social específica, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización de un riesgo prohibido organizativamente creado o no controlado, sino como una forma de configuración

429 Kaufmann, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 244; Gimbernat Ordeig: *Delitos cualificados*, p. 172.

430 Vid., Puppe: *La imputación del resultado*, p. 154 y ss.

431 Vid., Küpper: *Der „unmittelbaren" Zusammenhang*, p. 80.

432 Vid., en este sentido, Hirsch: *FS-Oehler*, p. 132.

433 Vid., Gössel: *FS- Lange*, p. 235.

434 Vid., Geilen: *FS-Welzel*, p. 681 y s.

435 Vid., en este sentido, Rudolphi: *SK* § 18, n.m. 3; Paeffgen: *NK* § 18, n.m. 54 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 114; Schünemann: *JA* 1980, p. 396; Wolter: *JuS* 1981, p. 174 y ss.; Maiwald: *JuS* 1984, p. 440 y ss.; Ferschl: *Das Problem*, p. 88 y ss.

436 Vid., en este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 114 y s.; Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/Schröder: *StGB* § 18, n.m. 4; Schünemann: *JA* 1980, p. 396; Maiwald: *JuS* 1984, p. 440 y ss.; Ferschl: *Das Problem*, p. 110 y ss.

de la realidad social que el vinculado institucional debió haber evitado con el cumplimiento de su deber positivo especial.

A. La imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento en los delitos de infracción de un deber se sustenta fundamentalmente en el incumplimiento de un deber especial que exige una prestación positiva en el marco de una vinculación institucional. En este primer nivel de la imputación objetiva debe responderse a tres cuestiones: quién está institucionalmente obligado, cómo se infringe el deber institucional y los límites de la competencia institucional. Hay que advertir que las consideraciones generales que a continuación se van a realizar, requieren de una labor de complementación, que no se hará aquí, en atención a las particularidades de cada institución en cada caso específico.

a. El obligado institucional

En cuanto a la primera cuestión general planteada, hay que decir que autor de un delito de infracción del deber no puede serlo cualquiera, sino solamente el institucionalmente obligado[437]. Por ejemplo, el juez en el delito de prevaricato del artículo 418 del CP. Para determinar la calidad de obligado institucional se recurre, por lo general, a un proceso formal de atribución con ciertos procedimientos preestablecidos. La sola asunción fáctica de cierta posición especial no permite afirmar el surgimiento de una vinculación institucional. Únicamente en los casos en los que la institución está configurada en términos materiales y no precisa, por tanto, de una acuñación previa en virtud de lo establecido en otra rama jurídica[438], podría admitirse la entrada excepcional de criterios fácticos para determinar la titularidad del deber especial. Pero la regla general es que solamente aquéllos que están formalmente vinculados a una institución social específica son titulares de los deberes especiales que surgen de esa relación institucional.

Como se verá con mayor detalle en el capítulo referido a la intervención delictiva, los *extranei* a la vinculación institucional específica no podrían responder ni siquiera como partícipes del delito de infracción de un deber, pues la imputación se construye sobre la base de una competencia institucional que solamente recae sobre los *intranei*. Por otra parte, no hay manera de que la organización defectuosa de un tercero en relación con una institución específica, por muy grave que se considere, pueda llegar a configurar una competencia institucional secundaria[439]. En este sen-

437 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 363.

438 Vid., GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad*, p. 156.

439 Por el contrario, admiten la posibilidad de sancionar como partícipes a los no obligados institucionalmente, ROXIN: *LK* § 26, n.m. 101; EL MISMO, *Autoría*, p. 399; SÁNCHEZ VERA:

tido, sólo el institucionalmente obligado puede responder penalmente como autor de un delito de infracción de un deber. El que un *extraneus* no pueda intervenir en un delito de infracción de un deber no implica, sin embargo, que su actuación quede impune. Dicha actuación puede, por su parte, configurar un delito de dominio o puede que el legislador decida incriminar específicamente su contribución organizativa a la afectación de una institución.

b. La infracción del deber positivo

Determinado que la persona, cuya responsabilidad penal se discute, es titular de un rol especial, debe precisarse si ha infringido un deber positivo institucionalmente impuesto. Para ello, debe precisarse primero el contenido del deber positivo por medio de las normas formales o excepcionalmente informales que configuran los contornos normativos de la institución social en cuestión. Con este dato, se tiene que determinar si la concreta actuación del obligado institucional constituye una infracción del referido deber positivo[440]. Sin embargo, debe hacerse la indicación de que la relevancia penal no se alcanza con la sola infracción del deber positivo, sino que es necesario que esa infracción tenga la susceptibilidad de afectar el bien jurídico penalmente protegido[441]. La imputación del comportamiento tendrá lugar, por lo tanto, con una infracción del deber positivo que, de haberse cumplido, habría evitado la ocurrencia del hecho penalmente relevante. Por ejemplo: el delito de parricidio no se le imputa al padre simplemente por haber infringido su deber de proteger al hijo menor, sino por haberlo hecho de una manera tal que no se ha impedido su muerte. Mientras la infracción del deber positivo no se vincule con el bien jurídico protegido, entonces no habrá una competencia institucional.

La situación es incluso más exigente en el caso de delitos que están configurados típicamente como delitos de infracción de un deber. En estos casos, la compe-

---

Delito de infracción de deber, p. 215 y ss.; Bacigalupo, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 168; Reaño Peschiera: *Formas de intervención*, p. 40; Pariona Arana: *Derecho Penal*, p. 127; Salazar Sánchez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 49 y ss.; Salinas Siccha: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 45 y ss.

440 Robles Planas: *La participación en el delito*, p. 144 y s., cuestiona, al respecto, que este proceder constituye un sistema de responsabilidad por la infracción de la propia norma y, por tanto, no existe un hecho en el que quepa la participación. Con la consecuencia de esta afirmación estamos de acuerdo, pero no compartimos la idea de que este sistema de responsabilidad renuncie a la idea de hecho, pues siempre es necesario un hecho que infrinja el deber. A lo que se renuncia, en todo caso, es a un hecho del obligado institucional que lesiona directamente el bien jurídico, pero a esto se ha renunciado desde hace mucho con la tipificación de los delitos de omisión.

441 Similarmente, aunque referido a la realización del tipo penal, Caro John: *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 15.

tencia penal requiere no sólo que la infracción del deber positivo esté vinculada a la afectación del bien jurídico, sino que lo sea de la forma típicamente prevista. Para explicarlo con un ejemplo: Al funcionario público no se le puede castigar como autor de un delito de colusión desleal agravada porque no haya cumplido con su deber funcionarial en un aspecto específico de la licitación, sino porque dicha infracción proviene de un acuerdo colusorio con el contratista y tiene la virtualidad de defraudar patrimonialmente al Estado. Si no se observan estas exigencias en la determinación de la competencia institucional, los delitos de infracción de un deber se convertirán en simples delitos formales.

Si la imputación del comportamiento en un delito de infracción de un deber se sustenta en el incumplimiento del deber positivo vinculado con el hecho penalmente relevante, entonces queda claro que no interesa el *quantum* organizativo que el obligado institucional haya desplegado en la realización del hecho, sino que no haya observado el deber positivo impuesto[442]. Por esta razón, a los obligados institucionales les corresponde un deber de salvamento frente a un ataque a la institución penalmente protegida, aunque éste se haya desarrollado completamente sin su intervención[443]. Para explicarlo nuevamente con un ejemplo: el padre que incumple el deber de proteger a su hijo menor de edad, responderá penalmente por la muerte derivada de dicho incumplimiento, sea porque él mismo la causó o porque no impidió que un tercero o el propio niño se lo causara. Si bien la vinculación institucional puede ser en algunos casos más intensa que en otros (la vinculación padre-hijo es más intensa que la del médico-paciente), la infracción del deber se configura con independencia del dominio organizativo del institucionalmente obligado.

c. *Los límites de la competencia institucional*

Como tercera cuestión resulta pertinente precisar si la competencia institucional resulta amplia o si los contextos de actuación establecen ciertas limitaciones. Si bien resulta viable, para responder a esta cuestión, recurrir a los institutos delimitadores de la competencia desarrollados en el marco de los delitos de dominio, debe advertirse que éstos sufren ciertos recortes operativos[444], pues la posibilidad de

442 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 70; EL MISMO, en *Estudios*, p. 363; SÁNCHEZ VERA: *Delito de infracción de deber*, p. 39. Esta idea ha sido expresamente asumida por la Corte Suprema en el caso de los delitos de funcionarios públicos a los que califica de delitos de infracción de un deber, tal y como se puede leer en el punto 9 del Acuerdo Plenario N° 02-2011.

443 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 363.

444 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 363; SÁNCHEZ VERA: *Delito de infracción de deber*, p. 175.

desligarse de las vinculaciones institucionales se presenta mucho más compleja que la renuncia a la competencia por el riesgo de los delitos de dominio[445]. En primer lugar, debe señalarse que las instituciones sociales establecen, por lo general, un procedimiento formal para desvincularse de las mismas[446]: Los padres deben dar al hijo en adopción, los esposos deben seguir un procedimiento de divorcio, el funcionario debe pedir su cese, el administrador presentar su renuncia. Solamente si se ha seguido el procedimiento establecido para la desvinculación institucional, será posible alegar una falta de competencia. No obstante, las instituciones sociales conocen también ciertos casos de desvinculación temporal, pues una competencia activada en todo momento implicaría la reducción de las posibilidades de desarrollo personal[447]. En este sentido, resulta posible que los padres dejen a su hijo con una niñera, que los funcionarios no cumplan su función fuera del horario de trabajo o que el administrador nombre delegados para la realización de algunos negocios específicos de la empresa[448]. Hay que señalar, sin embargo, que estos supuestos no implican una liberación del vinculado institucional, pues siempre existen deberes de selección, control e intervención que justifican una recuperación de la competencia institucional[449].

Una cuestión final que debe ser también abordada es el hecho de que muchos delitos de infracción de un deber están configurados estructuralmente como delitos de mera conducta (por la pura infracción del deber), por lo que, en caso de presentarse esta situación, la imputación objetiva tendrá lugar únicamente con base en la imputación del comportamiento, sin necesidad de un resultado objetivamente imputable al comportamiento de incumplimiento del deber positivo. Así, por ejemplo, en el delito de rehusamiento de información financiera a instituciones de control del artículo 242 del CP, la imputación objetiva se fundamenta solamente con la infracción del deber positivo especial de contribuir con las labores de supervisión. La producción de un resultado jurídicamente desvalorado vinculado a la infracción del deber no resulta relevante para la imputación objetiva del delito.

---

445 Vid., Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber*, p. 173 y ss.

446 Vid. Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber*, p. 174; El Mismo, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 281; El Mismo, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 302 y s.

447 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 303. En relación con los funcionarios público, Pawlik: *InDret* 1/2008, p. 19, destaca que no cualquier funcionario público en toda circunstancia está penalmente obligado en forma incondicional a cumplir con su deber.

448 Vid., Sánchez-Vera Gómez-Trelles: *LH-Jakobs* (Colombia), p. 281.

449 Vid., en este sentido, Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber*, p. 175 y s.

B. La realización del resultado

En el caso de delitos de infracción de un deber que requieren adicionalmente un resultado, no será suficiente la imputación del comportamiento, sino que deberá verificarse además una imputación del resultado al comportamiento infractor del institucionalmente obligado. Hay que tener presente que, en los delitos de infracción de un deber, el resultado no se presenta como la realización del riesgo prohibido creado por el autor, sino como la producción de una situación que no se corresponde con la pretendida por la institución social en cuestión. Por esta razón, una vinculación puramente causal entre la conducta constitutiva de la infracción del deber especial y el resultado, no configura la tipicidad objetiva del delito. Entre la infracción de los deberes institucionales y la producción del suceso contrario al orden impuesto por la institución social específica existe solamente una relación normativa: La falta de vigencia real de la institución social se explica en el incumplimiento del deber especial del obligado institucional. Por ejemplo, en el delito de detención ilegal del artículo 419 del CP se castiga tanto al juez que sin motivo legal ordena la detención de una persona, como al que no otorga la libertad al detenido cuando estaba obligado a decretarla. El resultado lesivo (la privación de la libertad) constituye en este ejemplo un acto abusivo del Estado sobre los particulares que se explica en el incumplimiento del deber especial impuesto al juez de utilizar la fuerza coactiva del Estado en los casos justificados y necesarios.

CAPÍTULO 13
EL TIPO SUBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN

En la historia del Derecho penal de tradición europea continental pueden encontrarse momentos en los que no era necesario tener en cuenta la subjetividad del agente para poder imponerle una sanción penal, bastando simplemente con acreditar la realización objetiva de la conducta lesiva[1]. Hoy en día esa posibilidad se encuentra absolutamente excluida, pues la imposición de una pena exige que el autor haya estado en capacidad de evitar la realización del delito[2]. En efecto, la doctrina penal contemporánea sostiene de manera uniforme que la atribución de responsabilidad penal por la sola producción objetiva de un resultado lesivo resulta incompatible con el principio de culpabilidad, siendo necesaria, por lo tanto, la intervención subjetiva del autor[3]. En consonancia con este convencimiento doctrinal, el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal proscribe, de manera expresa, toda forma de responsabilidad objetiva para justificar la imposición de una

---

1 Una referencia histórica a la responsabilidad objetiva en el Derecho penal, ROJAS VARGAS: *Diálogo con la jurisprudencia* 11 (1999), p. 67 y ss. Debe tenerse en cuenta, como lo pone de relieve JAKOBS: *ADPCP* 1989, p. 635, que la responsabilidad por el resultado requiere también una atribución. Por eso, no le falta razón a KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 217 y ss., cuando advierte, siguiendo a Mezger, que no se puede juzgar la imputación penal del pasado con las categorías dogmáticas del presente, puesto que incluso en épocas pasadas pudo existir un principio de culpabilidad, aunque entendido de forma distinta a la actual.

2 En este sentido, CANCIO MELIÁ: *LH-Bacigalupo* (España), p. 58 y s.

3 Vid., así, respecto de los delitos cualificados por el resultado, HARDWIG: *GA* 1965, p. 99 y s.; KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 240 y ss.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 108 y ss. (espec. n.m. 121); FERSCHL: *Das Problem*, p. 50 y ss.

pena[4]. Se instituye, así, como un rasgo esencial del sistema penal actual que la realización del hecho penalmente relevante debe ser también subjetivamente imputable al autor. La expresión de sentido que constituye el delito requiere necesariamente de un componente subjetivo[5].

La exigencia de una imputación penal subjetivizada puede ser, sin embargo, poco funcional en la actual configuración de la sociedad, en la que resulta necesario ordenar las actuaciones con estándares generales para dar fluidez a la gran cantidad de contactos sociales de carácter anónimo y pasajero. Dar relevancia a lo subjetivo se presenta claramente como un obstáculo a esta necesidad de dinamizar los contactos sociales[6]. Sin embargo, JAKOBS sostiene con acierto que el precio a pagar por semejante estandarización en la imputación penal resultaría muy alto, pues permitiría al autor alegar que, si bien ha fracasado en el ejercicio de determinado rol, este fracaso no tendría que hacerse extensivo a sus otros ámbitos de actuación[7]. Por esta razón, para cubrir la necesidad de estandarización en la sociedad moderna el émerito Profesor de Bonn aconseja recurrir a equivalentes funcionales como deberes civiles compensatorios o autorizaciones administrativas para la realización de ciertas actividades. Siguiendo esta idea, criterios estandarizados sólo podrían admitirse en determinados elementos particulares del tipo subjetivo o, en todo caso, a nivel de la culpabilidad[8].

En nuestra opinión, el planteamiento del problema antes mencionado no tiene que reducirse a una decisión de "o una estandarización, o una subjetivización" de la imputación penal. Una completa estandarización de la imputación penal no resulta razonable, pues pasaría por alto la individualidad de la persona y podría conducir a resultados materialmente injustos. Pero tampoco la plena subjetivización de los criterios de atribución de la responsabilidad penal se presenta como una solución viable. Por un lado, resulta poco compatible con la necesidad del sistema penal de establecer algunos límites generales por razones de seguridad jurídica[9], como es el caso de la mayoría de edad para alcanzar la capacidad de recibir imputaciones penales. Un menor de edad no responde penalmente, aunque pueda llegar a com-

4 Vid., CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo VII, p. 184 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 111. En el mismo sentido, las sentencias de la Corte Superior de Lima, Exp. 607-98 de 16 de julio de 1998 [*Diálogo con la jurisprudencia* 11 (1999), p. 61 y s.], Exp. Nº 4031-98 de 17 de noviembre de 1998 (PRADO SALDARRIAGA: *Derecho penal*, p. 93 y s.).

5 VAN WEEZEL: *Doctrina y Jurisprudencia Penal* 7 (2011), p. 23.

6 Vid., JAKOBS: *ADPCP* 1989, p. 637.

7 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 5; EL MISMO, *ADPCP* 1989, p. 637 y s.

8 Vid., JAKOBS: *ADPCP* 1989, p. 639.

9 Vid., RAGUÉS I VALLÈS: *El dolo*, p. 327.

prender subjetivamente el sentido socialmente perturbador de su hecho. Por otro lado, la plena subjetivización de la imputación traería como consecuencia intolerable que los indiferentes se vean beneficiados con una responsabilidad penal más benigna por el menor conocimiento alcanzado. Bajo estas consideraciones, queda claro que no debería hablarse de una imputación estandarizada o subjetivizada, sino, más bien, de una imputación más o menos estandarizada y subjetivizada[10].

Para poder dimensionar la adecauda configuración del lado subjetivo del delito, hay que partir del dato inicial de que la sociedad actual tiene la necesidad de estandarizar la imputación penal sobre la base de roles[11]. En este orden de ideas, al ciudadano se le atribuye, como se vio en el capítulo referido a la acción, el rol general de ciudadano, así como roles especiales en virtud de determinadas instituciones sociales específicas. En cuanto a lo subjetivo, esta atribución lleva consigo *incumbencias* de conocimiento de la relevancia de aquellas actuaciones que infringen los deberes impuestos por los roles[12], lo que significa que a la persona le corresponderá conocer la peligrosidad de su actuación contraria a deber en el desempeño del rol[13]. Una completa estandarización de la imputación implicaría afirmar el conocimiento de dichos aspectos únicamente por el hecho de tener la titularidad del rol[14]. Este proceder, sin embargo, resultaría incompatible con el criterio de la evitabilidad individual que informa las estructuras de imputación en el Derecho penal contemporáneo, pues permitiría atribuir responsabilidad, aun cuando el autor, en sus circunstancias individuales, no estuviese en posición de evitar lo sucedido. Para impedir tal estandarización disfuncional aparece en escena precisamente la subjetivización o personalización de la imputación[15], en virtud de la cual resulta obligado establecer si las incumbencias de conocimiento impuestas por el rol pueden serle individualmente exigidas a la persona del autor y, por tanto, si éste ha podido evitar

10 Sobre los criterios de la lógica borrosa y su relevancia en el sistema penal, Silva Sánchez, en *El sistema integral del Derecho penal*, Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española), p. 17 y s.

11 Vid., la referencia, Donini: *RTDPE*, 1-2 (1999), p. 5.

12 Al respecto debe distinguirse el deber y la incumbencia (vid., al respecto, Hruschka: *Strafrecht*, p. 415 y ss.). La consecuencia principal de esta diferenciación es que la sola infracción de una incumbencia no puede sancionarse por el ordenamiento jurídico, mientras que ello sí es posible en caso de la infracción de un deber.

13 Vid., en esta línea, Jakobs, en *Estudios*, p. 128 y s.; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 55; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 133 y ss.; Pawlik: *Das Unrecht*, p. 310. En la doctrina nacional, Caro John: *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 86.

14 Similarmente, Manso Porto: *Desconocimiento*, p. 16.

15 Jakobs: *RPDJP* 1 (2000), p. 143, habla de "*personalización más especial*". De una mayor contextualización habla Ragués i Vallès, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 273.

realmente la realización del delito. Si sus circunstancias personales permiten atribuirle los conocimientos exigidos por el rol correspondiente, entonces se cumplirá con el tipo subjetivo[16]. En otras palabras: La tipicidad subjetiva consiste en atribuir a la persona del autor, en atención a sus circunstancias personales, el conocimiento necesario para evitar la defraudación de la norma.

II. LAS FORMAS DEL TIPO SUBJETIVO

En la teoría del delito se distinguen dos formas del tipo subjetivo: El dolo y la culpa. Si bien tanto el uno como la otra cumplen con la exigencia de individualización que se requiere para fundamentar la imputación subjetiva de un injusto penal, el análisis dogmático debe diferenciarlos. La necesidad de esta diferenciación no viene impuesta por simple claridad teórica, sino por una razón eminentemente práctica. La conducta dolosa tiene, por regla general, una pena mayor que la conducta culposa, e incluso en determinados tipos penales, la conducta culposa acarrea una falta de pena debido al sistema cerrado de incriminación asumido por nuestro Código Penal[17]. En este sentido, constituye una tarea esencial de la dogmática penal dotar de contenido material al dolo y a la culpa, de manera que puedan ser diferenciados al momento de atribuir responsabilidad penal. Para poder llevar a cabo esta labor resulta necesario hacer primero una breve descripción sobre cómo ha evolucionado el tipo subjetivo en la teoría del delito.

1. Origen y evolución del lado subjetivo del delito

En un principio, cuando los ámbitos público y privado del Derecho no se encontraban diferenciados, la reacción ante graves afectaciones distinguía sólo intuitivamente los hechos culpables, de los sucesos casuales imprevisibles[18]. Posteriormente, con la configuración autónoma del Derecho penal público, se castigó sólo las violaciones jurídicas cometidas intencionalmente, imponiéndose a las conductas descuidadas únicamente un deber de resarcimiento, pero no una respuesta penal[19]. Sin embargo, la ampliación paulatina del contenido del dolo, sobre todo en la edad media tardía, a supuestos de dolo indirecto, eventual e incluso de culpa consciente[20], llevó finalmente a incluir supuestos negligentes en el conjunto de conductas sometidas a reacción penal. Esta situación provocó que, a partir de la crítica racio-

16 Este planteamiento ha sido asumido por la Corte Suprema en el R. N. N° 1809-2014-Lima Norte de 18 de septiembre de 2014.

17 Vid., al respecto, VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 319; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 211 y s.; REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 280.

18 Vid., KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 133.

19 Vid., KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 134.

20 Vid., PÉREZ BARBERÁ: *El dolo eventual*, p. 160 y s.

nalista de la ilustración jurídico-penal, se trabajara mucho, ciertamente desde muy diversas perspectivas, para encontrar una delimitación clara entre el dolo y la culpa, a efectos de atribuir responsabilidad penal. Se podría decir que la determinación de este criterio de delimitación ha sido el denominador común desde entonces en los estudios sobre el lado subjetivo en la teoría del delito.

Desde las primeras formulaciones de la teoría del delito el dolo y la culpa han ocupado un espacio común. En el planteamiento causalista, ambos supuestos se agruparon en la categoría de la culpabilidad, como sus formas de expresión[21]. Tal ordenación en la estructura del delito era consecuencia de la comprensión empiricista del delito, en donde la causalidad objetiva era descrita por la tipicidad[22], mientras que la causalidad subjetiva configuraba la culpabilidad bajo la forma de dolo o culpa[23]. Esta comprensión mostró, sin embargo, desde un primer momento, ciertos problemas respecto de la llamada culpa inconsciente, en la que el autor no se representaba el resultado y en la que, por lo tanto, no existía una vinculación causal-psicológica entre la subjetividad del autor y el resultado. Esta situciación hizo que la culpa abandonara tempranamente su conceptualización psicológica y asumiera una configuración normativa a través de la llamada previsibilidad[24], en el sentido de que no interesaba lo que el sujeto se había representado, sino lo que éste estuvo en capacidad de representarse[25].

La crítica a la comprensión descriptivo-objetiva de la tipicidad con la demostración de los elementos normativos y los elementos subjetivos en el tipo[26], llevó a cuestionar la rigidez de la formulación clásica del delito. Primero de manera excepcional en tipos penales que requerían de un elemento subjetivo especial y posteriormente como regla general a partir del injusto personal propugnado por el finalismo, se consideró como sistemáticamente necesario incluir también la vertiente subjetiva del hecho en la tipicidad[27]. Una descripción puramente objetiva del delito en el tipo penal no permitía diferenciar las conductas humanas de los puros sucesos

21 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 12; Sacher: *La evolución*, p. 16.

22 Vid., con mayor detalle, Beling: *Lehre vom Verbrechen*, p. 178 y s.

23 Vid., Beling: *Lehre*, p. 179.

24 Vid., Schünemann: *GS-Meurer*, p. 39. Sobre la temprana normativización de la culpa, vid., Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 401; Lesch: *Injusto y culpabilidad*, p. 11.

25 Vid., Mir Puig: *Introducción*, p. 153.

26 Vid., con mayores referencias, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 8 y ss.; Sacher: *La evolución*, p. 77; Peña Cabrera: *Tratado*, p. 328 y s.

27 Vid., Sacher: *La evolución*, p. 16. Sobre la teoría del injusto personal, cuya formulación original corresponde a Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 62. En la actualidad la doctrina dominante sigue la estructuración del injusto personal. En la doctrinal nacional, sin embargo, Calderón Valverde: *Actualidad Penal* 8 (2015), p. 120 y s., sigue manteniendo al dolo y a la culpa en la categoría de la culpabilidad.

naturales[28], por lo que el dolo y la culpa pasaron a formar parte de la tipicidad. Este cambio sistemático impulsó todavía más el alejamiento de la configuración dogmática de la actuación culposa respecto de la dolosa, pues la culpa comenzó a desarrollar su propio injusto típico muy distinto a la estructura asignada a la actuación dolosa[29]. Así, pues, mientras el dolo se mantuvo como el conocimiento y la voluntad psicológicos del autor de producir causalmente el resultado lesivo, la culpa fue asumiendo un carácter marcadamente normativo con la idea de la infracción de un deber objetivo de cuidado que a través de un nexo de contrariedad del deber producía el resultado lesivo[30].

El desarrollo que ha ido tomando la teoría de la imputación objetiva desde los años treinta en Alemania y que ha terminado por imponerse en la discusión jurídico-penal desde los años ochenta, ha permitido un nuevo acercamiento entre el tipo doloso y el tipo culposo. Si se observa bien, la teoría de la imputación objetiva, desarrollada inicialmente para los delitos dolosos, no es muy distinta de la teoría de la infracción del deber objetivo de cuidado de los delitos culposos, pudiéndose apreciar entre ambos planteamientos una clara identidad estructural. En efecto, el elemento de la previsibilidad de la culpa condujo a una teoría de la infracción del deber objetivo de cuidado muy cercana a la actual teoría de la imputación objetiva desarrollada para los delitos dolosos[31]. Esta idea es puesta de manifiesto en la actualidad por ROXIN en su prestigioso manual de Derecho Penal, en donde señala que las estructuras de los tipos penales de los delitos dolosos y los delitos culposos se han finalmente equiparado, de manera tal que, en el plano objetivo, no cabe hacer propiamente ninguna distinción cualitativa[32]. Así las cosas, la distinción dogmática entre el dolo y la culpa se centra ahora exclusivamente en la parte subjetiva del injusto.

2. La distinción subjetiva del dolo y la culpa

Dado que la legislación penal peruana no contiene un dispositivo legal que defina y, por lo tanto, distinga conceptualmente el dolo y la culpa[33], dicha conceptualización debe ser necesariamente emprendida por la doctrina penal. El proceder usual para llevar a cabo esta labor ha sido recurrir a lo que, en teología moral, se conoce como las potencias del alma, esto es, el conocimiento y la voluntad. De esta

28 WELZEL: *Estudios*, p. 121 y ss.

29 Así el parecer de ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 4. Los antecedentes a la inobservancia del cuidado debido en los delitos culposos como elemento del tipo en EXNER: *Das Wesen*, p. 83 y s. ENGISCH: *Untersuchugen*, p. 344.

30 Destaca críticamente esta diferencia categorial, PÉREZ BARBERÁ: *El dolo eventual*, p.47.

31 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 263.

32 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 10.

33 Así lo destaca BUSTAMANTE REQUENA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 74 (2015), p. 62.

manera, las dos formas de realización del tipo subjetivo del delito se distinguen conceptualmente en función de cuál de estos elementos internos abarque cada una de ellas y en qué medida lo hacen. El problema que se suscita es que, luego de realizar esta demarcación conceptual, los escritos especializados reconocen distintas clases de dolo y de culpa que terminan por desbordar la definición general previamente ofrecida. Tal situación evidencia que la conceptualización tradicional del dolo y la culpa no responde realmente a las exigencias actuales de la imputación en el plano subjetivo. Por ello, lo que resulta sistemáticamente más aconsejable es identificar las distintas clases de dolo o de culpa, para proceder luego a formular una definición general con base en el denominador común presente en cada una de ellas.

Dentro del dolo se conocen en la actualidad tres clases de dolo: El dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual[34]. El primero se presenta cuando el autor tiene conocimiento del hecho y la voluntad de producir el resultado (A dispara en la cabeza a B para darle muerte). En la segunda clase de dolo, el autor tiene igualmente conocimiento del hecho, pero no quiere producir el resultado, aunque lo asume como necesario (A quiere matar al diplomático B, para lo cual coloca una bomba en su auto, sabiendo que con ello va a matar también al chofer C, a quien no quiere matar). El dolo eventual tiene lugar cuando el agente realiza el delito sin voluntad de producirlo[35], aunque siéndole conocido que muy probablemente sucederá (por ejemplo: A, que vive en el piso dieciocho de un edificio de una zona transitada, lanza por la ventana de su departamento un mueble de regulares dimensiones, el cual cae sobre el transeúnte B que circulaba por la calle). La distinción entre el dolo eventual y el dolo directo de segundo grado reside en el menor grado de conocimiento sobre la lesividad de la conducta, pues en el primero solamente existe un conocimiento sobre la probabilidad de que la conducta devenga en un resultado lesivo, mientras que en el segundo el autor actúa con certeza[36].

En cuanto a la figura de la culpa, los escritos especializados distinguen usualmente dos clases de culpa: la culpa inconsciente y la culpa consciente[37]. En esta última, el autor se representa la posible lesividad de su comportamiento descuidado (ejemplo: el autor es consciente que, por la excesiva velocidad a la que va el automóvil que maneja, puede atropellar a un peatón, tal y como efectivamente sucede), mientras que en la primera esa representación no tiene ni siquiera lugar

34 Vid., Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 437, destacando en la nota 26 la diversa terminología que se utiliza para hacer mención a las tres clases de dolo.

35 Vid., sobre esto con mayor detalle, Frisch: *Vorsatz*, pp. 4 y ss., 473 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 21 y ss.

36 Vid., así, Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 440 y s.

37 Así, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 852. En la doctrina nacional Tasayco: *Actualidad Penal* 22 (2016), p. 152 y ss.

(ejemplo: un conductor distraido por la música que escucha en la radio encendida, no se percata que está pasando un semáforo en rojo y atropella a un transeúnte que cruza confiadamente la calle en ese momento)[38]. En ambas clases de culpa existe un comportamiento contrario al deber de cuidado exigible a todo ciudadano diligente, pero subjetivamente sólo la culpa consciente cuenta con una representación del autor sobre el resultado lesivo que puede producir su comportamiento descuidado[39].

Teniendo en cuenta las distintas clases de dolo y de culpa antes mencionadas, los escritos especializados proceden a identificar el criterio que permitiría delimitar las formas del tipo subjetivo. En la doctrina penal actual existen al respecto fundamentalmente dos propuestas de delimitación: la teoría de la voluntad y la teoría del conocimiento. Si bien un sector minoritario de la doctrina penal ha intentado resolver este problema de delimitación conceptual mediante la incorporación de una categoría intermedia[40], lo cierto es que este planteamiento no ha tenido mayor relevancia en la discusión dogmática y, en todo caso, carecería de base legal en el Perú, en la medida que el artículo 11 del CP limita expresamente las formas de aparición subjetiva del delito al dolo y la culpa.

A. La teoría de la voluntad

Los defensores de la teoría de la voluntad sostienen que la diferencia subjetiva entre el dolo y la culpa estaría en la existencia de voluntad respecto del resultado en el dolo y la ausencia de tal elemento subjetivo en el caso de la culpa[41]. Dolo sería entonces el conocimiento de la realización de la conducta más la voluntad de producir el resultado, mientras que la culpa consistiría en el conocimiento (actual o potencial) de la realización de la conducta sin voluntad de producir el resultado. El principal cuestionamiento que se le ha hecho a la teoría de la voluntad es llegar, si se es riguroso con su punto de partida, a resultados que resultan inaceptables, a saber: que el dolo eventual e incluso el dolo directo de segundo grado quedarían al mar-

38 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 59 y ss., destacando que la diferenciación no tiene gran relevancia práctica, aunque acepta que la culpa consciente debe merecer, en principio, mayor penalidad.

39 Por eso, KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 223, discute la punibilidad de la culpa inconsciente, en la que no resulta posible la vinculación subjetiva con la lesión del bien jurídico.

40 Así, la inclusión de la temeridad o conocimiento del riesgo (*Recklessness*) como una tercera forma del tipo subjetivo [VOGEL: *CPC* 95 (2008), p. 5 y ss.]. En la doctrina nacional, propone una tercera categoría igualmente BUSTAMANTE REQUENA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 74 (2015), p. 77 y ss.

41 Vid., sobre la teoría de la voluntad, RAGUÉS I VALLÈS: *El dolo*, p. 60 y ss.; PÉREZ BARBERÁ: *El dolo eventual*, p. 169 y ss.

gen del concepto de dolo, pues mientras en el primero no existe voluntad respecto del resultado, en el segundo caso el resultado se tiene solamente como consecuencia necesaria, mas no querida, de la actuación[42].

Los defensores de la teoría de la voluntad han intentado compensar la ausencia del elemento volitivo en el dolo eventual con otros elementos de carácter emocional, con los que se justificaría el castigo a título de dolo de actos realizados sin voluntad de producir el resultado. Con este objetivo se han formulado las teorías del acuerdo, la ratificación, la resignación, la aprobación, el consentimiento o la indiferencia[43]. Sin embargo, a estas derivaciones de la teoría de la voluntad se les ha criticado el intento poco satisfactorio de reemplazar el elemento de la voluntad por sucedáneos emocionales, pues lo que finalmente traen consigo es el abandono de su punto de partida: El dolo como conocimiento y voluntad[44]. Si bien algunos defensores de la teoría volitiva sostienen que, en el dolo eventual, sigue existiendo un elemento volitivo atenuado que no se expresa como una resolución, sino como una decisión por la posible lesión de un bien jurídico[45], lo cierto es que, más allá del juego terminológico, se termina abandonando el sentido de la voluntad como el direccionamiento del comportamiento a un objetivo determinado.

Si se sigue estrictamente el punto de partida de la teoría de la voluntad, el único planteamiento que resultaría coherente es el defendido por el Prof. chileno Bustos Ramírez, quien señala que los casos de dolo eventual son estructuralmente casos de culpa, pero con un elemento subjetivo añadido de decisión contra el bien jurídico[46]. Este elemento subjetivo adicional permitiría castigar estos supuestos de culpa con la pena del dolo (atenuada) por razones político-criminales, pero quedando absolutamente claro que se trata estructuralmente de una conducta de carácter culposo. En otras palabras: Son razones de orden político-criminal lo que hace que se castigue como dolosa una conducta que, en el plano dogmático, se presenta como culposa.

---

42 Vid., Bustamante Requena: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 74 (2015), p. 63.

43 Vid., sobre estas teorías, Díaz Pita: *El dolo eventual*, p. 22; Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 62; Cramer/Sternberg-Lieben, en *Schönke/Schröder: StGB*, § 15, n.m. 80 y ss.; Pérez Barberá: *El dolo eventual*, p. 228 y ss.

44 Vid., Díaz Pita: *El dolo eventual*, p. 25 y s.; Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 65; Pérez Barberá: *El dolo eventual*, p. 292.

45 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 30, En la doctrina nacional, Senisse Anampa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 82 y ss.

46 Vid., Bustos Ramírez: *RJCat* 1984, p. 321 y ss. Igualmente sostiene, en la doctrina nacional, que el dolo eventual es una actuación culposa Tasayco: *Actualidad Penal* 22 (2016), p. 155 y s., pero es absolutamente crítico a esta equiparación.

B. La teoría del conocimiento

Los cuestionamientos a la teoría de la voluntad dieron pie a que un sector de la doctrina penal defendiera la llamada teoría de la representación o posibilidad, la cual ubica la diferencia entre el dolo y la culpa en el elemento cognitivo[47]. La representación o conocimiento de la posibilidad de aparición del resultado por parte del autor permite atribuirle ya una actuación dolosa[48]. A este parecer se le critica extender excesivamente el alcance del dolo, en la medida que prácticamente saca de la culpa la figura de la culpa consciente para integrarla finalmente en el ámbito de las conductas dolosas[49]. Así como la teoría de la voluntad pone el listón del dolo demasiado alto, la teoría de la representación lo coloca, por el contrario, demasiado bajo.

Para evitar la excesiva ampliación de las conductas dolosas, se ha propuesto exigir un requisito adicional a la representación. Con este fin se formula la llamada teoría de la probabilidad, la cual requiere, para el dolo, no sólo que el autor se represente el posible resultado lesivo, sino que tal representación tenga lugar con un grado relevante de probabilidad de su producción[50]. Desde esta perspectiva, la diferencia entre el dolo y la culpa seguirá encontrándose en el elemento cognitivo, pero no porque dicho elemento en uno sí esté y en el otro no, sino porque su entidad cuantitativa no es la misma[51]. La cuestión será evidentemente precisar el nivel de conocimiento de la probabilidad de aparición del resultado que se requiere para que la conducta sea dolosa o, en su defecto, quede en lo culposo[52]. ¿Una probabilidad de más del cincuenta por ciento sería un delito doloso y menos de cincuenta por ciento sería un delito culposo?[53].

Si se sigue una teoría de la probabilidad objetivamente atribuida, no se resuelve el problema de delimitación, pues no hay manera de justificar, con la sola probabilidad objetiva, por qué a partir de un determinado porcentaje se pueda afirmar el dolo en la actuación del autor. Tampoco una probabilidad subjetivamente repre-

---

47 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 38 y ss.

48 Sobre las teorías de la representación o conocimiento, PÉREZ BARBERÁ: *El dolo eventual*, p. 185 y ss.

49 Así la tan citada afirmación de SCHRÖDER: *FS-Sauer*, p. 245: "*Toda culpa es culpa inconsciente*".

50 Vid., sobre la teoría de la probabilidad, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 42 y s.; RAGUÉS I VALLÈS: *El dolo*, p. 66 y ss.

51 Vid., PUPPE: *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 85.

52 Así, PUPPE: *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 88.

53 En este sentido la crítica de MIR PUIG, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Jiménez Villarejo (dir.), p. 25.

sentada está en capacidad de solventar esta situación de indeterminación[54]. Todo lo contrario: a la dificultad de encontrar un criterio cuantitativo de diferencia que se sustente en un criterio razonable, se sumaría la injusta consecuencia de favorecer injustificadamente a los descuidados frente a los escrupulosos, pues los que se representaron una mayor probabilidad de aparición del resultado responderán por dolo eventual, mientras que los indiferentes tendrán una responsabilidad únicamente por culpa. La solución a todos estos inconvenientes solamente se puede alcanzar con un proceso de normativización del tipo subjetivo[55].

3. La normativización del tipo subjetivo

A. La evitabilidad individual

La insatisfacción de los criterios de distinción que proponen tanto la teoría de la voluntad, como la teoría del conocimiento, responde fundamentalmente a dos razones. Por un lado, estas teorías parten de una comprensión psicológica de la subjetividad, lo que provoca el injustificado tratamiento de casos como la indiferencia o la ceguera deliberada, sin perjuicio del problema procesal originado por la difícil prueba de realidades psicológicas en un proceso penal con un alto estándar probatorio y el mantenimiento estricto del principio del *in dubio pro reo*[56]. Por otro lado, no se identifica con claridad lo que subjetivamente resulta decisivo para la imputación penal y, en consecuencia, lo que sustentaría la distinción de las formas de realización del tipo subjetivo.

Lo anterior ha llevado a un proceso de normativización del tipo subjetivo en la teoría del delito. En efecto, en la actualidad empiezan a ganar terreno perspectivas normativas que parten de la idea central de que lo subjetivo no se verifica, sino que se imputa[57]. Lo que decide el tipo subjetivo no es lo que sucede en la interioridad del autor, sino lo que se determina socialmente sobre su subjetividad. Pero además queda cada vez más claro que el tipo subjetivo no viene impuesto por la naturaleza

54 Así, Pérez Barberá: *El dolo eventual*, p. 207.

55 Igulamente Roxin: *FS-Rudolphi*, p. 257, aunque desde una concepción más próxima a la teoría de la voluntad.

56 Vid., con mayor detalle, Sánchez Málaga Carrillo: *Themis* (2016), p. 66. Por el contrario, Pérez Manzano: *LH-Gimbernat*, I, p. 1453 y ss., defiende la necesidad de mantener en el dolo un componente psicológico, aunque resulte inaccesible a la observación externa, admitiendo su prueba mediante indicios con el estándar probatorio requerido en el proceso penal.

57 Vid., Hruschka: *FS-Kleinknecht*, p. 201; Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 345 y ss.; Caro John: *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 84 y s.; Sánchez Málaga Carrillo: *Themis* (2016), p. 68 y ss.; El Mismo, *Una teoría para la determinación del dolo*, p. 335 y ss.

de las cosas, sino por la función atribuida al Derecho penal[58], por lo que su contenido se corresponde con la función atribuida a la pena como respuesta al delito. Pese a este importante cambio de perspectiva en la comprensión del tipo subjetivo, las exposiciones doctrinales no abandonan la bipartición de "dolo y culpa". Y es que realmente no parece haber otra alternativa, al menos *de lege lata*, si se tiene en cuenta que la regulación de la Parte General y la tipificación de los delitos de la Parte Especial se mantienen en esta distinción de las formas de aparición del tipo subjetivo, estableciendo, por lo general, un tratamiento punitivo más benigno en el caso de la actuación culposa (impunidad o atenuación). Esta decisión legislativa requiere, pues, que el criterio normativo que finalmente se use para ordenar el lado subjetivo del delito justifique la necesidad de diferenciar el dolo y la culpa a efectos punitivos.

La pena apunta a restablecer comunicativamente la vigencia de la norma defraudada por el delito, lo que sólo resulta necesario cuando la infracción de la norma ha sido evitable. La exigencia de la evitabilidad de la infracción se debe a que el mundo se encuentra actualmente desmitificado y, por lo tanto, la mayoría de los sucesos pueden ser explicados racionalmente, lo que significa que las personas están en capacidad de calcular las consecuencias lesivas de su actuación y, por tanto, también de evitarlas. Así las cosas, queda claro entonces que lo que sustenta la imputación subjetiva de la actuación contraria a la norma es su evitabilidad individual[59]. Tanto en la actuación dolosa como en la culposa el agente es capaz de evitar la realización del delito[60], lo que permite imputárselo subjetivamente. Por el contrario, si lo ocurrido es subjetivamente imprevisible, será inevitable para el agente y, por lo tanto, imposible de serle imputado subjetivamente[61].

Expliquemos lo anterior por medio de ejemplos: El autor que decide matar al amante de su mujer y, por tal motivo, lo espera con el automóvil a la salida de su trabajo para atropellarlo, estará en condiciones de evitar el resultado mortal no ace-

---

58 En este sentido, Frisch: *Vorsatz*, p. 33 y ss.; Pérez Barberá: *El dolo eventual*, p. 85 y s.; Pawlik: *Das Unrecht*, p. 366 y s. En la doctrina penal nacional, Bustinza Siu: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 59 (2014), p. 93.

59 Sobre la llamada evitabilidad individual de Jakobs: *ADPCP* 1989, p. 640, en el sentido de capacidad de rendimiento basada en la disposición a cumplir la norma. Actualmente Jakobs, en *Estudios*, p. 121, prefiere hablar de una evitabilidad objetiva.

60 Así, Jakobs, en *Estudios*, p. 154: "*Tanto el comportamiento doloso como el imprudente son comportamientos evitables*"; Pawlik: *Das Unrecht*, p. 371 y s.; Varela: *Dolo y error*, p. 441 y s. Anteriormente, puso de manifiesto esta idea, aunque ubicando el dolo y la culpa como formas de culpabilidad, Engisch: *Untersuchungen*, p. 266 y ss. En la doctrina penal nacional, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 272 y s

61 Vid., Feijoo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 275; Schünemann: *LH-Mir Puig* (2017), p. 392.

lerando el automóvil contra su enemigo sentimental al verlo transitar. Del mismo modo, el avezado conductor que conduce a excesiva velocidad dentro de la zona urbana, podrá evitar la producción del posible atropellamiento, si, en cumplimiento del deber de cuidado exigible, reduce la velocidad a los límites permitidos. Por el contrario, no podrá evitar el resultado aquél que atropella en plena carretera a una persona que intempestivamente se cruza en el trayecto del automóvil a escasos metros del punto de encuentro. En la medida que al conductor le resulta imprevisible la aparición de tal persona en la carretera, la muerte producida no podrá atribuírsele subjetivamente. En consecuencia, sólo la conducta dolosa o culposa podrá sustentar una responsabilidad penal con base en el criterio de la evitabilidad individual, quedando lo subjetivamente imprevisible al margen de lo punible.

B. La teoría de la probabilidad

Si tanto en el dolo como en la culpa está presente la evitabilidad individual que fundamenta la imputación subjetiva, la pregunta lógica será dónde reside la diferencia entre estas dos formas de imputación subjetiva. Lo primero que hay que señalar es que, en una imputación subjetiva basada en la evitabilidad individual, el elemento volitivo no es el factor decisivo. Este elemento, importante aún en la doctrina dominante para delimitar el dolo eventual de la llamada culpa consciente, no forma parte, en propiedad, de una tipicidad subjetiva basada en la evitabilidad individual[62]. El deber de evitar la realización de un suceso penalmente relevante se activa únicamente con el conocimiento acerca de la producción de dicho suceso, con independencia de la voluntad del autor de producirlo[63]. Esta afirmación, sin embargo, no excluye la posibilidad de que el Derecho penal considere necesario imputar al autor una "voluntad particular" para decidir determinadas cuestiones generales de la imputación como la tentativa o el delito continuado, o fundamentar la relevancia penal de determinadas actuaciones que requieren de un especial ánimo del autor como el *animus injuriandi*. Pero lo que queda claro es que, para la configuración de la estructura básica del dolo, la presencia del elemento volitivo no es necesaria.

En atención a las consideraciones precedentes, el criterio de distinción entre el dolo y la culpa solamente podrá encontrarse en el elemento cognitivo. Estas dos formas de imputación subjetiva implican conocimiento, pero en grados distintos

---

62 Destacan actualmente la irrelevancia del elemento volitivo en el dolo HRUSCHKA: *Strafrecht*, p. 434 y ss.; FRISCH: *Vorsatz*, p. 255 y ss.; KINDHÄUSER: *ZStW* 96 (1984), p. 1 y ss.; HERZBERG: *JuS* 1986, p. 249 y ss.; SCHUMANN: *JZ* 1989, p. 427; PUPPE: *ZStW* 103 (1991), p. 14 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 401; FEIJOO SÁNCHEZ: *CPC* 65, p. 271 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS: *El dolo*, p. 275 y ss.; LAURENZO COPELLO: *Dolo y conocimiento*, p. 248.

63 Vid., GARCÍA CAVERO, en *Cuestiones actuales*, p. 28.

que provocan niveles diferentes de evitabilidad[64]. La diferencia se encuentra únicamente en un plano cuantitativo[65], referido concretamente al grado de conocimiento sobre la potencialidad lesiva de la conducta defraudatoria de la norma. Tal diferencia cuantitativa no se puede establecer por medio de porcentajes, sino en función del específico deber de evitación que surge en cada contexto de actuación. Si el nivel de conocimiento atribuido al autor sobre la probabilidad de infringir la norma le impone el deber de desistir de la actuación riesgosa o a interrumpir el suceso riesgoso emprendido, se tratará de un delito doloso. Por el contrario, si el nivel de conocimiento sobre la probabilidad de la infracción resulta insuficiente para activar el deber de interrupción de la conducta realizada, pero le obliga a incorporar determinados mecanismos de aseguramiento, entonces lo que se presenta es un delito culposo[66].

III. EL DOLO

Si la función del Derecho penal se centra en motivar a los destinatarios de la norma de conducta a evitar la lesión de un bien jurídico, la infracción de la norma más grave desde el punto de vista subjetivo será indudablemente la intención de lesionar el bien jurídico[67]. La imposición de la sanción penal encontrará su fundamento en el hecho de que el sujeto conoció y quizo realizar todos los elementos previstos en el tipo penal que describe la conducta lesiva del bien jurídico[68]. Esta

64 Sobre la cercanía a la evitabilidad en el dolo y la culpa, JAKOBS, en *Estudios*, p. 170. Por el contrario, FRISCH: *Vorsatz*, p. 46 y ss., recurre a la mayor peligrosidad frente a los bienes jurídicos en los delitos dolosos.

65 Vid., JAKOBS: *GA* 1971, p. 260; HERZBERG: *GA* 2001, p. 572 y s.; PUPPE: *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 35; MOLINA FERNÁNDEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 734 y ss. En la doctrina penal nacional, igualmente, BUSTINZA SIU: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 59 (2014), p. 94; SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO: *Themis* (2016), p. 74; EL MISMO, *Una teoría para la determinación del dolo*, p. 442. Por el contrario, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 279, considera que la diferencia entre dolo e imprudencia es cualitativa.

66 Vid., en este sentido, KINDHÄUSER: *ZStW* 96 (1984), p. 25 y ss., 34. Para determinar el concreto deber de actuar en función del conocimiento, KINDHÄUSER: *InDret* 4/2008, pp. 9, 24, recurre al mecanismo del silogismo práctico, en cuya premisa mayor se contiene un objetivo determinado, en la menor los conocimientos sobre las posibilidades de cumplir con el objetivo y en la conclusión la acción que debe emprender el agente para cumplir con el objetivo.

67 Vid., así, sobre la base de la teoría de la coacción psicológica mediante la norma penal, FEUERBACH: *Tratado*, § 54.

68 Vid., en nuestro país, ROJAS VARGAS: *Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 120; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 354. Sobre el carácter aún dominante de esta comprensión del dolo en el Derecho penal alemán, vid., FRISCH: *Vorsatz*, p. 24; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 4; SCHMIDHÄUSER: *Vorsatzbegriff*, p. 5, nota 3.

forma subjetiva de infringir la norma sería el dolo, cuyo contenido estaría constituido por la consciencia y voluntad del autor de lesionar el bien jurídico penalmente protegido. A estos elementos subjetivos se le agregaría, a nivel de la culpabilidad, el conocimiento del hecho como penalmente prohibido (conocimiento de la antijuricidad del hecho), ya que, para atribuir responsabilidad penal, no basta con que el autor sepa y quiera realizar una conducta lesiva, sino también estar en capacidad de saber que se trata de una conducta antijurídica.

La configuración del dolo adquiere unos contornos muy distintos si la función atribuida a la pena consiste en restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito imputado al autor. Desde esta perspectiva, la necesidad de restablecimiento resulta mayor en los casos en los que el cumplimiento del deber de evitar la defraudación de la norma resulta más patente, lo que permite concluir que la actuación subjetiva más grave es aquella en la que se imputa al autor el pleno conocimiento de la infracción evitable de la norma[69]. En este orden de ideas, el dolo estará conformado por la imputación de un nivel de conocimiento tal que le permite al autor reconocer suficientemente que su actuación expresa un abierto cuestionamiento a la vigencia de la norma penalmente garantizada, de manera que, si quiere mantenerse fiel al Derecho, tendrá que desistir de emprender dicha actuación o interrumpir dicho emprendimiento. Este nivel de evitabilidad está presente en las tres clases de dolo[70]. La reformulación conceptual aquí propuesta no constituye un simple cambio de palabras para expresar lo mismo de siempre, sino una redefinición del dolo que trae consigo un conjunto de modificaciones sustanciales respecto de su contenido tradicional.

1. La configuración del dolo

En el actual sistema penal, el dolo es el lado subjetivo que, como regla general, debe tener el injusto penal. Esta subjetividad se encuentra constituida por el conocimiento que el hecho realizado defrauda la vigencia de la norma, quedando la voluntad de realizar esa defraudación al margen de su configuración esencial. Como se ha indicado en los apartados precedentes, este conocimiento no debe ser entendido como una realidad psicológica que está en la cabeza del autor y que es simplemente constatada por el juez, sino como una imputación al sujeto individual que se lleva a cabo con criterios normativos.

---

69 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 8, señala que el dolo es el conocimiento de la acción junto con sus consecuencias. En la misma línea, anteriormente, Schmidhäuser: *Vorsatzbegriff*, p. 11 y ss. En la doctrina penal nacional, Caro John: *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 90.

70 Sobre la necesidad de que las distintas clases de dolo cumplan la misma función asignada al dolo, Kindhäuser, en *Cuestiones actuales*, p. 38.

A. Conocimiento e irrelevancia de la voluntad

Con buen criterio el legislador penal nacional que aprobó el Código Penal actual no ha formulado, a diferencia de lo que hizo el texto punitivo de 1924, una definición del dolo que establezca de manera explícita cuáles son sus elementos constitutivos[71]. Y decimos que con buen criterio porque, a nuestro entender, el contenido del dolo no se puede fosilizar legislativamente con una definición estática e inmutable, sino que debe ser necesariamente determinado en función del carácter dinámico de las estructuras sociales en las que el delito tiene lugar y sujeto, por lo tanto, al cambio lógico de los criterios de imputación de la responsabilidad penal[72]. En este sentido, la pregunta a la cuestión sobre el contenido del dolo, solamente se podrá responder satisfactoriamente si previamente se determina cómo se imputa responsabilidad penal.

Si el núcleo del injusto penal es la afectación de la realidad que representa el bien jurídico, resulta lógico entender que la acción más grave, desde el punto de vista subjetivo, es aquélla que contiene la voluntad específica de lesión. En consecuencia, el dolo del agente no estará constituido solamente por el conocimiento de la capacidad lesiva de su comportamiento, sino que requerirá además de un elemento volitivo referido a la producción del resultado lesivo[73]. Por el contrario, si el injusto penal se constituye sobre la base de la creación de un riesgo penalmente prohibido, lo razonable será que la voluntad de lesión deje de ser el elemento decisivo, trasladándose el centro del reproche, más bien, al conocimiento de la generación de dicho riesgo.

No cabe duda el Derecho penal de hoy se corresponde con la segunda forma de enfocar el injusto penal, pues la perturbación social que se exige actualmente para dar pie a una reacción punitiva, está referida más a la creación de riesgos prohibidos que a la producción de resultados lesivos. Así lo confirma también el hecho de que solamente los defectos cognitivos (el error) excluyen el dolo, siendo, por el contrario, irrelevantes los defectos volitivos (la falta de voluntad de lesionar el bien jurídico)[74]. En consecuencia, el dolo se sustenta en el conocimiento del autor de

71 Vid., sobre la falta de definición legal del dolo, Arismendiz Amaya: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 85 (2016), p. 76; Calderón Soto: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 84 (2016), p. 76. Con una valoración crítica, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 11, n.m. 1208. Por su parte, Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (2009), p. 82, hace alusión a un concepto negativo de dolo que se desprende de la regulación del error en el Código Penal.

72 Similarmente, en la regulación alemana, Puppe: *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 43.

73 Así, Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 7, n.m. 44 y s.

74 En este sentido, Silva Sánchez: *Aproximación*, p. 401; Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 165. En la doctrina nacional, Caro John: *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 93; Calderón Soto: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 84 (2016), p. 65.

que su actuación riesgosa defrauda la vigencia de la norma penalmente garantizada. Este conocimiento debe ser de una entidad tal que el autor pueda reconocer suficientemente el carácter defraudatorio de su actuación y, por lo tanto, desistirse de emprenderla o, de haber ya empezado, interrumpirla.

Con base en lo anterior, puede decirse que la imputación dolosa constituye la acción subjetivamente más grave, en la medida que el autor conoce de forma clara el carácter defraudador de su comportamiento, siendo el elemento volitivo, en todo caso, un signo de mayor enemistad con el Derecho, pero no un elemento constitutivo de la evitabilidad exigida respecto de su comportamiento[75]. En este sentido, la voluntad no resultará necesaria para fundamentar la evitabilidad individual del delito doloso, aunque su presencia pueda sustentar, en el caso concreto, un mayor reproche subjetivo al autor (como intención o dolo directo de primer grado). Puede incluso que, en determinados tipos penales, se requiera del elemento volitivo como elemento necesario para fundamentar la relevancia penal del comportamiento por considerarse necesaria una especial disposición subjetiva para el castigo penal. Pero lo que debe quedar claro es que la forma básica del dolo no requiere de un elemento volitivo respecto de las consecuencias de la acción concretamente emprendida[76]. El dolo es solamente el conocimiento suficiente de la aparición del riesgo que genera un deber de evitación, expresado específicamente como un deber de no emprender la actuación riesgosa o interrumpir inmediatamente la que se haya emprendido[77].

La jurisprudencia en nuestro país parece seguir la idea clásica de que, para la imputación dolosa, resulta necesaria la demostración del elemento volitivo[78], muy

---

75 Sostiene igualmente la irrelevancia del elemento volitivo, Pawlik: *Das Unrecht*, p. 376 y ss. En la doctrina nacional Caro John: *Manual teórico-práctico*, p. 127 y ss.; Sánchez Málaga: *Una teoría para la determinación del dolo*, p. 84.

76 Vid., así, Frisch: *Vorsatz*, p. 496 y s.; Kindhäuser, en *Cuestiones actuales*, p. 50; Puppe: *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 136 y s.; Bacigalupo Zapater: *LH-Rodríguez Mourullo*, pp. 70, 78. En la doctrina penal nacional, descartan el elemento voltivo en el dolo, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 226; Caro John: *Manual teórico-práctico*, p. 128 y s. De otro parecer, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 356; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 1211; Rojas Vargas: *Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 120.

77 Por lo tanto, el dolo resulta igual en la acción y la omisión. Por eso, no se entiende, como lo pone manifiesto Bacigalupo Zapater: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 71, que desde hace mucho en la comisión por omisión el dolo se configure únicamente con el elemento cognitivo, a diferencia del dolo en los delitos comisivos que requieren además del elemento volitivo.

78 De los pronunciamientos de la Corte Suprema, cabe destacar la sentencia de la Corte Suprema R.N. N° 3019-98-Puno de 18 de septiembre de 1998 [*Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 115 y s.], la sentencia de la Corte Suprema R.N. N° 517-2004 de 3 de junio de 2004 (Castillo Alva: *Jurisprudencia Penal*, 1, p. 149), y la Casación N° 367-2011-Lam-

a diferencia de la jurisprudencia penal española, la que, por el contrario, muestra una orientación cada vez más clara hacia la renuncia del elemento volitivo, tal como lo pone de manifiesto BACIGALUPO ZAPATER[79]. Sin embargo, debe hacerse la puntualización de que la situación en nuestro país tomó un cariz distinto a raíz de los fallos emitidos en el proceso penal por el famoso caso de la Discoteca Utopía. En efecto, la sentencia de segunda instancia expedida por la Tercera Sala Penal de reos en cárcel de la Corte Superior de Lima partió conceptualmente del dolo eventual como la seria consideración de la probabilidad del resultado de daño y la actuación a pesar de dicha probabilidad (Sentencia de 21 de noviembre de 2006 en el Exp. N° 43-05), lo que se acerca notoriamente a una teoría de la probabilidad[80]. Aunque la Corte Suprema declaró la nulidad de esta sentencia, no entró a discutir el concepto de dolo utilizado, sino la inobservancia de otros elementos probatorios, especialmente de carácter indiciario, para determinar el grado de conocimiento del imputado (R.N. N° 2167-2008-Lima de 10 de diciembre de 2010). No se podía apreciar, por lo tanto, una posición clara sobre el contenido del dolo por parte de la Corte Suprema de la República.

La emisión de la Casación N° 367-2011-Lambayeque pareció despejar toda duda al respecto, en la medida que el máximo tribunal de justicia, a pesar de partir al menos nominalmente de un planteamiento normativista, sostuvo que el dolo requería necesariamente del elemento volitivo. Aunque en su argumentación abandonaba una comprensión psicologista del dolo, se mantuvo en la posición tradicional de entenderlo como conocimiento y voluntad. Cuando el tema estaba aparentemente zanjado, el panorama se ha vuelto a ensombrecer con el R.N. N° 1809-2014-Lima Norte, en donde la Corte Suprema de la República sostiene que la esencia del dolo es la imputación del conocimiento[81].

B. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el dolus malus*)*

El conocimiento que sustenta el dolo debe incluir también el conocimiento del carácter prohibido del hecho, ya que limitar su alcance al conocimiento de los elementos del tipo penal resulta insuficiente para abarcar el sentido del hecho

---

bayeque de 25 de abril de 2014. A nivel de los tribunales superiores se pueden mencionar la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 4390-98 de 11 de diciembre de 1998 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 41] y la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 601-99 de 16 de agosto de 1999 [*Diálogo con la jurisprudencia* 41 (2002), p. 165 y s.].

79 Vid., BACIGALUPO ZAPATER: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 73 y ss.

80 Vid., sobre este fallo, SENISSE ANAMPA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 72 y ss.

81 Vid., sobre esta Ejecutoria Suprema, ZÚÑIGA RÍOS: *Actualidad Penal* 7 (2015), p. 132 y s.

como un cuestionamiento a la vigencia de la norma penalmente garantizada[82]. Este planteamiento constituye un tema que, además de polémico, resulta poco conciliable con la regulación positiva del error que distingue entre un error de tipo y un error de prohibición. No obstante, existen razones nada despreciables que respaldan fuertemente la conclusión de que el conocimiento del carácter prohibido del hecho debe ser también abarcado por el dolo, siendo necesario, por lo tanto, llevar a cabo una intepretación de la regulación positiva del error que no se oponga a esta posibilidad.

Constituye un error bastante extendido sostener que la discusión sobre el conocimiento del carácter prohibido del hecho se reduce a una cuestión de ubicación sistemática, sobre la base de la idea de que esta polémica se originó cuando el dolo natural dejó de ser considerado una forma de culpabilidad y pasó a formar parte de la tipicidad[83]. Sin embargo, lo cierto es que esta discusión doctrinal tiene, a diferencia de lo que se piensa, una historia anterior a la subjetivización del injusto que llevó cabo el finalismo, por lo que el *quid* del asunto se encuentra, más bien, en la cuestión de si el conocimiento del carácter antijurídico del hecho resulta necesario para configurar el dolo en el injusto penal. Los defensores de la llamada teoría del dolo responden afirmativamente a esta cuestión, mientras que los propulsores de la llamada teoría de la culpabilidad sostienen, más bien, la tesis contraria.

Los primeros representantes de la teoría del dolo señalaron que no era posible hablar de dolo si falta el conocimiento del carácter prohibido del hecho[84]. Esta apreciación se hizo sobre todo para el caso del error no atribuible al autor, en clara oposición a la línea jurisprudencial del *Reichgericht* alemán que negó relevancia al desconocimiento del carácter antijurídico del hecho[85]. Posteriormente y bajo el

82 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 172; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 54. En el mismo sentido, aunque con puntos de partida distintos, Schmidhäuser: *Vorsatzbegriff*, p. 20 y s.; Molina Fernández: *LH-Mir Puig* (2017), p. 740.

83 En este sentido, Koriath: *Jura* 1996, p. 114; Felip i Saborit: *Error iuris*, p. 28.

84 La afirmación de que el dolo del autor debe abarcar el conocimiento del carácter antijurídico del hecho puede remontarse a la teoría de la conminación psicológica de Feuerbarch, en donde resultaba de central importancia que el autor potencial conociese la punibilidad del hecho proyectado (una exposición de la interpretación de Feuerbach, vid. en Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 37 y ss.). No obstante, pueden encontrarse antecedentes de esta visión del dolo en el Derecho romano, en Santo Tomás de Aquino y en Kant, como lo pone de manifiesto Hruschka: *FS-Roxin*, p. 441 y ss. A la misma conclusión llega de alguna manera también el sistema dogmático propuesto por Binding a partir de su concepción de las normas jurídicas como imperativos (Binding: *Normen*, II, 2, p. 917). Vid., una exposición del pensamiento de Binding en Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 41 y ss.; Koriath: *Jura* 1996, p. 115.

85 En este sentido, Frisch, en *El error*, p. 18.

contexto dogmático impulsado por el finalismo –esto es, la separación del dolo y la culpabilidad, y la distinción entre el dolo natural y el *dolus malus*–, la teoría del dolo siguió siendo defendida por un sector minoritario de la doctrina que mantuvo el dolo como una forma de culpabilidad[86], constituida por el conocimiento de las circunstancias del hecho y las valoraciones del autor[87]. En la actualidad, existen algunos autores que defienden todavía esta línea de interpretación en tanto incluyen el dolo o dolosidad como un elemento de la culpabilidad[88]. Por el contrario, los defensores de la llamada teoría modificada del dolo admiten la separación del dolo y la culpabilidad, aunque exigen igualmente el conocimiento material de la antijuricidad del hecho para el dolo y sólo una conciencia de la antijuricidad formal como elemento de la culpabilidad[89].

A la teoría del dolo se le opone la llamada teoría de la culpabilidad, la cual niega que el conocimiento del carácter antijurídico del hecho tenga que ser abarcado por el dolo. La formulación de esta teoría tiene su origen en el sistema dogmático finalista de WELZEL[90], quien remitió el dolo natural a la categoría de la tipicidad y dejó el conocimiento de la antijuricidad del hecho (*dolus malus*) en la culpabilidad[91]. La consecuencia lógica de este cambio de ubicación fue limitar el objeto del dolo al conocimiento actual de las circunstancias del hecho sin incluir la valoración

86 En la discusión de los años cincuenta mantienen una teoría del dolo: KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 171; MEZGER: *Tratado*, II, p.100; LANG-HINRICHSEN: *JR* 1952, p. 189; SCHRÖDER: *ZStW* 65 (1953), p. 178 y ss.; SAUER: *ZStW* 69 (1957), p. 8 y ss. Defendió también el concepto de *dolus malus*, ENGISCH: *Untersuchungen*, p. 31, aunque después [EL MISMO, *ZStW* 70 (1958), p. 566 y ss.], admite como materialmente justificado diferenciar entre error de tipo y error de prohibición. Para mantener de alguna manera su concepción del dolo, utiliza la llamada teoría del impulso, según la cual el conocimiento de los elementos del tipo genera un impulso en el autor para evaluar la juridicidad de su conducta.

87 No obstante, el problema que se le presentó a la teoría clásica del dolo radicó en la equiparación psicológica que hacía entre el conocimiento de las circunstancias del hecho y el conocimiento de la antijuricidad, lo que se mostró especialmente frágil en los casos del delincuente por convicción y en la enemistad o ceguera ante el Derecho. La llamada versión limitada de la teoría del dolo que buscaba justificar en estos casos la atribución de dolo, no era conciliable con los puntos de partida de la teoría del dolo. Vid., sobre esto, la exposición de GEERDS: *Jura* 1990, p. 429.

88 Vid., así, SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, 7/36; LANGER: *GA* 1976, p. 193.

89 En este sentido, OTTO: *ZStW* 87 (1975), p. 590 y ss.; GEERDS: *Jura* 1990, p. 427 y ss. Anteriormente de modo similar, HARDWIG: *GA* 1956, p. 373 y ss.

90 No obstante, se reconoce que la primera manifestación de esta teoría se encuentra en MAYER, M.E.: *Derecho Penal*, PG, p. 234, quien en un contexto dominado por una concepción objetiva del injusto sostuvo que el agente que actuó en error sobre la existencia de una causa de justificación debía ser castigado por delito doloso en caso de evitabilidad del error.

91 Vid., con mayor detalle, WELZEL, en *Abhandlungen*, pp. 243, 255. Anteriormente, también en el mismo sentido, GRAF ZU DOHNA: *La estructura de la teoría del delito*, p. 163 y ss.

del hecho como contrario al ordenamiento penal[92]. Este planteamiento ha sido catalogado como la teoría estricta de la culpabilidad[93], lo cual evidencia que existen otras formas menos rígidas de concebir el dolo a partir de la teoría de la culpabilidad.

La modificación o relajamiento de la teoría de la culpabilidad ha operado en dos planos diferentes. Por una parte, se ha propuesto limitar la teoría de la culpabilidad sólo al Derecho penal nuclear, ya que en el ámbito no esencial resulta más adecuado seguir los postulados de la teoría del dolo[94]. Por el otro, y quizá éste sea el punto de discusión más relevante en la dogmática penal actual, se intenta atenuar las consecuencias de la teoría de la culpabilidad en el tratamiento dogmático del error sobre los elementos fácticos u objetivos de una causa de justificación (por ejemplo, el error respecto de la existencia de una agresión)[95], en tanto los autores que admiten la separación del dolo y el conocimiento del injusto consideran insatisfactorio mantener la existencia de un delito doloso en estos casos. Por esta razón, un sector de la doctrina ofrece diversos correctivos a la teoría de la culpabilidad que dan origen a las distintas formas de la teoría de la culpabilidad: teoría restringida de la culpabilidad, teoría de la culpabilidad que se remite a las consecuencias jurídicas, teoría de la culpabilidad no autónoma, etc.[96]. Independientemente de la diferencia de soluciones que se ofrecen en los denominados casos-límite, puede decirse que los defensores de la teoría de la culpabilidad sostienen en general una separación

92 En este sentido, Welzel: *Das deutsche Strafrecht*, p. 77. Defienden la teoría de la culpabilidad a partir de los años cincuenta, Lange: *SJZ* 48, p. 309 y s. (que luego en *JZ* 1956, p. 519 y ss., lo limita al Derecho criminal); Welzel: *JZ* 1953, p. 267; Hartung: *JR* 1950, p. 545 y s.; von Weber: *FS-Mezger*, p. 183 y ss. (espec. p. 190). Importante en esta época es el criterio de distinción desarrollado por Busch: *FS-Mezger*, p. 165 y ss., según el cual el dolo alcanza a la valoración de los aspectos individuales de la acción, mientras que el conocimiento del injusto requiere de una valoración global. Mantienen la teoría de la culpabilidad recurriendo al criterio de Busch, Sax: *JZ* 1976, p. 429 y ss.; Kaufmann, Armin: *ZStW* 70 (1958), p. 67; Kunert: *Die normativen Merkmale*, p. 83 y s.; Horn: *Verbotsirrtum*, p. 16.

93 Mantienen una teoría estricta de la culpabilidad también, Kaufmann, Armin: *JZ* 1955, p. 37 y ss.; Hirsch: *ZStW* 94 (1982), pp. 239, 257 y ss.; Paeffgen, en *El error*, p. 185 y ss. Actualmente Hruschka: *FS-Roxin*, p. 455, sostiene que la teoría limitada de la culpabilidad es realmente la teoría estricta y consecuente de la culpabilidad.

94 En este sentido, Lange: *JZ* 1956, p. 73 y ss.; Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 298 y ss.; Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 168 y ss.

95 Aunque la Corte Suprema de la República no tiene ningún problema en considerar un error de prohibición un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación como se desprende de la Casación N° 466-2017-Lambayeque.

96 Vid., sobre esta discusión, Geerds: *Jura* 1990, p. 425 y s.; Frisch, en *El error*, p. 42 y ss.; Grünwald, en *El error* p. 167 y ss.; Paeffgen, en *El error*, p. 184 y ss.

del dolo y la conciencia del injusto, aunque reconocen que en el conocimiento del injusto están presentes aspectos que el dolo debe incluir[97].

En la doctrina nacional, domina el parecer que sostiene que el artículo 14 del CP asume, en términos generales, la teoria de la culpabilidad, ya que hace una partición del error y, por tanto, también del conocimiento[98]. Si bien no es posible negar que, en efecto, el Derecho positivo divide el conocimiento referido al delito en dos niveles analíticos distintos, lo cierto es que no existe un condicionamiento absoluto a seguir la teoría estricta de la culpabilidad. Dado que, en una comprensión del tipo subjetivo coherente con la naturaleza normativa del tipo objetivo, la regla debe ser la inclusión del *dolus malus* en el dolo típico, el principal reto dogmatico será formular una propuesta de interpretación del artículo 14 del CP que, aun cuando no siga en estricto la teoría de la culpabilidad, mantenga la partición del conocimiento y, por lo tanto, del error.

Lo primero que se debe decir es que la regulación general que parte el error no puede ser asumida en determinados supuestos típicos. Así sucede con los delitos cuya tipificación utiliza elementos de valoración global del hecho y hace que el conocimiento de los elementos típicos abarque necesariamente la antijuricidad del hecho (por ejemplo, en el delito de secuestro el tipo penal exige que la privación de la libertad se haga sin derecho, motivo ni facultad justificada). En estos delitos, el dolo y el conocimiento de la antijuricidad del hecho no se pueden separar[99], pues el sentido delictivo del hecho solamente puede conocerse si el autor puede contextualizar normativamente su actuación. La imputación del conocimiento de los elementos típicos lleva consigo simultáneamente el conocimiento de la antijuricidad del hecho. En la medida que la valoración global resulta efectivamente necesaria para comprender la conducta penalmente sancionada, puede decirse que el conocimiento contextualizado de los elementos típicos del hecho trae consigo necesariamente el conocimiento de su carácter ilícito.

En los delitos de peligro abstracto, la posibilidad de separar el dolo y el conocimiento del carácter antijurídico del hecho se muestra igualmente discutible, pues en muchos casos el conocimiento de la relevancia típica de este delito se adquiere con el conocimiento de su antijuricidad[100]. Se trata de aquellos delitos que se pro-

---

97 Vid., aunque con diferentes matices, NEUMANN: *NK* § 17, n.m. 1 y ss.; ZACZYK: *JuS* 1990, p. 891; FRISCH, en *El error*, p. 69 y ss.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 8; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 18 y ss.; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 433.; HRUSCHKA: *FS-Roxin*, p. 451 y ss.

98 Así, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código penal comentado*, p. 167 y s.; ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 465 y s.

99 Igualmente, JAKOBS: *InDret* 4/2009, p. 16 y s.

100 Vid., FAKHOURI GÓMEZ: *InDret* 4/2009, p. 21.

híben no por sí mismos, sino por sus posibles consecuencias. El punto de discusión reside en la cuestión de si el solo conocimiento del apartamiento del estándar basta para sustentar el dolo del autor[101]. Desde un punto de vista psicológico, no cabe duda que no podría sustentarse el dolo con el solo apartamiento del estándar, sino que resultará necesario el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. Por ello, no debe sorprender la propuesta de Arthur Kaufmann de no exigir en estos delitos el conocimiento del injusto[102]. En nuestra opinión, por el contrario, resulta necesario el conocimiento no sólo de la conducta peligrosa en abstracto, sino también el conocimiento de su carácter antijurídico, pues la relevancia lesiva del hecho se alcanza en estos casos con la prohibición penal.

Si se sigue coherentemente el razonamiento utilizado, tendría que afirmarse incluso que las conclusiones arribadas en el caso de delitos con elementos de valoración global del hecho o en los delitos de peligro abstracto no deberían entenderse como excepciones a la regla, sino como la manifestación más patente de la realidad ordinaria del dolo. En efecto, el dolo debe abarcar, por regla general, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho porque, de otra forma, no será posible poder imputarle subjetivamente al autor el conocimiento de que ha creado un riesgo prohibido o ha incumplido un deber positivo institucionalmente configurado[103]. Sin el conocimiento del contexto normativo no podría el autor saber que está creando un riesgo prohibido y mucho menos infringiendo la norma[104]. El dolo del autor se sustenta en el conocimiento no sólo de los elementos típicos que califican su hecho como prohibido, sino también del sentido global de ser una defraudación de una expectativa normativa esencial. Ambos niveles de conocimiento son necesarios para la relevancia típica del comportamiento del autor, de manera que el conocimiento de la antijuricidad del hecho no debería separse del dolo del autor.

A lo anterior se le podría objetar que la evidente conclusión dogmática que se acaba de extraer no se puede adaptar al tenor de la ley, lo que obligaría, por razones puramente de *lege lata*, a seguir remitiendo el conocimiento del carácter antijurídico del hecho a la categoría de la culpabilidad. Lo anterior no es, sin embargo, una conclusión forzosa, como podría suponerse, pues lo único que el artículo 14 del CP impone es una partición del error y, por lo tanto, del conocimiento con la finalidad

101 Vid., así, Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 196.

102 Vid., en este sentido, Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 190.

103 Así, Frisch: *Comportamiento típico*, p. 622, dice: "(...) *el autor debe haber apreciado no sólo que su comportamiento entrañaba la posibilidad de desencadenar consecuencias típicas* (...). *A ello debe agregarse la percepción de aquellos datos imprescindibles para calificar la conducta como creación de riesgo desaprobada*".

104 De manera categóricamente clara, Jakobs: *InDret* 4/2009, p. 14 y s.; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 53.

de establecer consecuencias jurídicas distintas. Por lo tanto, el trabajo dogmático realmente útil consiste en determinar qué aspectos del conocimiento son necesarios en la configuración del injusto y cuáles se deben (o pueden) dejar para el análisis de la culpabilidad. En mi opinión, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho debe tenerse en consideración en la determinación del injusto penal, quedando en el ámbito de la culpabilidad únicamente el conocimiento del ordenamiento jurídico-penal sin una referencia específica al hecho. El error de prohibición del segundo párrafo del artículo 14 del CP sería, en consecuencia, un error no por una incorrecta evaluación de la antijuridicidad del hecho, sino por el desconocimiento del ordenamiento jurídico-penal (error de prohibición directo).

2. La imputación del conocimiento

A. Generalidades

La posición tradicional sobre el dolo sostiene que el conocimiento de la parte objetiva del delito es un dato de la interioridad del autor que está presente al momento de actuar. Para poder determinar si el autor cuenta con ese conocimiento, la doctrina penal recurre a la clasificación de los elementos del tipo en elementos descriptivos y elementos normativos[105]. El conocimiento de los primeros es alcanzado por el autor mediante una percepción sensorial (por ejemplo, el elemento típico de arma en el delito de robo agravado), mientras que, en el caso de los segundos, el autor tiene que utilizar ciertas referencias de valor para poder comprender su sentido en la configuración del hecho típicamente relevante (por ejemplo, el carácter público de un documento en el delito de falsificación material)[106]. El juez penal tendría que comprobar que, al momento del hecho, el autor efectivamente tomó conocimiento de la parte objetiva del delito, verificando dicho acceso cognitivo en atención a las particularidades de una u otra clase de los elementos del tipo.

En la medida que el conocimiento de los elementos descriptivos se adquiere a través de una percepción sensorial, la constatación del juez se limitará a establecer que el autor tomó conocimiento sensorial del aspecto típicamente relevante del hecho. La doctrina penal ha reconocido, sin embargo, que muchos de los catalogados elementos descriptivos, pueden presentar dificultades de determinación con base

105 O similares: como elementos normativos en sentido amplio y elementos normativos en sentido estricto como lo hace Engisch: *FS-Mezger*, p. 140; hechos naturales y hechos institucionales como lo hace Darnstädt: *JuS* 1978, p. 441 y ss.; elementos unidimensionales y pluridimensionales como lo hace, Kunert: *Die normativen Merkmale*, p. 82 y ss.

106 En este sentido, por ejemplo, Rudolphi: *SK* § 16, n.m. 21; Cramer/Sternberg-Lieben: Schönke/Schröder: *StGB*, § 15, n.m. 17 y ss.

en la pura percepción[107], por lo que resulta necesario contar también con un parámetro de valoración (por ejemplo, ¿es arma un pedazo de vidrio o una jeringuilla con sangre contaminada con VIH?)[108]. El mismo fenómeno de relativización de la diferencia puede apreciarse en los llamados elementos normativos, en los que se reconoce también la existencia de una base fáctica que debe ser percibida sensorialmente (por ejemplo, el soporte material del elemento normativo del tipo "documento" en el delito de falsificación material)[109]. De esta manera, se ha llegado a la conclusión de que el conocimiento de todos los elementos del tipo penal requiere de una percepción sensorial y de un juicio de valoración[110]. Por lo tanto, no hay elementos descriptivos y normativos, sino una percepción sensorial y un proceso de valoración que, en una mayor o menor medida, le permiten al autor conocer que lleva a cabo el hecho delictivo.

A la relativización del criterio de distinción de los elementos del tipo, debe sumarse que la manera como el autor accede al conocimiento de tales elementos del tipo es tan cierta, como trivial. No cabe duda que, desde una perspectiva interna, el autor conoce psicológicamente que realiza la conducta que configura el tipo penal. Pero la responsabilidad penal no se determina desde una perspectiva interna, sino, más bien, desde el hecho externo[111]. Por ello, en el proceso penal ha sido un proceder usual determinar la disposición interna del autor a partir de ciertos referentes externos que la ponen en evidencia[112]. Así ha procedido, por ejemplo,

---

107 Vid., en este sentido, Schlüchter: *Irrtum*, p. 100 y s.; Kindhäuser, en *El error*, p. 144.

108 Así, Radbruch: *El concepto de acción*, p. 189; Wolf, E.: *Las categorías*, p. 107 y s.; Kaufmann, Arthur: *Unrechtbewusstsein*, p. 176; Engisch: *FS-Mezger*, p. 142 y ss; Tischler: *Verbotsirrtum*, p. 37; Kuhlen: *Unterscheidung*, p. 419; Puppe, en *El error*, p. 95; Groteguth: *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 76 y ss.; Schwegler: *Subsumtionsirrtum*, p. 101 y s.; Cramer/Sternberg-Lieben: Schönke/Schröder: *StGB*, § 15, n.m. 20, 39. En la doctrina nacional, Abanto Vásquez: *RPCP* 9, p. 17; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 71.

109 Vid., en este sentido, Schlüchter: *Irrtum*, p. 75 y s.; Tischler: *Verbotsirrtum*, p. 37; Puppe, en *El error*, p. 105 y s.

110 En este sentido, Mezger: *Tratado*, II, p. 145; Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 168; Platzgummer: *Die Bewußtseinsform*, p. 41; Warda: *Jura* 1979, p. 801; Tischler: *Verbotsirrtum*, p. 37; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 11, n.m. 1116.

111 Así, Koriath, en *Grundfragen des Strafrechts*, Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), p. 130; Porciúncula: *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal*, p. 309; Cancho Espinal: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 15 (septiembre de 2010), p. 86, quien habla de subjetividad objetivada.

112 Vid., en este sentido, Freund: *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung"*, p. 3 y ss. Críticamente, Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 257 y s. En la doctrina penal nacional siguen la perspectiva de la prueba del dolo del autor por indicadores externos Quiróz Salazar: *La prueba del dolo*, p. 214 y ss.; Bustinza Siu: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 59 (2014),

el Tribunal Supremo Español para demostrar el *animus necandi* en el delito de homicidio, utilizando para ello datos externos antecedentes (amenaza de muerte), concomitantes (en qué parte del cuerpo se asestó la puñalada) o posteriores (el ocultamiento del cuerpo)[113]. Esta comprensión procesal disfraza, sin embargo, la realidad del procedimiento de determinación del conocimiento del autor, pues no existe una verificación directa o indirecta de un conocimiento psicológico, sino una imputación del conocimiento al autor a partir de criterios sociales de referencia asumidos por el Derecho penal[114]. A este proceso de abandono de la concepción psicológica del conocimiento, se le califica en la discusión doctrinal actual como la normativización del dolo.

La comprensión normativa del dolo parte de la idea de que el conocimiento del autor no se constata o verifica, sino que se imputa. Dicho conocimiento deja de ser un fenómeno psicológico ocurrido en la cabeza del autor durante la realización del delito, para convertirse en una imputación normativamente determinada[115]. Los criterios utilizados para hacer esta imputación no son ajenos al sistema penal[116]. En ese sentido, si la relevancia objetiva del delito se define por la infracción del rol jurídicamente atribuido al autor, resultará lógico que los criterios de imputación del conocimiento concreten el criterio del rol en la persona del autor[117]. Bajo esta perspectiva, el punto de partida son las incumbencias de conocimiento de los riesgos que le impone al autor el desempeño del rol (general o especial) en el contexto específico de actuación[118]. Por ejemplo, al que compra un arma de fuego le incumbre conocer los riesgos de muerte que su uso puede producir frente a los demás (incumbencia de conocimiento derivada del deber general negativo que le impone el rol general de ciudadano). La sola existencia de estas incumbencias no

---

p. 98 y s.; Castillo Alva: *Derecho Penal*, PE, I, p. 229 y s., en el caso concreto del dolo de homicidio. A nivel de la jurisprudencia, sigue la misma línea la Casación N° 742-2016-Ica.

113 Vid., Tasayco: *Delitos de homicidio*, p. 91 y s. Mantiene esta comprensión para la prueba del dolo, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PE, Vol. I, p. 151.

114 Vid., Cancio Meliá: *LH-Bacigalupo* (España), p. 75.

115 Vid., en este sentido, en general, Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, p. 55; Hruschka: *FS-Kleinknecht*, p. 201; Cancio Meliá: *LH-Bacigalupo* (España), p. 75; Ragués i Vallès: *El dolo*, pp. 272, 357. En la doctrina penal nacional, Caro John: *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 78 y s.; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 239 y ss.

116 Vid., igualmente, Cancio Meliá: *LH-Bacigalupo* (España), p. 77.

117 Sobre la configuración del lado subjetivo del hecho a partir de los roles, vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 128 y ss.

118 Sobre la incumbencia de procurarse el conocimiento, en la medida de lo exigible, para evitar la realización de una conducta penalmente relevante, vid., Pawlik: *Das Unrecht*, p. 310; Varela: *Dolo y error*, p. 588. Sobre la distinción entre incumbencias de conocimiento e incumbencias de disposición, Sánchez-Ostiz Gutiérrez: *InDret* 1 (2016), p. 15.

basta, sin embargo, para imputar el conocimiento fundamentador del dolo. Para ello es necesario además que el autor haya podido alcanzar ese conocimiento en sus circunstancias personales[119], pues de otra manera la imputación penal no estaría personalizada. Por ejemplo: el dueño del arma de fuego recibió una capacitación sobre su uso para poder obtener la licencia. Con base en lo anterior, se podría afirmar sin mayores problemas el dolo de quien saca el revolver que posee y le dispara en la cabeza a quien antes le ha ofendido, pues le incumbe conocer la lesividad mortal del arma y, en sus circunstancias personales, pudo acceder perfectamente a ese conocimiento, lo que debió hacerle desistir de usar el arma para su venganza.

La imputación del conocimiento con base en los criterios normativos antes mencionados cuenta además con algunos indicadores o parámetros operativos. A toda persona, con independencia del rol que asuma específicamente, se le imputan, en primer lugar, ciertos conocimientos llamados mínimos que vienen con la socialización más básica[120]. Quien se encuentre mínimamente integrado en la sociedad actual sabe, por ejemplo, que las balas disparadas con un arma de fuego matan. La situación es distinta en el caso de conocimientos que dependen de cierto contexto situacional[121], pues el solo dato de la socialización no basta para imputar esos conocimientos, siendo necesario que efectivamente el autor se haya desempeñado en el contexto que impone las incumbencias de conocimiento. Por ejemplo, el que se pueda atribuir al autor el conocimiento de que la anilina es una sustancia tóxica, requiere su intervención en la actividad industrial que opera con esa sustancia. En el caso de conocimientos de obtención o transmisión previa acreditada, su imputación al autor dependerá de que no exista en el caso concreto una circunstancia posterior que haya suprimido dicho conocimiento[122]. Por ejemplo: el que dejó su arma previamente cargada, la manipula luego de que alguien falsamente le dice que la ha descargado, escapándosele un disparo que lesiona a otro.

B. La imputación del conocimiento por percepción y por valoración

En nuestra comprensión normativa de la tipicidad subjetiva, el dolo es una imputación de conocimiento al autor sobre aquellos aspectos del hecho que activan el deber más intenso de evitar su realización. Como se ha señalado anteriormente, esta imputación parte de la incumbencia del autor de conocer esos aspectos del

119 En el mismo sentido, como posibilidad efectiva de conocimiento, Sánchez Málaga: *Una teoría para la determinación del dolo*, p. 378 y ss.

120 Vid., Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 387 y ss.

121 Vid., Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 522 y s.; Sánchez Málaga: *Una teoría para la determinación del dolo*, p. 420.

122 Vid., Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 412 y ss.; Sánchez Málaga: *Una teoría para la determinación del dolo*, p. 422 y ss.

hecho en razón del desempeño específico de un rol jurídicamente relevante y se concreta si tuvo la posibilidad de acceder a ese conocimiento en sus circunstancias personales. Las vías de este acceso cognitivo son la percepción sensorial y los juicios de valoración[123]. Pese a sus diferencias en el procesamiento interno, la imputación de conocimiento al autor se rige en ambos casos por el mismo criterio normativo[124]. Sin embargo, la intensidad regulativa del criterio de determinación es distinta. Mientras que la imputación del conocimiento por percepción sensorial cuenta con criterios de determinación más generalizados, en la imputación por valoración existe una mayor posibilidad de sectorializar las exigencias de conocimiento.

El conocimiento por percepción sensorial se determina normativamente[125]. El punto de partida son las incumbencias de conocimiento que los roles jurídicamente atribuidos le imponen al autor en relación con la conducta objetiva concretamente realizada. En el caso del rol general de ciudadano, la determinación de lo que el autor conoció sensorialmente tiene como base la figura de una persona con capacidades normales de percepción. No obstante, esto no basta para fundamentar la imputación de conocimiento de los aspectos fácticos del hecho, sino que es necesario precisar además que el autor, en sus concretas condiciones personales, haya podido conocer esos aspectos. Esta personalización de las incumbencias podría reducir la exigencia normativa respecto del ciudadano con capacidades normales de percepción (por ejemplo, si se trata de un miope)[126], siempre que la situación de menor capacidad de percepción no se atribuya al sujeto como una actuación intencional de ponerse en una situación de desconocimiento[127]. Por otra parte, la determinación de las incumbencias de conocimiento puede también elevar el grado de conocimiento respecto de un ciudadano con capacidades normales, en la medida que el autor haya incorporado potencialidades especiales en su relación con los demás. Este aumento de la imputación del conocimiento por percepción sensorial tiene lugar, por lo general, en el caso de roles especiales, en donde muchas veces la idoneidad para asumir dichos roles depende de ciertas facultades específicas de percepción (policía, médico, administrador, etc.). Este planteamiento material produce un cambio importante en la comprensión de la averiguación procesal, en

123 En la doctrina penal nacional, igualmente Arismendiz Amaya: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 85 (2016), p. 88.

124 Vid., en este sentido, Kunert: *Die normativen Merkmale*, pp. 38 y s., 91; Schlüchter: *Irrtum*, p. 13; Tischler: *Verbotsirrtum*, p. 26.

125 En este sentido, Maurach/Zipf: *Strafrecht*, AT, I § 20, n.m. 56; Tischler: *Verbotsirrtum*, p. 37; Kuhlen: *Unterscheidung*, pp. 228, 419.

126 Sobre las características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos, Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 425 y ss.

127 Sobre cómo lo normativo puede condicionar el conocimiento fáctico, vid. Manso Porto: *Desconocimiento*, p. 33.

la medida que no se debe probar una realidad psicológica, sino el contexto específico de actuación para decidir la imputación de conocimiento[128].

Para determinar el *conocimiento por valoración* adquirido por el autor, se han desarrollado en la doctrina penal, a propósito de los llamados elementos normativos del tipo, criterios muy diversos. La propuesta más simplificadora es la formulada por la teoría de los conceptos complejos[129], la que sostiene que el autor sólo debe conocer la base fáctica sobre la que se elabora el concepto incorporado como elemento normativo del tipo, siendo innecesario que además tenga una representación completa del concepto jurídico utilizado. Pese al aligeramiento probatorio que esta teoría conlleva, en la actualidad se rechaza unánimemente que el mero conocimiento del sustrato fáctico de una realización del tipo baste para el dolo[130]. La doctrina penal tiene claro que los elementos normativos del tipo precisan que el autor comprenda también el sentido de las circunstancias fáticas percibidas[131]. En sintonía con esta idea, se han ofrecido diversos planteamientos en la discusión doctrinal. Por ejemplo, cabe destacar la propuesta de Darnstädt, quien con base en una clasificación distinta a la tradicional (hechos naturales y hechos institucionales), concluye que el dolo en los elementos normativos, esto es, los referidos a hechos institucionales, se encuentra presente si el autor conoce también su significado social[132]. Acentúa también el aspecto comprensivo el planteamiento ofrecido por Kunert, al exigir para el dolo la comprensión de las circunstancias del hecho con base en la diferencia de elementos unidimensionales (referidos al ámbito estrictamente natural) y los elementos pluridimensionales (referidos al ámbito social o cultural), existiendo entre ambas clases de elementos no más que un diferente grado de comprensión[133]. Pero la doctrina penal fue siempre consciente que llevar la exigencia de conocimiento a la aprehensión del sentido podía traer consigo que se termine exigiendo al autor un nivel de conocimiento técnico-jurídico del que carece, por lo que desde muy pronto se tuvo claro sobre la necesidad de hacer una valoración paralela en la esfera del profano.

---

128 Vid., en este sentido, Hruschka: *FS-Kleinknecht*, p. 202.

129 Sobre la llamada teoría de los conceptos complejos, vid., von Hippel, en *Vergleichende Darstellung*, AT, T. III, p. 373 y ss.; El Mismo, *Lehrbuch*, p. 138. Una generalización del criterio de los elementos complejos para la determinación del conocimiento de todos los elementos de tipo penal muestra, de alguna manera, la propuesta de Herberger, en *Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie*, Koch (Hrsg.), p. 153 y s.

130 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 49.

131 Vid., así, Hardwig: *GA* 1956, p. 369 y s., en tanto entendía que con la determinación del dolo se trata propiamente de una aprehensión de sentido.

132 Darnstädt: *JuS* 1978, p. 442 y ss.

133 Kunert: *Die normativen Merkmale*, p. 82 y ss.

La valoración en la esfera del profano es un procedimiento ofrecido al juez para determinar cuándo la persona del autor conoce el sentido de un elemento normativo del tipo. El juez debe renunciar a exigir en el autor un conocimiento de carácter legal, para centrarse en sus pensamientos y en el entorno en el que se encuentra[134]. Pese al acuerdo mayoritario de la doctrina de acudir a una valoración en la esfera del profano, hay que señalar que no hay parámetros claros para realizar esta valoración, de manera tal que resulta siempre posible hacer reducciones injustificadas a la fórmula cuando se entiende que exige demasiado en determinados contextos[135]. Como lo ha puesto de manifiesto BUSCH, la teoría de la valoración paralela en la esfera del profano estuvo dirigida más a evitar que el juez utilice su propia perspectiva (la jurídica) que a ofrecer un criterio seguro para determinar el conocimiento de los elementos normativos del tipo por parte del autor[136]. Con la finalidad de ofrecer un criterio más preciso, SCHLÜCHTER acude a la idea de la reducción teleológica. Esta autora se apoya en los conceptos de connotación y denotación manejados en la semántica general para sostener que el conocimiento penalmente relevante de los elementos normativos consiste en el conocimiento de las partes del hecho a los que se refiere el tipo penal correspondiente interpretado teleológicamente, esto es, que el conocimiento del autor respecto del hecho tipificado debe ser suficiente para darse cuenta del componente significativo referido al bien jurídico protegido[137]. Para afirmar el dolo bastará, por lo tanto, con que el autor comprenda el significado lesivo de la conducta realizada. Al planteamiento de la reducción teleológica se le ha cuestionado, sin embargo, tener referentes muy imprecisos[138], sin contar con el hecho de que la propia determinación de cuál es

134 La paternidad de la fórmula de la valoración paralela se le atribuye a MEZGER: *Tratado*, II, p. 155 y s. No obstante, la doctrina penal se remonta incluso a la llamada "subsunción conforme al profano" de BINDING: *Normen*, III, p. 148. Por su parte WELZEL: *JZ* 1954, p. 279, no estuvo de acuerdo con calificar a este procedimiento como una valoración, sino, más bien, como una comprensión espiritual, lo que motivó que utilizara la expresión "juicio paralelo en la consciencia del autor".

135 Vid., en este sentido, FRISCH, en *El error*, pp. 52, 75; KINDHÄUSER, en *El error*, p. 155; SCHWEGLER: *Der Subsumtionsirrtum*, p. 127

136 Vid., BUSCH: *FS-Mezger*, p. 168. Actualmente han intentado dar contornos específicos a este criterio, BACKES, O.: *Die sogenannte Parallelwertung*, p. 91 y ss.; KAUFMANN, Arthur: *Die Parallelwertung*, p. 36 y ss. Críticamente frente a estas nuevas formulaciones de la valoración en la esfera del profano, KUHLEN: *Unterscheidung*, p. 455 y ss, 464 y ss.

137 En este sentido, SCHLÜCHTER: *Irrtum*, p. 6 y ss. Comparte la propuesta de Schlüchter, MAIWALD: *Unrechtskenntnis*, p. 20, nota 57 a. Críticamente frente a la reducción teleológica, PUPPE, en *El error*, p. 91 y ss.; FAKHOURI GÓMEZ: *Delimitación entre error de tipo y de prohibición*, p. 422 y ss.

138 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 101.

el bien jurídico penalmente protegido es ya un tema sumamente discutible[139]. Por consiguiente, este planteamiento no ofrece realmente una solución al problema de la indeterminación achacado a la fórmula de la valoración paralela en la esfera del profano.

Las propuestas actuales procuran determinar el objeto de conocimiento de los elementos normativos del tipo al margen del tenor legal. Por esta razón, dirigen el dolo, más bien, a la aprehensión del sentido de aquellos aspectos del hecho a los que el tipo penal hace referencia. En esta dirección discurre, por ejemplo, la propuesta de Frisch con la idea de la concreción específica para el autor del fundamento de la prohibición[140]. De similar orientación es la propuesta de Puppe, en tanto busca concretar el sentido del tipo penal en el hecho y exigir para el dolo del autor únicamente este conocimiento[141]. Más laxa se presenta la interpretación de Kindhäuser, quien no exige en el dolo el conocimiento del sentido de la norma penal, sino simplemente los presupuestos empíricos del juicio de veracidad sobre la oración normativa del tipo[142]. Pese al mayor nivel de concreción alcanzado por las formulaciones precedentemente reseñadas, éstas no han terminado de dar el salto a una construcción estrictamente normativa en la imputación del dolo, en la medida que intentan colocarse todavía en el mundo de las representaciones del autor. Como ya lo hemos indicado, el Derecho penal no puede, ni debe, entrar directamente en la interioridad de la persona, sino realizar con sus propios criterios normativos una imputación de esa disposición interior.

Desde la perspectiva aquí asumida, el conocimiento de lo obtenido por medio de valoraciones es consecuencia también de una imputación de base normativa. Sin embargo, es necesario hacer una mayor especificación de los criterios que definen las incumbencias de este tipo de conocimiento, ya que la objetividad de las valoraciones resulta menos plausible que aquello que es objeto de percepción por parte de un sujeto. En este sentido, el rol asumido por el autor solamente puede llegar a imputarle el conocimiento por valoración de la conducta objetivamente realizada, si se presenta un nivel de socialización que asegure una comprensión de la relevancia del comportamiento o de algunos de sus aspectos penalmente relevantes. En algunos casos, la propia regulación jurídica establece a quién o a qué parte de una relación interpersonal le corresponde conocer los aspectos de la relevancia del hecho. Una vez definidos los conocimientos por valoración que le corresponde tener al autor

139 Vid., con mayores referencias, Fakhouri Gómez: *Delimitación entre error de tipo y de prohibición*, p. 423.

140 Frisch, en *El error*, pp. 72 y ss., 77 y s.

141 Puppe, en *El error*, p. 95 y ss.

142 Kindhäuser, en *El error*, p. 144 y ss.

por el rol jurídicamente atribuido, éstos podrán serle objetivamente imputados si pudo acceder a ellos en sus circunstancias personales.

Como puede verse, el criterio normativo propuesto para imputar el conocimiento que sustente el dolo realiza un giro frente a la determinación usual del dolo, en tanto establece desde el Derecho Penal el conocimiento por valoración de los elementos del tipo penal correspondiente. El juez no baja en su valoración a la esfera del profano, sino que sube, más bien, al sujeto individual al nivel de ciudadano general o especial y determina, en este lugar, el conocimiento de los elementos típicos, considerando sus circunstancias personales. Para mostrar la capacidad resolutiva de este criterio utilicemos un ejemplo concreto.

> Pensemos en una persona mayor de edad, aparentemente sin ningún problema mental, con educación completa, que ha vivido siempre en la capital en un nivel medio, con un grupo de amigos de su círculo profesional, que trabaja desde hace diez años como director de una empresa aceitera y que decide refinar aceite industrial desnaturalizado con anilina para venderlo como aceite de consumo humano[143]. Sin entrar en un análisis detallado de la imputación objetiva, supongamos que efectivamente esta conducta encuadra en el tipo objetivo del delito de tráfico de productos nocivos del artículo 288 del CP. En cuanto a la imputación subjetiva, que es la que aquí nos interesa, cabe decir primeramente que el juez no verifica lo que el sujeto tenía en mente al comercializar el aceite industrial, en donde lo único que se podría encontrar, en todo caso, es una mezcla de sentimientos que difícilmente un jurista está en capacidad de ordenar con fines de imputación. Tampoco se pone en el lugar del sujeto al momento de cometer el hecho y hace desde ahí una valoración paralela para determinar si tal sujeto conocía las circunstancias del hecho o el carácter prohibido de su actuación[144]. Todo lo contrario, lo que hace el juez penal es considerar al sujeto en su posición de administrador de una empresa del ramo aceitero y determinar si las incumbencias de conocimiento que se le impone a un ciudadano en tal posición pueden serle exigidas en sus concretas circunstancias personales[145]. Que al sujeto le incumbía conocer que estaba comercializando un producto capaz de comprometer la salud de los consumidores, resulta indiscutible, pues al administrador de una empresa aceitera con muchos años en el

143 Se trata de una pequeña variación del famoso caso del aceite de colza sucedido en España en el año de 1981 y que produjo 330 muertes y 15,000 afectados. Sobre la trama central del caso, vid., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón, (coord.), p. 263 y ss.

144 Es así como proceden en suma la valoración paralela en la esfera del profano y el método de reducción teleológica.

145 En el mismo sentido, la argumentación con otro ejemplo de HRUSCHKA: *FS-Kleinknecht*, p. 194.

ramo puede exigírsele jurídicamente que, cuando menos, sepa que el aceite desnaturalizado con anilina constituye un producto nocivo (conocimiento situacional)[146]. Sus circunstancias personales no le han impedido acceder al conocimiento que el rol de ciudadano le exige en su posición específica. La posibilidad de que el refinado del aceite industrial elimine la anilina tóxica no permite excluir en el caso concreto el conocimiento de la nocividad del aceite por parte del autor, pues los empresarios de este sector también deben saber que los procesos actuales de refinado no aseguran la eliminación completa de la anilina[147]. El conocimiento imputado al autor sobre la comercialización del aceite debió llevarlo a no comercializar dicho producto, por lo que habrá realizado con dolo el delito de tráfico de productos nocivos.

C. *La imputación del conocimiento del carácter antijurídico del hecho*

El conocimiento del carácter prohibido del hecho debe ser también imputado al autor[148]. Este conocimiento fue entendido originalmente también como un conocimiento psicológico que el autor debía tener al momento del hecho, en la medida que era parte del dolo del autor (el llamado *dolus malus*). El primer aspecto que se discutió en esta caracterización del conocimiento fue que el autor lo tuviese que tener actualizado al momento de realizar la conducta. Para evitar este requerimiento excesivo, un sector de la doctrina penal propuso entender que no era necesaria la actualización del conocimiento al momento del hecho, para lo cual recurrió a fórmulas como la co-conciencia, la conciencia de pensamiento objetivo o la teoría de la configuración[149]. Otro sector de la doctrina fue mucho más claro

146 Vid., sobre este aspecto en la sentencia del caso del aceita de colza, con puntuales comentarios, Hassemer/Muñoz Conde: *La responsabilidad*, p. 100 y s.; Ragués i Vallès, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 270 y s., aunque este mismo autor (*El dolo*, p. 358), prefiere hablar de reglas sociales de imputación de conocimientos en lugar de incumbencias de conocimiento. Una atribución del conocimiento con base en roles se puede apreciar en el voto singular de Rodríguez Medrano en el expediente N° 1640-97-Callao de 19 de marzo de 1998, respecto de los agentes de aduanas (Rojas Vargas: *Jurisprudencia penal*, I, p. 87).

147 Sobre la imputación del correcto conocimiento situacional, Ragués i Vallès: *El dolo*, p. 443 y ss.

148 Vid., Fakhouri Gómez: *InDret* 4/2009, p. 20.

149 Vid., en este sentido, Platzgummer: *Die Bewußtseinsform*, p. 83 y ss., que, aunque limitado al dolo, puede igualmente trasladarse al conocimiento de la antijuricidad del hecho; Schmidhäuser: *FS-H. Mayer*, p. 317 y ss.; Schewe: *Das Bewußtsein*, p. 189 y ss. Actualmente utilizan el término de co-conciencia para admitir la conciencia del injusto Donatsch: *SchwZStr* 102 (1985), p. 21; Otto: *Jura* 1990, p. 647; Neumann: *JuS* 1993, p. 795; Nieto Martín: *Conocimiento*, p. 64. Críticamente frente a estos criterios, Kuhlen: *Unterscheidung*, p. 274 y ss.

al requerir solamente la potencialidad de ese conocimiento[150], lo que fue facilitado por su separación analítica del dolo natural que pasó a integrarse a la tipicidad. El avance de esta última propuesta de interpretación está en que también cabía afirmar el conocimiento del injusto respecto de quien no conocía (psicológicamente) el carácter injusto de su acción, pero podía conocerlo[151].

Pese a que el criterio de la potencialidad del conocimiento inicia la senda de una comprensión normativa del conocimiento del carácter antijurídico del hecho, esta posición no ha sido lo suficientemente radical como para liberarse por completo de una comprensión psicológica[152]. Solamente el término de "conocimiento potencial" da testimonio de ello y justifica el reproche de Arthur KAUFMANN, en el sentido de considerar a este planteamiento una ficción[153]. Desde nuestro punto de vista, no se trata de un conocimiento potencial, sino, más bien, de una imputación actual de conocimiento, aun cuando se base en potencialidades de la persona. Por lo tanto, no se debe hablar de una ficción, sino de una realidad: La realidad de la imputación. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho es una parte subjetiva del delito que no se constata como una realidad psicológica del autor, sino que se le imputa a partir de ciertos criterios jurídico-penales.

La manera correcta para determinar normativamente si el autor conoció el carácter prohibido de su hecho no debe buscarse, en nuestra opinión, en lo que éste pudo conocer, sino en lo que, debiendo conocer, pudo conocer. En este sentido, tal conocimiento requiere precisar si las incumbencias de conocimiento impuestas al autor por el rol desempeñado pueden serle exigidas en atención a sus circunstancias personales. Para llevar a cabo esta imputación es necesario individualizar las circunstancias en el que se desenvuelve el autor[154], de lo que precisamente se ocupa la prueba en el proceso penal. El juez mediante la reproducción probatoria del hecho determina el contexto específico de actuación del autor y puede precisar con criterios normativos las incumbencias de conocimiento que, por su rol, le corresponden

150 Sobre el llamado conocimiento potencial del injusto, vid., con mayor detalle, RUDOLPHI: *Unrechtsbewusstsein*, p. 296; SCHLÜCHTER: *Irrtum*, p. 29 y ss.; GROTEGUTH: *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, pp. 72, 116 y ss.; VELTEN: *Normkenntnis*, p. 75 y ss.

151 Vid., así, HORN: *Verbotsirrtum*, p. 106. Como lo señalan RUDOLPHI: *Unrechtsbewusstsein*, p. 56; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 26, no se trata de determinar una reflexión consciente sobre lo injusto del comportamiento.

152 El propio HORN: *Verbotsirrtum*, p. 139 y s., exigía para fundamentar la culpabilidad una vinculación psicológica entre el autor y la norma.

153 Vid. KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 73. Sobre la falta de criterios objetivos de determinación de la potencialidad, vid., MANSO PORTO: *Desconocimiento*, p. 38 y s.

154 Similarmente, MANSO PORTO: *Desconocimiento*, p. 50 y s.

en tal situación[155]. Si el autor pudo, desde sus circunstancias personales, acceder a este conocimiento sobre la relevancia jurídico-penal de su hecho que le impone el rol desempeñado, entonces tal conocimiento le será subjetivamente imputado.

Debe destacarse que la normativización del conocimiento del carácter antijurídico del hecho no es un planteamiento novedoso, pues anteriormente se intentó hacerlo excepcionalmente en el caso de los delitos emocionales y la ceguera ante el Derecho[156]. Sin embargo, la imputación del conocimiento no opera por vía de excepción como se propuso en los casos mencionados, sino que constituye, más bien, la regla general. Por ello, lo que debe definirse es el criterio normativo que permite, en general, imputar al autor el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. En nuestra opinión, este conocimiento se determina mediante una imputación que tiene lugar a partir de la consideración del sujeto como un ciudadano fiel al Derecho y las incumbencias de conocimiento exigibles en su situación personal. En este orden de ideas, el conocimiento del carácter prohibido del hecho podrá imputársele al autor si a éste, como ciudadano, puede exigírsele tal conocimiento y que, atendiendo a sus circunstancias personales, pudo alcanzar dicho conocimiento.

Un aspecto especialmente discutido en la determinación del conocimiento de carácter antijurídico del hecho, es el caso de duda sobre dicho conocimiento. Por la complejidad de los nuevos ámbitos en los que se criminalizan las conductas socialmente perturbadoras, cada vez es más usual que los sujetos no posean un conocimiento cierto del carácter delictivo de su conducta[157]. Esto, que resulta claro en el mundo psicológico de la subjetividad, tiene una lectura distinta en una comprensión normativa del conocimiento. La duda interna constituye un estado psicológico inaccesible al sistema jurídico y que, por tanto, carece de toda relevancia dogmática. La imputación penal del conocimiento de un hecho se realiza en función de las incumbencias de conocimiento y las circunstancias personales del autor, por lo que

155 No se trata, por tanto, de la prueba de un conocimiento psicológico que resulta muy cuestionable frente al principio de presunción de inocencia, como lo ha puesto de manifiesto Nieto Martín: *Conocimiento*, p. 44 y ss.

156 En este sentido la propuesta de Mezger: *FS-Kohlrausch*, p. 180 y ss. Frente a esta propuesta vid., críticamente, Welzel: *MDR* 1952, p. 586 y s. Por su parte, los partidarios de la teoría del dolo, reprochan a Welzel que equipare actualidad y potencialidad del conocimiento del injusto (así, Lang-Hinrichsen: *JR* 1952, p. 191).

157 Vid., con mayores referencias, Engisch: *Untersuchungen*, p. 238; Rudolphi: *Unrechtsbewusstsein*, p. 118 y ss.; Kaufmann, Armin: *ZStW* 70 (1958), p. 86; Warda: *FS-Welzel*, p. 526; Horn: *Verbotsirrtum*, p. 34; Otto: *Jura* 1990, p. 648; Schlüchter: *Irrtum*, p. 30 y ss.; Lüderssen: *Wistra* 1983, p. 225; Neumann: *JuS* 1993, p. 795 y s.; El Mismo, *NK* § 17, n.m. 33 y ss.; Roxin, en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, p. 85 y ss.; Dimakis: *Der Zweifel*, passim (espec. p. 25 y ss.); Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 84; Glandien: *Verbotsirrtum*, p. 100 y ss.

sólo puede ser desvirtuado por hechos objetivos normativamente relevantes. En este sentido, la única duda que puede importar en el Derecho penal es la duda de los tribunales, la cual se resuelve, por cierto, conforme al principio del *in dubio pro reo*. Desde el punto de vista normativo, la duda del autor no existe[158]. La doctrina penal hace de alguna forma lo mismo, en tanto soluciona los casos de duda sobre el carácter prohibido de un hecho mediante criterios normativos similares al dolo eventual[159]. Si el autor debía conocer el carácter prohibido de su hecho en razón del ámbito en el que se desenvuelve y este conocimiento le era accesible desde sus circunstancias personales, entonces una situación de duda interna no tendrá ninguna relevancia normativa[160].

D. Ceguera e ignorancia deliberada

Si el dolo es una imputación de conocimiento hecha con criterios normativos, se abre entonces la posibilidad de afirmar el dolo, a pesar de que el autor no cuente con el conocimiento psicológico sobre el hecho delictivo. Y aunque esta situación pudiese generar a primera vista un rechazo espontáneo, un análisis más detenido permite aceptarla como una posibilidad absolutamente válida. La doctrina penal plantea, al respecto, el problema del autor que, por absoluta indiferencia, desconoce la relevancia de su comportamiento (ceguera fáctica) o su carácter prohibido (ceguera jurídica)[161]. Si se siguiese el entendimiento estrictamente psicológico del conocimiento, no existiría en tales casos el conocimiento necesario para sustentar la parte subjetiva del delito correspondiente. Al final, se terminaría premiando con la impunidad o con una menor penalidad a los indiferentes, a los que muy poco se representan las consecuencias lesivas de su actuación o averiguan sobre lo que está prohibido. Sin embargo, pese a lo evidente que es el injusto tratamiento que recibe el indiferente, la doctrina penal tiene un serio problema legal para viabilizar una solución satisfactoria al problema de la indiferencia.

La regulación actual del error ha producido un tratamiento diferenciado del lado subjetivo del delito. Mientras que el dolo requiere un conocimiento actual que rechaza el castigo de la ceguera fáctica, el conocimiento del carácter antiju-

158 Similarmente, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 30.

159 Vid., en este sentido, ENGISCH: *Untersuchungen*, p. 238; RUDOLPHI: *Unrechtsbewusstsein*, p. 118 y ss.; WARDA: *FS-Welzel*, p. 526; HORN: *Verbotsirrtum*, p. 34; OTTO: *Jura* 1990, p. 648; SCHLÜCHTER: *Irrtum*, p. 30 y ss.; LÜDERSSEN: *Eistra* 1983, p. 225; NEUMANN: *JuS* 1993, p. 795 y s.; EL MISMO, *NK* § 17, n.m. 33 y ss.; DIMAKIS: *Der Zweifel*, p. 25 y ss.; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 84; SILVA SÁNCHEZ: *ADPCP* 1987, p. 649.

160 Sobre la posibilidad de una atenuación, SILVA SÁNCHEZ: *ADPCP* 1987, p. 654 y ss.

161 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 5 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER: *LH-Cobo del Rosal*, p. 50 y ss.

rídico del hecho puede ser potencial, lo que permitiría resolver el problema de la ceguera jurídica[162]. Posiblemente sea esta disparidad regulatoria la que explique que la ceguera fáctica apenas se haya discutido en la doctrina penal, a diferencia de la ceguera jurídica que tiene ya larga data. En efecto, los defensores de la teoría del dolo intentaron plantear la ceguera jurídica como una limitación a la regla general de la necesidad de un conocimiento actual del carácter antijurídico del hecho[163]. No obstante, su punto de partida psicologicista se mostró incompatible con dicho planteamiento, lo que justificó la crítica hecha por los defensores de la teoría de la culpabilidad[164]. A estos últimos les resultó más fácil sustentar el castigo de la ceguera jurídica, pues su comprensión potencial del conocimiento del carácter antijurídico del hecho abandonó su carácter psicológico y pasó a asumir una configuración normativa[165]. Es así que se han formulado distintos fundamentos dogmáticos para sancionar a los sujetos que desconocen subjetivamente por razones no atendibles el carácter prohibido del hecho[166]. Pese a todo, un sector de la doctrina penal cuestiona esta posibilidad en un Derecho penal de acto, en la medida que sostiene que al autor no le resultaría posible, al momento de cometer el hecho, conocer la prohibición de su actuación[167]. Al final, la situación doctrinal es que se soluciona únicamente la ceguera jurídica e incluso, en tal caso, existe oposición de un sector de la doctrina.

En nuestra comprensión del dolo, que abarca el *dolus malus*, ambos casos de ceguera deben recibir el mismo tratamiento jurídico: la indiferencia del autor no puede ser una causa de desconomiento que incida en la exclusión de la imputación subjetiva. Sobre los ciudadanos recaen incumbencias de conocimiento que le impone el desempeño de los roles jurídicamente relevantes. Si bien esas incumbencias no aseguran que, en la situación concreta, el autor haya efectivamente accedido a

---

162 En este sentido, es absolutamente válida la crítica de JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 56 y s.

163 MEZGER: *FS-Kohlrausch*, p. 183 y ss.

164 WELZEL, en *Abhandlungen*, p. 254

165 Así, BLEI: *JA* 1970, p. 666.

166 RUDOLPHI: *Unrechtsbewusstsein*, p. 263 y ss., acude a la idea de una culpabilidad mediata; STRATENWERTH: *GS-Armin Kaufmann*, p. 490 y ss., utiliza el criterio de la anticipación del hecho por parte de autor; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 46 y ss., se apoya en la culpa por aceptación; NIETO MARTÍN: *Conocimiento*, pp. 239 y s., 269 y ss., admite de manera excepcional la inobservancia del principio de coincidencia.

167 HORN: *Verbotsirrtum*, pp. 145 y ss., 168 y ss., quien por ello considera que la única respuesta posible sería la aplicación de medidas de seguridad; MANSO PORTO: *Desconocimiento*, pp. 18, 50, en tanto requiere una evitabilidad individual *al momento del hecho* que le lleva luego a considerar que tratar estos casos como injusto cognoscible excede el marco de la culpabilidad del hecho.

la información requerida para conocer el sentido socialmente defraudador de su comportamiento, la indiferencia no es un supuesto válido para negar la imputación del conocimiento. Al autor le incumbía contar con el conocimiento para reconocer la relevancia penal de su actuación, por lo que, a efectos de la determinación de la responsabilidad penal, se le deberá imputar dicho conocimiento[168].

Admitida la posibilidad de imputar conocimiento al indiferente, el punto sobre el que gravita la discusión es si dicha imputación fundamenta una responsabilidad plena o, por el contrario, una de menor intensidad (culposa)[169]. JAKOBS sostiene que la indiferencia deja el plano de lo culposo y entra en lo propiamente doloso cuando el autor indiferente frente a su conducta lesiva se guarda de riesgos que puedan afectar sus propios intereses[170]. A este planteamiento se le considera una resurrección de la figura medieval del dolo indirecto[171], en la medida que atribuye al autor el conocimiento de ciertas aptitudes de su actuación, aunque no haya sido consciente de ellas. En nuestra opinión, esta nueva versión del dolo indirecto no abandona por completo, pese a la introducción de la lógica normativa de la imputación, la base psicológica de la comprensión clásica[172], en la medida que la atribución de dolo depende del dato psicológico de si el autor procura preservarse de los riesgos de su actuación indiferente. A nuestro entender, la indiferencia del autor debe dar lugar a una responsabilidad dolosa, si es que el conocimiento específicamente imputado al autor (pero psicológicamente desconocido por su indiferencia) le permite identificar plenamente la dimensión lesiva de su comportamiento. Si el conocimiento imputado al indiferente alcanza solamente para descubrir la potencialidad lesiva del hecho realizado, entonces lo que tendrá lugar es un actuar culposo.

En estrecha relación con el dolo por indiferencia se encuentra la figura de la ignorancia deliberada (*willfull blindness*). Tal situación tiene lugar cuando el autor, debiendo y pudiendo conocer determinadas circunstancias que evidenciarían la lesividad de su actuación, toma deliberadamente la decisión de mantenerse en

168 Vid., así, la comprensión de LESCH: *JA* 1996, p. 611 y ss., como ámbitos de responsabilidad.

169 Vid., así, la discusión KINDHÄUSER, en *Cuestiones actuales*, p. 52 y ss. Sostiene que se trata de una actuación culposa, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 251 y s.

170 Vid., con mayor desarrollo, JAKOBS: *LH-Bacigalupo* (España), p. 355 y ss. Igualmente, RUIZ LÓPEZ: *La graduación del delito imprudente*, p. 89. No obstante, crítico frente a este criterio BACIGALUPO ZAPATER: *LH-Cobo del Rosal*, p. 55.

171 Sobre esta figura, vid., PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 382 y ss.

172 Así, resulta llamativo que JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 36, quien defiende una construcción completamente normativa de la faceta interna del autor, requiera en la ceguera jurídica al momento del hecho cuando menos un conocimiento latente de la norma.

ignorancia de ellas[173]. Por ejemplo, una ignorancia deliberada existe cuando quien intermedia en una transacción decide, en contra de lo que dispone la normativa antilavado, ignorar quiénes son las partes de la operación o la procedencia de los fondos, con la finalidad de que, por la ausencia de ese conocimiento, no se le involucre penalmente en un eventual acto de legitimación de capitales de procedencia delictiva[174]. Aquí no existe ningún inconveniente para afirmar la presencia del dolo, pues, como se ha dicho repetidamente, lo que se hace no es verificar el conocimiento psicológico de autor, sino imputarle el conocimiento con base en criterios normativos[175]. Y no hay duda que tal imputación debe tener lugar cuando el autor se ha puesto deliberadamente en una situación de desconocimiento psicológico para evadir la responsabilidad penal.

3. El momento del dolo

Bajo la comprensión psicológica del dolo, la opinión uniforme ha sido que el conocimiento y la voluntad que lo sustentan deben estar presentes en el autor al momento de la realización de la conducta típica, no antes ni después[176]. Podría pensarse que la asunción de una perspectiva normativista debería llevar a prescindir de esta exigencia temporal. Sin embargo, esta deducción no es correcta, pues el entendimiento del dolo, como una imputación de conocimiento, no supone que dicha imputación se le pueda hacer al autor en cualquier momento. Los parámetros normativos para imputar el dolo al autor se deben ubicar en el momento en el que realizó la conducta típicamente relevante. En consecuencia, no es posible admitir un *dolus antecedens* previo a la ejecución del delito, ni tampoco un *dolus subsecuens*

173 Así, Ragués i Vallès: *La ignorancia deliberada*, p. 158, destacando de manera general cuatro elementos (ausencia de representación suficiente, capacidad de obtener la información ignorada, deber de obtener la información ignorada y decisión de no conocer), a los que agrega finalmente la finalidad de obtener algún beneficio sin asumir riesgos propios ni responsabilidades (p. 192 y s.). Vid., un amplio desarrollo sobre el tratamiento de la ignorancia deliberada en la jurisprudencia penal española, Miró Linares, en *La teoría del delito en la práctica penal*, Silva Sánchez/ Miró Linares (dir.), p. 264 y ss. En la doctrina penal peruana, Armas Cabrera: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 114 (2018), p. 49 y ss.

174 Vid., al respecto, García Cavero: *El delito de lavado de activos*, p. 122 y s.

175 Recurren a la figura de la *actio libera in causa* Varela: *Dolo y error*, p. 650; Sánchez Málaga: *Una teoría para la determinación del dolo*, p. 485. Se oponen, por el contrario, a admitir una imputación dolosa Feijoo Sánchez: *InDret* 3/2015, p. 3 y ss.; Tasayco: *Actualidad Penal* 22 (2016), p. 159 y s. Niega que la ignorancia deliberada sea dolo o culpa, pero admite que puede alcanzar el efecto punitivo doloso Armas Cabrera: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 114 (2018), p. 54 y ss.

176 Así, Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 16, n.m. 84; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 354 y s.

alcanzado con posterioridad a la consumación del delito[177]. Para graficarlos con un par de ejemplos: No actúa dolosamente el cazador que, estando decidido a cazar un especímen protegido, abandona su original designio y dispara sobre otra pieza que, sin saberlo, también era protegida. Tampoco actuará con dolo el que, luego de mantener relaciones sexuales, toma conocimiento que la pareja es menor de 14 años y considera que igualmente lo habría hecho.

4. El objeto del dolo

A. La conducta defraudatoria de la norma

En la doctrina penal actual se discute cuál es el objeto del conocimiento que sustenta la imputación dolosa. Un sector de la doctrina penal afirma que dicho conocimiento tiene por objeto solamente la conducta típica riesgosa[178], no siendo necesario abarcar el resultado producido y mucho menos el curso causal que lleva a la producción del resultado[179]. Exigir que el autor conozca estos aspectos naturalísticos carecería de interés en una comprensión normativa de la imputación subjetiva[180]. Si se sigue ese razonamiento, el conocimiento que sustenta el dolo terminará siendo prácticamente el mismo en los delitos de peligro (concreto) que en los delitos de lesión[181]. Frente a este parecer, un sector importante de la doctrina penal muestra su abierta disconformidad, pues entiende que el objeto del dolo no puede ser idéntico en los delitos de peligro (concreto) y en los delitos de lesión[182].

Como puede verse, la discusión brevemente esbozada gira en torno a la comprensión del delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Pero si, por el contrario, los elementos constitutivos del delito se ordenan con base en la idea

177 En el mismo sentido, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 246 y s.

178 Vid., FRISCH: *Vorsatz*, p. 57 y ss. En la doctrina penal nacional, SÁNCHEZ MÁLAGA: *Una teoría para la determinación del dolo*, p. 80.

179 Así, JAKOBS: *Studien*, p. 90 y ss., señala que puede hablarse de dolo aun cuando el autor ni siquiera se plantee el curso causal, pero sabe que su acción, en las condiciones dadas, lleva al resultado.

180 Vid., FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 622.

181 En este sentido, CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro*, p. 114 y ss.; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 233 y s.

182 Diferencian entre dolo de peligro y dolo de lesión, RODRÍGUEZ MONTANÉS: *Delitos de peligro*, pp. 61 y ss., 103; LA MISMA, *El caso colza*, p. 203 y ss.; MAQUEDA ABREU, en CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 193; HASSEMER/MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad*, p. 114 y s.; SCHÜNEMANN: *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 72; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 360 y s. Una diferencia entre ambas formas de dolo, aunque renunciando al elemento volitivo, reconocen también JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 79; RAGUÉS I VALLÈS: *El dolo*, p. 509 y s.

de la infracción de la norma, sea mediante la creación de un peligro concreto o la lesión de un objeto valorado positivamente, no se presentará una diferencia sustancial entre el dolo de peligro y el dolo de lesión. La diferencia se ubica solamente en el plano objetivo, pues subjetivamente en ambos tipos de delito la imputación del conocimiento abarca la aptitud lesiva concreta del comportamiento[183]. Si en el delito de peligro concreto no se produce el resultado de lesión, se debe a factores que no pueden impedirse de forma planeada, por lo que no cabe imputarlos subjetivamente al autor. Si el delito de lesión tiene, por lo general, una pena mayor que el delito de peligro concreto se debe fundamentalmente a la producción objetiva de un resultado lesivo que incrementa el injusto por el resultado.

En los llamados delitos de peligro abstracto, el objeto del conocimiento que sustenta el dolo se simplifica aún más. JAKOBS ha señalado que la colisión entre la estandarización y subjetivización de la imputación puede dulcificarse en el caso de los delitos de peligro abstracto, en la medida que lo que importa en estos delitos es solamente el alejamiento de una conducta estándar con independencia de lo que el autor pudo prever[184]. En este sentido, la imputación subjetiva en los delitos de peligro abstracto no ofrece mayores problemas respecto del conocimiento del hecho delictivo, pues solamente será necesario imputar al autor el conocimiento del apartamiento del estándar exigido por la norma penal. El objeto del conocimiento en estos casos estará constituido por el alejamiento que la conducta riesgosa concretamente realizada tiene respecto del estándar penalmente establecido.

B. La antijuridicidad de la conducta

El dolo debe abarcar también el carácter antijurídico del hecho. La cuestión será entonces precisar qué comprende este conocimiento necesario para la imputación del dolo[185]. Una revisión general de los escritos especializados muestra dos puntos de vista extremos sobre los que gira la discusión. En un extremo se encuentra la línea de pensamiento que exige el mayor conocimiento posible de la

183 Si bien RAGUÉS I VALLÈS: *El dolo*, p. 456, exige la aptitud lesiva concreta en los delitos de resultado, lo que debería abarcar los tipos de lesión y de peligro concreto, señala luego (p. 509) que en los delitos de peligro concreto falta el juicio de aptitud lesiva concreta. En nuestra opinión el juicio de aptitud lesiva concreta se presenta en ambos delitos de resultado. La única diferencia entre los delitos de peligro concreto y los delitos de resultado se encuentra en el hecho de que el resultado lesivo en los delitos de peligro concreto no se produce por causalidad, pues todos los elementos necesarios para su producción concurren en el caso concreto.

184 Vid., JAKOBS: *ADPCP* 1989, p. 634.

185 Como lo ha señalado correctamente SCHÜNEMANN: *NJW* 1980, p. 738, resulta necesario no sólo responder al "cómo" se determina el conocimiento del injusto, sino también al "qué" de tal conocimiento.

antijuridicidad del hecho, por lo que llega a incluir hasta la penalidad prevista para la conducta[186]. En el otro extremo se presenta una visión general del conocimiento de la antijuridicidad del hecho que se queda únicamente en el conocimiento de una violación del orden moral o social[187]. La doctrina penal se mueve en los distintos niveles intermedios que ofrecen los extremos mencionados, ocupando quizá el punto más central la opinión dominante que sostiene que el conocimiento del carácter prohibido del hecho se alcanza con el conocimiento de su contrariedad al ordenamiento jurídico[188]. A partir de este punto central pueden apreciarse diversas interpretaciones que se inclinan hacia uno u otro de los extremos antes indicados.

Un parecer doctrinal sostiene que no basta un conocimiento de la contrariedad del hecho al ordenamiento jurídico, sino que es necesario además que se reconozca como jurídico-penalmente prohibido o, cuando menos, como sometido al poder coactivo del Estado[189]. Otro sector de la doctrina da incluso un paso más en esa dirección y exige, además, un conocimiento de la punibilidad concreta del hecho[190]. En el sentido opuesto discurre el parecer que requiere únicamente el conocimiento del injusto material, como dañosidad social de la acción[191]. Como se observa, en la doctrina penal se defienden casi todas las posibilidades de extensión del conocimiento del injusto del hecho con base en argumentos muy diversos. Una

186 Esta exigencia se explica en el modelo de conminación psicológica de Feuerbach, en la medida que, para poder intimidar a una persona, ésta debe saber la cantidad de pena que le correspondería de cometer el delito. Críticamente ante el modelo de Feuerbach, KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewußtsein*, p. 117. Un conocimiento de la cuantía de la pena hoy en día se encuentra absolutamente rechazado; vid., así, DONATSCH: *SchwZStr* 102 (1985), p. 17.

187 Igualmente, la teoría de los delitos naturales del Tribunal Supremo español; vid., con mayor detalle, NIETO MARTÍN: *Conocimiento*, p. 80 y ss.

188 Vid., RUDOLPHI: *Unrechtsbewusstsein*, p. 57 y ss. (espec. p. 62 y s.). Similarmente, BLEI, *JA* 1970, p. 525; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 12; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 668.; CÓRDOBA RODA: *El conocimiento*, p. 98 y ss.; CEREZO MIR, en *Problemas fundamentales*, p. 77; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en *LH-Torío López*, p. 356 y s., aunque admite un acercamiento a la interpretación del conocimiento del injusto como conocimiento de la antijuricidad penal.

189 Así el parecer, con alguno que otro matiz, de STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 62; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 23; NEUMANN: *NK* § 17, n.m. 20; ZACZYK: *JuS* 1990, p. 891 y s. En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ: *ADPCP* 1987, p. 648, nota 3; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 26, n.m. 50; FELIP I SABORIT: *Error iuris*, p. 126 y ss. En el Perú, se adhiere a este parecer CASTRO CORNEJO: *El error en el Derecho penal*, p. 73.

190 Así, también con matices, SCHROEDER: *LK* § 17, n.m. 7 y s.; OTTO, *Jura* 1990, p. 648; GEERDS: *Jura* 1990, p. 430; KORIATH: *Jura* 1996, p. 113; GROTEGUTH: *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 111 y s.; BACIGALUPO ZAPATER: *CPC* 3 (1977), p. 3 y ss.; EL MISMO, *Delito y punibilidad*, p. 192 y s.; NIETO MARTÍN: *Conocimiento*, p. 103. Críticamente, MAYER, M.E.: *Normas jurídicas*, p. 67.

191 Vid., así, KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewußtsein*, pp. 119 y ss., 142 y ss.

toma de posición al respecto requiere tener presente la función de la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho en la teoría del delito.

Si el Derecho penal imputa un hecho a un sujeto por haber negado evitablemente la vigencia de la norma, esto supone que al sujeto le era exigible el conocimiento del carácter defraudatorio de su hecho. En este contexto no parece necesario exigir un conocimiento que abarque incluso la punibilidad concreta del hecho[192], en la medida que muchas veces ésta depende de consideraciones que no varían el carácter defraudatorio del hecho. Pero, por otro lado, tampoco basta con sólo conocer que se realiza una alteración del orden social, sino que debe poder exigirse el conocimiento concreto de que se trata de una defraudación de expectativas normativas de conductas esenciales[193]. En este contexto de ideas, el conocimiento del carácter prohibido del hecho solamente se podrá afirmar si normativamente se le puede exigir al autor saber, en sus circunstancias personales, que la concreta infracción de su rol produce una defraudación de normas elementales de la organización social. El autor conoce que infringe el deber de ajustar su actuación a estas normas esenciales de la constitución de la sociedad[194].

C. El *dolus generalis*

Una problemática especial relacionada con el objeto del dolo plantea el caso, en el que el resultado lesivo no se produce por un comportamiento riesgoso inicial, sino por uno posterior, pero cuya aptutid lesiva concreta no se conocía por una indebida valoración del comportamiento anterior. El ejemplo que se utiliza normalmente en la doctrina penal para graficar esta problemática es el siguiente: A dispara a B para matarlo y, una vez que lo cree muerto, tira su cuerpo al río para ocultar el cadáver, pero lo cierto es que la víctima no había muerto por el disparo, sino que muere recién ahogado por el sumergimiento.

La doctrina penal sostenía, en el caso planteado, la realización de un solo delito consumado bajo la idea del *dolus generalis* del Derecho común[195]. Si bien, en la actualidad, no se admite ya la ficción de un dolo general, algunos siguen defendiendo el parecer de un solo delito consumado bajo la idea de que se trata de una desviación inesencial del curso causal[196]. Sin embargo, no es correcto hablar

192 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 23; NEUMANN: *NK* § 17, n.m. 22.

193 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 24, que exige que el autor conozca la importancia de la norma afectada para el ordenamiento del cual proviene la norma.

194 Vid., la referencia a un conocimiento sobre la infracción de un deber jurídico individual y concreto, HORN: *Verbotsirrtum*, p. 18; RUDOLPHI: *Unrechtsbewusstsein*, p. 57 y ss.; DONATSCH: *SchwZStr* 102 (1985), p. 18.

195 Vid., WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 74.

196 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 462 y s.

en estos casos de una desviación del nexo causal, pues lo que hay claramente son dos emprendimientos distintos, aunque en situación de error por parte del agente. Por lo tanto, la solución debe tomarse atendiendo a la imputación del resultado al riesgo creado por el autor. Bajo este esquema explicativo, lo usual es que concurran dos delitos: un delito doloso intentado con un delito culposo consumado[197]. Sin embargo, nada impide que el segundo riesgo creado que se realiza en el resultado, pueda serle imputado al autor a título de dolo (p.e. cuando el segundo acto busca también asegurar eventualmente el resultado pretendido con el primer acto).

D. El caso especial de las leyes penales en blanco

El caso de las leyes penales en blanco suscita también cierta discusión sobre el objeto del dolo, en la medida que estas leyes penales hacen una remisión expresa o concluyente a leyes extrapenales para definir la conducta punible, debiéndose precisar si el dolo del autor debe alcanzar a las leyes extrapenales[198]. Para dar respuesta a esta interrogante resulta necesario distinguir las leyes penales en blanco impropias y propias. En el caso de leyes penales en blanco impropias, la ley penal se remite a otra ley de igual jerarquía para completar o, en todo caso, para concretar la conducta penalmente prohibida. En el caso de leyes penales en blanco propias, la normativa extrapenal de remisión sólo puede especificar los criterios de decisión establecidos de manera general en la ley penal[199], pues de lo contrario se afectaría la reserva de ley. Como puede verse, la ley penal en blanco se puede remitir a una regulación extrapenal para completar el tipo penal (ley de igual jerarquía) o para especificar un elemento del tipo penal (ley de igual o inferior jerarquía).

Si la ley extrapenal de igual jerarquía complementa la determinación de la conducta prohibida, el dolo deberá incluir el conocimiento de los elementos establecidos fuera del tipo penal[200]. Por ejemplo, el delito de comercio clandestino de

197 Vid., FRISCH: *Comportamiento*, p. 658; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 76; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho penal*, PG, p. 322.

198 En este sentido, LOHBERGER: *Blankettstrafrecht*, p. 8 y s. En la doctrina penal nacional, PÉREZ LÓPEZ: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 203.

199 En este sentido parecería ir la interpretación de FISSENEWERT: *Irrtum*, p. 189, pero luego hace referencia al carácter constitutivo de las leyes complementarias (p. 210). Consideran, por el contrario, las leyes penales en blanco como leyes necesitadas de un complemento, WEIZ: *Arten des Irrtums*, p. 30; DROST: *NJW* 1949, p. 740; WARDA: *Abgrenzung*, p. 36; KUNERT: *NStZ* 1982, p. 278; VON DER HEIDE: *Steuerhinterziehung*, p. 172.

200 En estos casos resulta correcta la teoría de la lectura conjunta. Vid., esta forma de interpretación, WELZEL: *MDR* 1952, p. 586; WARDA: *Abgrenzung*, pp. 31, 36 y ss. Críticamente ante la teoría de la lectura conjunta, TIEDEMANN: *JuS* 1985, p. 695; EL MISMO, *Anuario de Derecho Penal*, 1993, Hurtado Pozo (dir.), p. 13; KUHLEN: *Unterscheidung*, p. 429 y s.; FAKHOURI GÓMEZ: *InDret* 4/2009, p. 11 y s.

productos sanciona como uno de los supuestos típicos utilizar mercadería exonerada de tributos en fines distintos de los previstos en la ley exonerativa respectiva (artículo 272 inciso 3 del CP). Es evidente que, en este delito, el dolo del autor requiere un nivel de conocimiento referido no sólo a la utilización de una mercadería exonerada de tributos, sino también a que se contraviene los fines establecidos en la ley tributaria exonerativa. A esta integración de la ley penal con la ley extrapenal de complemento de igual jerarquía se le ha cuestionado convertir tipos penales muy normativizados en tipos penales descriptivos, lo que provocaría tratamientos distintos del error en función del casual dato de cómo está regulada la norma extrapenal de complemento[201]. Esta crítica, sin embargo, no pone en tela de juicio la teoría de la lectura conjunta, sino que evidencia, más bien, la relatividad de la distinción tradicional del error como de tipo o de prohibición. En una comprensión del dolo que incluye el conocimiento de la antijuiridicidad de la conducta, esta discusión pierde todo sentido. No obstante, debe quedar claro que la lectura conjunta no se satisface con trasladar a la regulación penal el aspecto descriptivo de la regulación extrapenal, sino también el sentido de su prohibición[202].

En caso que la remisión a la normativa extrapenal se haga con fines de concreción (por ejemplo, los bienes de primera necesidad en el delito de adulteración del artículo 235 del CP), el dolo requiere solamente el conocimiento de los elementos contenidos en el tipo penal. Las concreciones hechas por la normativa extrapenal a la ley penal en blanco no agregan un nuevo elemento típico al hecho delictivo, sino que constituyen únicamente pautas obligatorias para la interpretación judicial[203]. Desde el punto de vista del dolo, la norma de concreción de la ley penal en blanco constituye solamente la referencia normativa para imputar al autor el conocimiento de los elementos del tipo penal en blanco, por lo que su tratamiento se asemeja al que se hace con un elemento normativo del tipo de carácter jurídico[204]. Al autor se

201 Vid., así, Tiedemann: *Anuario de Derecho penal*, 1993, Hurtado Pozo (dir.), p. 13.

202 Vid., Fakhouri Gómez: *Las remisiones normativas*, p. 457.

203 Defienden, por el contrario, que los aspectos regulados por las leyes extrapenales sean alcanzados por el dolo Schröder: *MDR* 1951, p. 389; Lange: *JZ* 1956, p. 73 y ss.; Weber: *ZStW* 96 (1984), p. 393; Kuhlen: *Unterscheidung*, 385 y s.; Puppe, en *El error*, p. 117 y s.; Herzberg: *GA* 1993, p. 459; Muñoz Conde, en *Hacia un Derecho penal*, p. 281; Tiedemann: *FS-Geerds*, p. 106; Schwegler: *Subsumtionsirrtum*, p. 141.

204 Vid., a favor de un mismo tratamiento en cuanto al dolo y el error, Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, p. 316; El Mismo, *FS-Geerds*, p. 108; El Mismo, *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 14; Burkhardt: *JZ* 1981, p. 686; El Mismo, *Wistra* 1982, p. 178 y s.; Lüderssen: *Wistra* 1983, p. 225; Samson: *Wistra* 1983, p. 235; Schlüchter: *Wistra* 1985, p. 45 (que con base en su criterio de la reducción teleológica del hecho, considera de poca importancia para el dolo que se trate de un elemento normativo o una ley penal en blanco); Jakobs: *Strafrecht*, AT, Apdo 8, n.m. 47 (para los tipos penales que ase-

le debe imputar el conocimiento del elemento típico en su sustrato material con los aspectos valorativos definidos en la normativa extrapenal de remisión.

La situación se presenta distinta, sin embargo, cuando el tipo penal utiliza conceptos indeterminados que se precisan mediante la remisión a una normativa extrapenal (remisiones abstractas), de manera tal que realizar la imputación subjetiva solamente con el conocimiento de los elementos previstos en el tipo penal, traería consigo un amplio margen de discrecionalidad judicial contraria a la garantía de previsibilidad objetiva de la prohibición. En estos casos, la imputación dolosa tendrá que exigir además la atribución del conocimiento de los aspectos regulados específicamente por las leyes extrapenales, para lo cual deberá atenderse fundamentalmente a la posición del autor. Si se trata de un sujeto que se desenvuelve en el sector regulado por la normativa extrapenal de remisión, no habrá mayor inconveniente para imputarle el conocimiento de los aspectos determinados extrapenalmente[205]. La imputación subjetiva decaerá en situaciones muy excepcionales, como la falta de claridad de la ley penal en blanco o la existencia de un caos regulativo de la Administración.

Lo anterior también tiene lugar cuando la ley penal en blanco vincula la valoración del hecho como prohibido con el conocimiento de una prohibición extrapenal ("contrario a", "en violación a", etc.)[206]. En estos casos, la imputación de conocimiento de los elementos típicos de la ley penal en blanco no alcanzará para poder sostener el conocimiento del carácter prohibido del hecho por parte del autor, por lo que será necesario imputarle además el conocimiento de los aspectos de

---

guran el efecto de regulación de la norma complementaria); LAUER: *Der Irrtum*, p. 44 y s.; OSSANDÓN WIDOW: *La formulación de los tipos penales*, p. 194 y s. De una opinión contraria, BACKES: *StuW* 1982, p. 253, quien en el caso de los elementos normativos incluye en el dolo el conocimiento de los dispositivos jurídicos pertinentes, mientras que en el caso de la ley penal en blanco sólo requiere el conocimiento de las circunstancias del hecho reguladas por la ley complementaria, pero no de la existencia de la ley complementaria misma, lo que podría configurar en cualquier caso un error de prohibición. Un tratamiento diferenciado ofrece también la interpretación de KUHLEN: *Unterscheidung*, p. 385 y s. (en tanto las leyes penales en blanco constituyen remisiones dinámicas); REISS: *Wistra* 1987, p. 162 y s.; VON DER HEIDE: *Steuerhinterziehung*, p. 172 y ss. (para quien las leyes penales en blanco resultan leyes incompletas, mientras que los tipos penales con elementos normativos contienen una descripción completa del injusto). Críticamente ante el parecer de Backes, pero cercano al criterio de diferenciación de von der Heide se encuentra FISSENEWERT: *Irrtum*, pp. 200 y s., 207 y ss.

205 Vid., en relación con los delitos cometidos en el ámbito de la actividad profesional, LÜDERSSEN: *Wistra* 1983, p. 223.

206 Reconocen la necesidad de diferenciar los tipos de error en las leyes penales en blanco, WEIZ: *Arten des Irrtums*, p. 30; WELZEL: *MDR* 1952, p. 586; LANGE: *JZ* 1956, p. 76; WARDA: *Abgrenzung*, p. 33 y ss.; FRISCH, en *El error*, p. 83 y s.

la normativa extrapenal que determinan la antijuridicidad penal[207]. La imputación del conocimiento de la normativa extrapenal depende de que el autor tenga acceso al ámbito de regulación previo al Derecho penal. En este sentido, sólo si se trata de ámbitos de actuación ajenos a su actividad regular, se podrá negar el conocimiento del carácter prohibido del hecho[208]. Por ejemplo, en el delito de contaminación ambiental se requiere saber cuáles son los límites establecidos administrativamente para poder imputar el dolo, pues sin ello no resulta posible diferenciar el conocimiento de una contaminación como permitida o prohibida.

5. Los elementos subjetivos especiales del tipo

En estrecha vinculación con el contenido general de la imputación dolosa, se encuentran los llamados elementos subjetivos especiales del tipo[209]. Estos elementos son vistos, por lo general, como ciertas finalidades o estados subjetivos que debe poseer el autor al realizar determinadas conductas típicamente relevantes. En la doctrina penal se suele distinguir dos clases de elementos subjetivos especiales del tipo: aquellos que están expresamente requeridos por el tenor del tipo penal (p.e. la finalidad de provecho en el hurto o el ánimo de lucro en el asesinato) y aquellos que no están explícitamente recogidos en el tipo penal, pero cuya necesaria concurrencia se desprende de una correcta interpretación del tipo penal (p.e. el *animus difamandi* en el delito de difamación)[210].

Una comprensión psicologista de los elementos subjetivos especiales del tipo no puede ser aquí mantenida, pues entraría en una clara contradicción con lo que hasta ahora se ha dicho sobre la determinación del dolo. Por esta razón, la determinación de los elementos subjetivos especiales del tipo se debe hacer también sobre la base de una imputación, de manera que no se trata de verificar una especial intencionalidad subjetiva del autor, sino de construir estos elementos subjetivos normativamente desde la actuación concreta del autor. El punto de partida es que una verificación de las intenciones subjetivas del autor no puede ser solventado por el Derecho penal. Por ello, un sector de la doctrina penal propone una interpretación

207 Vid., Bülte: *NStZ* 2013, p. 70. Igualmente, aunque de manera general para las contravenciones, Lange: *JZ* 1956, p. 76. No coincidimos, sin embargo, con Lange, cuando (p. 76) señala que se trata de conductas neutrales, pues sólo se cuestiona la repercusión penal de la infracción, mas no su carácter disvalioso (en este sentido, correctamente, Welzel: *JZ* 1956, p. 241).

208 De otro parecer, Weiz: *Arten des Irrtums*, p. 31.

209 El reconocimiento de estos elementos en la doctrina penal actual es unánime. Vid., así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 71; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 16, n.m. 9 y ss.

210 Vid., así, Ragués i Vallès: *LH-Mir Puig* (2017), p. 816.

objetiva de los elementos subjetivos especiales[211]. Si bien la propuesta mencionada permite resolver el problema de la imposibilidad de verificación de lo interno, hay que advertir que una solución tan radical puede llevar consigo el peligro de disolver las características propias de la imputación subjetiva. Por esta razón, lo más conveniente es dotar de sentido normativo también a los elementos subjetivos especiales, lo que permitirá imputárselos penalmente al autor sin los problemas usuales de prueba de la subjetividad del autor. No se trata de situaciones anímicas del autor, sino de una disposición personal que se le atribuye por el contexto de su actuación[212].

El criterio de imputación de los elementos subjetivos especiales no debe resultar diferente del empleado para imputar el conocimiento que sustenta el dolo. Quizá la única particularidad podría ser que los elementos subjetivos del tipo se imputan siempre en atención a la propia actuación del autor, mientras que la imputación del conocimiento del dolo parte de incumbencias de conocimiento estandarizadas que luego se concretan en las circunstancias personales del autor. Así, por ejemplo, la finalidad de lucro en el asesinato o la actuación por piedad en el homicidio a petición constituyen una disposición del autor que se le atribuye en función del contexto de su propia actuación: una promesa previa de dinero o una estrecha relación con la víctima que padece los dolores intensos, por los que solicita se le de muerte.

6. El error de tipo

El error es la cara opuesta al conocimiento con el cual se sustenta la imputación subjetiva. Dentro del error se distinguía tradicionalmente el error sobre los hechos y el que se derivaba de un desconocimiento del derecho[213], siendo únicamente el primero capaz de excluir el dolo (*error iuris nocet*). Esta regla se flexibilizó primero para el caso de los errores de derecho que estaban referidos a leyes extrapenales, por lo que también en estos casos se admitió la posibilidad de excluir el dolo[214]. La negación de toda relevancia al error de derecho penal se mostró, sin embargo, poco compatible con el principio de culpabilidad si es que este error era invencible[215]. Por esta razón, la ordenación del error dejó de girar en torno a la distinción entre

211 Vid., sobre esta tendencia a la objetivación en el Derecho penal económico, Martínez-Buján Pérez: *Derecho penal económico*, PG, p. 174. De manera específica para los elementos subjetivos especiales derivados de una intepretación del tipo penal (ánimo libidinoso o el ánimo de difamar), vid. Ragués i Vallès: *LH-Mir Puig* (2017), p. 822 y ss.

212 Similarmente, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 254.

213 Vid., ampliamente, Fakhouri Gómez: *El objeto del dolo en Derecho penal*, p. 51 y ss.

214 Vid., Fakhouri Gómez: *El objeto del dolo en Derecho penal*, p. 26.

215 Vid., Fakhouri Gómez: *El objeto del dolo en Derecho penal*, p. 97.

hecho y derecho, y pasó a distinguirse en función de la conducta (error de tipo) y la valoración de la conducta (error de prohibición). El primero recae sobre los elementos que conforman el tipo de injusto, mientras que el segundo está referido al significado antijurídico de la conducta. Si bien nuestra exposición utiliza la terminología de esta última clasificación, lo cierto es que sigue otro criterio de distinción: "desconocimiento del significado del hecho" y "desconocimiento de la ley penal".

A. Concepto

El error de tipo consiste en la negación de la tipicidad subjetiva por la atribución al autor de una situación de desconocimiento de que la conducta por él realizada infringe objetivamente la norma penalmente garantizada[216]. Lo que tiene lugar es una actuación que infringe objetivamente la norma, pero a cuyo conocimiento el autor, pese a incumbirle, no ha podido acceder desde sus circunstancias personales. Para graficarlo con un ejemplo: por un desperfecto en la máquina de medición del nivel de toxicidad de los residuos industriales, el jefe de planta ordena vertir al río residuos que, bajo la creencia de que se encuentran dentro de los límites máximos permisibles, superan en realidad dichos límites con un efecto perjudicial para el medio ambiente.

El error de tipo se encuentra regulado en el artículo 14 primer párrafo del CP[217]. En relación con el objeto del desconocimiento, la regulación legal diferencia el error de tipo básico y el error de tipo agravado. El primero se presenta cuando el error recae concretamente sobre algún elemento del tipo básico, mientras que el segundo ocurre si el error está referido a una circunstancia de agravación de la pena[218]. Ejemplo de un error de tipo básico sería el desconocimiento del autor que mantiene relaciones con un menor de 14 años debido a que dicho menor con un desarrollo corporal mayor al de su edad utiliza un documento de identidad falso de mayoría de edad para poder acceder al hotel en el que se produce el acceso carnal. Un error de tipo agravado sería, por su parte, el hurto que hace el autor de un bien mueble ajeno, sin tener idea de que coloca a la víctima de este delito en una situación de grave necesidad económica.

La redacción literal del primer párrafo del artículo 14 del CP establece que el error de tipo recae sobre un elemento del tipo penal o una agravante. Frente a esta definición se ha objetado, no obstante, que una interpretación literal llevaría a resultados inconcebibles, pues muy pocos ciudadanos conocen realmente los tipos

216 Vid., igualmente, el error como una ausencia de imputación subjetiva, Kuhlen: *Unterscheidung*, pp. 101 y ss., 115 y ss.

217 Vid., Meini Mendez: *Lecciones*, PG, p, 312; Pérez López: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 190.

218 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 1273.

penales y, por tanto, los elementos que los conforman[219]. Por esta razón, se sostiene que la regulación positiva debería interpretarse, más bien, como un error sobre las circunstancias del hecho reguladas por el tipo penal[220]. Por nuestra parte, entendemos que, por el contrario, el tenor literal es correcto, pues, como ya lo hemos resaltado, el lado subjetivo del delito no resulta de la verificación de una realidad psicológica de conocimiento de los hechos o de una prueba indirecta, mediante datos objetivos periféricos, de la faceta interna del autor al momento de realizar el hecho, sino de una imputación que se hace con criterios normativos a partir de las circunstancias personales del autor. En este sentido, lo que fundamenta el error de tipo es la imputación de una situación de desconocimiento de los elementos del tipo o de una circunstancia de agravación.

Un punto de especial relevancia es que, en nuestro planteamiento, el error de tipo no se configura solamente con la imputación de desconocimiento de un elemento típico, sino que puede presentarse también en relación con su sentido delictivo. En este sentido, el error sobre el carácter prohibido del hecho debe ser también abarcadado por el error regulado en el primer párrafo del artículo 14 del CP. Para poder sustentar tal parecer resulta necesario aceptar que no es posible conocer cabalmente el sentido de cada uno de los elementos típicos del suceso delictivo, si no se conoce su prohibición penal[221]. La incorrecta comprensión del sentido global del injusto lleva necesariamente a un deficiente conocimiento de sus elementos parciales, al menos en su posición dentro del conjunto[222]. Para sostener esto se utiliza ciertamente un razonamiento de carácter indirecto, pero tal proceder resulta, a nuestro parecer, la solución dogmáticamente más adecuada. El error sobre el carácter prohibido del hecho constituye, en consecuencia, un supuesto de error que debe ser también encuadrado en el artículo 14 primer párrafo del CP.

La inclusión del error sobre el carácter prohibido del hecho en el error de tipo constituye quizá el aspecto más discutible de nuestra propuesta de interpretación dogmática, en tanto este supuesto de error es tratado por la doctrina dominante

219 Vid., igualmente en la discusión alemana, DOPSLAFF: *GA* 1987, p. 23.

220 En este sentido, en la discusión alemana, WARDA: *Jura* 1979, p. 79; GEERDS: *Jura* 1990, p. 422. En la doctrina penal nacional, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 219. Sobre la diferencia entre circunstancia del hecho y elemento del tipo, SCHLÜCHTER: *Irrtum*, p. 89 y ss.; TISCHLER: *Verbotsirrtum*, p. 18 y s., con mayores referencias bibliográficas.

221 Vid., JAKOBS: *InDret* 4/2009, p. 1 y ss.

222 Así, por ejemplo, reconoce PUPPE, en *El error*, p. 137, que, desde un punto de vista lógico, todos los predicados de valor que fundamentan la punibilidad también evalúan globalmente el hecho.

como un error que incide en la culpabilidad, pero no en la tipicidad[223]. Hay que decir, sin embargo, que la sistematización dominante tampoco se presenta libre de problemas o cuestionamientos, pues la búsqueda de un criterio de delimitación entre el error de tipo y el error de prohibición no ha encontrado hasta ahora un consenso definitivo en la doctrina penal, en donde se defienden diversos criterios de diferenciación o una combinación de los mismos[224]. Ello se debe a que resulta imposible alcanzar un conocimiento preciso de los elementos típicos si no se les aprecia desde la perspectiva de la prohibición penal.

A nuestra propuesta de incluir el error sobre el carácter antijurídico del hecho en el error de tipo se le podría criticar dejar sin contenido el error de prohibición regulado en el segundo párrafo del artículo 14 del CP y ser, por lo tanto, un planteamiento que sería, en el mejor de los casos, de *lege ferenda*. Aunque del error de prohibición nos ocuparemos detenidamente en el capítulo referido a la culpabilidad, en este lugar podemos adelantar que, en nuestra propuesta de interpretación, el error de prohibición está constituido por la falta de acceso cognitivo del autor al sistema jurídico penal. Un sujeto con capacidad de conocer la regulación jurídico-penal, pero que no ha podido determinar correctamente el carácter prohibido de su hecho, podrá alegar solamente un error de tipo, sea porque no estuvo en posibilidad de usar la información jurídica de la que disponía o porque fue defectuosamente considerada en el enjuiciamiento de su comportamiento[225].

---

223 La doctrina dominante considera a estos casos un error de prohibición que excluiría la culpabilidad, a diferencia de los errores de tipo que se refieren solamente a elementos del tipo penal (vid., por todos, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 672 y s.). No obstante, autores como GRAF ZU DOHNA: *Recht und Irrtum*, p. 26 señalaron que en el fondo estas formas de error (de tipo y de prohibición) no se diferenciaban, pues tipo y prohibición son conceptos recíprocos y un error sobre uno puede ser abarcado por el otro. En este sentido, puede comprenderse la afirmación de WEIZ: *Die Arten des Irrtums*, p. 16, cuando dice: "*ciertamente el error de tipo es también un error sobre la prohibición del hecho; un error de prohibición por desconocimiento de los elementos del tipo penal*"; así como también la opinión de BINDING: *Normen*, II, 1, p. 161; III, pp. 302, 309, al señalar que la antijuricidad es el más indispensable elemento del tipo penal de toda acción prohibida.

224 Vid., en este sentido, la exposición de las conclusiones del trabajo de TISCHLER: *Verbotsirrtum*, p. 349 y ss., donde hace mención con indicación bibliográfica de los distintos criterios de delimitación entre el error de tipo y el de prohibición (objeto de la valoración-valoración del objeto, sentido-valor, defecto de conocimiento-defecto de sentimiento de valoración, valoración individual-valoración global), así como de los defensores de teorías que combinan estos criterios.

225 En este sentido, era ya el parecer de BINDING: *Normen*, II, 1, p. 161.

B. El alcance del error de tipo

a. El error sobre los elementos del tipo

El error sobre los elementos del tipo es el que recae sobre algún aspecto típicamente relevante de la conducta riesgosa y su aptitud lesiva concreta. Si, como anteriormente se vio, la imputación del conocimiento del hecho típico se puede dividir en imputación de conocimiento por percepción sensorial e imputación de conocimiento por procesos de valoración, el error sobre los elementos del tipo podrá tener lugar, a su vez, por la imputación de defectos cognitivos o de defectos de valoración[226]. Aun cuando los procesos cognitivos y las valoraciones realizadas por una persona no se presenten en la realidad por separado[227], resulta ciertamente posible poner el punto de distinción de la imputación del desconocimiento en la percepción sensorial o en la valoración de lo percibido. En este sentido, cabe utilizar esta diferenciación en el estudio del error de tipo y ajustar el criterio normativo de determinación a las particularidades de tales defectos.

a.1) El error por defectos cognitivos

El error por defectos cognitivos se configura con base en la atribución de defectos de percepción sensorial al autor que producen una representación falsa o incompleta de las circunstancias fácticas del hecho que están recogidas conceptualmente como elementos constitutivos del tipo penal correspondiente. Esta situación de error del autor normativamente reconocido impide que se le pueda imputar el conocimiento pleno del lado objetivo del hecho que iría en contra de lo establecido por la norma penalmente garantizada. Un ejemplo de esta forma de error sería la sustracción del bien ajeno que realiza una persona que, por no haber revisado detenidamente el abrigo que se encontraba en el guardaropa, cree ponerse el suyo, cuando en realidad ha cogido uno muy parecido que no le pertenece. O de quien asume que dispara sobre una pieza de caza que se mueve en medio de un arbusto, cuando en realidad se trata de otro cazador. En estos casos, se le atribuye al autor un error de percepción sobre las circunstancias fácticas del hecho que están contenidas conceptualmente como elementos constitutivos del tipo penal.

---

226 Una clasificación similar fue propuesta por KÖHLER, A.: *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 292 y s., quien diferenció el error en la percepción sensorial de sucesos del mundo circundante, el error en la subsunción de una percepción de hechos en los conceptos de la vida diaria y el error sobre la significación jurídica de los sucesos. Distinta es, por el contrario, la clasificación que ofrece, GÖSSEL: *Bedeutung des Irrtums*, p. 11 y ss., quien recurre a los niveles de formación del contenido de la conciencia: la percepción sensorial, las representaciones y las comprensiones.

227 En este mismo sentido, GÖSSEL: *Bedeutung des Irrtums*, p. 21, reconoce que los procesos de formación del contenido del injusto se presentan entrelazados.

a.2) El error por defectos valorativos

En el error por defectos de valoración no se atribuye al autor una falsa o deficiente percepción sensorial de los aspectos fácticos recogidos conceptualmente por el tipo penal, sino, más bien, su incorrecta valoración. En estos casos, al autor se le atribuye la correcta percepción de las circunstancias fácticas que realizan los elementos del tipo penal, suscitándose el error, más bien, en relación con la significación social o jurídica que tienen en el contexto del delito específicamente tipificado. El error por defectos de valoración puede, a su vez, dividirse en las siguientes clases de error:

a.2.1) Error en la valoración de sustratos materiales

El error de valoración de sustratos materiales engloba los casos en los que se le imputa al autor la correcta percepción sensorial de un suceso u objeto concreto, aunque con la incorrecta asignación de un significado que no se corresponde con el recogido por el tipo penal[228]. El reconocimiento de la posibilidad de un error por defecto de valoración de sustratos materiales confirma nuestra anterior afirmación sobre la poca viabilidad dogmática de la diferencia tradicional entre elementos descriptivos y normativos del tipo[229]. Conceptos tan diversos como arma, acreedor, bien ajeno o documento público pueden dar pie también a una situación de error en la valoración sobre la pertenencia de determinados sustratos materiales a tales conceptos. Por ejemplo: Al que elimina un mail con información adjunta para perjudicar a otro, no se le podrá imputar subjetivamente la comisión objetiva del delito de supresión de documento tipificado en el artículo 430 del CP, si es que, por un asesoramiento errado, se le imputa una situación de desconocimiento de que esa información reunía la calidad de documento.

La doctrina suele calificar a los supuestos de error aquí analizados como errores de subsunción, señalando que son irrelevantes y que dejan intacta la res-

228 Si bien puede resultar correcto en un plano psicológico que, en tanto los pensamientos van a una velocidad mayor que el lenguaje, el autor, al realizar su hecho, no tiene un conocimiento idiomático de las cosas (*Sprachdenken*), sino simplemente un conocimiento objetivo (*Sachdenken*); desde el punto de vista normativo la imputación de desconocimiento se realiza a partir de conceptos y, por tanto, mediante un *Sprachdenken*. No coincidimos, en este sentido, con las conclusiones para el Derecho penal de esta diferenciación que hacen Schmidhäuser: *FS-H. Mayer*, p. 326; El Mismo, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., 7/65; Otto: *Jura* 1990, p. 647.

229 Una apreciación nada nueva: en este sentido, Radbruch: *El concepto de acción*, p. 189; Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 167; Wolf, E.: *Las categorías*, p. 115; Engisch: *FS-Mezger*, p. 127; Groteguth: *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 76 y ss.; Schwegler: *Subsumtionsirrtum*, p. 101 y s.

ponsabilidad penal[230]. Esta afirmación es, sin duda, la regla, pues una persona mínimamente socializada está en capacidad de valorar los sustratos materiales conforme al sentido recogido por los tipos penales. Sin embargo, esta regla no es absoluta, sino que debe matizarse en determinados casos. En primer lugar, puede ser que la indeterminación del concepto legal lleve a una situación de falta de certeza a un ciudadano respetuoso del ordenamiento jurídico. La mala técnica legislativa, así como la falta de claridad conceptual del legislador no tiene por qué pesar sobre las espaldas del particular, a quien no se le puede exigir un nivel de comprensión propio de un intérprete prolijo del texto legal. Pero, en segundo lugar, y aun cuando los conceptos utilizados por el tipo penal no sean indeterminados, siempre es posible que las circunstancias personales del autor le impidan tal conocimiento, pues el proceso de valoración puede haber sido determinado incorrectamente por otra persona confiable. Por ejemplo, la conductora de un programa de la farándula difunde un video en el que se muestra a un personaje público drogándose en la casa de un particular, bajo la creencia errónea de que no se trata de un aspecto de su intimidad personal por la opinión de un abogado especialista que señala que, cuando existe droga de por medio, el hecho se convierte en un asunto público.

a.2.2) Error en la valoración de circunstancias

El error sobre la valoración del hecho no se reduce a la correspondencia de un sustrato material con la significación conforme al tipo penal, sino que el tipo penal puede contener otros aspectos del hecho delictivo como un estado o una relación, en los que cabe también admitir normativamente una situación de error por defectos de valoración. Dentro de estos supuestos puede citarse, por ejemplo, el caso del error respecto de la ajenidad de la cosa en los delitos patrimoniales (relación de pertenencia de un objeto a un sujeto) o el caso de error sobre la situación de insolvencia en el delito financiero de ocultamiento de información (situación patrimonial de una institución bancaria). Estos supuestos de error no recaen sobre la valoración del sustrato material en sí, sino que dependen de un determinado orden de los ob-

230 Vid., así, WARDA: *JR* 1950, p. 548; SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., 7/63; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 85; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 50; SCHLÜCHTER: *Irrtum*, p. 70; TISCHLER: *Verbotsirrtum*, p. 19 y s.; GEERDS: *Jura* 1990, p. 423; NEUMANN: *JuS* 1993, p. 797; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 464; SCHWEGLER: *Der Subsumtionsirrtum*, p. 125; ÁVALOS RODRÍGUEZ, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), Artículo 14, p. 471. Por el contrario, BINDING: *Normen*, III, p. 134 y ss.; KAUFMANN, Arthur: *Unrechtbewusstsein*, pp. 82, 120, 172; MÜLLER, H.: *Der Irrtum*, p. 31 y ss., llaman error de subsunción en general a los errores sobre elementos (normativos) del tipo.

jetos y su relación con los sujetos participantes o incluso con la comunidad, lo cual se determina también por medio de un proceso de valoración[231].

b. El error sobre el carácter prohibido del hecho

El error sobre el carácter prohibido del hecho está referido a la valoración del hecho como un acto que en conjunto expresa comunicativamente la negación de la norma. Se le atribuye al autor el conocimiento por percepción sensorial y valoración individual de los elementos del tipo, pero también un desconocimiento sobre la valoración del hecho global como contrario a la norma[232]. Para la afirmación de este supuesto de error importa muy poco si la exigencia de una valoración de la actuación como prohibida se encuentra o no recogida por el tipo penal como un elemento de valoración global[233], pues ello puede deberse a que se trate de un delito de infracción de un deber o simplemente a un estilo particular de redacción de los tipos penales. Al autor se le imputa el desconocimiento del carácter prohibido de su hecho porque sus circunstancias concretas no permiten exigirle tal conocimiento. Este error se configura como un error sobre la significación jurídico-penal del hecho, esto es, como una incorrecta apreciación del hecho concretamente realizado en atención al ordenamiento jurídico-penal. Sólo queda al margen de este supuesto de error aquella falsa apreciación que se debe a un desconocimiento del Derecho, del que nos ocuparemos en el capítulo referido a la culpabilidad al tratar el error de prohibición en sentido estricto.

c. El error sobre la circunstancia de agravación

Dentro del error del tipo se incluye, como ya se dijo, el error sobre una circunstancia de agravación, el que tiene lugar cuando al autor se le imputa el desconocimiento de una circunstancia que cualifica la pena del delito. Es evidente que esta posibilidad de error se limita a los casos en los que la agravante requiere ser conocida por el autor, lo que no sucede, por ejemplo, si la circunstancia de agrava-

231 Sobre el efecto excluyente del dolo en estos supuestos de error no hay discusión, como lo reconoce el propio Welzel: *MDR* 1952, p. 585 y s.; El Mismo, *NJW* 1953, p. 487.

232 La interpretación de Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 171, es incluso más radical en lo que llama el Derecho penal criminal (esencial), en tanto entiende que el conocimiento de los elementos del tipo penal (especialmente los normativos) encierra ya el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. En el mismo sentido, Mezger: *Lehrbuch*, p. 180 y s.; Lang-Hinrichsen: *JR* 1952, p. 303 y ss. En contra de este parecer, Engisch: *FS-Mezger*, p. 161 y s.; Roxin: *Teoría del tipo penal*, p. 123 y ss.; Schröder: *MDR* 1950, p. 648.

233 La discusión sobre estos elementos se encuentra en la teoría de los elementos del deber jurídico desarrollado por Welzel: *JZ* 1952, p. 19 y s.; El Mismo, *JZ* 1952, p. 133 y ss.; El Mismo, *JZ* 1952, p. 208 y s. Posteriormente Roxin: *La teoría del tipo penal*, passim (espec. p. 209 y ss.).

ción es una especial actitud subjetiva del autor (por ejemplo, el móvil egoísta)[234]. Lo que, por el contrario, no se regula en el texto punitivo es el error sobre una circunstancia de atenuación[235], por lo que surge la discusión doctrinal sobre si debe aplicarse el tipo privilegiado[236], el tipo básico[237] o una tentativa por el tipo básico en concurso con el tipo más benigno[238]. En rigor, el tipo penal privilegiado no puede ser aplicado porque no existe congruencia entre la parte objetiva y subjetiva del tipo y tampoco se puede acudir al tipo básico porque el dolo no abarca completamente el sentido delictivo del hecho. Aplicar analógicamente la regla de la tentativa al tipo básico parece ser, por lo tanto, lo más razonable.

La regulación del error sobre la circunstancia de agravación tiene relevancia para el caso conocido en la doctrina penal como *error in personam*. Este tipo de error se grafica con el ejemplo clásico de que A quiere matar a B, por lo que le dispara mortalmente, pero luego descubre que a quien realmente mató es a C. Si bien el punto de partida es la irrelevancia de este tipo de error, esta regla general no rige si la identidad de la víctima es un dato que incide en el tipo penal[239]. Esta situación se presenta precisamente en los casos de error sobre una circunstancia de agravación que está referida a una cualidad especial de la víctima (p.e. el parentesco). Por lo tanto, lo que corresponde es resolver estos casos de error con la regla establecida para el error de tipo agravado en el primer párrafo del artículo 14 del CP.

C. La relevancia normativa del error de tipo y su vencibilidad

El primer párrafo del artículo 14 del CP establece las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar si se llega a determinar una situación de error de tipo. Si el error es invencible, la responsabilidad penal decaerá completamente. En caso de ser vencible, se castigará la infracción como culposa, siempre que dicha modalidad de realización del delito se encuentre también sancionada penalmente[240]. Debe

234 Igualmente, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 119.

235 Vid., Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 236; Pérez López: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 205.

236 Así, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 364; Pérez López: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 204.

237 En este sentido, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 313 y s., si el desconocimiento de la circunstancia de atenuación no altera la representación del sentido del tipo básico.

238 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 121.

239 Vid., Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 307; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 68 (2015), p. 64 y ss.

240 La objeción a la teoría del dolo sobre la impunidad que tendrían los sujetos que *culposamente* no conocieron el carácter antijurídico de su hecho en caso de impunidad de la actuación culposa del delito correspondiente (así, Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 71 y s.), no alcanza a quien debe hacer la imputación, sino a la decisión legislativa de no sancionar la

quedar claro, sin embargo, que la existencia de un error de tipo no se puede dar por cierta con la simple alegación del procesado. Si lo subjetivo se determina por medio de una imputación, la existencia de un error debe ser definida también con criterios normativos[241]. Por ello, lo primero que se debe hacer es establecer cuáles son los criterios jurídico-penales que permiten afirmar la existencia de un error de tipo. Una vez admitida tal situación de error, se debe pasar aún por el filtro normativo de la vencibilidad para decidir el tratamiento punitivo que le corresponde[242]. No obstante, si se trata de un error de tipo agravado, la consecuencia jurídica prevista es igualmente la exclusión de la aplicación de la pena agravada, quedando la respuesta punitiva limitada al tipo penal básico[243]. A esta clase de error de tipo no se le somete al filtro de la vencibilidad.

a. Criterios de determinación de la relevancia del error de tipo

Como se acaba de decir, la simple alegación de una situación de desconocimiento subjetivo no basta para ser considerada penalmente relevante[244]. Para afirmar la existencia jurídico-penal de un error de tipo se requiere, en oposición a la comprensión psicologicista del error, de una valoración en función de los criterios normativos que ordenan la imputación del conocimiento[245]. En este sentido, el punto de partida de la determinación valorativa de una situación de error se

---

modalidad culposa de una determinada conducta. Si en el caso concreto un hecho culposo parece digno de sanción penal, pero el legislador estima que en general no debe sancionarse este tipo de actuación, entonces se tratará de una crítica a la decisión político-criminal del legislador, pero no una crítica a la teoría del dolo (vid., en este sentido, Geerds: *Jura* 1990, p. 430).

241 Como lo señala Lindner: *NJW* 1960, p. 658, el juez debe utilizar siempre criterios de valoración para determinar el error.

242 Vid., la consideración del criterio de la vencibilidad como normativo, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 35, que, si bien utiliza el término evitabilidad, hace referencia a lo mismo.

243 En este sentido, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 364; Pérez López: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 203 y s.

244 Vid., Reaño Peschiera, en *Anuario de Derecho Penal*, 2003, Hurtado Pozo (dir.), p. 194: "*No todo desconocimiento es un error*". En la doctrina penal alemana, Kuhlen: *Unterscheidung*, pp. 37 y ss., 479 y ss., hace mención a errores irrelevantes, aunque para supuestos muy concretos (*error in objecto*, *aberratio ictus*, doble error, error sobre alternativas del tipo). En estrecha vinculación con el llamado *dolus indirectus*, Jakobs: *LH-Bacigalupo* (España), p. 348 y ss.

245 No se trata, por tanto, de la ficción de sancionar como doloso un hecho culposo (como se desprendía del parecer de Mezger: *FS-Kohlrausch*, p. 184 y que con razón criticó Welzel, en *Abhandlungen*, p. 254), sino que la determinación del dolo es una imputación de conocimiento que depende de ciertos criterios normativos.

encuentra en las incumbencias de conocimiento que imponen al autor los roles jurídicamente atribuidos, atendiendo siempre a sus circunstancias personales. La consecuencia más relevante de este punto de partida es que la determinación del error no dependerá de representaciones muy particulares de la realidad o de conocimientos técnicos o especializados ajenos al rol[246].

Un error de tipo tiene lugar cuando el autor, desde sus circunstancias personales, no puede acceder al conocimiento sobre el sentido delictivo de su conducta que el rol desempeñado le atribuye como una incumbencia suya. Las causas de esta imposibilidad de acceso cognitivo puede ser de diversa índole: por una socialización defectuosa en el caso de conocimientos mínimos[247], por la ajenidad al contexto situacional en el caso de los conocimientos situacionales, por la pérdida posterior de conocimientos adquiridos anteriormente o por la falta de comunicación o entrega de información errónea en el caso de distribución de cargas sobre el manejo de la información, entre otros supuestos. La representación psicológica del autor carece de algún tipo de incidencia en la configuración de los criterios de imputación de una situación de desconocimiento penalmente relevante[248].

b. La vencibilidad del error de tipo

Una vez que se ha determinado la presencia de un error de tipo, dicho error debe someterse aún al criterio de la vencibilidad para poder decidir si el autor queda impune o tiene lugar, a pesar de ello, una imputación a título de culpa, como lo establece la parte final del primer párrafo del artículo 14 del CP[249]. Esta vinculación legal del error de tipo vencible con la culpa no constituye una simple remisión penológica, sino que se asienta en una correspondencia estructural entre ambas figuras[250]. En efecto, la vencibilidad constituye una situación en la que, pese a existir

246 Vid., en el mismo sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 128 y s.

247 La alegación de error sobre conocimientos mínimos no puede tener relevancia normativa en el caso de personas mínimamente socializadas. Vid., al respecto, RAGUÉS I VALLÈS: *El dolo*, p. 379 y ss.; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 248.

248 Vid., en el mismo sentido, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 307.

249 Algo que, por ejemplo, no lleva a cabo la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. N° 7106-97 de 17 de marzo de 1998 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 43 y s.], que luego de admitir la relevancia del desconocimiento sobre el uso indebido de una marca, procede directamente a liberar de toda responsabilidad a los procesados sin hacer un juicio de vencibilidad del error, aunque en el caso concreto no se hubiese castigado el error vencible por falta de tipo culposo, pero que podría haber sido relevante en términos de la reparación del daño.

250 En este sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 456; WOLTER: *JuS* 1979, p. 487; OTTO: *Jura* 1990, p. 649; VELTEN: *Normkenntnis*, pp. 87, 234 y ss.; PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 333; REAÑO PESCHIERA: *Anuario de Derecho Penal*, 2003, Hurtado Pozo (dir.), p. 199;

una falta de acceso al conocimiento que le incumbe al autor, existe información a su alcance que le habría permitido percatarse de la posibilidad de realización del delito.

La vencibilidad del error respecto de los elementos del tipo se determina con base en el concreto ámbito de actuación del autor. Esto significa que debe establecerse si, de acuerdo a los parámetros de prudencia exigibles, le correspondía al autor adoptar determinadas medidas de conocimiento previo para decidir la concreta manera de actuar. Por ejemplo: el cazador, antes de disparar a lo que se está moviendo en un arbusto en el coto de caza, tiene que cerciorarse de que no se trata de un ser humano. Si tal deber de cuidado le era exigible y no lo cumplió, entonces se podrá afirmar que le era posible reconocer la realización de la conducta típicamente relevante y, en consecuencia, se le podrá responsabilizar penalmente a título de culpa. Como puede verse, la vencibilidad del error no aparece fijada aquí por criterios de carácter psicológico, sino, más bien, por criterios normativos derivados del contexto en el que actúa concretamente el autor. Más allá de las particularidades de este procedimiento de determinación de la vencibilidad en estos casos de error, los escritos especializados no utilizan parámetros esencialmente distintos[251].

La discusión doctrinal es, por el contrario, más intensa cuando se trata de determinar la vencibilidad del error sobre el carácter antijurídico del hecho. Un sector de la doctrina recurre al tradicional criterio del esfuerzo de la conciencia, según el cual un error será vencible si la conciencia del autor hubiese podido reconocer el carácter prohibido del hecho o cuando menos levantar dudas sobre su permisión[252]. Frente a este parecer, se opone aquél que entiende que la conciencia no juega ningún papel en la vencibilidad del error, por lo que solamente cabe acudir a

---

Pérez López: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 200 y s. De una opinión distinta, Glandien: *Verbotsirrtum*, p. 72.

251 Vid., la exposición tradicional Villavicencio Terreros: *Derecho penal*, PG, p. 362 y s.; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 11, n.m. 1281; Reaño Peschiera: *Anuario de Derecho Penal*, 2003, Hurtado Pozo (dir.), p. 196 y ss.

252 En este sentido se presenta una línea jurisprudencial de los tribunales alemanes que llevó luego al criterio del "esfuerzo de las capacidades intelectuales de reconocimiento". Vid., sobre esto, Mattil: *ZStW* 74 (1962), p. 201 y ss.; Strauss: *Die Richtlinien*, p. 5 y ss.; Roos: *Die Vermeidbarkeit*, pp. 156 y ss., 286 y ss. Críticamente ante este criterio, con mayores referencias, Mayer, Helmuth: *MDR* 1952, p. 393; Welzel: *JZ* 1952, p. 342; Rudolphi: *Unrechtsbewusstsein*, p. 35 y ss.; Schmidhäuser: *FS-H. Mayer*, p. 319 y s.; Neumann: *NK* § 17, n.m. 57; Groteguth: *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 24 y ss; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 82; Roos: *op. cit.*, p. 216 y ss.; Velten: *Normkenntnis*, p. 20. Por el contrario, Zaczyk: *JuS* 1990, p. 893, ve peligroso apartarnos de este criterio, pues puede llevar a entregar al autor a una cultura anónima de expertos y afectar con ello el principio de culpabilidad.

la existencia de deberes de informarse[253]. Sobre la base de la partición del Derecho penal en esencial y no esencial, una tercera línea de interpretación mantiene el criterio de la conciencia en el primer ámbito e impone deberes de informarse para el segundo ámbito[254]. Así, el criterio del esfuerzo de la conciencia sería aplicable para determinar la vencibilidad del error en los delitos con un juicio de rechazo generalizado en la sociedad, mientras que en el caso de delitos cuya antijuridicidad surge prácticamente con la prohibición penal, el criterio de determinación residiría en el deber de informarse.

A nuestro modo de ver, la vencibilidad del error sobre el carácter prohibido del hecho se determina por la infracción del deber de cuidado de informarse en ámbitos de actuación dinámicos o complejos. Para comprender de manera precisa esta afirmación, debe recordarse que no se trata aquí de un error sobre la regulación legal, sino sobre si la actuación concreta configura un delito. Por lo tanto, la claridad de la prohibición penal no excluye absolutamente que la evaluación del hecho concreto como uno penalmente relevante pueda llegar a ser erróneo. Bajo estas consideraciones, el deber de informarse sobre la relevancia penal de la actuación realizada es igualmente predicable en los delitos nucleares, como en los delitos accesorios. Lo que el análisis jurídico-penal debe determinar, más bien, es si, en la situación en la que se encontraba el autor al actuar erróneamente, le era exigible el deber de cuidado de informarse sobre la relevancia penal de tal actuación.

Muy gráficas son, al respecto, las palabras de JAKOBS, en el sentido de que "*si existe una necesidad de dinamización, el Derecho penal debe garantizar también el funcionamiento de lo especialmente dinámico de los contactos*". En consecuencia "*surgen para el ciudadano competencias de información, en especial respecto de las normas relacionadas con su actividad profesional. Una exoneración general al ciudadano del riesgo de error* (...), *va en contra del fin de dinamización*" [255]. Bajo estas consideraciones, una persona no necesita informarse sobre si sustraer la billetera del bolsón de otro es un delito, lo que es distinto si se trata de una operación en el mercado de valores que produce una alteración artificial en la cotización de unas acciones. En este sentido, es la participación en estos sectores sociales lo que genera el deber

253 En este sentido, MEYER, D.: *JuS* 1979, p. 252; NEUMANN: *JuS* 1993, p. 797 y s.; FRISCH: *LH-Mir Puig* (2017), p. 571.

254 En este sentido, aunque con distintas denominaciones, WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, p. 171 y s.; KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 131; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 7 y 10; TIMPE: *GA* 1984, p. 52 y ss.; LESCH: *JA* 1996, p. 608 y s.; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 86; TIEDEMANN: *ZStW* 81 (1969), p. 878; CÓRDOVA: *La evitabilidad del error de prohibición*, p. 110 y ss.

255 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n. m. 49, nota 109 *in fine*.

de informarse sobre la eventual relevancia penal de la actuación[256] y no, como lo sostiene un sector importante de la doctrina penal, una situación de duda[257]. Por esta razón, resulta perfectamente posible imputar al autor un error de tipo vencible, aun cuando no haya tenido en lo absoluto duda sobre la relevancia jurídica de su hecho[258]. El deber de informarse encuentra su sustento en la participación en contextos complejos o dinámicos, no en determinadas situaciones internas del autor inaccesibles al Derecho penal.

En la doctrina penal existe debate sobre la configuración jurídica del deber de informarse. Se discute, en primer lugar, si se trata realmente de un deber jurídico o, más bien, de una incumbencia de conocimiento[259]. Si bien la información trae consigo conocimiento, tal conocimiento no está a disposición del autor, sino que éste tiene que procurárselo. Por eso, no se puede hablar, en estricto, de una incumbencia de conocimiento[260], sino de un deber de informarse. Este deber no puede considerarse, por otra parte, presupuesto del deber penal de actuar u omitir correspondiente, pues con ello resultaría justificado el reproche de una regresión al infinito de deberes[261]. Tampoco podría constituir un deber jurídico-penal autónomo, ya que su sola infracción no puede dar pie a una imputación penal[262], más allá

256 Una configuración normativa del deber de informarse defienden Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 35; Timpe: *Strafmilderungen*, p. 222 y s.; El Mismo, *GA* 1984, p. 51 y ss.; Neumann: *NK* § 17, n.m. 55; González Rivero: *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 114; Córdova: *La evitabilidad del error de prohibición*, p. 179.

257 Requieren una situación de duda, Kaufmann, Armin: *Die Dogmatik*, p. 146; Horn: *Verbotsirrtum*, pp. 84, 105, 166 y s.; Rudolphi: *Unrechtsbewusstsein*, pp. 207, 669; Nieto Martín: *Conocimiento*, p. 168. Críticamente, Frisch: *LH-Mir Puig* (2017), p. 577.

258 En este sentido, Neumann: *NK* § 17, n.m. 63, admite deberes de informarse cuando, a pesar de que el autor no duda sobre su hecho, conoce que realiza acciones que tienen una regulación jurídica específica.

259 En la doctrina penal se discute si la vencibilidad se configura como un deber jurídico (*Rechtspflicht*) o como una incumbencia del autor (*Obliegenheit*). Se muestran a favor de considerarla un deber jurídico, Henkel: *FS-Mezger*, p. 299; Hartung: *JZ* 1955, p. 665; Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewußtsein*, p. 200 y s. La consideran, por el contrario, una incumbencia Rudolphi: *Unrechtsbewusstsein*, p. 196; Hruschka: *Strafrecht*, p. 319; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m 7, 35; Lesch: *JA* 1996, p. 607 y ss.; Timpe: *GA* 1984, p. 62 y ss.; Neumann: *NK* § 17, n.m. 56; Lesch: *JA* 1996, p. 608; Velten: *Normkenntnis*, p. 81; Córdova: *La evitabilidad del error de prohibición*, p. 163 y ss.

260 Igualmente, Löw: *Erkundigungspflicht*, p. 61 y ss.

261 Sobre la crítica de la regresión al infinito, vid., Kaufmann, Armin: *FS-E. Schmidt*, p. 330; Timpe: *GA* 1984, p. 56; Bacigalupo Zapater: *LH-Baigún*, p. 140 y s.

262 Vid., sobre esto, críticamente, Rudolphi: *Unrechtsbewusstsein*, p. 193 y ss.; Strauss: *NJW* 1969, p. 1418; Blei: *JA* 1970, p. 669; Córdoba: *LH-Jakobs* (Colombia), p. 410 y s. Por esta razón, Velten: *Normkenntnis*, p. 162 y ss. (espec. p. 226 y s.), se esfuerza en demostrar que no se sanciona la simple negación de una prestación (la incumbencia de conocer la

de que, por otra parte, necesitaría de una tipificación expresa para poder vincularle consecuencias jurídico-penales[263]. El deber de informarse es un deber de cuidado que se impone a los sujetos que intervienen en ámbitos de actuación dinámicos o complejos, cuya infracción los haría responsables por el delito cometido a título de culpa. El cumplimiento del deber de informarse constituye presupuesto para la irresponsabilidad por el error[264].

El entendimiento del deber de informarse como un deber de cuidado pone de manifiesto que no basta la infracción de tal deber para afirmar la vencibilidad del error, sino que es necesario que el autor hubiese podido acceder a la información adecuada en el caso concreto (nexo de contrariedad del deber). Por ello, a la exigencia del deber de informarse se le debe sumar que al autor, en el caso concreto, le hubiese sido posible encontrar una vía de información para determinar el carácter ilícito de su hecho[265]. El error podrá ser considerado vencible, si es que se determina que el autor pudo procurarse información suficiente para valorar adecuadamente su actividad[266]. En tal caso, se podrá tratar el delito cometido como uno culposo[267]. Los deberes de informarse se constituyen, en este sentido, como deberes de cuidado atribuidos al autor por la actividad concreta que realiza[268].

---

conformidad a derecho de un proyecto), sino que debe existir una infracción objetiva de un deber.

263 Vid., en este sentido, Manso Porto: *Desconocimiento*, p. 71. Sobre la crítica a la teoría de la información como deber y la vencibilidad del error como lesión del deber Löw: *Erkundigungspflicht*, p. 67 y ss.

264 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 41, con mayores referencias bibliográficas. De la misma opinión también, Manso Porto: *Desconocimiento*, p. 58.

265 Así, Rudolphi: *Unrechtsbewusstsein*, p. 194 y ss.; Frisch: *LH-Mir Puig* (2017), p. 578 y s. La posibilidad de acceder a la información debe configurarse también normativamente, en el sentido que no importa si psicológicamente el autor podía conocer el carácter prohibido de su hecho, sino como un conocimiento jurídico que pertenece a su ámbito de responsabilidad, así como lo configura, por ejemplo, Timpe: *GA* 1984, p. 62 y ss. (espec. 66).

266 Por contra, el error será invencible si, pese a no haberse requerido información, no se habría alcanzado la información necesaria para valorar el hecho. En este sentido, Rudolphi: *Unrechtsbewusstsein*, p. 252; Strauss: *NJW* 1969, p. 1419 y s.; Meyer, D.: *JuS* 1979, p. 251; Wolter: *JuS* 1979, p. 483 y ss.; Zaczyk: *JuS* 1990, p. 894; Otto: *Jura* 1990, p. 650; Neumann: *JuS* 1993, p. 798; El Mismo, *NK* § 17, n.m. 81; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 35; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 45 (limitadamente); Niemeyer: *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 11; Díaz y García Conlledo: *LH-Torío López*, pp. 360 y s., 362; Nieto Martín: *Conocimiento*, p. 172 y s.

267 Vid., así, Wolter: *JuS* 1979, p. 483.

268 Vid., en este sentido, Horn: *Verbotsirrtum*, p. 62 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 34.

En cuanto a las fuentes de información, se puede recurrir a la ley, a los pronunciamientos jurisprudenciales, a la información de los organismos administrativos técnicos o a la opinión de los especialistas. Si la información se desprende claramente de la ley, entonces se tendrá que seguir el parámetro legalmente establecido[269]. A la jurisprudencia se acudirá solamente si es que no se puede deducir de la ley la pauta de actuación. De no contarse con pronunciamientos jurisprudenciales, entonces la opinión técnica o de los especialistas entra en consideración como fuente de información. Una especial discusión ha suscitado el caso de los pronunciamientos jurisprudenciales que no tienen una línea de interpretación uniforme. En tal caso, la prioridad la tiene la interpertación del tribunal de mayor rango. En consecuencia, si el autor sigue la opinión de los tribunales inferiores que le son más beneficiosas, su error será vencible[270].

c. La superación del error por vías informales

En una teoría de la imputación subjetiva basada en roles resulta un tema discutible el tratamiento de aspectos propios del individuo, como es, específicamente, el caso de los conocimientos que provienen de circunstancias ajenas al desempeño del rol y que se encuentran, por lo tanto, al margen de sus incumbencias de conocimiento. Se plantea, en concreto, la cuestión de si el conocimiento adquirido por el sujeto a través de vías irregulares puede sacarlo jurídicamente de una situación de error, es decir, si puede reconocerse relevancia jurídica al conocimiento proveniente de una actuación individual que no imponen las incumbencias de conocimiento. La única forma de poder justificar una imputación subjetiva en estos casos sería incorporar al rol también el conocimiento proveniente por fuentes informales[271].

El primer punto que hay que dejar en claro es que aquí no estamos refiriendonos al caso del sujeto que conoce que su hecho es contrario a Derecho, pero que, para resguardarse frente a posibles problemas judiciales, guarda un informe que incorrectamente afirma el carácter lícito del hecho, pues aquí no hay una situación de error relevante[272], sino una acción de fraude a la responsabilidad penal. Nos referimos, más bien, al caso del sujeto que recibe, por ejemplo, una información incorrecta por los medios regulares, pero por una vía informal llega a conocer la inexactitud de los informes recibidos. No se trata, por tanto, de la simple duda sobre la corrección del informe recibido que, dado el caso, podría solucionarse con

269 Vid., igualmente, Frisch: *LH-Mir Puig* (2017), p. 579.

270 En este sentido, Frisch: *LH-Mir Puig* (2017), p. 580.

271 Niegan al parecer esta posibilidad Timpe: *Strafmilderungen*, p. 233; Manso Porto: *Desconocimiento*, p. 57.

272 Sobre este supuesto, como penalmente irrelevante, Kienapfel: *ÖJZ* 1976, p. 116; Kunz: *GA* 1983, p. 459; Velten: *Normkenntnis*, p. 378 y ss.

base en criterios de confianza[273] o dar lugar a un deber de realizar mayores averiguaciones. El sujeto sabe, antes bien, que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico, pero no tendría porqué saberlo.

Si el hecho queda en la sola subjetividad, una imputación del conocimiento no podrá tener lugar por razones fundamentalmente procesales[274]. Si pudiese demostrarse el conocimiento subjetivo de la información especial para darse cuenta de la relevancia lesiva del hecho, entonces la imputación de conocimiento dependerá de los contornos normativos del rol[275]. Si se trata de deberes que deben cumplirse con toda la información que se maneja, entonces no hay duda de la viabilidad de imputarle el conocimiento penalmente relevante, aun cuando la información se adquiera por fuentes informales[276]. Dentro de estos supuestos se encuentran no sólo los casos del mandato general del ciudadano en la gestión de riesgos especiales, sino también los casos del cumplimiento de deberes de socorro del ciudadano y ciertas vinculaciones institucionales especiales, en los que independientemente de la fuente de conocimiento, las obligaciones se deben cumplir con toda la información disponible[277]. Por el contrario, en los ámbitos de actuación en los que no se maneje riesgos especiales, el conocimiento por via irregular no sustentará una responsabilidad penal, a no ser que exista una gestión propia del riesgo.

IV. LA CULPA O IMPRUDENCIA

1. Concepto

Como se ha indicado en la parte introductoria de este capítulo, la culpa presentó rápidamente un proceso de normativización anterior al desarrollado en la imputación dolosa[278]. Este avance temprano hacia la normativización se explica principalmente por los problemas que provocó la fundamentación de la llamada

273 En este sentido, soluciona los casos de informes provenientes de autoridades o funcionarios y los procedentes de fuentes informales mediante una confianza sobre los primeros, LÖW: *Erkundigungspflicht*, p. 136.

274 Igualmente, pero no por razones procesales, JAKOBS, en *Estudios*, p. 215.

275 Por el contrario, afirma en general una responsabilidad penal en estos casos, NEUMANN: *NK* § 17, n.m. 79. Por su parte RUDOLPHI: *Unrechtsbewusstsein*, p. 105, reconoce que las decisiones judiciales no exoneran de responsabilidad si el autor conoce (puede decirse, por cualquier medio) que su hecho es antijurídico.

276 Vid. la referencia a estos roles, JAKOBS, en *Estudios*, p. 215.

277 Vid., en el mismo sentido, aunque haciéndolo depender de la concepción que la sociedad tenga de la institución, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 50; EL MISMO, en *Estudios*, p. 215.

278 Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 401; LESCH: *Injusto y culpabilidad*, p. 11.

culpa inconsciente en la concepción psicológica de la culpabilidad[279], lo que llevó a definirla con independencia de lo que el autor se hubiese representado al momento del hecho[280]. La configuración normativa de la culpa constituye aún hoy la interpretación dominante en la doctrina penal y, como puede verse con facilidad, no se diferencia sustancialmente de la comprensión que hemos asumido en los delitos dolosos: No se trata de verificar el conocimiento del autor, sino de determinar lo que éste debía conocer en función de exigencias normativas[281].

El traslado que llevó a cabo el planteamiento finalista del dolo y la culpa a la categoría de la tipicidad, trajo consigo el inicio del proceso de normativización de la culpa. El injusto del delito culposo pasó de la previsión o posibilidad de previsión del causalismo a entenderse como la infracción de un deber *objetivo* de cuidado que, a través de un nexo de contrariedad del deber, produce el resultado lesivo[282]. Esta comprensión de la culpa es la que aún se maneja de manera predominante en la jurisprudencia nacional[283]. Pero lo llamativo es que este desarrollo en la configuración dogmática de la culpa en nada se corresponde con el camino que ha seguido, por su parte, el tipo subjetivo doloso, el cual se mantiene anclado en una visión preponderantemente psicologicista. Este tratamiento disparejo del lado subjetivo del delito podría encontrar explicación en la distinción finalista que se hace entre el injusto doloso y el injusto culposo[284].

La situación ha cambiado con el advenimiento del pensamiento funcionalista. Si bien la teoría de la imputación objetiva adquiere consistencia en los delitos dolosos, los escritos especializados han ido admitiendo de manera uniforme que esta

279 Destaca el problema para fundamentar el castigo de la culpa inconsciente en la comprensión psicológica de la culpabilidad, Feijóo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 42; Ruiz López: *La graduación del delito imprudente*, p. 36; Corcoy Bidasolo: *El delito imprudente*, p. 13.

280 Vid., así la previsibilidad ya como elemento del concepto clásico de culpa, Schünemann: *GS-Meurer*, p. 39; Corcoy Bidasolo: *El delito imprudente*, p. 17 y ss.

281 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 4, señala que la culpa con sus elementos positivos es sólo un concepto más general que el dolo. Por el contrario, considera que se trata de aspectos distintos, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 845 y s.

282 Vid., Welzel: *El nuevo sistema*, p. 70 y ss.

283 Vid., las referencias en Caro John: *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 166 y s. Últimamente, la Casación N° 263-2017-Ancash de 19 de diciembre de 2017 (Fundamento de Derecho Tercero).

284 Vid., Feijóo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 94 y s. Esta diferencia de injustos explica que Welzel considerara a los delitos culposos tipos penales abiertos (en oposición a los cerrados) y que luego Roxin los englobara en la categoría de los delitos de infracción de un deber (en oposición a los delitos de dominio), de lo que da cuenta Corcoy Bidasolo: *El delito imprudente*, p. 50 y s.

teoría es aplicable también a los delitos culposos[285]. Tal conclusión ha hecho que muchos autores mezclen de manera inarticulada la concepción de la infracción del deber objetivo de cuidado con los postulados de la teoría de la imputación objetiva[286], cuando en realidad no se trata de aspectos distintos del injusto penal, sino de perspectivas distintas sobre lo mismo. Y es que la infracción de un deber objetivo de cuidado significa la creación de un riesgo prohibido[287] y la producción del resultado a través del nexo de contrariedad del deber no es algo distinto a la realización del riesgo en el resultado. Por lo tanto, si se aprecia bien, el tipo objetivo del delito doloso y del delito culposo terminan llegando, aunque por caminos distintos, a los mismos criterios para definir el tipo objetivo, radicando su diferencia, por consiguiente, únicamente en el plano subjetivo[288].

Como ya se adelantó, la diferencia subjetiva entre el dolo y la culpa no es de naturaleza cualitativa, sino cuantitativa, pues en ambos casos se hace necesario imputar conocimiento al autor. La particularidad de la culpa es que, para afirmar su presencia, no se imputa al autor el pleno conocimiento de la aptitud lesiva del hecho concretamente realizado[289], sino un conocimiento de menor grado que, unido a deberes de cuidado objetivamente establecidos, habría llevado a evitar la realización del tipo penal. No existe, por tanto, una imputación de conocimiento sobre la aptitud lesiva concreta de la conducta (en cuyo caso estaríamos ante una imputación dolosa), sino una imputación de conocimiento sobre la posible lesividad de la conducta que activa el deber de adoptar medidas de cuidado. La imputación subjetiva culposa no debe ser entendida, entonces, como cognoscibilidad[290], sino como imputación de conocimiento, pero en un nivel cuantitativamente menor que el exigido para el dolo. Este conocimiento le permite al autor prever las posibles consecuencias de su actuación, pero no conocer su segura o probable materialización. En consecuencia, la culpa tiene lugar con base en el insuficiente conocimiento

285 En este sentido, PUPPE: *La imputación del resultado*, p.23.

286 Así, lo hace, por ejemplo, RODRÍGUEZ DELGADO: *El tipo imprudente*, p. 81, cuando al lado de la infracción de la norma de cuidado pone a la teoría de la imputación objetiva.

287 Así, también, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 268.

288 Vid., RUIZ LÓPEZ: *La graduación del delito imprudente*, p. 41 y s.

289 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 3; EL MISMO, en *Estudios*, p. 170 y s., al señalar que en la culpa (consciente o inconsciente) hay una ausencia de conocimiento de la realización del tipo penal.

290 Sostienen la culpa como cognoscibilidad, por el contrario, con propios matices, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 1; EL MISMO, en *Estudios*, p. 172; FRISCH, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 264; RUIZ LÓPEZ: *La graduación del delito imprudente*, p. 53. La idea de cognoscibilidad se encuentra presente ya en ENGISCH: *Untersuchungen*, p. 373.

imputado al autor sobre la lesividad de su hecho y el criterio de la evitabilidad, de los que se deriva la posibilidad que tuvo el autor de evitar dicha lesividad.

Lo hasta ahora expuesto se puede graficar con el siguiente ejemplo: Un conductor que manejaba su automóvil a 60 km/h en zona urbana, gira en una curva sin reducir la velocidad, atropellando a transeúnte que cruzaba en ese momento por el crucero peatonal. Dado que al ciudadano que maneja un automóvil le incumbe por su rol general conocer los riesgos que genera su conducción para los transeúntes, se le podrá imputar el conocimiento de la posibilidad de atropellamiento, si es que no consigue frenar a tiempo en un cruce peatonal y lesiona al peatón que lo transita. Si en el caso concreto el conocimiento de esa posibilidad se mantuvo por la manera en la condujo, entonces cabrá imputarle el atropellamiento del peatón a título de culpa. El conocimiento imputado al conductor del vehículo no genera un deber de dejar de realizar la conducta (detener el automóvil), sino de asumir ciertos deberes de cuidado en el emprendimiento de la conducta (disminuir la velocidad al límite permitido y cerciorarse que nadie pase por el crucero peatonal).

2. La determinación del conocimiento culposo

Establecido que la culpa se configura con base en el conocimiento sobre la posible lesividad del hecho realizado, surge la necesidad de precisar cómo se determina normativamente dicho conocimiento. Los defensores del criterio de la previsibilidad en el delito culposo se inclinan mayoritariamente por una determinación objetiva[291]. En este sentido, la previsibilidad no dependerá de las capacidades del autor individual, sino de las de un ciudadano promedio. Será a nivel de la culpabilidad en donde se se evaluarán las capacidades individuales para decidir finalmente la imputación. En contra de esta medida objetiva se muestra un sector cada vez mayor de la doctrina penal que critica a la fundamentación anterior desconocer que no se puede hablar de la infracción de un deber si el autor no puede reconocerlo como tal[292]. Este reproche ha llevado a que el mencionado sector doctrinal ofrezca, por el contrario, un criterio de determinación de la culpa basado en las capacidades individuales del autor[293]. Con la finalidad de conciliar ambos planteamientos, un sector

291 Vid., la llamada "teoría de los dos niveles", Engisch: *Untersuchungen*, p. 334 y ss.; Welzel: *Das deutsche Strafrecht*, p. 131 y ss.; Burgstaller: *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 16 y ss.; Schünemann: *JA* 1975, p. 512 y ss.; El Mismo, *FS-Schaffstein*, p. 175; Jescheck /Weigend: *Tratado*, II, p. 846 y s.

292 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 8. En el mismo sentido, Stratenwerth: *FS-Jescheck*, I, pp. 286, 296. Anteriormente a favor de una medida subjetiva también, Binding: *Normen*, IV, p. 483.

293 Defienden una determinación individual, Jakobs: *Studien*, p. 64 y ss.; El Mismo, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 5 y s.; Stratenwerth: *FS-Jescheck*, I, p. 285 y ss.; El Mismo, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 12 y ss.; Reátegui Sánchez: *Diálogo con la jurisprudencia* 35

minoritario defiende una posición intermedia entre la determinación objetiva y la individual, en el sentido de generalizadora hacia abajo (capacidades reducidas) e individualizadora hacia arriba (capacidades especiales)[294].

Por nuestra parte, consideramos correcto el planteamiento que individualiza la determinación del conocimiento culposo, pues solamente de esta manera es posible personalizar la imputación jurídico-penal. Sin embargo, cabe precisar que esa individualización no debe entenderse referida al conocimiento psíquico de cada autor[295]. La imputación subjetiva del conocimiento no depende de que el autor haya estado en el momento del hecho en posibilidad psíquica de conocer el potencial lesivo del mismo, sino de que el autor, en sus circunstancias concretas, tuvo acceso al grado de conocimiento que fundamenta la culpa. Los conocimientos y capacidades especiales forman parte, por tanto, del juicio de determinación del conocimiento culposo. Por ejemplo: El conocimiento sobre las posibles consecuencias explosivas de una mezcla de sustancias podrá imputarse al bombero, aunque un ciudadano promedio no pueda saberlo, de la misma forma que al conductor profesional se le puede imputar la capacidad de percatarse de una falla del motor del automóvil que un conductor cualquiera no podría detectar. El conocimiento que fundamenta la culpa es perfectamente imputable en los dos casos mencionados como ejemplos.

En la doctrina penal se ha discutido sobre la posibilidad de exigir en los delitos culposos el conocimiento del carácter antijurídico del hecho[296], sobre todo en los casos de culpa inconsciente. Si partimos de la idea de que el juez verifica los conocimientos psicológicos del autor, resultará lógico rechazar, en esta clase de culpa, un conocimiento actual del carácter antijurídico del hecho. Por el contrario, si se sigue una determinación normativa del conocimiento, la clasificación de la culpa en consciente e inconsciente deja de tener sentido. Como se ha afirmado reiteradamente, la parte subjetiva de la imputación penal no consiste en una verificación de lo subjetivo en sentido psicológico, sino en una imputación de conocimiento, de manera tal que si el autor fue consciente del conocimiento imputado no será un dato de relevancia dogmática. Relevante es solamente determinar que el ciudadano, en la situación concreta, tenía que saber no sólo que debía realizar su hecho con

---

(2001), p. 75. Críticamente frente a este criterio, SCHÜNEMANN: *FS-Schaffstein*, p. 160 y ss.; FRISCH, en *Strafiat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 260.

294 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 50 y ss.

295 Como parece ser la opinión de JAKOBS, en *Estudios*, p. 182, al señalar: "*la relevancia a efectos de la toma de decisiones incluso de los riesgos no permitidos no puede generarse de modo puramente normativo*". La cognoscibilidad de la aparición del resultado tiene como componente psíquico de la evitabilidad las capacidades individuales (vid., JAKOBS: *Studien*, p. 69).

296 Vid., OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 10, n.m. 30.

ciertas medidas de cuidado, sino que la realización de tal hecho sin las medidas exigidas se considera penalmente prohibido.

3. La excepcionalidad de la incriminación de la culpa

A la defraudación de la norma ocasionada por una conducta socialmente perturbadora realizada por culpa, le alcanza también una respuesta penal. Si bien inicialmente su castigo no era lo usual, la evolución de los ordenamientos penales ha seguido la línea de concederle relevancia penal[297]. Sin embargo, esta relevancia penal se caracteriza por ser menos gravosa que la atribuida a los delitos dolosos y por tener un carácter excepcional. Lo primero se justifica en el hecho de que el agente culposo no calcula las consecuencias de su actuación y, por ello, puede alcanzarle una pena natural que reduce la intensidad de la pena necesaria para restablecer la vigencia de la norma defraudada[298]. Lo segundo se traduce en la exitencia de ciertos filtros normativos que se amparan en la idea de la mínima intervención.

El primer filtro normativo consiste en la necesidad de una tipificación expresa de la actuación culposa para poder ser castigada, es decir, un sistema cerrado de incriminación. En la doctrina penal, se ha discutido sobre las ventajas y desventajas de un sistema abierto o cerrado en la incriminación de la culpa. Un sector minoritario considera más adecuado un sistema abierto, pues éste cubriría las posibles lagunas de punibilidad en el caso de errores de tipo vencibles e impediría además el recurso indebido a la forma dolosa de comisión por parte de los tribunales para evitar dejar impune una conducta merecedora de sanción penal[299]. Pese a estas apreciaciones, el parecer dominante entiende que un sistema cerrado se corresponde mejor con un Derecho penal construido sobre el principio de fragmentariedad y taxatividad[300]. Por ello, no llama la atención el hecho de que en las legislaciones penales de los países deudores del sistema continental europeo la incriminación cerrada de la culpa haya terminado por imponerse[301]. El artículo 12 de Código Penal Peruano muestra nuestra adhesión también a la regulación cerrada de la culpa y el rechazo a una incriminación genérica de la culpa[302], como existió, por ejemplo, en el anterior Código Penal Español[303].

---

297 En este sentido, sobre la base del proceso de tecnificación de la vida ordinaria en la sociedad actual, Ruiz López: *La graduación del delito imprudente*, p. 33 y s.

298 Vid., Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 58.

299 Vid., con mayor detalle, Silva Sánchez: *El nuevo Código penal*, p. 89 y ss.

300 Vid., Mir Puig: *Derecho penal*, PG, L 11/5; Silva Sánchez: *El nuevo Código penal*, p. 91; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 18, n.m. 83.

301 Vid., las referencias legislativas, Silva Sánchez: *El nuevo Código penal*, p. 79 y s.

302 Vid., Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 97.

303 Vid., sobre este sistema abierto en la anterior regulación penal española, Silva Sánchez: *El nuevo Código penal*, p. 81 y s.; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 18, n.m. 81.

La opción legislativa por una incriminación cerrada de la culpa no cierra, sin embargo, la posibilidad de que nuestro Código penal recurra a sistemas de incriminación genérica limitada, es decir, que se pueda establecer mediante una cláusula general la incriminación de la culpa para determinados delitos o para un capítulo de la Parte Especial del Código Penal[304]. Así es como se ha procedido, por ejemplo, en los delitos contra la salud pública, tal como lo dispone el artículo 295 del CP. Ya que el legislador penal ha dejado abierta en esta parte la incriminación de la culpa, le corresponderá al juez decidir si la naturaleza de los distintos delitos comprendidos en el capítulo correspondiente permite una sanción también a título de culpa.

El segundo filtro normativo se presenta en las clases de culpa penalmente castigadas. La doctrina penal mayoritaria entiende que solamente los casos de culpa grave deben sancionarse penalmente, mientras que las infracciones leves deben quedar en el marco de las faltas[305]. Nuestra legislación, por el contrario, no precisa nada al respecto e incluso, por ejemplo, la ausencia de faltas contra la vida podría dar lugar a una interpretación extensiva de la culpa en el ámbito de los delitos de homicidio. No obstante, la necesidad de una antijuridicidad material suficiente obliga interpretativamente a que la culpa se castigue penalmente sólo en caso de infracciones graves, dejándose los supuestos de culpa leve, por su parte, en manos del Derecho de daños. La culpa alcanzará la gravedad requerida para el castigo penal si, por el tipo de riesgo prohibido creado o la manera como ha sido creado, se espera del autor un mayor celo en la adopción de las medidas de cuidado. Este juicio debe hacerse en atención a la concreta conducta del autor objetivamente relevante.

Dentro de la culpa grave la doctrina penal reconoce ciertas formas especiales. Así, cabe mencionar, por un lado, el caso de la temeridad, la cual se caracteriza por una actuación del autor con un absoluto desprecio de las posibles consecuencias lesivas de su proceder. Por otro lado, se alude también a la llamada culpa profesional, la cual está referida al negligente desempeño de una labor riesgosa encomendada a cierto grupo de profesionales o especialistas[306]. En algunos casos, el legislador penal puede restringir el castigo de la actuación culposa a alguna de estas formas especia-

304 Igualmente, respecto del Derecho penal español, Silva Sánchez: *El nuevo Código penal*, p. 98 y s.

305 Así era como lo regulaba la legislación penal española (vid., Silva Sánchez: *El nuevo Código penal*, p. 113), lo que, sin embargo, ha cambiado con la reforma del 2015 que sanciona también como delito los casos de imprudencia no grave en el homicidio y las lesiones, tal como lo pone de manifiesto Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 18, n.m. 76 y ss. En la regulación colombiana, se mantiene la regla del castigo solamente a los casos de culpa grave, Ruiz López: *La graduación del delito imprudente*, p. 263. En la doctrina penal alemana, la posición mayoritaria sostiene igualmente la impunidad de la culpa leve, como lo informa Pawlik: *Das Unrecht*, p. 342.

306 Vid., Ruiz López: *La graduación del delito imprudente*, p. 198 y ss.

les de culpa grave. Esto sucede, por ejemplo, con el delito de lavado de activos, en donde se castiga también a quien *debía presumir* el origen delictivo de los activos[307].

4. El error de tipo en los delitos culposos

Es usual que el error sobre los elementos del tipo penal se considere sólo en relación con el dolo, pero no con la culpa. La culpa aparece, en todo caso, como la forma de castigo del error de tipo vencible. No obstante, esta clase de error puede también aparecer perfectamente en una conducta imprudente[308]. Así, por ejemplo, será el caso de una persona que conduce un automóvil dentro de la zona urbana a 70 km/h porque tiene estropeado el marcador de velocidad que indica 50 km/h y en esas circunstancias atropella a un peatón. Si persiste la imputación culposa del delito, a pesar del desconocimiento del autor, se deberá a la imposición al conductor de un deber de cuidado de verificar que el automóvil se encontraba en las condiciones mínimas para su uso en el tráfico[309]. En caso que la situación de desconocimiento del riesgo se deba a circunstancias ajenas al autor, estaremos ante un hecho fortuito o una desgracia[310], salvo que la situación de desconocimiento pueda reconducirse a otra persona, como, por ejemplo, a un mecánico.

Sobre el error referido específicamente al carácter antijurídico del hecho existe una amplia discusión doctrinal. Algunos entienden que un autor culposo se encuentra siempre en error sobre el carácter antijurídico de su conducta, aunque resulta innecesario recurrir a las reglas del error para determinar su responsabilidad penal, ya que la competencia por el desconocimiento constituye un aspecto de la culpa en general[311]. Otro sector de la doctrina coincide con estas afirmaciones aunque sólo para los casos de culpa inconsciente[312], llegando algunos incluso a ser más estrictos al reducir el espectro de casos a los supuestos de culpa inconsciente cuyo error sobre el carácter antijurídico del hecho se deba a un desconocimiento de los

307 Vid., al respecto, GARCÍA CAVERO: *El delito de lavado de activos*, p. 133 y s.

308 Igualmente, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 405.

309 Vid., similarmente, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 16, n.m. 13, por haberse puesto en una situación, en la que su desconocimiento no le permite actuar correctamente.

310 En este sentido, por ausencia de vencibilidad o evitabilidad, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 1.

311 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 34. Similarmente SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, 4/26, en tanto señala que, en el delito culposo, a diferencia del delito doloso, no hay conciencia del injusto, sino circunstancias en las que el autor hubiese podido conocer el carácter antijurídico del hecho.

312 En este sentido, SCHÜNEMANN: *JA* 1975, p. 788; HAVA GARCÍA: *El tipo de injusto del delito imprudente*, p. 213.

hechos[313]. En los casos de culpa consciente, por el contrario, podrá discutirse sin inconvenientes un error sobre el carácter prohibido del hecho, en tanto le falte al autor la conciencia de la antijuricidad de la puesta en peligro consciente de bienes jurídicos[314]. Un sector de la doctrina se opone a esta conclusión, pues consideran que la culpa consciente supone necesariamente el conocimiento de un riesgo jurídicamente no tolerado[315].

Desde nuestra perspectiva, el tratamiento del error sobre el carácter antijurídico del hecho en el delito culposo se encuentra condicionado por dos puntos de partida: la absoluta irrelevancia normativa de la distinción entre culpa consciente e inconsciente[316], por un lado, y la inclusión del error sobre el carácter prohibido del hecho en el error de tipo, por el otro[317]. Si se enfoca el problema desde el delito doloso, resultará correcto afirmar que todo delito culposo se realiza en una situación de error respecto del carácter antijurídico del hecho. Por ejemplo, el que mata imprudentemente a otro no conoce que su conducta objetiva va contra la prohibición de no matar dolosamente a otro. Sin embargo, si el conocimiento del autor se pone en relación con el tipo culposo, que en términos del riesgo prohibido evidentemente requiere una imputación del conocimiento menor que la actuación dolosa, entonces es posible sustentar en el autor culposo el conocimiento no solamente de la potencialidad lesiva de su actuación, sino también de que esa actuación, con el nivel de conocimiento culposo, se encuentra penalmente sancionada en caso de devenir en un resultado lesivo. Por ejemplo: el fabricante de ciertos productos considera, en función de una conversación con un experimentado empresario del ramo, que la comercialización de productos que no pasan por un control estricto de calidad no genera responsabilidad penal en caso produzcan lesiones leves en los consumidores.

Con base en las ideas precedentes, cabe concluir que es posible diferenciar conceptualmente en los delitos culposos una actuación con conocimiento del carácter antijurídico del hecho y una sin dicho conocimiento, por lo que su ausencia podrá dar pie a una situación de error que tenga consecuencias en la decisión de imponer una sanción penal o no. Dicho más exactamente, la responsabilidad penal decaerá si se determina que el agente culposo actuó bajo un error invencible sobre el carácter antijurídico de su actuación, mientras que, en caso de ser vencible, se

313 Vid., así, NEUMANN: *NK* § 17, n.m. 86.

314 En este sentido, RUDOLPHI: *SK* § 17, n.m. 19; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m 104.

315 Vid., así, ARZT: *ZStW* 91 (1979), p. 867 y s.; DONATSCH: *SchwZStr* 102 (1985), p. 47; NEUMANN: *NK* § 17, n.m. 89.

316 Así también Igualmente crítico, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 281.

317 Ya ARZT: *ZStW* 91 (1979), p. 877 y s.; DONATSCH: *SchwZStr* 102 (1985), p. 47, han puesto de manifiesto que el error de tipo y el error de prohibición se encuentran confundidos en los delitos culposos.

mantendrá la imputación a título de culpa. Así, quedará exento de responsabilidad penal, por ejemplo, el empresario que no adopta medidas de previsión para evitar una emisión contaminante bajo la idea transmitida por un informe legal de fuente confiable que le ha informado que esa omisión le produce únicamente una responsabilidad administrativa, pero no penal.

V. COMBINACIONES DE DOLO-CULPA: LA PRETERINTENCIÓN Y LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

1. La preterintención o combinación dolo-culpa no cualificada

La figura de la preterintención consiste en una combinación de dolo y culpa que no cualifica la pena, sino que la fundamenta[318]. En la doctrina italiana y española se habla de preterintención, mientras que en la doctrina alemana se utiliza el calificativo de combinación dolo-culpa en sentido propio[319]. El punto central sobre el que gira la discusión al respecto reside en la determinación de su naturaleza jurídica[320]: Unos sostienen que se trata de delitos culposos[321], otros consideran que se tratan de delitos dolosos[322], y, finalmente, un tercer parecer señala que las dos fundamentaciones anteriores no se excluyen[323]. La decisión sobre esta cuestión resulta de suma importancia práctica, pues de ello depende si se puede aplicar en estos delitos las reglas generales de la tentativa y, eventualmente, de la participación[324].

Para resolver la discusión sobre la naturaleza jurídica de los delitos preterintencionales, debemos apreciar su estructura típica. La acción dolosa no realiza aún el injusto penal, sino que constituye, en todo caso, una contravención, una falta o una infracción administrativa. Este aspecto deja en claro que en los delitos preter-

318 Vid., diferenciados de los delitos cualificados por el resultado, Lorenzen: *Zur Rechtsnatur*, p. 24; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 28 y s.

319 Vid., en este sentido, Krey/Schneider: *NJW* 1970, p. 640 y ss.; Falkenstett: *Zur Rechtsnatur*, p. 10; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 856 y s.

320 Considera que esta determinación no tiene ninguna influencia, Burgstaller: *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 148.

321 Por un lado, se encuentra la opinión de Maurach/Gössel/Zipf: *Strafrecht*, AT, § 43, n.m. 115; Krey/Schneider: *NJW* 1970, p. 641, quienes, en oposición a los delitos cualificados por el resultado, califican las combinaciones dolo-culpa en sentido propio como delitos culposos (criterio formal). Por otro lado se encuentra el parecer de aquellos que pretenden encontrar en la estructura de estos delitos, los elementos de un delito culposo, Hirsch: *GA* 1972, p. 72; Hardwig: *ZStW* 78 (1966), p. 17; Schroeder: *LK* § 18, n.m. 5.

322 Vid., así, Lackner: *Gefährdungsdelikt*, p. 10; Falkenstett: *Zur Rechtsnatur*, p. 137.

323 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 29.

324 Vid., así, la indicación de Schroeder: *LK* § 18, n.m. 5; Eser, en Schönke/Schröder: *StGB* § 11, n.m. 75 y s.

intencionales se presenta una conducta dolosa contraria a deberes de cuidado, pero culposa frente al resultado acaecido. Si el delito se configura por una infracción consciente de deberes de cuidado que produce culposamente un resultado prohibido, no queda más que aceptar que estamos ante un delito culposo. La particularidad del delito preterintencional se encontrará únicamente en una descripción específica de la conducta infractora del deber de cuidado. La combinación dolo-culpa se utiliza, por ejemplo, en la tipificación del aborto preterintencional del artículo 118 del CP, donde se sanciona al que realiza actos dolosos de violencia sobre una mujer embarazada que le producen culposamente el aborto.

La consideración del delito preterintencional como un delito culposo tiene especial importancia, como ya lo mencionamos, en la aplicación de las reglas de la tentativa y la participación. En cuanto a la tentativa, el legislador nacional ha dispuesto que sus reglas generales se apliquen solamente a los delitos dolosos, por lo que una extensión a los delitos preterintencionales sólo podría tener lugar mediante una decisión expresa del legislador. En tanto no exista tal ampliación, no queda más que negar la posibilidad de una tentativa[325]. Más discutible se presenta la aplicación de las reglas de la autoría y participación. Si se parte de un concepto unitario de autor en los delitos culposos, la aplicación de las reglas generales de la autoría y participación a los delitos preterintencionales no podría justificarse en su estructura dogmática, a no ser que una norma específica realice por algún motivo una ampliación del ámbito de aplicación de estas reglas[326]. Por contra, si se considera que las reglas generales de la autoría y la participación pueden aplicarse también a delitos culposos, no se presentará ninguna razón para exceptuar a los delitos preterintencionales de la aplicación de estas disposiciones jurídicas generales.

2. Los delitos cualificados por el resultado

Un delito cualificado por el resultado es aquel en el que la pena se agrava por la producción de un resultado más grave. La situación es distinta a la que se presenta en los delitos preterintencionales, pues en el delito cualificado por el resultado se parte de una acción dolosa que configura, por sí misma, un hecho delictivo, al que se le vincula un resultado más grave que agrava la pena[327]. El resultado cualificante

325 En este sentido, KREY/SCHNEIDER: *NJW* 1970, p. 641 y ss. De otro parecer, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 856; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 407.

326 Como sería el caso en el Derecho Penal Alemán en el que el § 11 StGB parece ampliar para los delitos preterintencionales las reglas de autoría y participación. Vid., en este sentido, GRIBBOHM: *LK* § 11, n.m. 114 y ss.

327 La tradición española califica estos casos también como preterintención (vid., QUINTERO OLIVARES: *LH-Vives Antón*, II, p. 1579), lo que, a nuestro entender, no es correcto, pues en la preterintención la acción dolosa no es aún un delito, a diferencia de los delitos cua-

no puede, sin embargo, ser imputado sólo objetivamente, pues el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal proscribe toda forma de responsabilidad objetiva. Por lo tanto, el delito cualificado por el resultado sólo se le podrá imputar al autor si, respecto del resultado cualificante, actuó con dolo o culpa.

Con la finalidad de evitar la introducción de supuestos de *versare in re illicita*, el legislador penal alemán introdujo en el año 1953 una regulación específica que dispuso que la cualificación de la pena por el resultado era posible si el resultado cualificante era imputable al autor cuando menos a título de culpa[328]. Dado que el incremento de pena en los delitos cualificados por el resultado es sustancial, razones de proporcionalidad llevaron además a limitar la culpa a su forma más grave de la temeridad[329]. En el Perú, la situación legal es completamente distinta. No hay una norma general que establezca cuál es el tipo subjetivo en las cualificaciones por el resultado, por lo que los escenarios posibles son fundamentalmente los siguientes: O el tipo penal de la Parte Especial establece que el resultado cualificante se sanciona con una pena mayor si pudo preverse (ejemplo: las lesiones seguidas de muerte del tercer párrafo del artículo 121 del CP), o el tipo penal no dice absolutamente nada sobre la parte subjetiva (ejemplo la muerte como consecuencia del robo del último párrafo del artículo 189 del CP). Si se sigue el tenor legal, en el primer caso el resultado podrá imputarse a título de culpa, mientras que en el segundo caso, por la regla general del artículo 12 del CP, la punición solo será posible si la producción del resultado cualificante se le puede atribuir al autor a título de dolo[330].

Lo anterior parece ser una solución razonable desde el punto de vista del tenor literal, pero en el plano de las penas resulta inaceptable. Ocurre que en muchos de los delitos cualificados por el resultado que no mencionan la posibilidad de previsión del resultado más grave, limitar el castigo solamente a los supuestos dolosos produciría un beneficio punitivo injustificado. Por ejemplo: la pena prevista por el homicidio doloso es mayor que la pena del delito de contaminación ambiental cualificado por la muerte de una persona, de manera tal que matar dolosamente a una persona tiene más pena que contaminar dolosamente y, de esta manera, matar dolosamente a una persona. Por esta razón, la doctrina penal aconseja que, en estos

---

lificados por el resultado. Sigue la tradición española el Acuerdo Plenario N° 03-2008, al catalogar a los delitos cualificados por el resultado como supuestos de preterintención.

328 Vid., así, Lorenzen: *Zur Rechtsnatur*, p. 27 y ss.; Schroeder: *LK* § 18, n.m. 25.; Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 385.

329 Vid., en este sentido, Paeffgen: *NK* § 18, n.m. 45 y ss.; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 859. Por su parte, Maqueda Abreu, CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 194, habla de una imprudencia (culpa) cualificada.

330 Así, respecto de la calificación por el resultado en el delito de contaminación ambiental, Reátegui Sánchez: *La contaminación ambiental*, p. 167.

casos, se deje de lado el delito cualificado por el resultado, limitándolo solamente a la realización culposa del resultado[331]. Lo que corresponde, en tales casos, es hacer una interpretación teleológica de los tipos penales para precisar la imputación subjetiva del resultado cualificante[332]. Si la exigencia de una imputación dolosa del resultado cualificado lleva a una atenuación injustificada de la pena respecto del delito doloso que sanciona la producción directa del resultado más grave, deberá exigirse, más bien, únicamente una imputación culposa respecto del resultado cualificante. Si la imputación dolosa del resultado cualificante lleva justificadamente a una pena mayor que la del delito doloso que sanciona directamente la producción del resultado más grave, entonces la imputación subjetiva del resultado en el delito cualificado por el resultado deberá ser a título de dolo (combinación dolo-dolo)[333].

El delito cualificado por el resultado puede presentarse de dos formas. En determinados casos, el delito base entra ya en el ámbito de la lesión que cualifica el resultado. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el delito de lesiones seguidas de muerte. Aquí la imputación subjetiva culposa se muestra como un error cuantitativo respecto del mismo riesgo en relación con el mismo bien jurídico o con otro vinculado o dependiente de éste[334]. En otros casos, el delito cualificado por el resultado se presenta por riesgos ulteriores no controlables respecto del mismo bien o de otros bienes normalmente vinculados[335], como sería, por ejemplo, el delito de contaminación ambiental agravado por el resultado. La culpa se configura aquí como el conocimiento de la posible evolución típica del peligro. No hay un conocimiento cierto, sino solamente del peligro abstracto para el mismo bien o para bienes vinculados.

El panorama de los delitos cualificados por el resultado se torna más complejo si se atiende a las llamadas formas emparentadas; concretamente: los supuestos de combinación dolo-dolo y culpa-culpa[336], en los cuales, a su vez, el resultado puede estar configurado por una lesión o por una puesta en peligro. Un sector de la doctrina penal considera que en caso que el resultado cualificante sea también doloso se tratará simplemente de delitos cualificados por el resultado impropios o aparentes, pues en el fondo no habrá más que un delito doloso más grave[337]. Frente

331 Vid., así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *El caso colza*, p. 236.

332 Vid., así, HRUSCHKA: *GA* 1967, p. 44; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *El caso colza*, p. 236.

333 Vid., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *El caso colza*, p. 236.

334 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 35.

335 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 36.

336 Una combinación culpa-dolo, como lo señala SCHROEDER: *LK* § 18, n.m. 31, nota 45, no resulta imaginable. De una opinión contraria, GÖSSEL: *FS-Lange*, p. 223; SILVA SÁNCHEZ: *Delitos contra el medio ambiente*, p. 105.

337 Vid., en este sentido, HIRSCH: *GA* 1972, p. 65 y s.

a este parecer se oponen los que consideran que en los delitos cualificados por el resultado no interesa la imputación subjetiva del delito básico ni del resultado, sino que exista una cualificación por su producción[338]. Por nuestra parte, consideramos que este último parecer resulta el más correcto, pues, en tanto se trate de un delito básico que se cualifica por el resultado, no interesa si ello tiene lugar mediante una lesión o una puesta en peligro, o mediante una conducta o un resultado producido dolosa o culposamente. Sólo hay que precisar que en el caso de la combinación dolo-dolo y culpa-culpa, la imputación subjetiva no requiere una especial forma de realización, sino que siguen las reglas normales de la imputación dolosa y culposa respectivamente[339].

Una cuestión central en los delitos cualificados por el resultado es también la determinación de las reglas de la tentativa y la participación. En las combinaciones culpa-culpa y dolo-dolo, estas reglas no presentan mayores modificaciones, pues no existe mayor discusión para considerar estas combinaciones como un tipo culposo o doloso respectivamente[340]. Los problemas se presentan, más bien, en caso de una combinación dolo-culpa. Si la interpretación de los delitos cualificados por el resultado resalta más la parte culposa del delito, resultará lógico que se niegue la aplicación de las reglas de la tentativa y, para algunos, también las de la autoría y participación[341]. Por el contrario, si tales delitos son interpretados con base en su aspecto doloso, las reglas antes mencionadas tendrán, en principio, plena vigencia[342]. Una comprensión mixta determina estas reglas en función de las dos partes del delito cualificado por el resultado[343]. Por nuestra parte, nos inclinamos por aceptar la aplicación de las reglas en cuestión también en los casos de combinación dolo-culpa, ya que, como lo afirma la comprensión mixta, en estos casos existe ya una imputación dolosa del comportamiento que permite tenerlas en consideración.

338 Vid., así, LORENZEN: *Zur Rechtsnatur*, p. 28 y s.; GÖSSEL: *FS-Lange*, p. 219 y ss.; SCHROEDER: *LK* § 18, n.m. 11, 25; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 857.

339 Similarmente, GÓMEZ BENÍTEZ: *Causalidad*, p. 110; MAQUEDA ABREU, CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 186.

340 En este sentido, MISERÉ: *Grundprobleme*, p. 5.

341 Vid., así, GÖSSEL: *FS-Lange*, p. 235 y ss.

342 Vid., destacando ciertamente las particularidades, OEHLER: *ZStW* 69 (1957), p. 518 y ss.; RENGIER: *Erfolgsqualifizierte Delikte*, pp. 234 y ss., 249; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, pp. 788 y ss., 860; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 18, n.m. 7 y 8 y ss.

343 Vid., SCHROEDER: *LK* § 18, n.m. 36 y ss.; RUDOLPHI: *SK* § 18, n.m. 6.

Capítulo 14
LA COMISIÓN POR OMISIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 13 del CP regula la figura de la comisión por omisión o, llamada también, omisión impropia. Conforme a lo establecido en este dispositivo legal, es posible castigar determinadas omisiones de impedir la producción de un delito, como si éste hubiese sido realizado por una conducta activa[1]. Esta posibilidad de equiparación punitiva expresa dos aspectos lógicamente vinculados. Por un lado, que desde el punto de vista jurídico-penal una omisión puede llegar a ser tan grave como la realización activa de un delito; y, por el otro, que no toda omisión de evitar un delito puede equipararse a su realización activa. Por lo tanto, a la labor dogmática le corresponderá definir en qué casos la omisión puede ser considerada, a efectos penales, una forma de realización de un tipo penal contenido en la Parte Especial.

Los criterios para llevar a cabo la equiparación de la omisión con la comisión de un delito, se han definido de manera diferente a lo largo de la historia de la discusión dogmática. Por ello, resulta pertinente que, antes de entrar en las particularidades de la regulación de la comisión por omisión en la legislación penal nacional, se haga una breve referencia sobre cómo ha evolucionado esta figura dogmática en la doctrina penal que se ha ocupado de ella. Sólo así será posible captar adecuadamente el sentido de la disposición legal en cuestión que, conforme a lo señalado por el Prof. Bustos Ramírez en relación con la equivalente española, "*condiciona la construcción de los delitos impropios de omisión con una serie de exigen-*

1 En el mismo sentido, respecto del Código Penal Español, Rodríguez Mourullo, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 58.

cias que constituyen los puntos de apoyo a partir de los cuales se debe construir el tipo penal correspondiente"[2].

II. LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA

En la época en la que el delito era entendido como una imputación moral de responsabilidad (scl. los hegelianos), no hubo mayores inconvenientes para fundamentar la imputación del resultado lesivo de bienes jurídicos a determinadas omisiones[3]. Esta posibilidad se hizo menos evidente con el positivismo del siglo XIX, en la medida que sustituyó la idea de la imputación por la comprensión causal-naturalista del delito[4]. En efecto, el planteamiento causalista se encargó de desarrollar los elementos constitutivos del delito a partir de la idea de un movimiento corporal que causa una modificación en el mundo exterior, descuidando, por contra, el estudio de las particularidades de la omisión[5]. Los intentos inmediatos por encontrar en la omisión los elementos que el causalismo desarrolló en el delito activo (como la voluntad de contener los nervios motores de BELING) llevaron sólo a reducir el concepto común de acción a un comportamiento humano voluntario[6]. De esta manera, la omisión, conceptuada simplemente como un no hacer voluntario, no se encontraba ya vinculada a ningún resultado[7].

Para poder dar contenido a la omisión, el planteamiento neocausalista precisó que la omisión no era un simplemente no hacer "nada", sino no hacer "algo", de manera tal que el fundamento de todo delito de omisión estaría constituido por una acción esperada[8]. De esta forma, la falta de una causalidad natural entre la omisión y el resultado se cubrió con la llamada "causalidad jurídica" o "quasi causalidad"[9], según la cual la omisión era causal del resultado si la acción esperada hubiese impedido el resultado[10]. Esta vinculación abandona, sin embargo, el mundo natural y pasa a moverse, más bien, en un plano valorativo, por lo que no debe sorprender que la causalidad jurídica haya devenido en un nexo de "contrariedad

---

2 BUSTOS RAMÍREZ: *Obras completas*, I, Derecho penal, PG, p. 998.

3 Vid., así, SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión*, p. 4 y s.; EL MISMO, *El nuevo Código penal*, p. 53.

4 SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión*, p. 5.

5 Vid., JAKOBS: *Acción y omisión*, p. 7.

6 Vid., BELING: *Lehre*, pp. 9, 16. Similarmente, VON LISZT: *Lehrbuch*, p. 116: "*Acción es comportamiento voluntario hacia el mundo exterior*".

7 Vid., así la disputa entre la concepción intransitiva y transitiva de la omisión, SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión*, p. 24 y s.

8 Así, MEZGER: *Tratado*, I, p. 289.

9 Vid., MEZGER: *Tratado*, I, p. 297.

10 Vid., en este sentido, MEZGER: *Tratado*, I, p. 299.

del deber" entre el resultado y la omisión del deber exigido[11]. Así entendida la relación entre omisión y resultado, la doctrina, incluso aún hoy dominante, admite un fundamento de la imputación penal en los delitos de omisión impropia distinto al que se utiliza para los delitos activos. En efecto, mientras los últimos se sustentan en la causación activa del resultado, los primeros consisten en una infracción cualificada de un deber específico[12]. Bajo esta perspectiva, parece lógico que autores con perspectivas completamente distintas como RADBRUCH y Armin KAUFMANN llegaran coincidentemente a la misma conclusión de que no era posible encontrar una equiparación en el plano empírico u ontológico entre acción y omisión, siendo su equiparación de naturaleza fundamentalmente axiológica, concretamente, de merecimiento de pena[13].

A partir de los años setenta en Alemania y los ochenta en España, las cosas han comenzado a ser interpretadas de forma distinta. La idea central parte de entender que la omisión impropia no recurre, en definitiva, a un principio de imputación distinto al de los delitos activos. En ambos casos, la imputación penal se fundamenta en el dominio del riesgo que se materializa en el resultado lesivo, por lo que solamente habrá que precisar en qué casos el omitente tiene el dominio del riesgo. En esta línea de pensamiento, SCHÜNEMANN, por ejemplo, entiende que la comisión por omisión se sustenta en el dominio sobre la causa del resultado[14], mientras que en otros términos, pero con la misma orientación, SILVA SÁNCHEZ considera que la equiparación se presenta cuando existe un compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos[15]. Como puede verse, para esta comprensión de la comisión por omisión la equiparación no se limita al plano puramente axiológico, sino que se llega a afirmar una identidad normativo-estructural entre la realización activa de un resultado lesivo y la comisión por omisión.

La discusión dogmática sobre el fundamento de la equiparación de la comisión por omisión se ha vuelto a encender con las afirmaciones hechas en los últimos tiempos por JAKOBS. Para este autor, la distinción entre acción y omisión resulta una labor dogmáticamente superflua, pues la imputación de responsabilidad no debe tener en cuenta este dato naturalista, sino solamente el normativo de quién resulta competente por la producción de un delito[16]. Por lo tanto, no se trata de ve-

11 Vid., STREE: *FS-Klug*, I, p. 395.

12 Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal*, p. 54.

13 Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal*, p. 54.

14 Vid., así, SCHÜNEMANN: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 282 y ss.

15 Vid., así, SILVA SÁNCHEZ: *Estudios sobre los delitos de omisión*, p. 235.

16 Vid., con mayor desarrollo, JAKOBS, en *Estudios*, p. 349 y ss. Vid., siguen este planteamiento, GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal*, p. 165 y ss.; PERDOMO TORRES: *RPDJP* 2 (2001), p. 464; QUINTERO: en *LH-Jakobs* (Perú), p. 565 y ss.

rificar los elementos propios de la acción y de la omisión para proceder luego a una equiparación estructural o exiológica, sino que, desde un principio, lo que hay que determinar es si en el caso concreto se dan los elementos que fundamentan una imputación del hecho al autor[17]. Dentro de estos elementos no cuenta evidentemente el dato naturalístico de si existe o no una relación de causalidad con el resultado.

JAKOBS considera que la responsabilidad penal se determina en función de la competencia del autor, la cual puede presentarse de dos formas: como competencia por organización o como competencia institucional[18]. En el primer caso, el autor actúa en el rol general de ciudadano al que se le reconoce libertad organizativa y se le impone también, como sinalagma lógico, el deber negativo de no lesionar a los demás[19]. En este caso, el criterio de imputación de responsabilidad es el dominio del riesgo que le corresponde controlar al autor mediante deberes de aseguramiento o salvamento[20]. La competencia institucional se deriva de los roles especiales, es decir, de posiciones establecidas por instituciones sociales específicas que vinculan al autor con la conservación o realización de un estado social deseable[21]. No se trata, por tanto, de un deber negativo de no lesionar, sino de un deber positivo de alcanzar o contribuir a alcanzar una determinada situación socialmente deseada. En este sentido, no es ya el criterio del dominio del riesgo el que fundamenta la imputación penal, sino el incumplimiento de un deber positivo específico impuesto al autor. Tanto la competencia por organización, como la competencia institucional pueden alcanzarse por una acción u por una omisión. En el fondo, no interesa el dato naturalístico de si dichas competencias se originan en una acción u en una omisión, sino si se ha producido una infracción penalmente relevante de los roles jurídicamente atribuidos[22].

III. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN (ARTÍCULO 13 DEL CP)

Para poder interpretar de forma coherente la regulación positiva sobre la comisión por omisión resulta un paso previo necesario tomar posición en la discusión dogmática brevemente reseñada en el apartado anterior. No hay duda que en la cabeza del legislador penal debió existir una determinada comprensión de la comisión por omisión al momento de regularla de manera general en el Código Penal.

17 Vid., en este sentido, QUINTERO: *LH-Jakobs* (Perú), p. 588 y s.

18 Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 347 y s.; EL MISMO, *LH-Jakobs* (Perú), p. 159.

19 JAKOBS, en *Estudios*, p. 350.

20 Vid., así sobre los deberes de aseguramiento y salvamento, JAKOBS: *LH-Jakobs* (Perú), p. 164 y ss.

21 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 362 y ss.

22 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 363.

Pero también es cierto que las normas jurídicas se independizan de sus creadores y adquieren una racionalidad propia en función de un desarrollo continuador del Derecho. Por ello, la interpretación del artículo 13 del CP no tiene que sujetarse necesariamente a un método subjetivo que apunte a determinar la voluntad del legislador al momento de aprobar la ley penal, sino que se debe optar, más bien, por alcanzar aquella interpretación que se adapte mejor a las necesidades actuales de punición.

1. La necesidad de una cláusula general de la comisión por omisión

Al prever expresamente una cláusula que regula la comisión por omisión, se podría asumir que nuestro Código penal se inscribe en la postura que considera que la incriminación de los casos de comisión por omisión no es posible llevarla a cabo con una interpretación directa de los tipos penales de la Parte Especial, sino que, para respetar el principio de legalidad, resulta necesaria una cláusula general que expresamente los incrimine[23]. Se seguiría, por lo tanto, el planteamiento que en su día defendieron autores como Grünwald y Armin Kaufmann, en el sentido de que los tipos de la Parte Especial contienen solamente descripciones de una causación activa del resultado, por lo que la única forma de castigar las conductas omisivas que merecen la misma pena que las conductas activas sería a través de una cláusula de extensión de la punibilidad[24]. Por el contrario, no serían de recibo los planteamientos dogmáticos como los propuestos por Silva Sánchez o Jakobs, pues, para estos autores, los tipos penales de la Parte Especial engloban tanto la acción, como la omisión[25], por lo que no sería necesaria una cláusula general de incriminación de la comisión por omisión, sino, más bien, una correcta interpretación de los tipos penales, esto es, desde una perspectiva adscriptiva, en lugar de una descriptiva[26].

El razonamiento acabado de expresar no es, sin embargo, concluyente. El hecho que el legislador penal haya decidido establecer una cláusula general para regular la comisión por omisión no debe llevar necesariamente a tener que interpretarla desde una comprensión naturalista del delito. En efecto, puede partirse perfectamente de la idea de que la cláusula general no resulta necesaria para la punibilidad de las omisiones equiparables en términos penales a las conductas activas,

23 Vid., en este sentido, Reategui Sánchez: *El delito de omisión impropia*, p. 58 y ss. Sobre el Código Penal Colombiano Perdomo Torres: *RPDJP* 2 (2001), p. 446.

24 Vid., Silva Sánchez: *El nuevo Código penal*, p. 55. Aunque el propio Kaufmann, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 293 y ss., considera què la omisión impropia es un tema que no debe resolverse con reglas de la Parte General, sino en los tipos de la Parte Especial

25 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho penal*, PG, II, § 17, n.m. 1964 y ss.

26 Vid., así, Silva Sánchez: *El nuevo Código penal*, p. 60.

pero que esta falta de necesidad no impide que el legislador considere conveniente establecer expresamente los presupuestos necesarios para hacer la equiparación de una omisión a una acción[27]. De alguna forma lo mismo sucede con la regulación de la autoría: Nadie podría afirmar que sin el artículo 23 del CP sería imposible castigar a quien realiza el tipo penal de la Parte Especial, aunque esta norma general se ocupe de establecer las formas de autoría y los requisitos que el intérprete penal debe necesariamente verificar en cada una de ellas. Del mismo modo se debería proceder con la regulación de la comisión por omisión: El castigo de los casos de comisión por omisión no depende de la existencia de una cláusula general del artículo 13 del CP, lo que, ciertamente, no impide que el legislador penal opte por establecer legalmente los criterios de equiparación.

2. El ámbito de aplicación de la comisión por omisión

La cláusula general que regula la comisión por omisión tiene como ámbito de aplicación cualquier delito, pues su tenor literal parte del supuesto en el que "*se omite impedir la realización del hecho punible*". Como puede verse, la base material sobre la que se configura la comisión por omisión estaría constituida solamente por la omisión de impedir la realización de un hecho punible. En este sentido, el ámbito de aplicación de la comisión por omisión no tiene por qué reducirse a los delitos de resultado, sino que podría alcanzar también a los delitos de peligro abstracto e incluso a los delitos de mera actividad[28]. Tampoco se podría excluir los supuestos de tentativa en comisión por omisión[29], en la medida que la tentativa del delito es

27 Igualmente, en relación con la misma cláusula general en el Derecho penal español, LASCURAÍN SÁNCHEZ: *LH-Mir Puig* (2017), p. 675.

28 Así, TORRES MENDOZA: *Actualidad Penal* 14 (2015), p. 120. Pese al tenor del artículo 13 del CP, MARTICORENA COLLANTES: *Actualidad Jurídica*, T. 166 (septiembre de 2007), p. 121, considera que dicho dispositivo legal debe limitarse a los delitos de resultado. En la doctrina penal es extendida, por el contrario, la opinión de que la comisión por omisión no debe limitarse a los delitos de resultado como lo admiten KAUFMANN, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 290; STREE, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 13, nm. 161; PERDOMO TORRES: *RPDJP* 2 (2001), p. 453 y s. Si bien algunos autores como BUSTOS RAMÍREZ: *Obras completas*, I, p. 998; SILVA SÁNCHEZ: *Estudios*, p. 256 y s., sostienen que la comisión por omisión debe limitarse a los delitos de resultado, dicho parecer está condicionado por el tenor legal del artículo que regula en el Código penal español la comisión por omisión: "*delitos que consistan en la producción de un resultado*", lo que no es el caso de la regulación penal nacional. Por ello, no es acertado que la Corte Suprema, en el R.N. N° 2403-2015-Puno y en la Casación N° 2174-2017-Lima, sostenga que un requisito del artículo 13 del CP es la producción del resultado, basado en un pronunciamiento del Tribunal Supremo Español.

29 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 266; REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 445 y ss.

también un hecho punible. La amplitud del término "hecho punible" justificaría incluso aplicar la disposición de la comisión por omisión a las faltas[30]. Solamente quedarían al margen de esta regulación general el caso de los delitos de propia mano, pues esta figura delictiva exige necesariamente la intervención físico-personal del autor, por lo que no sería posible una comisión del delito por omisión[31].

3. Elementos de la comisión por omisión

El artículo 13 del CP establece que podrá sancionarse penalmente a quien omite impedir la realización de un hecho punible bajo las siguientes condiciones: (i) que tenga el deber jurídico de impedir el delito o crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y (ii) si la omisión se corresponde con la realización del tipo penal respectivo mediante un hacer[32]. No basta, por lo tanto, la sola omisión de impedir la realización de un delito, sino que es necesario que se cumplan con los dos presupuestos legalmente establecidos para equiparar la omisión de evitar un delito con la realización activa del mismo.

A. La posición de garantía (artículo 13 inciso 1)

El inciso 1 del artículo 13 del CP exige, como primer requisito, que el omitente tenga el deber jurídico de impedir la realización del delito o haya creado un peligro inminente que fuera propio para producirlo. Si bien esta regulación legal menciona diferenciadamente el caso del deber de impedir el delito y el caso de la creación de un peligro precedente, este último, al que se le conoce como injerencia, no es más que un supuesto particular del primero[33], pues da origen igualmente a un deber de impedir el delito. Por lo tanto, si se dimensiona correctamente este primer requisito, se podrá concluir que lo que se exige es que al omitente le alcance el deber de impedir la realización del delito. A este deber le corresponde una naturaleza de carácter jurídico[34], no siendo suficiente una relevancia moral[35], como originalmente

30 Vid., Bustos Ramírez: *Obras completas*, I, p. 998.

31 En este sentido, Kaufmann, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 294; Roxin: *Autoría y dominio del hecho*, p. 516 y s. Aunque debe hacerse la precisión de que esa imposibilidad estaría referida a la llamada omisión "hacia afuera", es decir, por no impedir la realización del delito por parte de otro, pero en lo absoluto impediría el castigo de la omisión "hacia adentro", es decir, cuando es su misma omisión la que configura el delito. Vid., esta diferencia en Sánchez Vera: *El denominado delito de propia mano*, p. 114 y ss.

32 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho penal*, PG, II, § 17, n.m. 1962; Córdova Rojas: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 66 (2014), p. 51 y ss.

33 Igualmente, en relación con la similar regulación española en este punto, Schünemann: *LH-Gimbernat*, p. 1612 y s.

34 Vid., Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 202 y s.

35 Vid., así, Stree, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 13, n.m. 7; Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 49; Torres Mendoza: *Actualidad Penal* 14 (2015), p. 127 y s.

lo admitía el artículo 13 del CP. La doctrina penal actualmente dominante sostiene que el fundamento jurídico de este deber de impedir la realización del delito es lo que se conoce como la posición de garantía[36], por lo que el debate específico gira en torno al criterio para determinar cuándo a una persona le asiste tal posición de garantía.

FEUERBACH fue el primer autor en tratar de manera general la responsabilidad penal por omisión y no abordarla como simples tópicos de discusión de tipos penales particulares como el homicidio o las lesiones[37]. Desde su perspectiva, el delito se comete por medio de acciones que infringen la obligación originaria del ciudadano de no lesionar los derechos subjetivos de otros. La atribución de responsabilidad penal por una omisión es posible únicamente si existe un fundamento jurídico especial que obligue al omitente a impedir el resultado lesivo: la ley o el contrato[38]. Dado el carácter formal de estos fundamentos jurídicos especiales, a este planteamiento se le denominó la teoría de las fuentes formales. Posteriormente, LUDEN matizó el planteamiento de FEUERBACH al distinguir, dentro las omisiones punibles, los delitos omisivos que efectivamente fundamentan la responsabilidad penal en la infracción de un deber derivado de un fundamento jurídico especial y los delitos cometidos mediante una omisión que importan igualmente una lesión a los derechos subjetivos y, por lo tanto, una infracción a la obligación originaria de no lesionar a otros. De esta distinción surge la bipartición de los delitos de omisión en propios e impropios[39].

Con el causalismo, la discusión dogmática se centró fundamentalmente en la causalidad de las omisiones impropias para lesionar los bienes jurídicos. Un sector se ocupó de buscar el componente causal en la omisión, recurriendo a la acción previa a la omisión, como sería la asunción de una tarea en un contrato o la conducta precedente en la injerencia[40]. Otro sector se valió, más bien, del principio de la expectativa para poder darle a la omisión un carácter causal en función de la actuación

36 En este sentido, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 202; TORRES MENDOZA: *Actualidad Penal* 14 (2015), p. 127. Críticos, GRACIA MARTÍN, en *Modernas tendencias*, p. 468 y ss.; RUEDA MARTÍN: *Actualidad Penal* 28 (2016), p. 194.

37 Así lo destaca BACIGALUPO ZAPATER: *Los delitos impropios de omisión*, p. 26.

38 FEUERBACH: *Tratado*, § 24. La inclusión de la injerencia como otra fuente del deber especial de impedir el resultado lesivo aparece recién en la obra de STÜBEL: *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, p. 60 y s.

39 En este sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER: *Omisión e injerencia en Derecho penal*, p. 49 y s.

40 Vid., MERKEL: *Derecho Penal*, PG, p.113 y ss. Al respecto ver la exposición de KAUFMANN, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 254; SCHÜNEMANN: *LH-Gimbernat*, p. 1617; BACIGALUPO ZAPATER: *Los delitos impropios de omisión*, p. 29 y s.; DOPICO GÓMEZ-ALLER: *Omisión e injerencia en Derecho penal*, p. 56 y ss.

que jurídicamente se esperaba[41]. Los defensores de la teoría de la interferencia, por su parte, encontraron el factor causal en la contención de la voluntad por parte del omitente[42]. Pese a sus diferencias de enfoque, estos planteamientos compartieron la idea básica de que el omitente debía tener la calidad de garante para que le alcance el deber general de no lesionar el bien jurídico y, de esta manera, su omisión pueda vincularse causalmente al resultado[43]. Para determinar esta posición de garantía se siguió utilizando, en términos esenciales, la perspectiva formal que caracterizó a la teoría del deber jurídico de impedir el resultado.

La perspectiva formalista en la determinación de la posición de garantía fue criticada por generar una situación de iniquidad en los casos en los que había una efectiva relación sin formalizar o en los que, existiendo una relación formal, no se presentaba una vinculación efectiva[44]. La consistencia de este cuestionamiento llevó finalmente al abandono de la perspectiva formalista y a su sustitución por referentes de carácter material[45]. Una de las principales consecuencias de este cambio de perspectiva fue que el deber de impedir el resultado se desvinculara de los deberes extrapenales y que pasase a definirse desde un enfoque estrictamente penal. Así, la teoría de las funciones, desarrollada por Armin Kaufmann, dejó de poner la atención en la fuente del deber de evitación del resultado lesivo para centrarse, más bien, en su concreta configuración como la infracción de un mandato. En esta línea de pensamiento, distinguió las posiciones de garantía según que al garante le corresponda la función de protección de un bien jurídico o la función de control de una fuente de peligro[46].

---

41 Vid., Köhler, A.: *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 215. La referencia a los distintos planteamientos doctrinales que se apoyaron en el principio de la expectativa, Kaufmann, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 254 y s.; Silva Sánchez: *El delito de omisión*, p. 91 y ss.

42 Vid., Binding: *Die Normen*, II, p. 576 y s. Sobre la teoría de la interferencia, Kaufmann, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 275 y s.; Bacigalupo Zapater: *Los delitos impropios de omisión*, p. 31 y ss.

43 Vid., Schünemann: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 263; Gimbernat Ordeig: *ADPCP* Vol. L (1997), p. 11 y s. La idea de la posición como un elemento típico adicional en los delitos de omisión impropia, Nagler: *Gerichtsaal*, 111, p. 60.

44 Vid., Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 9, n.m. 25; Navas: *Polít. Crim.* Vol. 10, N° 20 (diciembre de 2015), Art. 8, p. 685 y s.

45 Vid., así, Bustos Ramírez: *Obras completas*, I, p. 991.

46 Vid., con detalle, Kaufmann, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 289 y ss. Esta teoría ha sido asumida por un amplio sector de la doctrina penal peruana; vid., Peña Cabrera: *Tratado*, p. 476 y ss.; Villa Stein: *Derecho penal*, PG, p. 338; Villavicencio Terreros: *Código penal comentado*, p.77 y ss.; Reátegui Sánchez: *El delito de omisión impropia*, p. 83; Torres Mendoza: *Actualidad Penal* 14 (2015), p. 129.

Si bien la teoría de las funciones ofreció un panorama más rico de las posiciones de garantía por encima del inicialmente ofrecido por la teoría de las fuentes formales, hay que reconocer que su utilidad fue esencialmente clasificatoria[47] y, en muchos casos incluso, de poca utilidad. Al final, no resultaba claro si, utilizando un ejemplo bastante extendido, el salvavidas era garante de proteger la vida de los bañistas o de controlar los riesgos derivados de una piscina. Pero quizá el déficit más criticable de la teoría de las funciones radicó en la falta de una determinación clara del fundamento que autorizaba a equiparar la omisión con la realización activa del delito[48]. La sola referencia a una equiparación axiológica de merecimiento de pena llevó, en definitiva, a una ampliación desmedida de la posición de garantía[49]. A la traída de ley-contrato-injerencia, se le sumaron otras fuentes como la estrecha comunidad de vida[50], la comunidad de vivienda[51], la comunidad de peligro[52] e incluso la sola asunción fáctica.

La indeterminación de lo que sustentaba la posición de garantía con la que se equiparaba la omisión con la realización activa del delito, motivó que la doctrina penal emprendiera en los años setenta en Alemania y en los ochenta en España diversos intentos por encontrar su fundamento material[53]. Sin pretender entrar en las particularidades de las distintas propuestas dogmáticas formuladas al respecto, conviene destacar únicamente que su denominador común fue consolidar la idea de que debía abandonarse una perspectiva puramente formal, para apoyarse en un criterio material que pasó a definirse de una manera más precisa. En efecto, la omisión impropia encontró su fundamento en el dominio de lo que producía el resultado[54]. Si bien esta nueva perspectiva evitó que cualquier omisión pudiera ser

47 Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Los delitos de omisión*, p. 28. En la doctrina alemana se mantiene todavía su utilidad clasificatoria, vid., KINDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 24 y 25.

48 Así, la crítica de SILVA SÁNCHEZ: *Estudios*, p. 243; PAWLIK: *InDret* 1/2008, p. 6; EL MISMO, *Das Unrecht*, p. 177; PERDOMO TORRES: *RPDJP* 2 (2001), pp. 460, 467; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 197.

49 Vid., así, BUSTOS RAMÍREZ: *Obras completas*, I, p. 994; GIMBERNAT ORDEIG: *ADPCP* Vol. L (1997), p. 29 y ss.

50 La estrecha comunidad de vida se configuró a partir de 1935 en la jurisprudencia alemana como una fuente de la posición de garantía, aunque no existía una regulación legal de estas relaciones. Vid., la referencia, PERDOMO TORRES: *RPDJP* 2 (2001), p. 457, nota 27.

51 Vid., GIMBERNAT ORDEIG: *ADPCP* Vol. L (1997), p. 38 y s.

52 Vid., GIMBERNAT ORDEIG: *ADPCP* Vol. L (1997), p. 39 y s.

53 Vid., una breve reseña en la discusión alemana, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 29, n.m. 28, nota 53; GIMBERNAT ORDEIG: *ADPCP* Vol. L (1997), p. 44 y ss. En la discusión española destaca, sin duda, el extraordinario trabajo de SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión*, p. 123 y ss.

54 Vid., SCHÜNEMANN: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 284; EL MISMO, *LH-Gimbernat*, p. 1621.

equiparada a la realización activa del delito, abrió también la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la comisión por omisión más allá de los delitos de resultado, al ubicar el fundamento de la equiparación en el dominio del hecho.

La perspectiva formal parece, sin embargo, haber recuperado actualidad en la moderna discusión jurídico-penal a partir de los planteamientos de Jakobs sobre las llamadas competencias institucionales. Como ya lo dijimos, el Profesor Emérito de la Universidad de Bonn considera que la imputación penal puede fundamentarse en una competencia por organización o en una competencia institucional[55]. La primera clase de competencia es la que se aplica a los delitos de dominio, es decir, a aquellos delitos en los que se castiga a un ciudadano por organizarse de una manera tal que genere un riesgo prohibido para terceras personas. Para ser garante en estos delitos es necesario que el ciudadano haya asumido el dominio del riesgo prohibido y se encuentre obligado a evitar que este riesgo afecte a terceros mediante acciones de aseguramiento o salvamento. Así, por ejemplo, para que el maestro de escuela sea garante de la integridad de los alumnos no solamente debe estar nombrado como tal en el centro educativo, sino que tiene que haber asumido el cuidado de los niños del colegio. Distinta es la situación cuando se trata de competencias institucionales, pues, en estos casos, el criterio del dominio del riesgo es reemplazado por la infracción de un deber positivo institucionalmente configurado. Se trata de los delitos de infracción de un deber, en los que la posición de garantía no se determina por la asunción efectiva de una posición de dominio, sino por la vinculación formal establecida en virtud de una institución social específica, como la familia (padre-hijo o esposos) o los deberes estatales (funcionarios públicos)[56].

Lo anterior muestra que, en el caso de las competencias institucionales, es claro el influjo de un enfoque preponderantemente formalista[57]. Si atendemos, por ejemplo, a la institución que da origen a la relación paterno-filial, se podrá comprobar que la Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 4 a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad y, en esta misma línea, establece en su artículo 6 segundo párrafo el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. En este caso, la posición de garantía no se genera por una

55 No puede negarse cierta cercanía de esta bipartición de las competencias con la clasificación de las posiciones de garantía entre deber de vigilancia y deber de protección (vid., Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 53), pero debe quedar claro que hay una marcada diferencia. Para el planteamiento de Jakobs la distinción entre competencias por organización y competencias institucionales no depende en lo absoluto de la diferencia entre acción y omisión. Es más, su estructuración no se hace con la finalidad de abarcar determinadas omisiones, sino de explicitar cuáles son los criterios de imputación penal.

56 Vid., igualmente, Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 55.

57 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 58: "(...) *los deberes no se suelen deducir de la institución, sino de la ley* (...)".

asunción voluntaria de la posición de padre, sino que esta vinculación institucional existirá por la sola relación de filiación natural. En consecuencia, el padre será garante de la vida de su hijo, aun cuando no haya asumido efectivamente su papel de padre, por lo que, si no impide la muerte del menor pudiendo hacerlo, responderá por parricidio en comisión por omisión. Por ejemplo: Si un padre suspendido en el ejercicio de su patria potestad (artículo 420 del CC), encuentra por la calle a su hijo en una situación de peligro y no hace nada por impedir la realización del peligro, responderá por las lesiones que sufra el menor como si él mismo las hubiese infligido.

Con lo hasta ahora expuesto resulta posible tomar una posición interpretativa del artículo 13 inciso 1 del CP. Dado que en este punto específico del mencionado dispositivo legal se establece que el omitente debe tener el deber jurídico de impedir la realización del delito o haber creado un peligro inminente que fuera propio para producirlo, es posible concluir que el legislador penal sigue la teoría del deber jurídico para sustentar la posición de garantía. Pero lo que no parece imponer el tenor literal es, por el contrario, la postura de las fuentes formales, pues solamente hace referencia al deber jurídico sin precisar las posibles fuentes de ese deber. La existencia de este margen interpretativo permite decidir, en atención al planteamiento que se considere dogmáticamente más satisfactorio, en qué casos le alcanza al omitente el deber de impedir la realización del delito.

A nuestro modo de ver, la posición de garantía no es más que una forma particular de determinar la competencia penal. En consecuencia, su presencia dependerá de si la responsabilidad penal se sustenta en una competencia por organización o en una competencia institucional. En el caso de una competencia por organización, el deber de impedir el delito tiene lugar por el acto organizativo de asumir el dominio de un riesgo que proviene de una fuente distinta al propio cuerpo[58]. El que asume este dominio mediante un acto de extensión de su propia esfera de organización, se convierte en garante, esto es, en una especie de barrera de contención del riesgo. Para graficarlo con un ejemplo: el que asume contractualmente la labor de salvavidas se convierte en garante de la vida de los bañistas ante los riesgos de ahogamiento. Esta comprensión de la asunción incluye evidentemente la llamada injerencia, siempre que el comportamiento precedente constituya un acto de organización responsable[59]. Nuevamente con un ejemplo: el que lanza responsablemente a otra

58 De la asunción de una extensión de la propia esfera de organización habla SILVA SÁNCHEZ: *Estudios*, p. 292.

59 En la doctrina se discute si es que el comportamiento precedente debe ser antijurídico o no, y si debe ser doloso o admite también el supuesto imprudente. Lo primero ya fue respondido en el capítulo 10 en el sentido de que el comportamiento precedente puede ser un riesgo especial lícito. Lo segundo es un tema discutido no sólo en la doctrina nacional [vid., GARCÍA

persona a un pozo profundo, es garante de que esa persona no muera a consecuencia de quedar atrapado en el pozo sin acceder a alimentos.

El criterio para determinar la posición de garantía cambia en el caso de la competencia institucional que da lugar a un delito de infracción de un deber. A diferencia de la responsabilidad penal derivada de una competencia por organización, la posición de garantía en el caso de la competencia institucional se encuentra fundamentada en la atribución formal de un estatus o rol especial. La posición de garantía no se presenta por asumir el dominio del riesgo, sino por la atribución del estatus especial que fundamenta una vinculación institucional. Cada institución específica establece los criterios para identificar a los que se les atribuye el rol especial. Al positivamente obligado le corresponde una posición de garantía que le impone el deber preservar, en razón de una vinculación institucional, el bienestar de potenciales víctimas o el mantenimiento de una situación socialmente deseable[60].

B. La equivalencia normativa (artículo 13 inciso 2)

La doctrina penal actualmente dominante reconoce que la sola omisión de impedir la realización del delito por parte de un garante no basta para fundamentar su responsabilidad en comisión por omisión[61]. Este parecer doctrinal contaría en la legislación penal peruana con el respaldo del artículo 13 inciso 2 del CP, según el cual la omisión del garante debe además corresponderse con la realización del tipo penal mediante un hacer. A esta exigencia normativa se le conoce en la literatura especializada como la cláusula de correspondencia. Sobre su función en la comisión por omisión y, en su caso, sobre su alcance, se han realizado distintas interpretaciones en la doctrina penal.

Un sector minoritario de la doctrina penal considera que la cláusula de correspondencia resulta innecesaria, pues no cumple una función autónoma[62]. Otro sector, siguiendo el planteamiento de Gallas en la introducción de esta cláusula en la legislación alemana[63], reduce su función a exigir en la comisión por omi-

---

León: *Actualidad Penal* 23 (2016), p. 93 y ss.], sino también en la extranjera (por ejemplo, en España, vid., Silva Sánchez: *Estudios*, p. 279 y ss.). Pese a que una asunción podría implicar un comportamiento intencional, considero que debe entenderse en el sentido amplio de un acto de organización responsable y el actuar culposo o imprudente también lo es.

60 Vid., Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 85.

61 Vid., por todos, Silva Sánchez: *Estudios*, p. 232.

62 Vid., Nitze: *Die Bedeutung*, p. 190 y ss. En la doctrina penal nacional, Caro John, en *Anuario de Derecho Penal*, 2009, Hurtado Pozo (dir.), p. 92, quien propone suprimir la cláusula de correspondencia.

63 Vid., sobre las vicisitudes de esta propuesta en los proyectos de reforma del Código Penal Alemán, Roxin: *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 293 y s.

sión una equivalencia respecto de la modalidad especial que pudiera tener algún tipo penal de la Parte Especial, como, por ejemplo, el engaño en la estafa[64]. Por esta razón, quienes siguen este planteamiento restrictivo califican a esta exigencia también como equivalencia de modalidad[65]. Si el delito no requiere de ninguna modalidad especial, entonces el garante podrá responder penalmente con la sola omisión de impedirlo[66]. En los últimos tiempos, Roxin se ha mostrado crítico frente a la limitación de la cláusula de correspondencia a las modalidades especiales, en la medida que la determinación de la modalidad específica de un tipo penal de la Parte Especial resulta constitutiva de la propia posición de garantía, de manera que no se podría hablar ya de un deber de evitar el resultado si la omisión no presenta la correspondencia con los elementos especiales del tipo penal. Una cláusula de correspondencia autónoma carecería de sentido, por lo tanto, en relación con este extremo de los tipos penales. En consecuencia, Roxin considera que la cláusula de correspondencia se limitaría solamente a los casos en los que el tipo penal exige un elemento especial en la acción del autor (determinada intención) para la configuración del injusto, pues el garante del delito debería cumplir adicionalmente con este elemento especial para la configuración del delito (la crueldad en el asesinato, por ejemplo)[67].

En nuestra opinión, la cláusula de correspondencia de la omisión impropia no debe reducirse a una cuestión de modalidad específica de la conducta típica o de elementos especiales del autor. Debe ser entendida, más bien, como la exigencia de una identidad normativa con la realización activa del delito. Esta identidad no es una cuestión meramente axiológica de merecimiento de pena[68], sino que está referida al mismo injusto penal. Si bien la posición de garantía y la correspondencia normativa son aspectos mutuamente condicionados en la figura de la omisión impropia, su análisis dogmático puede llevarse a cabo separadamente a efectos no sólo pedagógicos, sino también de determinación de la imputación penal en cada caso. Bajo estas consideraciones, lo que se propone como el procedimiento más adecuado es partir primero de la determinación general de un garante que debe evitar la realización de ciertos hechos socialmente perturbadores,

64 Vid., así, Jakobs: *Derecho penal*, PG, Apdo 29, n.m. 7; Stree, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 13, nm. 4; Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 3; Perdomo Torres: *RPDJP* 2 (2001), p. 478 y s.

65 Vid., así, Stree, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 13, nm. 4; Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 3.

66 Así, Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 13, n.m. 60; Freund: *Strafrecht*, AT, § 6, n.m. 8; Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 3; Roxin: *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 295.

67 Vid., Roxin: *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 298 y ss.

68 Como lo entendió Kaufmann, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 283.

para establecer luego si el hecho concretamente acaecido puede serle atribuido penalmente. Una de las principales ventajas de este planteamiento es que ofrece la cobertura conceptual suficiente para dar cabida dogmática a aquellos casos en los que la omisión de un garante no es equiparable a la realización activa del tipo penal, esto es, lo que la doctrina penal ha venido a calificar como las omisiones puras del garante[69].

La cláusula de correspondencia debe entenderse entonces como la exigencia de que la omisión del garante presente los mismos elementos objetivos y subjetivos que normativamente fundamentan la imputación penal en caso de una realización activa del correspondiente tipo penal de la Parte Especial[70]. En este sentido, la conducta omisiva del garante, para poder ser castigada como una comisión por omisión, debe reunir los elementos de la imputación objetiva, así como el elemento subjetivo requerido por el tipo penal correspondiente (dolo o culpa). A esta comprensión de la cláusula de correspondencia, a la que se le ha llamado también de valoración global, se le ha criticado realizar una doble valoración innecesaria, pues ya en la determinación de si existe una posición de garantía se responde a la cuestión de la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo[71]. No obstante, este cuestionamiento no es concluyente, pues una cosa es determinar la competencia general del garante y otra el análisis del hecho concreto como imputable objetiva y subjetivamente al garante[72]. La imputación es única, pero cabe diferenciar los pasos de este proceso de asignación de la responsabilidad penal.

a. La imputación objetiva

A los delitos cometidos en comisión por omisión les alcanza plenamente las exigencias de imputación objetiva que se han desarrollado, de manera general, en

69 Vid., Silva Sánchez: *El delito de omisión*, p. 344.

70 En similar sentido, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho penal*, PG, II, § 17, n.m. 2008 y ss.; Reátegui Sánchez: *El delito de omisión impropia*, p. 98. En sentido más restrictivo, Córdova Rojas: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 66 (2014), p. 58, lo limita a la imputación objetiva.

71 Vid., así, Roxin: *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 296.

72 De esta forma, la indicación de Demetrio Crespo, en *Cuestiones de Derecho Penal*, p. 280, de una eventual circularidad en la argumentación utilizada, se explica en un entendimiento incorrecto de los puntos de partida. Una cosa es entrar en el dominio de un determinado sector social y otra cosa es afirmar el dominio de un concreto riesgo prohibido derivado de ese sector social. El solo hecho de entrar a administrar una empresa, por ejemplo, si bien implica entrar en el ámbito de dominio de la administración de la empresa, no significa que todos los riesgos derivados de ese sector son dominados por el administrador, pues, de lo contrario, se caería en una competencia total (*Allzuständigkeit*), lo que evidentemente resulta de rechazo.

la tipicidad objetiva[73]. En este sentido, se deberá determinar si la actuación del omitente ha creado un riesgo penalmente prohibido y si, en el caso de tratarse de un delito de resultado, ese riesgo se ha materializado en el resultado concretamente acaecido. Cómo se expresan en la comisión por omisión estos dos aspectos esenciales de la imputación objetiva, es lo que precisamente corresponde esclarecer en las siguientes líneas. Como una cuestión previa, sin embargo, debe responderse a la pregunta de si la determinación de la relación de imputación objetiva en la comisión por omisión exige, antes que nada, establecer un equivalente funcional al nexo de causalidad.

Es evidente que no es posible exigir una relación de causalidad natural entre la omisión y el resultado, pues la omisión del garante no despliega una fuerza causal sobre el resultado. Por ello, en la doctrina penal se alude a la llamada causalidad hipotética o cuasi-causalidad, la cual consiste en suponer que la realización de la acción esperada del garante habría impedido el resultado[74]. Apoyado en la cláusula de equivalencia, la doctrina dominante entiende que esta relación de causalidad hipotética resulta necesaria, pues solamente de esta forma podría afirmarse la equivalencia entre la comisión por omisión y la realización activa del tipo penal[75]. Esta conclusión es, sin embargo, apresurada, pues tampoco resulta incontrovertido que el tipo penal, en un supuesto activo, requiera necesariamente de una comprobación certera de la relación de causalidad. Existen reconocidamente casos en los que la imputación objetiva en delitos activos puede fundamentarse sin que exista necesariamente una relación de causalidad plenamente comprobada. Tal situación se presenta en el caso de cursos causales que no pueden verificarse experimentalmente de forma completamente segura. Ejemplos conocidos de la jurisprudencia son el caso del aceite de colza en España o del producto protector para el cuero en Alemania. Aunque se ha pretendido colocar este aligeramiento de las condiciones de la imputación en el plano de la prueba, en el fondo constituye una manifestación más de la configuración jurídico-penal del delito a partir del concepto de riesgo.

---

73 Vid., KINDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 27; MEINI MÉNDEZ, en *Anuario de Derecho Penal*, 2003, Hurtado Pozo (dir.), p. 421.

74 Sobre la intensidad de esa evitación existe discusión doctrinal. Mientras que a ROXIN: *LH-Gimbernat*, p. 1548; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 9, n.m. 101, les basta una disminución del riesgo de producción del resultado, STREE, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 13, nm. 61; SCHÜNEMANN: *LH-Gimbernat*, p. 1614, requieren una probabilidad rayana en la certeza de evitación del resultado. En la doctrina nacional, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 672, exige una probabilidad que linde con la seguridad, mientras que a TORRES MENDOZA: *Actualidad Penal* 14 (2015), p. 122 y s., le basta solamente la probabilidad de evitación del resultado.

75 Vid., en este sentido, BUSTOS RAMÍREZ: *Obras completas*, I, p. 1008; KINDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 13.

a.1) La creación de un riesgo penalmente prohibido

El primer aspecto que debe determinarse en el plano de la imputación objetiva es que la conducta concreta del garante haya creado un riesgo penalmente prohibido[76]. El riesgo que se mantiene controlado con deberes de aseguramiento o salvamento por parte de un garante se convierte en prohibido cuando se incumple estos deberes y el riesgo se muestra como capaz de afectar a terceras personas. No obstante, debe quedar claro que la sola posibilidad de impedir el delito no permite imputar el riesgo al garante como creador del mismo, sino que debe tratarse de un riesgo por el que resulta específicamente competente, es decir, de un riesgo que debe dominar[77]. En este sentido, por ejemplo, el salvavidas no es competente por el riesgo de insolación que pueda sufrir un bañista que está largo tiempo expuesto al sol[78]. Las lesiones cutáneas no pueden serle atribuidas en comisión por omisión al salvavidas que conoce de la situación de peligro y no advierte al bañista del riesgo, en la medida que no resulta competente por los riesgos de insolación en la piscina. Su competencia se limita al dominio de los riesgos de ahogamiento cuando se muestra como salvavidas en las cercanías de una piscina. Por esta razón, si un bañista sufre un calambre paralizante mientras se baña en la piscina, el riesgo de ahogamiento sí se le atribuirá objetivamente al salvavidas en caso de incumplir éste su compromiso de evitar el ahogamiento, pues si una persona se mete en la piscina lo hace en la confianza de que, si algo le sucede, el salvavidas se encargará de contener el riesgo.

La imputación objetiva adquiere especiales contornos en los delitos de infracción de un deber. En estos casos, las competencias específicas del garante no se determinan por el dominio del riesgo, sino por los elementos configuradores de la institución específica que vincula al autor especialmente con otras personas o con cierta situación socialmente deseable. Por eso, un padre será competente por la

76 Vid., así, Luzón Peña: *LH-Mir Puig* (2017), p. 693 y s.; Meini Méndez: *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dir.), p. 421. Por el contrario, Torres Mendoza: *Ius Puniendi* 1 (2017), p. 218, considera que en la omisión no se crea un riesgo prohibido, sino que no se evita, en contra del deber, que se realice en el resultado. Esta afirmación hace una interpretación naturalista del término "crear", lo que no puede compartirse desde una perspectiva normativa que lo entiende, más bien, como competencia por su aparición. Cómo se origina físicamente un riesgo (que puede ser incluso inicialmente permitido), es un tema que, a efectos de la imputación objetiva, no interesa.

77 No se trata de proteger un bien jurídico de todos los peligros, ni proteger a todos los bienes afectados de una misma fuente de peligro. Así expresamente, Silva Sánchez: *Estudios sobre los delitos de omisión*, p. 106. Bajo esta misma idea, Torres Mendoza: *Ius Puniendi* 1 (2017), p. 218 y s., distingue entre posición de garante y deber de garante, en el sentido de que no toda posición de garante genera un deber de garante.

78 Vid., así Jakobs: *Derecho penal*, PG, Apdo 29, n.m. 28.

muerte de su menor hijo, aun cuando el riesgo haya sido creado por un tercero o incluso por la misma naturaleza, siempre que el padre haya podido evitar la creación de dicho riesgo o su realización. En este sentido, el dominio del riesgo que se realiza en el resultado no configura la imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber, sino únicamente la no evitación de la situación cuya evitación resulta exigida por un deber positivo derivado de una institución social específica.

a.2) La realización del riesgo en el resultado

En el caso de delitos de resultado, la imputación objetiva requiere que se produzca adicionalmente el resultado típico. Sin embargo, para que se dé la plena identidad normativa en el plano objetivo con la realización activa del delito de resultado, resulta necesario que el resultado producido sea la realización del riesgo prohibido, por cuyo dominio el garante es competente[79]. No basta, por lo tanto, con que el resultado típico se produzca, sino que éste debe estar objetivamente vinculado con la omisión del garante. Si el resultado producido es la realización de otro riesgo concurrente, entonces no será posible imputar objetivamente el resultado producido a la omisión del garante, quedando limitada la sanción penal al castigo por tentativa del delito[80]. Lo que debe definirse con claridad es el criterio normativo que vincula objetivamente la omisión del garante con el resultado producido.

Para determinar si el resultado producido es la realización del riesgo prohibido creado omisivamente por el garante, dicho resultado debe encontrarse dentro del fin de protección de la norma que exige la actuación del garante para impedir la producción del resultado, esto es, que se trate de la clase de resultados que la norma, que le impone el deber de actuar al garante, quiere impedir. Así, si el bañista que no recibe auxilio entra en una crisis nerviosa que le genera un infarto fulminante, la muerte producida no será la realización del riesgo de muerte que produce la omisión del deber de intervenir del salvavidas. La muerte acaecida será la realización de un riesgo ordinario de muerte al que cualquier persona con dolencias cardíacas se expone en situaciones de desesperación. Para la plena identidad normativa con la realización activa del resultado, el resultado debe estar normativamente vinculado al riesgo de competencia del garante. De no presentarse esta vinculación normativa con el resultado, la omisión del garante que crea un riesgo prohibido se podrá castigar únicamente a título de tentativa.

---

79 Así, la exigencia de la realización del riesgo en el resultado, SILVA SÁNCHEZ: *Estudios sobre los delitos de omisión*, p. 291.

80 Vid., sobre la posibilidad de castigar una comisión por omisión en grado de tentativa, KINDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 40 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Manual de Derecho Penal*, PG, § 17, n.m. 2017; VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 340. Niega, por el contrario, esta posibilidad BACIGALUPO ZAPATER: *Delitos impropios de omisión*, p. 183 y ss.

Lo anterior es aplicable igualmente a los delitos de infracción de un deber que exigen típicamente la producción de un resultado. En tal caso, será necesario vincular la infracción del deber positivo institucional con el resultado acaecido, en el sentido de ser consecuencia normativa de dicha infracción. Esta vinculación normativa significa que el resultado producido debe formar parte de aquella clase de resultados que la atribución del deber positivo al obligado institucional apunta precisamente a evitar. Por ejemplo, si el comisario no impide el acto abusivo del suboficial de incomunicar a un detenido, el perjuicio producido debe reconducirse a la infracción del deber especial del comisario de ejercer sus potestades en el marco de la legalidad. Si la incomunicación le impidió al detenido tomar conocimiento de un negocio que le habría generado importantes ganancias, esta situación no constituye un perjuicio que se procure evitar con el derecho de comunicación de un detenido que está referido, más bien, a su libertad individual y defensa procesal.

b. La imputación subjetiva

La identidad normativa debe presentarse también en el aspecto subjetivo del hecho. La doctrina exige, por ello, que la omisión del garante objetivamente relevante sea dolosa o culposa[81]. Que el dolo o la culpa en la omisión impropia tenga la misma configuración que la que se le da en la conducta comisiva, es algo que ha sido objeto de amplia discusión en la doctrina penal. Si se parte de la teoría de la voluntad, la respuesta tendrá que ser evidentemente negativa, pues no hay duda que la omisión no se sustenta subjetivamente en la voluntad de realización del omitente[82]. El dolo de la omisión impropia requiere únicamente que el garante conozca que está omitiendo cumplir con su deber de evitar el resultado. Un elemento volitivo no será necesario[83]. En una concepción cognitiva, por el contrario, no habría mayor problema en limitar el dolo al conocimiento tanto en la actuación comisiva como en la omisión del garante objetivamente relevante[84]. La solución a esta discusión dependerá finalmente de la cuestión de si resulta coherente mantener dos conceptos distintos de lo subjetivo en función de si se trata de una comisión activa o de una comisión por omisión, o si debe utilizarse necesariamente uno que sea igual.

Si en la comisión por omisión se habla de una identidad normativa, no parece razonable requerir el elemento volitivo sólo para la realización activa del tipo penal

81 En la doctrina nacional, Marticorena Collantes: *Actualidad Jurídica*, T. 166 (septiembre de 2007), p. 122.

82 En este sentido, Kaufmann, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 97.

83 Vid., Jakobs: *Derecho penal*, PG, Apdo 29, n.m. 84; Reátegui Sánchez: *El delito de omisión impropia*, p. 102. De distinta opinión, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho penal*, PG, II, § 17, n.m. 2014.

84 Similarmente en la doctrina nacional, Caro John: *Dogmática penal aplicada*, p. 67.

y prescindir de él en el delito omisivo. Desde nuestra comprensión de la imputación subjetiva, el dolo y la culpa deben determinarse también en la comisión por omisión a partir de una imputación de conocimiento al garante, cuya omisión lo hace organizativa o institucionalmente competente por el delito. Bajo estas consideraciones, el dolo requiere que al garante se le impute el conocimiento de que está omitiendo cumplir con su deber de garante y, como consecuencia de ello, la aptitud lesiva de su omisión. La culpa tendrá lugar, por su parte, cuando al garante se le impute el conocimiento de la posible existencia de un riesgo, cuya materialización en un resultado lesivo debe evitar con la adopción de determinadas medidas de cuidado, o ejecute un acto de salvamento defectuoso por una incorrecta valoración de las circunstancias de actuación.

Al igual que en la realización activa, es posible que concurra en la comisión por omisión un supuesto de error que excluya el dolo. Tal error puede recaer sobre cualquiera de los elementos constitutivos del tipo objetivo. Uno de los aspectos objetivos que se discute especialmente en la comisión por omisión es la calidad de garante del autor[85]. Si el garante desconoce que le alcanza tal calidad, no será posible imputarle el delito en comisión por omisión. Así, el que ve a un niño ahogarse en una piscina sin hacer nada, no podrá responder por parricidio si es que, sin saberlo, el niño es su hijo. El error excluyente del dolo puede presentarse también en relación con la valoración de las circunstancias como una que genera una posición de garantía[86]. Por ejemplo, el que cree que el pedido aceptado de su vecino de alimentar a la mascota durante una ausencia prolongada, no lo hace garante del animal que muere por falta de alimento. Si la situación de error resulta vencible, entonces el castigo podrá hacerse a título de culpa si es que el correspondiente delito lo autoriza.

IV. LA PENA DEL OMITENTE

El artículo 13 del CP establece que se sancionará penalmente al omitente, cuya omisión cumple los requisitos ahí establecidos. No hay duda que esta sanción se determina en función de la pena prevista para el delito no evitado por el omitente. Lo que, por el contrario, no se entiende con suficiente claridad es la atenuación facultativa de la pena para el omitente que se recoge en ese mismo dispositivo legal, sobre todo si no se precisa en lo absoluto los criterios de procedencia de dicha atenuación. Ante esta situación legal, se han ensayado distintas interpretaciones sobre el sentido de este margen de discrecionalidad judicial legalmente previsto en el castigo de las omisiones impropias.

---

85 Vid., sobre esta problemática, Satzger: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 45 (2013), p. 50 y ss.

86 Lo considera un error de mandato (paralelo al error de prohibición), por el contrario, Satzger: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 45 (2013), p. 51.

Un sector de la doctrina penal alemana sostiene, a raíz de una similar disposición de atenuación facultativa prevista en el Código Penal de ese país, que la omisión impropia no resulta plenamente equivalente a la conducta activa[87], pues la acción despliega siempre una mayor fuerza criminal que la omisión[88]. Si bien esta interpretación de la omisión impropia podría tener algún sentido en una concepción causalista del delito, no hay duda que carece de plausibilidad en una perspectiva normativa que utiliza los mismos criterios de imputación para la acción y la omisión. Por ello, no sorprende que, en la actualidad, la doctrina penal mayoritaria haga una crítica abierta a la posibilidad de atenuar la pena en la comisión por omisión[89].

Otra justificación dogmática le han querido dar a la atenuación de la pena del omitente los que consideran que aquí se incluirían los casos de una omisión de evitación del delito que, si bien no adquieren una plena identidad con la realización comisiva, constituyen supuestos más graves que la omisión pura del ciudadano común[90]. Se trataría concretamente de las llamadas omisiones puras de garante, en las que, si bien el garante no impide la producción de un resultado, su omisión no alcanza la identidad normativa requerida por el artículo 13 inciso 2 del CP. Así, podría castigarse con una pena atenuada respecto del marco penal del delito de lesiones, por ejemplo, al maestro de escuela que, dándose cuenta de que el alumno bajo su cuidado tiene floja la rueda de su bicicleta, omite decirlo y el niño termina lesionándose al salirse la rueda de la bicicleta en la calle. Si bien no existe una plena identidad normativa de su omisión con la realización activa del tipo penal de lesiones (el maestro no es competente por los riesgos verificados fuera del recinto educativo), su posición de garante respecto del cuidado del niño implica que su omisión sea una infracción cualificada frente al deber común de solidaridad. En consecuencia, el reproche penal que se le puede hacer por su omisión es mayor que

87 Vid., Mezger: *Tratado*, I, p. 316.

88 Vid., Kaufmann, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 306; Stree, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 13, nm. 64.

89 Vid., así, Reátegui Sánchez: *El delito de omisión impropia*, p. 101; Perdomo Torres: *RPDJP* 2 (2001), p. 450; Quintero: *LH-Jakobs* (Perú), p. 586.

90 Vid., en este sentido, Meini Méndez: *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dir.), p. 417 y ss.; Luzón Peña: *LH-Mir Puig* (2017), p. 691. Críticamente con este planteamiento, Demetrio Crespo, en *Cuestiones de Derecho Penal*, p. 281, pues considera que la equivalencia debe darse necesariamente en los casos de atenuación, siendo el caso que eso no impide que la pena se imponga como autor o partícipe o se considere la gravedad al momento de determinar la pena. La posible contradicción que encierra esta argumentación es, sin embargo, llamativa, pues si se dice que primero tiene que darse la equivalencia y luego cabe hacer atenuaciones, entonces la omisión nunca fue realmente equivalente a la realización activa.

la simple omisión de socorro de un ciudadano cualquiera, aunque no haya alcanzado la identidad normativa para ser sancionado como autor del delito de lesiones en comisión por omisión.

La interpretación acabada de esbozar tiene, sin embargo, un serio inconveniente para su aplicación judicial. Los tipos penales de la Parte Especial permiten el castigo de las conductas activas y omisivas que cumplen los elementos típicos legalmente requeridos, de manera tal que, si la omisión del garante no cumple con los elementos constitutivos del delito correspondiente, no podrá ser castigada sin violentar las exigencias impuestas por el principio de legalidad (concretamente, el mandato de certeza o taxatividad). Si se cumpliese con tipificar en la Parte Especial la omisión pura de un garante para superar la exigencia de legalidad, entonces la previsión de la atenuación facultativa en la cláusula general de la comisión por omisión dejaría de tener sentido. Así sucede, por ejemplo, con el tipo penal de omisión de socorro prevista en el artículo 126 del CP que castiga al que omite socorrer a una persona a la que ha herido o incapacitado. No hay duda que el castigo de esta omisión pura de un garante (por la actuación previa de herir o incapacitar) no requiere de la atenuación facultativa del artículo 13 del CP, sino que basta con la pena prevista específicamente en el artículo 126 del CP.

A nuestro entender, la atenuación facultativa prevista en el artículo 13 del CP está referida, más bien, a las omisiones que sustentan una responsabilidad del omitente como cómplice del delito. En la doctrina penal se ha discutido la cuestión de si es posible distinguir dentro de la comisión por omisión la autoría y la participación. Un sector niega esta posibilidad bajo la idea de que los delitos de omisión impropia se sustentan en la infracción del deber de garante que no admite graduaciones[91]. Otro sector admite el castigo del omitente como cómplice sólo de manera excepcional, si es que no reúne la calidad especial o el elemento subjetivo especial exigido por el tipo penal o no impide, estando obligado a hacerlo, la acción de complicidad de otro[92]. Por el contrario, un sector cada vez mayor de la doctrina penal no encuentra ninguna dificultad especial para admitir una complicidad por omisión bajo la lógica de una identidad estructural entra la acción y la omisión[93]. Al respecto consideramos que debe hacerse una exposición diferenciada.

---

91 Así, GRÜNWALD: *Das unechte Unterlassungsdelikt*, p. 115; KAUFMANN, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 307.

92 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 31, n.m. 143 y s.

93 Vid., SCHÜNEMANN: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 427 y s.; JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 82; SILVA SÁNCHEZ: *Estudios sobre los delitos de omisión*, p. 259 y ss.; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 22, n.m. 58; LÓPEZ PEREGRÍN: *La complicidad en el delito*, p. 345; PORTILLA CONTRERAS: *LH-Gimbernat*, p. 1541.

En el caso de una competencia por organización, el garante que omite impedir la realización del delito no podrá responder como autor si no se le puede atribuir un dominio primario del riesgo penalmente relevante. Se trata efectivamente de un garante cuya configuración organizativa en el hecho no alcanza para sustentar su responsabilidad como autor[94]. Por poner un ejemplo: El vigilante de un local comercial deja su pistola en un cajón desprovisto de seguridad y otra persona la toma para matar a otro, siendo esta situación apreciada por el vigilante que no hace nada para evitarlo. En este caso, si bien el vigilante es garante de los riesgos derivados de su arma, no tiene un dominio sobre el riesgo generado por la otra persona que lo convierta en autor del delito. Su responsabilidad penal deberá quedar en el ámbito de la complicidad en comisión por omisión conforme a las reglas de la participación y de la atenuación prevista en los artículos 25 y 13 del CP. La situación toma un cariz distinto si se trata de una competencia institucional, pues la diferencia entre autoría y participación desaparece. En estos casos, el garante que, en infracción de su deber institucional, omite evitar el delito, responderá siempre como autor del delito, sin interesar el grado de dominio que haya tenido sobre el riesgo[95].

V. EL CASO ESPECIAL DE LOS SUPERIORES QUE NO IMPIDEN LA COMISIÓN DEL DELITO DE SUS SUBORDINADOS

La determinación de la responsabilidad penal del superior respecto de los delitos cometidos por sus subordinados se ordena a partir de la distinción de dos supuestos. Por un lado, el caso del superior que interviene en la toma de decisión o incluso en la ejecución del delito y, por el otro, el caso del superior que se limita a no impedir la realización del delito que ha sido decidido y ejecutado por sus subordinados[96]. En este apartado, se va a tratar el segundo de los casos mencionados. Sin embargo, debe hacerse desde ya la indicación de que la diferencia de los supuestos en función de si existe una intervención activa o una omisión, resulta normativamente irrelevante, por lo que, al final, el criterio con el que se resolverá el caso de la omisión del superior es el mismo que se utiliza para determinar la relevancia de su aporte en el caso de una intervención activa. Son razones de orden estrictamente tradicional lo que motiva esta exposición diferenciada que, en rigor, no debería ya hacerse.

La tesis central es que el delito cometido por el subordinado se podrá imputar al superior si es que su realización ha sido competencia suya por razones

94 Similarmente, Robles Planas: *Garantes y cómplices*, p. 74: "*si lo que convierte en típicamente prohibida a la conducta del omitente tiene una limitada capacidad de configuración del hecho, estaremos ante un supuesto de participación por omisión*".

95 Vid., así, Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 68.

96 Así, Torres Mendoza: *Ius Puniendi* 4 (2017), p. 77.

organizativas o por la infracción de una obligación derivada de una institución social específica. En el caso de competencias por organización, su responsabilidad penal depende del ámbito de organización asumido al interior de la organización. Un sector de la doctrina penal pretende atribuirle una competencia total por los riesgos derivados de la actividad de la organización (*Allzuständigkeit*)[97], lo que, además de encerrar una exigencia que ningún superior podría materialmente cumplir[98], desconoce la forma en la que se divide el trabajo en las organizaciones modernas. En el caso de las empresas, por ejemplo, los directivos de una empresa moderna no llevan a cabo, ni mucho menos siguen al detalle, todos los procesos internos de la organización empresarial[99]. Por lo tanto, resulta irrazonable hacerlos en el plano penal organizativamente competentes por todas las actuaciones irregulares realizadas desde la estructura empresarial[100]. Su competencia por organización debe estar referida solamente a los ámbitos de organización efectivamente asumidos en el marco de sus labores de dirección. Por el contrario, la competencia institucional del superior se determina sobre la base del deber positivo que se le asigna por una posición institucional (propia o transferida por la organización). El incumplimiento de ese deber lo hace responsable del delito sin interesar el dominio del riesgo prohibido. Es irrelevante si tal incumplimiento tiene lugar mediante una acción o una omisión[101].

Determinada la competencia penal del superior, lo que corresponde es establecer su grado de intervención en el delito. De ser su competencia por organización, el superior responderá como autor si tiene la competencia preferente por la creación del riesgo prohibido. Tal situación se presenta cuando el delito cometido por un subordinado constituye la materialización de un riesgo prohibido derivado del ámbito de organización gestionado por el superior[102]. La actuación responsable

97 Vid., respecto de los directivos de las empresas, SCHMIDT-SALZER: *Produkthaftung*, I, p. 111. La jurisprudencia alemana admite una competencia global solamente en caso de situaciones de emergencia, como por ejemplo en caso de retirada de un producto defectuoso [vid., sobre esto, VOGEL: *Revista penal* 8 (2001), p. 97].

98 Así, MANSDÖRFER: *Zur Theorie*, p. 317.

99 Hace mención, en este sentido, a una atomización de la toma de decisiones en la empresa, GARCÍA ARÁN, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 45.

100 En este orden de ideas, SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 371, pone de manifiesto que "*no puede afirmarse que todos los directivos respondan por omisión de los delitos cometidos en la empresa*".

101 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 362 y s.

102 Vid., FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 107 y s. En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 10, señala que "*el riesgo a controlar o el bien a salvaguardar debe estar dentro del específico ámbito de competencia que cada directivo tenga asignado en el interior de la empresa*".

del subordinado no enerva la calidad de autor directo del directivo[103]. Dependiendo del sentido delictivo de lo realizado por el subordinado, éste podría quedar impune (prohibición de regreso[104]) o ser también responsable. En este último caso, la entidad de su aporte permitirá decidir si se trata de un coautor[105] o de un cómplice del superior.

Si el delito de dominio cometido por el subordinado no se corresponde con el ámbito de organización que gestiona el superior, a éste le alcanzará una responsabilidad solamente como cómplice, pues su intervención se limita a la falta de supervisión de sus dependientes[106]. Esta omisión no tiene la suficiente relevancia organizativa como para dar pie a una responsabilidad penal a título de autor. La misma lógica debe seguirse en el caso que el superior haya delegado el cumplimiento de las funciones al subordinado. El superior responderá como autor si es que infringe sus deberes residuales de seleccionar un delegado idóneo, de darle la información necesaria, de dotarle de los medios requeridos o de intervenir si conoce que está sobreexigido o es incapaz de desempeñar adecuadamente las funciones delegadas. Pero si incumple únicamente el deber residual de controlar al delegado, entonces el grado de competencia podrá justificar una responsabilidad penal sólo en calidad de cómplice[107].

---

103 Así, Jakobs: *Modernas tendencias*, p. 634 y ss., quien considera autoría directa disfrazada los casos de competencia primaria por el comportamiento no responsable de otro. Por su parte, Bottke: *JuS* 2002, p. 322, reconoce solamente una autoría directa cuando el dependiente es utilizado como un objeto. Consideran, más bien, una autoría mediata por el dominio de la organización Ransiek: *Unternehmensstrafrecht*, p. 49; Seelmann, en *La responsabilidad penal de la persona jurídica*, García Cavero (coord.), p. 29; Knaeur: *Die Kollegialentscheidung*, p. 75 y ss.; Hilgers: *Verantwortlichkeit*, p. 108 y ss.; Bottke: *JuS* 2002, p. 321 y s.; El Mismo, *Revista penal* 4 (1999), p. 24 y ss.; Pérez Cepeda: *La responsabilidad*, p. 183 y s.

104 Vid., Robles Planas, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 449; Bolea Bardón: *LH-Mir Puig*, p. 768.

105 Admite esta posibilidad, Torres Mendoza: *Ius Puniendi* 4 (2017), p. 95.

106 Sobre el deber de vigilancia respecto de los trabajadores de niveles inferiores, Schmid: *SchwZStr* 105 (1988), p. 178; Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 117 y ss. Destaca que la posibilidad de alegar la vigencia del principio de confianza por parte del directivo sobre la actuación de sus subordinados resulta mucho más reducida, Feijoo Sánchez, en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Bajo/Bacigalupo/Gómez-Jara (ed.), p. 205.

107 En este sentido, Silva Sánchez: *Empresa y delito*, p. 17 y s.; El Mismo, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (ed.), p. 92; García Cavero: *La responsabilidad penal*, p. 105; Iñigo Corroza: *La responsabilidad*, p. 271; Bolea Bardón: *LH-Mir Puig*, p. 767. Señala también que el incumplimiento de deberes de vigilancia configura normalmente una participación omisiva, Paredes Castañón: *El caso colza*, pp. 154 y s., 191. Por su parte, Lascuraín Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 223, reconoce este menor dominio del directivo delegante, pero por consideraciones criminológicas parece

Todo lo anterior sobre la gestión de los ámbitos de responsabilidad al interior de la empresa no es aplicable si la responsabilidad penal del superior por el hecho del subordinado se sustenta en una competencia institucional. La distinción entre autoría y participación no opera en este tipo de competencia penal, pues la infracción del deber positivo especial que se le asigna al superior le genera una responsabilidad penal que siempre es a título de autor. Si el incumplimiento del deber positivo institucional está expresado en la no realización de una prestación de propia mano o en la falta de control de la prestación de otro, es absolutamente irrelevante, pues la competencia institucional derivada de dicho incumplimiento motivará en ambos casos una responsabilidad como autor del delito.

---

no aceptar una responsabilidad penal sólo por participación. En esta última dirección parece ir también la exposición de Martínez-Buján Pérez: *Derecho penal económico*, PG, p. 510.

CAPÍTULO 15
LA ANTIJURIDICIDAD

I. INTRODUCCIÓN

La antijuridicidad expresa, como idea básica, una situación de contradicción entre la actuación de una persona y lo jurídicamente prescrito[1]. Tal contradicción no se alcanza, en el ámbito penal, con la sola tipicidad de la conducta, sino que resulta necesario que ésta alcance un nivel de desaprobación jurídica que permita afirmar su contrariedad con el ordenamiento jurídico-penal. La categoría dogmática de la antijuridicidad termina entonces de perfilar el injusto penal. Bajo este esquema conceptual, queda claro que los conceptos penales de antijuridicidad e injusto no son coincidentes en la teoría del delito. Puede decirse, utilizando textualmente las palabras de ROXIN, que *"la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor"* [2].

En la doctrina penal se ha discutido incesantemente sobre cuál es el exacto contenido que le corresponde a la categoría de la antijuridicidad en la teoría del delito, manejándose diversas perspectivas en función, fundamentalmente, de la teoría de las normas de la que se parte[3]. En este capítulo haremos una breve exposición general sobre los planteamientos más importantes que al respecto se han formulado en la literatura especializada, para luego dar a conocer nuestro propio parecer. Una

---

1 Así JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 344: "*La antijuridicidad significa contradicción con el Derecho*".

2 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 3. Por el contrario, MEZGER: *Tratado*, I, p. 338, entiende que no hay diferencia entre ambos conceptos que deben tratarse como sinónimos.

3 Vid., MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, p. 28.

vez precisado el contenido del desvalor que, desde nuestra comprensión, sustenta la antijuridicidad penal, podremos entrar en su faz negativa, es decir, en las llamadas causas de justificación. Dado que la tipicidad de la conducta adelanta, por lo general, su antijuridicidad, la utilidad práctica de esta categoría dogmática se ha encontrado fundamentalmente en las causas que niegan la antijuridicidad penal de la conducta típica.

II. EL CONTENIDO DOGMÁTICO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Si bien el reconocimiento de una categoría dogmática es producto de un largo proceso de discusión, puede decirse que la aparición de la antijuridicidad en la teoría del delito tiene lugar propiamente con la distinción causalista entre una parte objetiva-externa y otra parte subjetiva-interna del delito[4]. Mientras la primera estuvo constituida por un hecho objetivamente antijurídico, la segunda estaba referida a la culpabilidad del autor. En este esquema conceptual, a la antijuridicidad penal se la definió como una categoría objetiva que caracterizaba el lado externo del delito con independencia de la culpabilidad subjetiva del autor. Esta falta de referencia a lo subjetivo explica que la antijuridicidad no se quedara en el plano de una mera desobediencia de la norma. Por ello, a la antijuridicidad formal que tenía lugar cuando la conducta típica infringía la norma penal sin la cobertura de una norma permisiva, el mismo VON LISZT le sumó una antijuridicidad material referida a aquello que la hace jurídicamente desvalorada. En efecto, el autor del proyecto de Marburgo manifestó al respecto que una acción es materialmente antijurídica cuando ataca los intereses vitales de los particulares o de la colectividad protegidos por las normas jurídicas, esto es, cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico[5]. Por lo tanto, para sostener la antijuridicidad del hecho externo objetivamente acaecido no basta con que constituya una infracción no permitida de la norma penal, sino que debe haber causado la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico[6].

La metodología neokantiana agregó a la descripción externa del delito su significado valorativo en sintonía con su paradigma científico de la cultura como realidad valorada. Bajo esta perspectiva analítica, la antijuridicidad material dejó de ver el menoscabo del bien jurídico como un simple proceso causal de lesión o puesta

4 Vid., MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, p. 269.

5 Vid., VON LISZT: *Tratado*, II, p. 336 y ss.

6 VON LISZT: *Tratado*, II, p. 337, hace la precisión de que, en caso se presente una discrepancia entre la antijuridicidad formal y la material, el juez se encontrará vinculado por la ley, pues sólo al legislador le corresponde la labor de rectificar los desajustes del derecho vigente. Esta afirmación valió para que BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 137, calificara al concepto de antijuridicidad material como ajeno al derecho positivo.

en peligro de intereses vitales del individuo o la colectividad, para someterla a un juicio de desvalor en función del orden objetivo del Derecho. Así, MEZGER puso de manifiesto que la antijuridicidad se corresponde con la idea de lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración[7]. Este enriquecimiento del enfoque dogmático con el componente valorativo no trajo consigo, sin embargo, una redefinición o ampliación del contenido de la antijuridicidad. El juicio de desvalor se mantuvo centrado en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico[8], esto es, en el resultado producido.

La configuración de la antijuridicidad sobre la base del desvalor del resultado se puso en tela de juicio a partir de la formulación de la teoría del injusto personal por parte de la teoría finalista. Para el finalismo, el injusto no podía ser una categoría puramente objetiva, sino que requería una vertiente subjetiva que lo diferenciase de los simples sucesos causales. Esta subjetividad del injusto trajo como consecuencia que el centro de la (des)valoración se ubicase en la acción típica y no únicamente en el resultado[9]. De esta manera, se llegó a conformar un desvalor de la acción con el cual sustentar la antijuridicidad, dejando de ser el desvalor de resultado el elemento decisivo del injusto penal[10]. La mejor prueba del carácter prescindible del desvalor del resultado fue el injusto de la tentativa, el cual se basaba fundamentalmente en un desvalor de la acción[11]. Un ala radical del finalismo llevó el desvalor de la acción al extremo de requerir solamente el desvalor de la intención para sustentar el injusto penal[12]. La antijuridicidad de la conducta típica se encontraría exclusivamente en el hecho de manifestar una intención de contrariedad con el ordenamiento jurídico-penal.

El desplazamiento del desvalor del resultado por el desvalor de la acción como el núcleo central del juicio de antijuridicidad no se ha debido solamente a la introducción del lado subjetivo operada por el finalismo. En el plano objetivo se ha llegado también a un convencimiento relativamente generalizado de que lo relevante

---

7 Vid., MEZGER: *Tratado*, I, p. 341. Como respaldo normológico Mezger asumió una doble naturaleza de la norma penal (valoración y determinación). Vid., al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, p. 281 y s.

8 Así, MEZGER: *Tratado*, I, p. 398: "*El contenido material del injusto de la acción típica y antijurídica es la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico*".

9 Vid., WELZEL: *El nuevo sistema*, p. 67: "*La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal*". En el caso concreto de las causas de justificación, CEREZO MIR: *LH-Gimbernat*, I, p.746 y s.

10 En una postura estricta, KAUFMANN, Armin: *FS-Welzel*, p. 395 y s., planteó la tesis de que el injusto se agota en el desvalor de la acción, pasando el resultado a ser, a lo sumo, no más que una condición objetiva de punibilidad.

11 Vid., WELZEL: *El nuevo sistema*, p. 68.

12 Vid., ZIELINSKI: *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 128 y ss.

para el juicio de desvalor del injusto penal no es el resultado causalmente producido, sino la peligrosidad *ex ante* de la conducta típica[13]. El desvalor del resultado presupone que aquél pueda imputarse a una conducta peligrosa como resultado de la misma, debiéndose determinar la peligrosidad de la conducta causante de la lesión desde un punto de vista *ex ante*[14]. Si la función del Derecho penal es evitar las lesiones de bienes jurídicos, la desvaloración jurídico-penal debe estar referida a aquellas conductas capaces de producir dichas lesiones.

La evolución descrita sobre el contenido de la antijuridicidad ha llegado a un punto que resulta poco conciliable con la base normológica con la que hasta ahora se ha venido trabajando, por lo que no sorprende que algunos propongan su abandono[15]. En nuestra opinión, no es necesario prescindir de la categoría de la antijuridicidad, sino redefinirla con una concepción de la norma que se ajuste adecuadamente a la función atribuida al Derecho Penal. En consecuencia, si a la pena se le asigna la función de devolver la vigencia de la norma infringida por el delito, la norma con la que se debe elaborar la teoría del delito y sus categorías no debe ser la norma de conducta (en su naturaleza valorativa o directiva) que previene las lesiones a los bienes jurídicos, sino, más bien, la norma de sanción con la que se restablece la vigencia de la norma infringida. Bajo este esquema, la teoría del delito debe servir para imputar razonadamente a una persona la defraudación de una norma penalmente garantizada y justificar, así, la imposición de una pena para devolver la vigencia a la norma.

Bajo el esquema conceptual propuesto, la teoría del delito con la que se hace la imputación penal precisa de dos componentes esenciales. Por un lado, que lo actuado sea un injusto penal, lo que se presentará si tal actuación expresa comunicativamente una máxima de comportamiento incompatible con lo dispuesto por la norma; y, por el otro, que la persona a la que se le atribuye la defraudación de la norma sea culpable, esto es, que pueda reprochársele no haber actuado como un ciudadano fiel al Derecho. Debe precisarse que esta construcción conlleva necesariamente la integración de la culpabilidad en el injusto, pues solamente la actuación culpable puede defraudar la vigencia de la norma[16]. Y ello es así porque la imputación penal es única. Pero esta unidad funcional no impide que didácticamente se pueda distinguir la parte referida al hecho como negación comunicativa de la vigencia de la norma (injusto) y la parte referida al autor como ciudadano que no ha sido fiel al derecho (culpabilidad)[17].

---

13 Vid., MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, p. 413.

14 Vid., MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L6/48.

15 Vid., MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, p. 507 y ss.

16 Vid., JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 59 y s.

17 Vid., JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 60 y ss.

En relación específicamente con la antijuridicidad, hay que señalar que el sentido comunicativo de defraudación de la norma que permite calificar el hecho como un injusto penal, se alcanza fundamentalmente con el desvalor de la acción, aunque debe reconocerse que la presencia y la entidad del desvalor del resultado influye en el nivel de defraudación. De esta manera, conducta y resultado se vinculan de la misma forma que en la tipicidad penal, por lo que salta a la vista la homogeneidad valorativa entre la categoría de la tipicidad y la categoría de la antijuridicidad. Puede decirse entonces que la antijuridicidad, al igual que la tipicidad, no hace otra cosa que determinar la competencia por el suceso defrautadorio de la norma[18], con la única particularidad de que esta determinación se hace en situaciones especiales de conflicto. Las llamadas causas de justificación no son más que contextos especiales de actuación en los que, si se dan determinadas condiciones, decae la competencia jurídico-penal del autor por el hecho defraudatorio.

III. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. Fundamento

Para fundamentar el efecto exonerador de la responsabilidad penal que se le atribuyen a las causas de justificación, un sector de la doctrina penal parte de la idea de la unidad del ordenamiento jurídico y las concibe, por tanto, como normas permisivas provenientes del Derecho civil o del Derecho público[19]. A esta fundamentación formal se le ha criticado invertir la tarea del Derecho penal, en tanto no se dedicaría a proteger bienes jurídicos, sino a legitimar ataques a bienes jurídicos ajenos[20]. Por esta razón, la doctrina dominante plantea el tema del fundamento de las causas de justificación como un problema esencialmente teleológico[21]. En atención a ello, si la función del Derecho penal consiste en proteger la integridad de los bienes jurídicos o la vigencia de la norma, las causas de justificación deberán configurarse como supuestos concretos en los que se renuncia a tal protección. Su fundamento será la razón de dicha renuncia.

Una parte de la doctrina penal ha pretendido encontrar la razón de la renuncia de protección en un proceso de ponderación que reconoce la primacía de ciertos

18 Vid., Pawlik: *Ciudadanía y Derecho penal*, p. 105 y ss. Similarmente, al señalar que la justificación responde a la misma cuestión que la imputación objetiva: a quién debe imputarse el resultado, Kretschmer: *NStZ* 2012, p. 177.

19 Vid., en este sentido, Gössel: *JuS* 1979, p. 164 y s.; Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 476.

20 Vid., en este sentido, Günther: *Strafrechtswidrigkeit*, p. 251 y s., con mayores referencias.

21 Vid., así el planteamiento de Günther: *Strafrechtswidrigkeit*, p. 253 y ss.

intereses especiales frente a los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro[22]. Esta comprensión de la justificación ha resultado, sin embargo, poco adecuada para englobar las distintas causas de justificación hasta ahora reconocidas, lo que explica el rechazo casi generalizado de la doctrina penal a una fundamentación unitaria de las causas de justificación[23]. Por eso, la tendencia mayoritaria se caracteriza por recurrir a una fundamentación pluralista de las causas de justificación, es decir, que junto con el criterio de la ponderación, se deberá tener en consideración también otros criterios como la ausencia de interés, la preservación del orden jurídico, el principio de proporcionalidad, el principio de autonomía o de responsabilidad, entre otros más[24].

A nuestro entender, las causas de justificación deben ser interpretadas como supuestos en los que la competencia penal por la producción de un suceso lesivo se levanta en virtud de una situación especial de conflicto[25]. Como ya se ha dicho, tanto la tipicidad como la antijuridicidad sirven para determinar sobre quién recae la competencia por el injusto penal. La única finalidad de la diferenciación expositiva de ambas categorías dogmáticas es mostrar los diversos pasos lógicos en el proceso de imputación penal o las posibilidades de su negación. En este sentido, en las causas de justificación se discute, al igual que en la tipicidad, quién resulta penalmente competente por el hecho acaecido[26]. Lo particular de las causas de justificación es que provocan un descargo de la imputación de quien provocó el hecho lesivo. El que algo sea considerado lesivo desde la semántica social, no significa que esa lesividad sea siempre antijurídica, lo que precisamente sucede cuando se presenta una causa de justificación[27].

Para precisar quién resulta penalmente competente en situaciones de conflicto relevantes, se debe recurrir a los criterios regulativos de la antijuridicidad penal[28]. De manera absolutamente general, puede decirse que la razón de ser de la anti-

---

22 Vid., con matices propios, HORN: *Untersuchungen*, pp. 81, 105; SCHMIDHÄUSER: *FS-Lackner*, p. 77 y s.; NOWAKOWSKI: *ZStW* 63 (1951), p. 329; GALLAS: *FS-Bockelmann*, p. 168; NOLL: *ZStW* 77 (1965), p. 9 y ss.; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 5; MIR PUIG: *LH-Gimbernat*, I, p. 1325. Críticamente, RENZIKOWSKI: *Notstand*, p. 33 y ss.; WILENMANN: *La justificación*, p. 35 y ss.

23 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 38.

24 En la doctrina nacional YON RUESTA/TORRES COX: *Actualidad Jurídica*, T. 172 (marzo de 2008), p. 104.

25 Similarmente, PAWLIK: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 142. En el Perú, CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 677, sigue este planteamiento.

26 De manera concluyente, LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, p. 264 y ss.; PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 215 y ss.; CADENAS: *LH-Jakobs* (Perú), p. 396.

27 En este sentido, JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 44.

28 Así, JAKOBS: *RPDJP* 4 (2003), p. 195 y ss.

juridicidad penal en la teoría del delito es determinar si las reglas generales de la atribución del hecho delictivo se mantienen en caso entren en juego, además de los intereses afectados por la conducta típica, otros intereses jurídicamente relevantes o si sobre el afectado existe un deber de tolerar el perjuicio[29]. Como premisa básica de este análisis debe tenerse en cuenta que los intervinientes en el suceso conflictivo son siempre personas, de manera que, en ningún caso, cabe una solución arbitraria que niegue a alguien su personalidad, ni tan siquiera cuando sobre alguno de ellos recaiga el más alto grado de competencia por el suceso lesivo. De esto se desprende que siempre se tiene que escoger, de entre los distintos medios idóneos de los que se dispone en una situación especial de conflicto, el menos lesivo para las personas que resulten finalmente afectadas o usarlo de la manera menos lesiva[30].

En un primer nivel de determinación del grado de competencia en las situaciones de conflicto se debe atender al criterio de la normatividad pura, entendido como la condición mínima de cualquier relación jurídica. Este mínimo es el respeto de la personalidad de los demás como titulares de bienes que administran libremente[31]. Por ello, el primer criterio de solución en una situación de conflicto de bienes es una consideración basada únicamente en la titularidad sobre los bienes en conflicto o en la organización de estos bienes. Así, si un bien atribuido a una persona genera una situación peligrosa a causa de un hecho fortuito o incluso por la conducta de un tercero, su competencia le obliga a tener que tolerar los actos dirigidos a resolver el conflicto hasta la medida de su titularidad sobre ese bien[32]. Por ejemplo, si el árbol del jardín de una persona cae sobre el camino de acceso a la casa del vecino, éste estará autorizado a cortar el árbol para entrar a su casa. Distinto es el caso si se trata de una organización peligrosa de bienes, pues la competencia no alcanza solamente hasta la medida de lo que genera concretamente la situación específica de conflicto, sino que abarca a toda la organización[33]. Por ejemplo, la agresión ilegítima con un cuchillo no autoriza solamente a destruir el cuchillo, sino también a afectar al agresor mismo (organizador) si resulta necesario para evitar la agresión.

---

29 Vid., JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 44 y s.

30 Vid., en este sentido, JAKOBS: *RPDJP* 4 (2003), p. 197. Por su parte, BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, p. 65 y s., sostiene que esta limitación se desprende de la llamada solidaridad mínima.

31 En este sentido, PALERMO: *La legítima defensa*, p. 239 y ss. De una autonomía formal habla WILENMANN: *La justificación*, p. 70 y ss.

32 Vid., JAKOBS: *RPDJP* 4 (2003), p. 198 y s. Con base en la atribución especial y asimétrica de autonomía que sustenta el reconocimiento de la calidad de propietario, WILENMANN: *La justificación*, p. 96, sostiene que éste debe asumir las cargas por el peligro de los bienes.

33 Vid., JAKOBS: *RPDJP* 4 (2003), p. 199 y ss.

El criterio de la normatividad pura no es aplicable a todas las situaciones de conflicto en los que cabe discutir una justificación. Si así se hiciese, se terminaría justificando la lesión de una persona (o de sus derechos) para mantener intereses insignificantes con el único argumento de que ello era necesario[34]. Al ser la normatividad pura un criterio de carácter abstracto, no admite ponderaciones cuantitativas de los intereses en conflicto[35]. Por ello, su aplicación solamente debería encontrar asidero si la situación de conflicto tiene lugar por medio de una organización responsable (agresión ilegítima), ya que aquí el agresor desconoce al agredido como titular de sus bienes[36]. Pero incluso en tal caso, se debe indicar que consideraciones de orden institucional podrían matizar la solución del conflicto que se autoriza con el criterio de la normatividad pura, lo que sucede, por ejemplo, cuando entre agresor y agredido existe una vinculación especial o la agresión ilegítima es insignificante (solidaridad)[37].

El criterio normativo para determinar la competencia en una situación de conflicto debe sufrir modificaciones, en primer lugar, cuando lo que tiene lugar es una organización no responsable que genera la necesidad de defensa por parte de otro (el llamado estado de necesidad defensivo). Una competencia en grado máximo del creador de la situación peligrosa que habilite una defensa necesaria del afectado, se presenta como claramente excesiva. En este caso, el "agresor" no se ha organizado responsablemente en los términos de una agresión ilegítima[38], lo que significa que no comunica, de manera manifiesta, el desconocimiento de la personalidad o los derechos del afectado. Sin embargo, su intervención en el originamiento del peligro hace razonable que tenga que cargar con la solución del conflicto[39]. Por esta razón, y para evitar las consecuencias excesivas del criterio de normatividad pura, en la determinación del grado de su competencia penal entra a tallar otro criterio normativo: La normatividad utilitarista. Según este criterio, la medida de competencia del que se ha organizado en términos que no califican

34 Vid., JAKOBS: *RPDJP* 4 (2003), p. 202.

35 Vid., así la afirmación de PAWLIK: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 86: "*Por eso, en el "entendimiento abstracto" se muestra "toda lesión jurídica como absoluta*".

36 Vid. BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, p. 75 y ss. Destaca la importancia de la responsabilidad para determinar la distribución de la libertad mediante la atribución de esferas de autonomía formales (o el derecho abstracto de la normatividad pura), WILENMANN: *La justificación*, p. 86 y ss.

37 En este sentido, PAWLIK, en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), p. 53; PERDOMO TORRES: *InDret* 1/2008, p. 10 y s.

38 Por ello, BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, p. 76, considera en estos casos al agresor no responsable sólo como preferentemente competente.

39 Así, sostiene que el estado de necesidad agresivo es una institución puramente distributiva, WILENMANN: *La justificación*, p. 452 y ss.

como una agresión ilegítima, alcanza para generarle un deber de tolerar solamente una defensa que no sea desproporcionada[40].

La solución que se desprende del criterio utilitarista no es, sin embargo, procedente cuando, en la situación de necesidad, se agrede a otra persona completamente ajena al origen del conflicto (el llamado estado de necesidad es agresivo). Por ejemplo, una persona entra en una vivienda ajena para guarecerse de unos agresores que lo están persiguiendo. La organización responsable del que se encuentra en una situación de necesidad al margen de la intervención del tercero afectado, debería traer consigo su plena competencia por el hecho. No obstante, hay que tener presente que la competencia por un conflicto no se establece sólo con base en criterios de organización, sino que existen razones institucionales que pueden trasladar la competencia al ámbito del perjudicado por la acción de salvaguarda[41]. Esta competencia del sujeto ajeno a la situación de peligro se sustenta en una vinculación institucional de solidaridad que se expresa en el deber de tolerar la lesión de determinados bienes propios para salvaguardar otros de mayor relevancia[42]. Sobre el afectado por una situación de necesidad permanece, sin embargo, una competencia por la adecuación de su conducta de salvaguarda, es decir, que no se trate de una forma de agresión que, de generalizarse, rompa las condiciones mínimas de convivencia. Por ejemplo, nadie que padezca una enfermedad renal que acabará con su vida, está autorizado a secuestrar y extraer por la fuerza un riñón a otro.

Como se desprende fácilmente de lo hasta ahora expuesto, a nivel de la categoría de la antijuridicidad lo que se hace fundamentalmente es responder a la cuestión de si la persona que afecta a otro o a una situación socialmente deseable, continúa siendo penalmente competente por dicha afectación, a pesar de concurrir en el caso concreto otros intereses valiosos. En la determinación de esta competencia entran en consideración aspectos de carácter organizativo (libertad organizativa), así como también de

40 Vid., JAKOBS: *RPDJP* 4 (2003), p. 203, en relación con bienes compensables de cierta magnitud.

41 Vid., en este sentido, la fundamentación del deber de tolerancia de PAWLIK: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 103 y ss. Recurre a los deberes de solidaridad (solidaridad general intersubjetiva), BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, pp. 22, 90 y ss.; PALERMO: *La legítima defensa*, p. 370; WILENMANN: *La justificación*, p. 76. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1023 y ss., hace una redefinición del deber de tolerancia como deber negativo, en el sentido de deber de no organizar (reorganizar) la propia esfera jurídica de modo tal que de ello se derive un incremento del riesgo para terceros.

42 Vid., JAKOBS: *RPDJP* 4 (2003), p. 206. Conviene, sin embargo, hacer la precisión de que la infracción del deber de tolerancia puede, en el caso de la interrupción de cursos salvadores, generar una responsabilidad penal por organización que resulta preferente en relación con la infracción del deber de solidaridad, como lo explica ampliamente SILVA SÁNCHEZ: *Discusiones* N° 7 (2007), p. 43 y ss.

naturaleza institucional (deberes positivos especiales, especialmente la solidaridad). En este contexto, lo que la afirmación de una causa de justificación trae consigo es el descargo de la imputación penal a quien ha afectado a otro, lo que, en resumidas cuentas, significa que el autor de esa afectación no mantiene más la competencia por el hecho lesivo producido, sino que éste debe ser asumido por el propio afectado.

2. La estructura general de las causas de justificación

En la medida que la imputación penal requiere de la concurrencia de una parte objetiva y otra subjetiva, el descargo de la imputación que produce una causa de justificación requiere también el cumplimiento de ciertos elementos objetivos y subjetivos[43]. Si bien cada causa de justificación tiene sus propias particularidades, existen ciertos aspectos comunes que permiten comprender el significado general de la justificación en el proceso global de imputación penal. El descargo de la imputación debe ser considerado también como una unidad, pues un aislamiento de lo objetivo y lo subjetivo solamente llevaría a resultados incorrectos o incompletos en el tratamiento de las causas de justificación.

A. El aspecto objetivo de las causas de justificación

Si tuviésemos que expresar la parte objetiva de las distintas causas de justificación con una sola idea, ésta sería, con los evidentes peligros de vaguedad que toda definición general encarna, una situación de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que estaría prohibida en otro contexto de actuación. Debe hacerse la precisión de que esta situación de conflicto no se reduce a la simple concurrencia de dos bienes jurídicos que no pueden mantenerse incólumes a la vez, sino que se encuentran vinculados organizativa o institucionalmente a personas distintas. Lo que las causas de justificación determinan es hasta cuándo el manteniendo de uno de los bienes jurídicos concurrentes puede generar un riesgo tolerado para el otro bien jurídico.

En la doctrina penal se ha discutido, de manera general, si los presupuestos objetivos de las causas de justificación deben estar presentes realmente[44] o si sólo basta una consideración objetiva *ex ante* de su existencia[45]. Dicho en otras palabras:

---

43 Contra el carácter puramente objetivo de la antijuridicidad y, por lo tanto, de las causas de justificación se mostró M. E., MAYER: *Derecho Penal*, PG, p. 232: "*los elementos subjetivos de la antijuridicidad son auténticos atributos de la antijuridicidad*".

44 En este sentido, GALLAS: *FS-Bockelmann*, p. 167; SANZ MORÁN: *Revista penal* 5 (2000), p. 84. Con algunas precisiones, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 487 y s.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 15.

45 En este sentido, FRISCH: *Vorsatz*, p. 424 y ss.; KAUFMANN, Armin: *FS-Welzel*, p. 401; RUDOLPHI: *GS-Armin Kaufmann*, p. 382 y ss.

lo que se discute es si basta con que la conducta o situación de justificación sea reconocida por el agente desde una perspectiva *ex ante* o si debe serlo también desde una perspectiva *ex post*. En nuestra opinión, lo más adecuado es el punto de vista que sostiene que los presupuestos objetivos deben concurrir efectivamente para producir la justificación, en tanto las causas de justificación requieren algo más que una simple prognosis. La apreciación errónea de una situación de justificación es una situación que debe ser evaluada a nivel del aspecto subjetivo de las causas de justificación. Lo acabado de decir requiere, sin embargo, de algunas matizaciones en ciertas situaciones de necesidad.

En los casos en los que el perjudicado por la acción justificada resulta competente por la presencia de la situación de conflicto (por ejemplo, el agresor en la legítima defensa), deberá establecerse una vinculación efectiva entre su esfera de organización y la situación de conflicto, no siendo posible sustituir esta vinculación por una simple prognosis[46]. Sin embargo, resulta pertinente hacer la precisión de que esta vinculación objetiva se encuentra ya presente cuando el agresor genera una apariencia de peligro que produce un efectivo menoscabo de la libertad de acción. Por ejemplo, el uso de un arma aparente alcanza el nivel de una amenaza que autoriza una legítima defensa del amenazado[47].

En los casos en los que el Estado se encarga de precisar la situación de conflicto y autoriza la realización de una conducta que, en principio, está prohibida (los permisos administrativos para ubicar pobladores en lugares que no están habilitados para fines urbanos bajo situaciones de emergencia o catástrofe, por ejemplo), solamente bastará la legalidad de tal autorización para cumplir con el presupuesto objetivo de la causa de justificación. Si las condiciones materiales para tal autorización resultan discutibles, ello no afectará la justificación del que actúa amparado en ella, siempre que el funcionario público competente se haya movido dentro de su ámbito de discrecionalidad.

Finalmente, cabe mencionar también los casos de ejercicio de funciones públicas, en donde la justificación requerirá, en el plano objetivo, que estén presentes solamente los requisitos o indicios necesarios para poder ser ejercidas (por ejemplo, la facultad de detención o el allanamiento de un domicilio por la comisión de un delito flagrante)[48]. El cuestionamiento de la decisión en aspectos que forman parte

46 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 9.

47 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 10; PALERMO: *La legítima defensa*, p. 301 y s.; WILENMANN: *La justificación*, p. 187. Niega la situación de peligro en estos casos para supuestos que comprometen la vida y la integridad física, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 9; BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, p. 268 y ss.

48 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 15.

de la discrecionalidad judicial o policial, no enerva la existencia del aspecto objetivo de la situación de justificación.

En cuanto a la actuación justificada, ésta debe ser objetivamente idónea para preservar el interés protegido. Se discute, al respecto, si esta idoneidad debe ser determinada mediante una perspectiva *ex ante* o una *ex post*[49]. No hay razón para establecer una perspectiva distinta a la que se ha utilizado para determinar la situación de justificación, por lo que deberá acreditarse también que la actuación justificada era efectivamente idónea o adecuada. Si no lo es, pero lo parecía de manera verosímil, se podrá acudir, en todo caso, a las reglas del error. Lo anterior no significa, sin embargo, que la justificación no se pueda alcanzar si el interés protegido no se llega a preservar[50]. El valor positivo de la acción de preservación puede perfectamente descargar la competencia por el hecho, aunque no se haya conseguido preservar el bien jurídico. Para graficarlo con un ejemplo: la legítima defensa que se ejerce frente a uno de los ladrones, no pierde su efecto justificador por el hecho de que otro de los ladrones haya conseguido escapar con el botín.

B. El aspecto subjetivo de las causas de justificación

La exigencia del aspecto subjetivo en las causas de justificación resulta altamente controvertida[51]. Un sector de la doctrina considera que la justificación constituye un aspecto esencialmente objetivo[52], a lo cual se oponen aquellos que, por el contrario, exigen en este nivel que el autor actúe con la finalidad de justificación[53]. En una posición intermedia se encuentran, por un lado, los que admiten elementos subjetivos en algunas causas de justificación y, por el otro, los que consideran que el aspecto subjetivo debe abarcar solamente el conocimiento de la situación de justificación[54]. En nuestra opinión, para poder resolver esta discusión, debemos recordar que lo que las causas de justificación hacen es determinar la competencia penal por medio de una situación especial de conflicto. En este sentido, el aspecto subjetivo

---

49 Así, sobre la perspectiva en la determinación de la defensa necesaria en la legítima defensa, WILENMANN: *La justificación*, p. 300 y ss.

50 Así, respecto de la defensa necesaria que solamente alcanza una probabilidad de éxito, WILENMANN: *La justificación*, p. 304 y ss.

51 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 18.

52 En este sentido, SPENDEL: *FS-Bockelmann*, p. 251 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, PG, p. 484 y s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho Penal*, PG, p. 462 y ss.; CARBONELL MATEU: *La justificación penal*, p. 107.

53 En este sentido, RUDOLPHI: *FS-Maurach*, p. 58; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 484 y s.

54 En este sentido, FRISCH: *Vorsatz*, p. 457; EL MISMO, *FS-Lackner*, p. 142 y ss.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 21; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 94; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 9, n.m. 139 y ss.; MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L16/16 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 326.

debe también alcanzar esta circunstancia especial del hecho, lo que quiere decir que al sujeto debe también imputársele el conocimiento de la situación de justificación.

El aspecto subjetivo en las causas de justificación no puede supeditarse a la finalidad subjetiva del autor[55], pues, tal como ya lo hemos indicado, el estado psíquico del autor es absolutamente irrelevante para la imputación penal. Por otra parte, tampoco la sola existencia objetiva de las condiciones de una causa de justificación resulta suficiente para suprimir la imputación penal, ya que la defraudación de las expectativas normativas de conducta no se fundamenta en la simple lesión objetiva de algo valioso, sino en una expresión de sentido del ciudadano frente a la norma[56]. Por esta razón, consideramos como más adecuado el parecer doctrinal que exige el conocimiento (mejor expresado, la imputación del conocimiento) de la situación de justificación[57]. No obstante, debe señalarse que esta imputación de conocimiento no puede reducirse a un conocimiento sobre los presupuestos fácticos de la situación de justificación, sino que debe abarcar también la consideración de esa circunstancia como justificante en el supuesto concreto[58].

Si se realiza una conducta objetivamente justificada, pero sin el conocimiento requerido del autor, habrá que determinar cómo se sanciona este caso. En la doctrina alemana la doctrina dominante recurre a la aplicación de la regla de la tentativa, aunque se discute si esta figura debe aplicarse directa o analógicamente[59]. En España se aplica, más bien, la normativa de la eximente incompleta, pues se entiende que la causa de justificación no puede desplegar plenamente su efecto exoneratorio si es que el actuante desconocía que su proceder estaba objetivamente justificado[60]. La regulación penal peruana hace más viable la solución de la eximente incompleta propuesta por la doctrina española[61], pues el artículo 21 del CP que regula las

55 En este sentido, Frisch: *FS-Lackner*, p. 135 y ss.; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 20; Krack, en *Grundfragen des Strafrechts*, Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), p. 147 y s.

56 Sobre la oposición entre bien jurídico como objeto valioso y bien jurídico como vigencia de la norma, vid., en detalle, Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 43 y ss.

57 Sigue acertadamente este parecer, Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 83.

58 Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 94: "*Él (scil. el autor) tiene pues el dolo de hacer algo objetivamente ajustado a derecho*".

59 Por una aplicación directa de las reglas de la tentativa se pronuncia Frisch: *FS-Lackner*, p. 138 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 101; Silva Sánchez: *ADPCP* 1987, p. 661. Por una aplicación analógica, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 23 y s.; Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 486.

60 A favor de la aplicación de una eximente incompleta, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG L16/19.

61 Vid., Reaño Peschiera, en *Anuario de Derecho Penal*, 2003, Hurtado Pozo (dir.), p. 207.

eximentes incompletas se aplica a todos los supuestos regulados en el 20 del CP, en donde se encuentran recogidas todas las causas de justificación de carácter legal.

La falta de correspondencia entre lo objetivo y lo subjetivo puede presentarse también bajo la forma de un error respecto de la existencia de los elementos objetivos de la situación de justificación. Este supuesto de error puede deberse, en primer lugar, a defectos de percepción sensorial que hacen creer al autor que su conducta se encuentra justificada. Se trata fundamentalmente del error sobre las condiciones fácticas u objetivas de las causas de justificación, llamado también error de tipo permisivo[62]. La polémica que ha despertado este supuesto de error en la doctrina penal se debe a que algunos lo consideran un error de tipo y otros, por el contrario, un error de prohibición. En nuestra opinión, se trata de un error que afecta la imputación del injusto penal, por lo que constituye un error que se mueve en el mismo plano del error de tipo. Por esta consideración, resultará aplicable la normativa del error de tipo prevista en el primer párrafo del artículo 14 del CP.

El error en las causas de justificación puede surgir también por valoraciones defectuosas, lo que tendrá lugar cuando el autor considera que las características de su actuación se ajustan a las condiciones de la causa de justificación correspondiente. La doctrina penal trata estos supuestos como error de prohibición indirecto[63], lo que significa ubicar este supuesto de error en el plano de la culpabilidad. En nuestra opinión, el error sobre el carácter permitido o prohibido del hecho debe ubicarse en el mismo plano que el error de tipo, aun cuando la regulación contenida en el artículo 14 del CP parecería optar por tratar estos errores como errores de prohibición. Esta propuesta de interpretación se muestra absolutamente razonable en los tipos penales con elementos de valoración global, pues la incorporación en el tipo penal de una cláusula de valoración de la antijuridicidad de la conducta hace que su errónea apreciación se mueva en el plano de la tipicidad. Así, por ejemplo, en el delito de secuestro el error sobre una situación de justificación deberá considerarse un error sobre el elemento del tipo "sin derecho, motivo o facultad justificada", mas no un error de prohibición que deba resolverse en sede de culpabilidad. Pero no sólo en estos casos manifiestos debe tratarse el error sobre las causas de justificación como un error de tipo, sino también cuando el tipo penal carezca de una referencia explícita a la antijuridicidad de la conducta, pues, tal como se vio al tratar el dolo, no es posible imputar subjetivamente el dolo si el autor no conoce el carácter antijurídico del hecho concretamente realizado, lo que evidentemente sucede cuando el agente cree que su conducta se encuentra justificada.

---

62 Vid., STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 9, n.m. 153 y ss.; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 681 y ss.

63 Vid., en general, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 36 y ss.; ARMAZA GALDOS: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 45.

En los supuestos de error sobre la causa de justificación la doctrina penal discute si cabe exigir adicionalmente un deber de comprobación (*Prüfungspflicht*) que obligaría al beneficiado, bajo responsabilidad, a verificar la existencia efectiva de una situación justificante[64]. El parecer actualmente dominante se opone a la exigencia de tal deber[65], en tanto se confundiría la situación de justificación con la constatación de la misma y produciría soluciones insatisfactorias en el caso de partícipes con procesos subjetivos de constatación distintos[66]. No cabe duda que esta apreciación crítica resultaría correcta si se tratase de verificar el proceso psíquico que cada partícipe ha tenido en el hecho. No obstante, si la determinación del aspecto subjetivo de la causa de justificación constituye también una imputación[67], el conocimiento de los aspectos relevantes para la evaluación de la situación de conflicto podrá atribuirse a los intervinientes sin mayores inconvenientes con independencia de sus representaciones psíquicas divergentes.

Lo anteriormente señalado no significa, sin embargo, que se pueda exigir en las causas de justificación un deber de comprobación, sino únicamente que su rechazo no puede sustentarse en la crítica usual de la doctrina penal. Por nuestra parte, consideramos que la ausencia de una imputación de conocimiento al autor en la situación específica no excluye la posibilidad de una exigencia normativa de conocimiento. Pero lo cierto es que un deber de comprobación en una situación de conflicto resulta abiertamente impracticable, pues las condiciones de una situación de conflicto no favorecen, por lo general, un juicio mesurado por parte del autor[68]. Sin embargo, si resultase posible exigir del autor haberse procurado los elementos de juicio para valorar adecuadamente la situación de justificación en el caso concreto, una imputación de responsabilidad podrá tener lugar, aunque con la pena prevista para el delito culposo conforme a lo establecido en el artículo 14, segundo párrafo del CP.

3. Efectos de las causas de justificación

El principal efecto de la constatación de una causa de justificación es el descargo de la imputación penal del que realiza una conducta típicamente relevante.

---

64 Vid., la referencia en Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 24; Roxin: *Derecho Penal*, PG § 14, n.m. 81 y ss.

65 Vid., en detalle, Rudolphi: *GS-Schröder*, p. 73 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 82. Por su parte, Jescheck/Weigend: *Tratado*, I, p. 486, considera que un deber de comprobación no forma parte de los presupuestos subjetivos de las causas de justificación.

66 Así, concretamente, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 25.

67 Por esta razón, la representación incierta de una situación de justificación (vid., sobre esto Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 28 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 87 y ss.) constituye una problemática circunscrita a la psique del autor sin ninguna relevancia para el Derecho penal.

68 Vid., esta apreciación en Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 26.

Pero además de este levantamiento del carácter injusto del hecho, existen otros efectos que deben ser igualmente considerados. El contexto de justificación incide, por un lado, en la configuración de los ámbitos de actuación permitida de los otros intervinientes en la situación de conflicto. Por otro lado, la imposición de las consecuencias jurídicas sufre modificaciones importantes si es que la conducta lesiva se encuentra justificada. Veamos esto con mayor detenimiento.

Si una persona actúa justificadamente en defensa de intereses propios o ajenos, dicha actuación no podrá ser impedida por el Estado, el responsable de la situación de conflicto o terceros. El Estado no podrá impedir por medio de sus funcionarios la realización de una conducta justificada y mucho menos castigarla. Tampoco podrá impedirla la persona organizativamente competente por la situación de conflicto, correspondiéndole, más bien, un deber de tolerar que la preservación del interés afectado se haga a costa suya. El caso más claro es el de la legítima defensa, en donde el afectado por la defensa no puede, a su vez, defenderse legítimamente, pues lo que le amenaza no es una agresión ilegitima[69]. Sobre los terceros ajenos al conflicto recae igualmente un deber de tolerancia que los hace responsables si es que impiden la realización de la actuación justificada[70].

En relación con la infracción del deber de tolerancia se discute si se trata de una competencia penal por organización o institucional (solidaridad mínima). En causas de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo, no parece haber mayor problema para sustentar la responsabilidad penal del agresor que impide la defensa frente a sus propios actos de organización. La situación parece ser distinta en el caso del estado de necesidad agresivo, pues el deber del ciudadano de soportar la defensa del necesitado se sustenta en la institución de la solidaridad mínima[71]. No obstante, esta solidaridad se lesiona únicamente si la infracción del deber de tolerancia tiene lugar por medio de una resistencia pasiva o una falta de colaboración con el acto de defensa (falta de solidaridad pasiva)[72]. Pero si el deber de tolerancia se infringe por medio de una interrupción activa a un curso salvador, entonces la responsabilidad penal se sustentará en los actos de organización de la interrupción.

---

69 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 104. Por su parte, Günther: *Strafrechtswidrigkeit*, p. 380 y ss., matiza esta afirmación, pues entiende que existen ciertas causas de justificación (las que denomina genuinas causa de justificación) que sólo excluyen la antijuridicidad penal, pero no son antijurídicas en todo el ordenamiento jurídico, por lo que en estos casos cabría una legítima defensa.

70 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 105; Silva Sánchez: *Discusiones* N° 7 (2007), p. 29 y ss.; Mañalich, en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), p. 237 y ss.

71 Vid., con mayores puntualizaciones, Silva Sánchez: *Discusiones* N° 7 (2007), p. 31 y ss.

72 En este sentido, Silva Sánchez: *Discusiones* N° 7 (2007), p. 39 y s.

La exclusión de la antijuridicidad de una conducta típica por una causa de justificación tiene además el efecto de cerrar la posibilidad de castigar como partícipes a quienes han contribuido de alguna manera con la materialización de la causa de justificación. En las exposiciones doctrinales se suele hacer referencia a la accesoriedad cualitativa de la participación para explicar que, en estos casos, no sea posible castigar a los partícipes[73]. Sin embargo, el hecho es que la justificación de la conducta niega la existencia de un injusto penal, sin el cual no es posible imputar responsabilidad penal a nadie[74]. No es que exista un injusto justificado del autor que impida los injustos accesorios de los partícipes, sino, más bien, la ausencia de un injusto común en el que se pueda intervenir de manera penalmente relevante.

Como se indicó, la presencia de una causa de justificación repercute también en el plano de las consecuencias jurídicas del delito. Se parte de la idea de que la imposición de una medida de seguridad requiere que el hecho del inimputable peligroso constituya una conducta típica y antijurídica[75], por lo que una causa de justificación tendría la consecuencia de impedir la aplicación de estas consecuencias jurídicas del delito. Esta afirmación no es del todo correcta, pues el fundamento de dichas medidas se encuentra en la peligrosidad objetiva que se manifiesta en la conducta del autor inimputable o semi-imputable. En este orden de ideas, puede ser que la conducta peligrosa no sea típica o antijurídica por falta de imputación subjetiva, lo que no tendría por qué impedir la imposición legítima de una medida de seguridad. Las medidas de seguridad podrán imponerse, por lo tanto, aun cuando el inimputable peligroso haya realizado simplemente una conducta objetivamente prohibida[76].

Se ha señalado también que la justificación de una conducta levanta el deber de indemnizar por el daño producido[77]. Esta afirmación no es, sin embargo, absoluta, pues, en determinados casos, la justificación sólo le impone al afectado un deber de tolerar el salvamento, pero no un deber de correr con el costo económico que le implica dicha tolerancia (Casación N° 229-2015-Lima de 10 de noviembre de 2015). Así, pues, si el afectado absolutamente ajeno a la situación de necesidad tiene que tolerar que otra persona afecte su propiedad para preservar la integridad física de otro, esta situación no tiene que impedir que, luego de superada la situación de conflicto, el beneficiado con la acción de salvamento asuma los costos del

73 Así, Luzón Peña, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coord.), p. 36; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 533.

74 Igualmente, Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 84.

75 Así, Luzón Peña, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coord.), p. 36.

76 En esta línea va la propuesta de Silva Sánchez, en *LH-Enrique Bacigalupo*, p. 867 y ss.

77 En este sentido, Luzón Peña, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coord.), p. 36.

daño generado al afectado. La solidaridad alcanza en estos casos a permitir una afectación de los propios intereses en el momento requerido, pero no abarca la asunción de los costos que esta afectación implica. En este orden de ideas, la realización de una conducta justificada no trae siempre como consecuencia la falta de un deber de reparar. El deber de reparar se mantiene cuando el afectado por el salvamento tiene simplemente un deber de tolerancia, pero no un deber de asumir los costos del salvamento[78]. La posibilidad de distinguir entre causas de justificación generales y las propiamente penales darían el respaldo dogmático a esta hipótesis explicativa[79].

IV. DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR

1. La legítima defensa

A. Concepto y fundamento

La legítima defensa justifica la realización de una conducta típica por parte de quien obra, de manera adecuada, en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros ante una agresión ilegítima. Para fundamentar esta justificación, la doctrina dominante acude a un planteamiento dualista que parte de una perspectiva individualista (la protección de bienes jurídicos) que complementa con un elemento supraindividual (el mantenimiento del orden jurídico)[80]. Los problemas se suscitan, sin embargo, al momento de determinar el alcance de la defensa que resulta justificada con este planteamiento. La combinación de elementos conduce, en los hechos, a un cuestionable razonamiento circular, pues se acude al factor individual o supraindividual para sustentar la solución que se estima más conveniente[81].

Mucha más claridad y coherencia gana el análisis de la legítima defensa si es que la actuación del agredido no es vista como la protección de un bien jurídico frente a una amenaza de menoscabo, sino como la defensa de un derecho desconsiderado por el comportamiento responsable de otro[82]. Este cambio de perspectiva

78 De igual parecer, JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 48; WILENMANN: *La justificación*, p. 280; VILLEGAS PAIVA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 85.

79 Vid., la discusión, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 36. En la doctrina nacional, VALDEZ PIMENTEL: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 129 y ss., proponiendo una configuración estrictamente penal de las causas de justificación.

80 Por todos, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 1.

81 En este sentido, PAWLIK, en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), p. 6 y ss.; PALERMO: *La legítima defensa*, p. 171 y ss. Críticamente también PERDOMO TORRES: *InDret* 1/2008, p. 6 y ss.

82 En este sentido, LESCH: *FS-Dahs*, p. 88 y s.; PAWLIK, en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), p. 14.

lleva a que el fundamento de la legítima defensa se encuentre en el plano del respeto de los derechos, esto es, de la llamada normatividad pura. Así, la justificación que se le atribuye a la legítima defensa reposa en el derecho del agredido a mantener su personalidad frente al contexto específico de la agresión ilegítima de otro[83]. Dado que la defensa del agredido se lleva a cabo para contrarrestar la agresión responsablemente organizada por otro, la competencia por los daños producidos por el acto de defensa deberá recaer sobre el mismo agresor[84]. El agresor actúa a propio riesgo con su agresión ilegítima y, por lo tanto, es competente por las consecuencias de la defensa[85]. La intensidad de la defensa debe, sin embargo, tener en cuenta el criterio general de la necesidad, en la medida que el agresor sigue siendo, pese a su actuación, una persona. En algunos casos, puede ser incluso que la presencia de ciertas exigencias de naturaleza institucional condicione el ejercicio de la defensa necesaria.

En cuanto a su estructura, la legítima defensa supone la realización de dos actos de organización. Por un lado, el acto de organización de la agresión y, por el otro, el acto de organización de defensa. Este último acto de organización constituye, a su vez, una *actio duplex*, en la medida que puede verse como una afectación al agresor, pero también, y fundamentalmente, como un acto de defensa de intereses penalmente protegidos[86]. Lo jurídico-penalmente relevante es, sin duda, este último sentido. Si bien la respuesta del agredido es, desde una perspectiva naturalística, una agresión a otro (concretamente, al agresor), en el plano normativo constituye una reafirmación del Derecho frente a la negación comunicativa hecha por el agresor mediante su actuación[87]. La perspectiva normativa convierte una lucha entre individuos en una legítima defensa.

B. Requisitos

Los requisitos de la legítima defensa se ordenan en función de los actos de organización desplegados por los intervinientes en esta situación de conflicto. En cuanto al acto de organización del agresor, se exige que éste sea ilegítimo y que no exista una provocación previa suficiente que pueda dar lugar a dicha agresión. En

83 Vid., Jakobs: *RPDJP* 4 (2003), p. 200; Perdomo Torres: *InDret* 1/2008, p. 10 y s.

84 Así, Jakobs: *RPDJP* 4 (2003), p. 199 y ss.; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 45 y s.; Pawlik: *Das Unrecht*, pp. 216, 237 y s. Similarmente, Neumann, en *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Lüderssen (ed.), p. 225; Renzikowski: *Notstand*, p. 275, con base en el restablecimiento de las relaciones de coordinación entre agresor y agredido; Kretschmer: *NStZ* 2012, p. 178 y s., con la idea de la autopuesta en peligro; Palermo: *La legítima defensa*, p. 275; Wilenmann: *La justificación*, p. 149.

85 En este sentido, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 46; Pawlik: *Das Unrecht*, p. 238.

86 Vid., Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 17.

87 Similarmente, Palermo: *La legítima defensa*, p. 349 y s.

cuanto al acto de defensa del agredido o de un tercero, se requiere que la forma de actuación o los medios empleados sean racionales para impedir o repeler la agresión ilegítima. Veamos de manera más detenida lo que implican estas exigencias para que la defensa pueda ser considerada legítima.

a. La agresión ilegítima

La agresión consiste en la amenaza de un bien jurídico por parte de una conducta humana[88]. No podrá calificar de agresión, por lo tanto, el ataque de animales[89] –a no ser que un animal sea azuzado por el dueño, en cuyo caso la agresión será la conducta del dueño[90]– o los sucesos naturales que no constituyan propiamente una acción humana[91]. No hay impedimento para que la agresión se realice también mediante una omisión, siempre que ésta sea penalmente relevante por existir una posición de garantía atribuida al omitente (omisiones impropias)[92]. Esa posición de garantía puede ser de carácter organizativo o institucional[93]. Ejemplos de agresiones omisivas serían el dueño que no detiene el ataque de su perro (competencia por organización) o la madre que no alimenta al recién nacido (competencia institucional). Si bien el tenor de la ley no menciona la entidad que debe alcanzar la agresión

88 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 14 y ss.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 6 y ss.; RENZIKOWSKI: *Notstand*, p. 276 y ss.; BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, p. 264 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1403 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 537 y s.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 680 y ss.

89 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 14; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 29; BENDEZÚ BARNUEVO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23 (2011), p. 51; VILLEGAS PAIVA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 43.

90 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 6.

91 En relación con los casos de ausencia de acción, VILLEGAS PAIVA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 43.

92 Vid., con amplias referencias bibliográficas, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 21; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 11; BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, p. 272 y ss.; WILENMANN: *La justificación*, p. 384 y ss.

93 En relación con el carácter organizativo o institucional de la posición de garantía, PALERMO: *La legítima defensa*, pp. 266, 312 y s., sostiene que la omisión solo puede ser considerada una agresión en los términos de una legítima defensa si se trata de una posición de garantía sustentada en una competencia por organización, por lo que, en caso de competencias institucionales, lo que habría que aplicar es el estado de necesidad agresivo. Tal parecer no resulta del todo convincente, pues existen omisiones derivadas de instituciones positivas fundamentales con deberes de carácter existencial (la relación paterno-filial, por ejemplo), cuyo incumplimiento suponen la negación de la personalidad del beneficiario del deber y que pueden ser sometidas al estatuto de la legítima defensa. Coincidente con este último punto de vista, LESCH: *FS-Dahs*, p. 92; WILENMANN: *La justificación*, p. 395.

para justificar una legítima defensa, existe unanimidad en la doctrina penal al requerir que ésta sea real y actual.

En cuanto a la realidad, se dice que la agresión debe tener existencia en el mundo objetivo[94], pues si no es así, lo que habrá es un error que, dadas ciertas circunstancias, podrá levantar igualmente la imputación penal por falta de imputación subjetiva (legítima defensa putativa[95]). Debe hacerse, sin embargo, la precisión de que la existencia de una agresión real no debe limitarse a las agresiones realmente peligrosas, sino que también cabe incluir el caso de la generación responsable de una apariencia de peligro (por ejemplo, agresiones con armas aparentes)[96]. En estos casos, puede decirse que existe una agresión, en la medida que la situación produce una limitación efectiva de los derechos de libertad esencial del agredido. En consecuencia, si una persona se organiza de una forma tal que afecta la libertad de otro mediante la generación de condiciones que hacen razonablemente tener por existente una situación de peligro inminente, tendrá que asumir la competencia por las consecuencias lesivas de un eventual acto de defensa necesaria.

La actualidad de la agresión significa, por su parte, que ésta sea inminente, que esté teniendo lugar o que prosiga[97]. En la doctrina penal se discute especialmente cuándo se puede hablar ya de una inminencia de la agresión, opinando algunos por el inicio de la fase de tentativa de la agresión (solución de la tentativa), mientras que otros lo hacen por el ámbito inmediatamente previo al inicio de la tentativa (teoría de la zona previa)[98]. Dada la finalidad de protección de la legítima defensa, resulta consecuente que, desde el momento inmediatamente previo a la agresión, se pueda ejercer legítimamente una defensa de los intereses amenazados. Del mismo modo, la prosecución de la agresión debe extenderse hasta el último momento, en el que la lesión se consolida. Por ello, no debería haber mayor problema para aplicar el estatuto de la legítima defensa, por ejemplo, al que persigue inmediatamente al ladrón y logra recuperar violentamente el bien sustraído[99].

---

94 Así, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 541; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 97. Exige, en este sentido, una perspectiva *ex post* para determinar la existencia de una agresión, Palermo: *La legítima defensa*, p. 300.

95 Vid., Wilenmann: *La justificación*, p. 355.

96 Así, Palermo: *La legítima defensa*, p. 301 y s.

97 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 20; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 33; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L16/52.

98 Vid., la discusión, con mayores referencias doctrinales, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 21; Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 285; Reátegui Sánchez: *Derecho Penal*, PG, p. 165.

99 Así, Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 34; Wilenmann: *La justificación*, p. 277 y s.

En relación con la actualidad de la defensa se ha discutido la posibilidad de incluir a la llamada legítima defensa preventiva. Se trata de aquellos casos en los que existe certeza de una agresión que aún no se emprende sin posibilidad razonable de evitar llegar al momento de la agresión. Se discute si puede aquí afirmarse la actualidad de la agresión o si debe aplicarse, más bien, el estatuto del estado de necesidad defensivo[100]. Para resolver estos casos, debe resaltarse que la actualidad de la agresión no está definida en un sentido espacio-temporal con la lesión del bien jurídico, sino como amenaza de un derecho[101]. En consecuencia, si la agresión está preparada de una manera tal que su ejecución puede tomarse como objetivamente cierta, entonces existe ya una agresión actual al derecho que habilita una legítima defensa[102]. Así, en los casos de violencia doméstica, la mujer sucesivamente violentada por el tirano doméstico podrá realizar un acto de defensa necesario aun cuando éste no se encuentre preparando, ejecutando o continuando un acto de agresión concreta[103]. Esta situación no se da, sin embargo, si la agresión es únicamente posible. En este orden de ideas, la implementación de mecanismos predispuestos de autoprotección capaces de lesionar a un eventual infractor (cerco eléctrico o colocación de púas o vidrios en las paredes[104]), no debe ser resuelta con el instituto de la legítima defensa, sino con el criterio de la actuación a propio riesgo[105].

La agresión debe ser ilegítima, tal como se desprende del tenor literal del artículo 20 inciso 3 literal a) del CP. Esta exigencia significa que la agresión debe ser antijurídica[106]. La primera cuestión que cabe determinar es si esta contrariedad al Derecho de la agresión debe estar referida al incumplimiento de una prohibición general o si ésta debe ser específicamente penal. En nuestra opinión, debe tratarse de una agresión contraria a la normativa penal[107]. A partir de esta consideración,

---

100 A favor de aplicar la figura del estado de necesidad defensivo, Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 292 y s.

101 Vid., una propuesta de interpretación sobre la actualidad de la agresión que se centra en la afectación de la posición jurídica más que en la afectación del bien jurídico, Wiegand/Zabel: *HRRS* 6/2004, p. 202 y ss.

102 Vid., Lesch: *FS-Dahs*, p. 110.

103 Niega que se pueda tratar de una legítima defensa, Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 53.

104 Debe tenerse en consideración que no cualquier mecanismo predispuesto de autoprotección se encuentra permitido, por lo que es necesario determinar su permisión, así como los deberes de control y supervisión de su funcionamiento. Vid., al respecto, Ontiveros Alonso: *Legítima defensa e imputación objetiva*, p. 143 y ss.

105 Vid., Wilenmann: *La justificación*, p. 380 y s.

106 Así, Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 276; Wilenmann: *La justificación*, p. 279 y s.

107 Igualmente, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 14; Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 278. En la doctrina penal nacional, Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG,

no podrá considerarse una agresión ilegítima las simples infracciones de deberes de cuidado que no generen un riesgo penalmente prohibido como, por ejemplo, pasarse un semáforo en rojo o incumplimientos contractuales sin relevancia penal. Esta consecuencia se ve con mayor claridad en el caso de omisiones que, si bien no están jurídicamente amparadas, no constituyen una agresión penalmente relevante (por ejemplo, los inquilinos que omiten abandonar la vivienda o el deudor que no paga la deuda). En estos casos, sólo le queda al afectado recurrir a la vía civil o buscar otras alternativas ofrecidas por el ordenamiento jurídico[108].

La exigencia de la antijuridicidad penal de la agresión ha dado pie a que se discuta si la agresión es una situación puramente objetiva o si, por el contrario, requiere también de una imputación subjetiva. La posición tradicional y que aún cuenta con adeptos sostiene que la agresión se determina únicamente en función del resultado, es decir, con una conducta que amenace con lesionar un bien jurídico[109]. En la actualidad esta posición ha sido prácticamente abandonada y la doctrina penal coincide mayoritariamente en que la agresión debe contener un desvalor de la acción y, por lo tanto, resulta necesario no sólo que se haya creado un riesgo penalmente prohibido, sino también que la creación de ese riesgo debe imputársele subjetivamente al agresor. En relación con este último aspecto se discute si cabe una legítima defensa ante una agresión indebida tanto de carácter doloso, como de carácter culposo. Si bien no hay un impedimento estructural para admitir una legítima defensa ante una agresión culposa, la organización responsable es, en este caso, de menor gravedad, por lo que lo razonable es dejar fuera de la legítima defensa las agresiones culposas y tratarlas, más bien, en el ámbito del estado de necesidad defensivo[110].

Un sector doctrinal resulta más exigente en cuanto a la calidad de la agresión, en la medida que requiere que la agresión sea además culpable. Se alega que el de-

---

p. 104. De otro parecer, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 540; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 339; Yon Ruesta/Torres Cox: *Actualidad Jurídica*, T. 172 (marzo de 2008), p. 110; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 95; El Mismo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 43; Momethiano Santiago: *LH-Zaffaroni*, Mendoza/Armaza/Urquizo (coord.), p. 134.

108 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 34.

109 Así, Baumann/Weber: *Strafrecht*, AT, § 21, II, 1 a.

110 Vid., en este sentido, la opinión de Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 281 y ss., con base en consideraciones que califica de axiológicas. Igualmente aprecia un estado de necesidad defensivo, Puppe, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 255; Perez López/Santillán López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (2010), p. 48; Momethiano Santiago: *LH-Zaffaroni*, Mendoza/Armaza/Urquizo (coord.), p. 133. De otro parecer, Palermo: *La legítima defensa*, p. 327; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 539; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 93.

recho a la legítima defensa debe ser consecuencia de algo más que la mera responsabilidad o incumbencia del agresor, pues se autoriza el tratamiento más drástico en su contra, lo que sólo ocurre cuando el agresor ha creado culpablemente el conflicto[111]. Por lo tanto, si la agresión proviene de personas manifiestamente inculpables, la defensa no se ajustará a los requisitos de la legítima defensa, sino del estado de necesidad defensivo[112]. A este planteamiento se le ha cuestionado, desde postulados preventivo-generales, que, en el caso de conductas antijurídicas pero no culpables, se terminaría obviando el fundamento de la prevalencia del Derecho[113]. Sin embargo, debe tenerse presente que la agresión no culpable no queda sin respuesta del agredido, sino que el estatuto que regula la legítima reacción del agredido resulta un tanto más exigente precisamente por la falta de culpabilidad del agresor.

La doctrina dominante limita la legítima defensa a la agresión que recae sobre bienes jurídicos individuales[114]. Frente a ella, un sector minoritario no encuentra ninguna razón de fondo para excluir los bienes jurídicos supraindividuales o estatales[115]. Si bien el fundamento de la legítima defensa parece restringir el concepto de la agresión ilegítima a la que afecta derechos individuales, eso no impide que una agresión de estas características pueda presentarse en el contexto de un delito que protege un bien jurídico supraindividual. En el caso de bienes jurídicos difusos, por ejemplo, resulta lógico que cualquiera que forme parte del grupo de personas afectadas difusamente por la conducta lesiva pueda oponer una defensa legítima que impida la prosecución del delito. Por ejemplo, el montañista que reduce a la persona que está prendiendo fuego en el bosque (delito de peligro común). Si

111 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 18; Palermo: *La legítima defensa*, p. 342; Puppe, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 256; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 20; Wilenmann: *La justificación*, p. 160. En contra, Lesch: *FS-Dahs*, p. 95 y ss.

112 Un punto que podría discutirse, en especial atendiendo a la última reforma al Código del Niño y del Adolescente que regula un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, podría ser que su agresión no sería ya inculpable, sino culpable y, por lo tanto, someterla al estatuto más riguroso de la legítima defensa. Vid., sobre esta cuestión, Wilenmann: *La justificación*, p. 256.

113 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 18. Niega también la necesidad de que la agresión sea culpable, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L16/50; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I § 13, n.m. 1374; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 95; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 104 y s.

114 Vid., en este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 35; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L16/61; Wilenmann: *La justificación*, p. 188 y s.

115 Admiten legítima defensa en el caso de bienes jurídicos colectivos, Schröder: *FS-Maurach*, p. 141, de manera limitada; Dannecker, en *Hacia un Derecho penal*, p. 554, de manera más general. En la doctrina nacional, Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 98.

se trata de intereses estatales, el particular podría ejercer igualmente una legítima defensa a favor de los intereses del Estado[116], en la medida que, tal como lo admite el artículo 20 inciso 3 del CP, la legítima defensa puede ser ejercida para defender bienes jurídicos propios o de terceros. Por ejemplo, impedir por la fuerza que el espía que lleva información secreta pase la frontera hacia otro país.

b. La falta de provocación suficiente

El artículo 20 inciso 3 literal c) del CP establece como un requisito de la legítima defensa la falta de provocación suficiente por parte de quien ejerce la defensa[117]. De esta disposición legal se desprende que el agredido no podrá ejercer una defensa legítima plena si ha provocado previamente la agresión. Debe quedar claro, sin embargo, que la provocación no está referida a la agresión ilegítima frente a la que el agredido responde defensivamente para preservar bienes jurídicos propios o de terceros[118]. En dicho caso, la provocación será una agresión antijurídica que justifica una respuesta defensiva de contención o de agresión. La provocación es, más bien, una situación de afectación injusta que hace razonable la reacción del provocado y que impide, por lo tanto, que el provocador se ampare en el estatuto de la legítima defensa para responder a la reacción. En consecuencia, la provocación no debe ser entendida como una agresión ilegítima ante la cual el afectado se defiende justificadamente con otra agresión, sino como la creación de una situación injusta que hace razonable una reacción del provocado.

Con la provocación el agredido asume, en virtud de su actuación precedente, cierta competencia por la agresión[119]. No hay discusión para admitir esta competencia cuando la provocación consiste en una conducta antijurídica que apunta a que el provocado reaccione para luego poder dañarle, alegando una legítima

116 Vid., en este sentido, aunque con ciertas restricciones, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 39; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 6; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 23. En la doctrina nacional, Reátegui Sánchez: *Derecho Penal*, PG, p. 171.

117 Vid., con distintas fundamentaciones y matices, Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 88; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 59 y ss.; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 49; Renzikowski: *Notstand*, p. 302 y ss.; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1441 y ss.; Caro Coria: en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 685 y s. Rechazan que la provocación pueda descartar una legítima defensa, Bockelmann: *FS-Honig*, p. 19 y ss.; Frister: *GA* 1988, p. 310; Puppe, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 257 y ss.

118 Vid., Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 355; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 104.

119 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 49, asimila este fundamento de la competencia del provocador con la injerencia. Similarmente, Pawlik: *Das Unrecht*, p. 243 y s.

defensa[120]. Se trata de un abuso del derecho que, de ninguna manera, puede ser aceptado. Más discutido, por el contrario, es el caso de una provocación dolosa sin ánimo (por lo menos, probado) de verse cubierto luego por una legítima defensa para dañar al provocado. Dado que el "agredido" ha provocado responsablemente la agresión, su actuación lo hace también competente por la situación de conflicto creada por la respuesta del provocado. Este criterio no tendría por qué ser distinto si la provocación previa es culposa, pues también aquí el provocador se comporta de manera responsable[121].

La provocación debe ser suficiente para levantar la plena aplicación de la regulación de la legítima defensa[122]. Por lo tanto, tiene que alcanzar una relevancia tal como para motivar la reacción de una persona normal. Bajo estas consideraciones, existen comportamientos que no alcanzan el estatus jurídico-penal de una provocación. Es el caso, por ejemplo, de burlas injustificadas que no tienen un carácter delictivo. La regla general es que este tipo de provocación no resulta suficiente para justificar una agresión física[123], aunque habría que considerar, en ciertos casos, la intensidad que alcanzan a efectos de precisar si puede exigírsele a un ciudadano promedio un deber de tolerarlas. En lo que sí existe absoluto consenso es en rechazar la calificación de provocación a los requerimientos o injerencias permitidas por el ordenamiento (por ejemplo, la intervención de un policía de tránsito ante una infracción o el requerimiento de pago que un acreedor hace al deudor en mora)[124].

Discutido es si la provocación suficiente niega siempre la posibilidad de una legítima defensa o si solamente se condiciona su ejercicio. En la jurisprudencia alemana se desarrolló, al respecto, la teoría de los tres niveles para modular precisamente el ejercicio de la legítima defensa en caso de una provocación suficiente. Según esta teoría, el que provocó la agresión debe primero intentar eludir la agresión; si no es posible eludirla, deberá hacer uso de la legítima defensa de manera limitada para impedir los efectos lesivos de la agresión; si esto último tampoco es posible, entonces recién podrá ejercer una defensa en la medida de lo necesario para poner fin a la agresión[125]. Dentro del primer nivel se debe considerar no sólo el deber del provocador de eludir la agresión, sino también de acudir a terceros e incluso de soportar

120 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 59; Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 333 y s.

121 Igualmente, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 54. En la doctrina nacional, Yon Ruesta/Torres Cox: *Actualidad Jurídica*, T. 172 (marzo de 2008), p.115; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 105; Reátegui Sánchez: *Derecho Penal*, PG, p. 177. De otro parecer, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 545.

122 Vid., Wilenmann: *La justificación*, p. 432 y ss.

123 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 67; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L16/80.

124 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 65.

125 Vid., al respecto, Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 79.

daños leves[126]. En nuestra opinión, si la provocación apunta a crear una situación de legítima defensa, el ejercicio de la legítima defensa debe descartarse complemente. Pero si la provocación no apunta a tal finalidad, entonces resultará procedente exigir al provocador la observancia de los tres niveles antes mencionados[127].

c. La defensa necesaria

La defensa del agredido puede llevarse a cabo mediante una acción o una omisión[128]. Ejemplo de defensa omisiva podría ser no evitar que el perro guardián se lance sobre el ladrón que ha entrado en la casa a robar. Lo que autoriza la realización del acto de defensa es que se ajuste al criterio de la necesidad racional[129]. En efecto, tal como lo dispone el artículo 20 inciso 3 literal b) del CP, constituye un requisito de la legítima defensa la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. Está claro que el término "medio empleado" no debe entenderse en el sentido de un instrumento, sino como la reacción defensiva en general, la cual puede hacerse con algún instrumento o directamente por el autor[130]. Por esta razón, con acierto la doctrina penal no habla de medio necesario, sino de defensa necesaria.

En la literatura especializada existe coincidencia en señalar que la necesidad racional de la defensa significa que, de entre las alternativas de defensa idóneas de las que dispone el agredido, éste debe elegir la que menos daño le produce al agresor[131]. Esta exigencia encuentra su fundamento en el hecho de que el agresor, pese a la agresión responsablemente organizada, no pierde el estatus de persona[132].

---

126 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 63.

127 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 63.

128 Igualmente, WILENMANN: *La justificación*, p. 316 y s.

129 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 30 y ss.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 41; RENZIKOWSKI: *Notstand*, p. 299 y ss.; WILENMANN: *La justificación*, p. 295; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1423 y ss.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 682 y ss. En la jurisprudencia de la Corte Suprema se precisa el elemento de la necesidad racional de la defensa en la decisión R.N. Nº 1985-99-Lima de 14 de junio de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia* 3 (2000), p. 281 y s.].

130 En este sentido, PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (2010), p. 49.

131 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 30; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 41; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 43; PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 242 y s. En la doctrina nacional, REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 167; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 15.

132 Vid., LESCH: *FS-Dahs*, p. 91: "*En la legítima defensa no se trata simplemente de un suceso natural, sino de un acto jurídico entre sujetos jurídicamente constituidos, esto es, entre personas*".

Debe hacerse, sin embargo, la aclaración de que la obligación de acudir a la defensa menos lesiva no aplica a alternativas de defensa de dudosa eficacia[133] o aquellas que sólo reducen el impacto de la agresión o la dificultan[134]. Mucho menos supone que, de ser posible huir del lugar, al agredido le corresponda un deber de eludir la agresión[135]. La racionalidad de la defensa está determinada por la alternativa de actuación necesaria para mantener los espacios de libertad del agredido, por lo que no puede compartirse la tesis que sostiene que la defensa debe ajustarse a dos criterios distintos: La necesidad de la defensa y la racionalidad de la defensa[136].

Para determinar si el acto de defensa es idóneo para impedir o repeler la agresión, hay que tener en cuenta, entre otras circunstancias, la intensidad y la peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios disponibles para ejercer la defensa[137]. El baremo a utilizar para evaluar estos aspectos debe ser objetivo, por lo que si el agresor los evalúa incorrectamente, lo que tendrá lugar es una legítima defensa putativa[138]. En cuanto a la perspectiva que debe emplearse para realizar esta evaluación objetiva, la posición mayoritaria es que debe ser *ex ante*, por lo que el juez debe ponerse en la posición del agredido al momento de ejercer la defensa[139]. Tal solución se mostraría como la más conveniente porque, en efecto, esa es la perspectiva con la que el agredido tomó la decisión de defenderse. Sin embargo, esta posición asume el enfoque unilateral del agredido y olvida que el agresor, aunque sea el responsable de la situación, no deja de ser una parte del conflicto. Un análisis global de la situación de conflicto obliga, por el contrario, a tener en consideración todos los factores efectivamente concurrentes. En consecuencia,

133 En este sentido, Wilenmann: *La justificación*, p. 312 y s.; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 17; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 45.

134 Vid., Wilenmann: *La justificación*, p. 304 y ss.

135 Vid., Kindhäuser, en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), p. 82; Wilenmann: *La justificación*, p. 311.

136 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1425 y ss.; Bendezú Barnuevo: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23 (2011), p. 54 y ss.; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 100 y ss.

137 Vid., Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 45; Perez López/Santillán López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (2010), p. 51; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 22.

138 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 45; Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p.308 y s.

139 Vid., Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 45 Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 45; Pérez López/Santillán López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (2010), p. 49; El mismo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 16; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 46.

la perspectiva que debe seguirse debe ser *ex post*[140], lo que no excluye ciertamente la posibilidad de alegar una situación de error (creada por el mismo agresor) que levante igualmente la responsabilidad penal.

En el juicio de necesidad de la defensa, resulta de especial importancia la distinción doctrinal que se hace entre defensa de pura contención (*Schutzwehr*) y defensa agresiva (*Trutzwehr*)[141]. Si es posible resistir eficazmente a la agresión sin necesidad de lesionar al agresor, entonces una defensa agresiva no será necesaria, por lo que bastará con una defensa de contención. Un ejemplo claro lo constituye el disparo al aire para disuadir al agresor que se encuentra todavía a cierta distancia. Sin embargo, no debe confundirse la defensa de pura contención con una elusión, pues el agredido no tiene que huir del lugar para evitar la agresión, sino simplemente defenderse del agresor mediante una contención exitosa de la agresión. Así, el experto luchador al que le agrede una persona debilitada, no necesitará asestarle un golpe mortal para defenderse de sus manotazos. Bastará con desviar los golpes que puede contener con facilidad.

Un aspecto que debe quedar claramente esclarecido es que la racionalidad de la defensa no debe ser entendida en el sentido de una relación de proporcionalidad entre el daño procurado o los medios empleados por el agresor y los que causa o utiliza el que se defiende[142]. Lo que la racionalidad de la defensa impone es que se elija el medio idóneo menos lesivo de los que el agredido tiene a su disposición, en ese momento, para evitar que se materialice o continúe la agresión ilegítima. Durante muchos años, algunos pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales nacionales consideraron incorrectamente que la racionalidad de la defensa exigía una proporcionalidad de los medios empleados[143]. Ese parecer ha sido completamente descartado por la reforma del artículo 20 inciso 3 del CP, operada por la Ley N° 27936, en la que expresamente se excluye, como criterio para determinar la necesidad de la defensa, la proporcionalidad del medio empleado respecto de los utilizados por el agresor[144].

Dentro de la necesidad racional de la defensa se ha discutido también si el acto defensivo solamente puede desplegarse cuando el Estado no esté en posibili-

---

140 Asumen perspectivas *ex post*, con matices propios, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 9; WILENMANN: *La justificación*, p. 303.

141 Vid., al respecto, WILENMANN: *La justificación*, p. 314.

142 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 46; PUPPE, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 253; MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L16/67; BENDEZÚ BARNUEVO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23 (2011), p. 56 y s.

143 Vid., al respecto, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 543.

144 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 543; REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 172 y ss.; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 14

dad de evitar la materialización o la continuación de la agresión: la subsidiariedad de la defensa. Así, por ejemplo, se pregunta si es posible lesionar al agresor cuando la policía está presente y entra a resolver la situación de conflicto. Lo primero que debe decirse es que resulta necesario distinguir el caso en el que la actuación estatal resulta menos lesiva y al menos igualmente eficaz (subsidiariedad como necesidad), del caso en el que la intervención estatal no ofrece las garantías de la eficacia (subsidiariedad más allá de la necesidad)[145]. Está claro que, en el primer caso, la subsidiariedad es una exigencia derivada del requisito de la necesidad racional de la defensa. La discusión está referida, por lo tanto, al segundo caso. Si a la legítima defensa se le asigna la función de restablecer la vigencia de la norma defraudada por la agresión ilegítima, lo lógico es que el particular solamente lo haga en ausencia del Estado[146]. Pero si de lo que se trata es de mantener el derecho del agredido negado por el agresor, entonces no hay razón para darle a la defensa necesaria un carácter subsidiario. El agredido podrá defenderse, aunque exista un funcionario público que pueda desplegar una defensa necesaria.

C. La legítima de defensa de tercero

El artículo 20 inciso 3 del CP admite expresamente que la legítima defensa se pueda ejercer ante la agresión de bienes jurídicos de terceros. Se trata del llamado auxilio necesario. La defensa de los intereses ajenos puede llevarse a cabo sin que sea necesario algún tipo de vinculación especial entre el agredido y quien ejerce la legítima defensa a su favor. Y ello es así porque su fundamento no se reduce al derecho afectado del agredido, sino que también está en relación con el principio de solidaridad[147]. Un sector de la doctrina penal exige, sin embargo, que el tercero que ejerce la defensa cuente por lo menos con el consentimiento (siquiera presunto) del agredido[148]. Otro sector señala que la falta de consentimiento no impide el auxilio necesario, pero el consentimiento hace que la agresión sea lícita y excluye, por lo tanto, una intervención lícita del tercero[149]. En nuestra opinión, esta consideración del consentimiento resulta procedente únicamente si se trata de bienes jurídicos

145 Así, Wilenmann: *La justificación*, p. 319 y s.

146 Defiende el carácter subsidiario de la defensa particular frente al monopolio de la violencia por el Estado, Lesch: *FS-Dahs*, p. 111 y ss.; Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*, p. 244; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 48; Kindhäuser, en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), p. 81.

147 En este sentido, Lesch: *FS-Dahs*, p. 90 y s.

148 Así, Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 54; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 548.

149 Vid., Wilenmann: *La justificación*, p. 679 y ss.

disponibles, pues, en el caso de bienes jurídicos indisponibles, la legítima defensa ejercida por un tercero estará siempre justificada[150].

Si la provocación suficiente del agredido restringe también el ejercicio de la legítima defensa por parte de un tercero, es un tema controvertido en la doctrina penal[151]. Parece no haber mayor discusión cuando el tercero ha intervenido en la provocación, en cuyo caso se niega la posibilidad de ejercer legítimamente la defensa del tercero[152]. Lo que se discute, más bien, es el caso del tercero que no ha participado en la provocación. La posición que se ajusta mejor al fundamento de la legítima defensa asumida es la que considera que la restricción que alcanza al provocador, debe extenderse también al tercero, en la medida que éste conozca de la previa provocación del agredido[153]. Bajo esta consideración, el tercero que, por ejemplo, presencia los graves insultos que el agredido hace al posterior agresor, no podrá ejercer una defensa plena del agredido ante una eventual respuesta agresiva. La competencia del agredido por la situación de conflicto redunda en la modulación de la defensa, tanto si es realizada por él mismo o por un tercero. La provocación previa no es una circunstancia personal que recaiga únicamente sobre el agredido, sino un elemento situacional que incide en la consideración objetiva del hecho[154].

D. ¿Restricciones ético-sociales a la legítima defensa?

Se ha dicho que una de las alternativas de la defensa necesaria no puede ser la posibilidad de huir del agresor, pues se les estaría dando a los camorristas y matones el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de los sitios en los que quisieran imponer su dominio[155]. Desde la perspectiva del agredido, aceptar esta exigencia de huir o evadir la agresión significaría imponerles una renuncia a su libertad por pura voluntad de otro, lo que no parece conciliable con un Estado que reconoce un derecho de igual libertad para todos los ciudadanos[156]. Un sector de la doctrina penal

150 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 100; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 59; Yon Ruesta/Torres Cox: *Actualidad Jurídica*, T. 172 (marzo de 2008), p. 110. De un parecer distinto a partir del principio de autodefinición de los intereses propios, Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 336 y s.

151 Vid., al respecto, Kuhlen: *LH-Gimbernat*, I, p. 1099 y ss.

152 Vid., Wilenmann: *La justificación*, p. 723 y ss.

153 Igualmente, Kuhlen: *LH-Gimbernat*, I, p. 1111.

154 En este sentido, Kuhlen: *LH-Gimbernat*, I, p. 1113.

155 Así, correctamente, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 47; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 36; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 544.

156 Similarmente, Perdomo Torres: *InDret* 1/2008, p. 11; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 18.

sostiene, sin embargo, que la afirmación precedente no tiene un carácter absoluto, sino que es posible sustentar el deber de eludir e incluso de soportar la agresión en ciertas consideraciones axiológicas que hacen inmerecida la justificación de la defensa necesaria[157]. En concreto, se menciona los casos de agresión no culpable, la agresión provocada antijurídicamente, la agresión irrelevante y la agresión enmarcada en relaciones de garantía.

Los casos antes mencionados no son, en el fondo, límites de carácter ético-social al ejercicio de la legítima defensa, como lo plantea un sector importante de la doctrina penal en los escritos especializados. Correctamente analizados, la solución que excluye o modula el ejercicio de la legítima defensa en los casos mencionados se sustenta en un examen más minucioso de los presupuestos de la legítima defensa o en la consideración de otros principios regulativos de la justificación con los que se determina la competencia penal por el hecho. No se trata, por lo tanto, de limitar el ejercicio del derecho a defenderse legítimamente de una agresión injusta, sino de dimensionar debidamente el ejercicio de ese derecho y, en consecuencia, la competencia por lo sucedido. Veamos cómo se concreta esta idea en los distintos casos en los que se alega la existencia de una restricción ético-social de la legítima defensa.

En unos casos, simplemente no se cumplen los presupuestos para el ejercicio de la legítima defensa. Así, por ejemplo, la agresión realizada por inimputables no debe ser tratada como un caso de legítima defensa, en la medida que una agresión solamente es posible si proviene de un sujeto responsable[158]. Esto no significa que el afectado no pueda hacer nada frente al ataque de un inimputable, sino que el ejercicio de su defensa no debe someterse al estatuto de la legítima defensa, sino, más bien, del estado de necesidad defensivo. En consecuencia, su acto de defensa debe informarse de ciertas consideraciones utilitaristas[159]. En el caso de la agresión provocada antijurídicamente, ya se ha señalado que una condición para que tenga lugar una legítima defensa es que no exista una provocación previa, pues si la agresión fue provocada previamente por el agredido, entonces la competencia por el conflicto recaerá sobre este último.

En otros casos, entran en consideración otros criterios regulativos de la justificación. En relación con la agresión irrelevante se ha dicho que es dudoso si puede calificarse jurídicamente de agresión a una que es insignificante[160]. Pero, aun en el caso de que se entienda que es una agresión, debe tenerse en cuenta que el agre-

157 Vid., por todos, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 51 y ss. Críticamente, KINDHÄUSER, en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), p. 68.

158 Vid., WILENMANN: *La justificación*, p. 124.

159 Vid., con mayores referencias, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m.19 y ss.; PALERMO: *La legítima defensa*, p. 267.

160 Así, PERDOMO TORRES: *InDret* 1/2008, p. 16.

dido que se defiende legítimamente es también un ciudadano y, por lo tanto, se encuentra obligado a una solidaridad mínima con el agresor. El deber institucional de la solidaridad mínima obligaría al agredido a renunciar a bienes sustituibles o de valor insignificante[161]. Lo mismo sucede en el caso de agresiones que se enmarcan en relaciones de garantía, en concreto, por una estrecha vinculación familiar. La racionalidad del medio de defensa se modula en estos casos por el deber positivo de protección que existe entre personas estrechamente emparentadas, como es el caso de los esposos[162]. En este orden de ideas, por ejemplo, la agresión proveniente de la esposa surgida en una discusión marital impone al cónyuge agredido simplemente un deber de elusión frente a la agresión ilegítima e incluso, en algunos casos, el deber de tolerar menoscabos leves antes que lesionar bienes existenciales del agresor[163]. Descartar esta solución porque llevaría a las mujeres a tener que tolerar a maridos golpeadores[164], es un argumento retórico, pues, en primer lugar, es evidente que la posición del hombre no es la misma que la mujer (la mujer tiene un nivel de protección jurídica mayor por la superioridad física del hombre) y, en segundo lugar, porque en ningún momento se ha dicho que la mujer deba seguir viviendo con el agresor.

E. La legítima defensa imperfecta

Una situación de legítima defensa perfecta tiene lugar cuando se cumple con los tres requisitos anteriormente expuestos. La consecuencia jurídica de una situación de legítima defensa es la falta de antijuridicidad del hecho y, por tanto, la no imposición de una sanción penal. Sin embargo, puede ser que no se presente una situación de legítima defensa perfecta, en cuyo caso solamente podrá atenuarse la pena, tal como lo dispone el artículo 21 del CP[165]. Se trata de las llamadas eximentes imperfectas, en donde si bien no concurren todos los requisitos necesarios para hacer desaparecer completamente la responsabilidad penal, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena en razón de una situación cercana a la legítima defensa. En este punto, cabe hacer la precisión de que la aplicación de la figura de la eximente incompleta requiere la presencia de cierta base mínima de una situación de

161 Vid., en este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 47; Kindhäuser, en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), p. 90; Pawlik: *Das Unrecht*, p. 244.

162 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 57; Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 324 y s. De otro parecer, Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 108.

163 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 58; Lesch: *FS-Dahs*, p. 104 y s. En contra, Palermo: *La legítima defensa*, p. 413 y s.

164 Así, Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 48 y s.

165 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 547.

necesidad. En este sentido, es necesario que exista una agresión o una apariencia de agresión imputable al agresor, y que se presente una necesidad, cuando menos abstracta, de defensa, pues, de no ser así, no será posible ni siquiera aplicar la eximente incompleta[166].

En cuanto al alcance de la atenuación de la pena, el artículo 21 del CP dispone que, en caso de darse una eximente incompleta, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal. Al respecto, debe tenerse presente que el Pleno Jurisdiccional de 1999 dispuso, en la primera conclusión del tema 4, que la configuración de una eximente incompleta determina la aplicación obligatoria de la atenuación, operando la disminución desde el mínimo hacia abajo[167]. En consecuencia, el mínimo legal se convertiría en el marco penal abstracto máximo de la pena aplicable al delito cometido en una situación de eximente incompleta, pudiendo reducirse hasta el mínimo general de la clase de pena prevista.

2. El estado de necesidad justificante

A. Delimitación

Nuestro Código Penal sigue la llamada tesis de la diferenciación y regula, por tanto, de manera separada el estado de necesidad en el que se preserva un bien jurídico predominante al dañado (artículo 20 inciso 4) y el estado de necesidad en el que se preserva la vida, la integridad física o la libertad (artículo 20 inciso 5)[168]. Para explicar esta regulación diferenciada, la doctrina penal recurre a la distinta ubicación sistemática de ambos supuestos de necesidad en la estructura del delito: Mientras el primer estado de necesidad excluiría la antijuridicidad (estado de necesidad justificante), el segundo estado de necesidad haría lo propio con la culpabilidad (estado de necesidad exculpante)[169]. A partir de esta distinción sistemática, sólo el estado de necesidad justificante constituirá, en sentido estricto, una causa de justificación, quedando la figura del estado de necesidad exculpante relegada al ámbito de la culpabilidad como un supuesto de inexigibilidad de otra conducta. Aquí vamos a limitarnos, por tanto, al llamado estado de necesidad justificante.

---

166 Así, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L16/62; Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 306 y s.; Pérez López/Santillán López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (2010), p. 53.

167 Vid., la referencia, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 547.

168 Vid., así, Vásquez Shimajuko, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 694; Mattos Rázuri: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 54.

169 Así, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 551. Igualmente, la exposición de motivos del Código Penal hace esta diferenciación sistemática de ambos supuestos del estado de necesidad.

Dentro del estado de necesidad justificante se suelen distinguir, a su vez, los casos de estado de necesidad agresivo y de estado de necesidad defensivo[170]. El estado de necesidad es agresivo cuando la acción realizada para eludir el peligro que se cierne sobre el sujeto, recae sobre un tercero ajeno por completo a dicho peligro[171]. En cambio, el estado de necesidad es defensivo cuando la acción realizada para eludir el peligro pesa sobre el que crea ese peligro de una forma que no califica como una agresión ilegítima[172]. En ambos casos, si se respetan las exigencias de proporcionalidad, podrá afirmarse la concurrencia de un estado de necesidad justificante. Sin embargo, una apreciación detenida de la estructura de descargo del estado de necesidad defensivo conduce, más bien, a una conclusión distinta. El estado de necesidad defensivo no está emparentado realmente con el estado de necesidad[173], sino con la estructura de la legítima defensa[174]. En efecto, ya que el que crea la situación de peligro ha realizado un acto propio de organización, deberá considerársele preferentemente competente por el peligro generado, aunque no sea un agresor en los términos de la legítima defensa[175]. Tal situación le impone el deber de eliminar el peligro, asumir los costes de los daños que pudiera producir y, en caso necesario, soportar la eliminación del peligro por parte del afectado[176].

El emparentamiento del estado de necesidad defensivo con la legítima defensa debería traer como consecuencia que la acción de alejamiento de la situación de peligro se encuentre limitada únicamente por la necesidad racional de la defensa. Sin embargo, la conducta del "agresor" en un estado de necesidad defensivo no constituye, debido a su déficit de responsabilidad, un desconocimiento abierto de los derechos del "agredido". Esta particularidad hace que este supuesto de justificación

170 Igualmente, en la doctrina nacional, Mattos Rázuri: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 56 y s.

171 Vid., Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 90.

172 Vid., Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 75 y s. Lo que puede resultar discutible es cómo se determina que ha existido un acto de organización que habilita acudir al estado de necesidad defensivo. Al respecto Coca Vila: *InDret* 1/2011, p. 4 y ss., expone esquemáticamente los posibles criterios para determinar esto: el vínculo fáctico con la creación de la situación de peligro, la cuasi-responsabilidad del que genera el peligro y la imputación objetiva del peligro a un comportamiento organizador.

173 Sobre la disputa de si el estado de necesidad defensivo se ajusta a los principios generales del estado de necesidad agresivo (sobre todo la preponderancia de intereses), vid., Pawlik: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 132 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

174 En el mismo sentido, Lesch: *Der Verbrechensbegriff*, p. 264 (rescatando en la p. 271, la denominación de pequeña legítima defensa utilizada por von Buri y Löffler); El Mismo, *Notwehrrecht*, p. 48 y s.; Pawlik: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 148. En la doctrina nacional, Mattos Rázuri: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 59.

175 En este sentido, Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 76.

176 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 47.

no se pueda ordenar únicamente con el criterio de la normatividad pura[177]. La defensa del afectado debe ser sometida también a un criterio de valoración de naturaleza utilitarista, por lo que no se le podrá atribuir un efecto justificante a la defensa que resulte desproporcionada[178]. Bajo estas consideraciones de proporcionalidad, la defensa necesaria en el caso de un estado de necesidad defensivo solamente alcanzará justificación si es que el interés salvaguardado no es inferior al sacrificado[179].

En nuestra legislación penal no existe una regulación expresa sobre el estado de necesidad defensivo, tal como lo indica ARMAZA GALDÓS. Esta situación de déficit legislativo hace que dicho autor proponga consecuentemente una modificación de la regulación de la legítima defensa para abarcar este supuesto[180]. En nuestra opinión, si bien sería deseable una regulación expresa del estado de necesidad defensivo, tal situación legal no impide la configuración de una eximente analógica en la que se mezclen el aspecto de la normatividad pura de la legítima defensa con las consideraciones utilitaristas del estado de necesidad (agresivo) justificante. En este orden de ideas, una situación de estado de necesidad agresivo tiene lugar cuando la situación de peligro proviene de un acto de organización no responsable de otro. Esta falta de responsabilidad plena se puede deber a situaciones de inimputabilidad, actuación culposa o fortuita, entre otras razones más. En estos casos, la defensa necesaria sólo podrá adquirir justificación si es que el bien preservado no es inferior al sacrificado.

De lo anterior se desprende que el estado de necesidad justificante se presenta, en estricto, en el llamado estado de necesidad agresivo. En este caso, la situación de necesidad se resuelve agrediendo los bienes jurídicos de un tercero ajeno al conflicto. Ni el agresor, ni el agredido son organizativamente competentes por el peligro existente, por lo que no le correspondería, en principio, un deber de soportar el peligro[181]. Sin embargo, la preponderancia del bien jurídico preservado termina por imponer al agredido el deber de tolerar la agresión del necesitado para salir de la

177 Vid., en este sentido, JAKOBS: *RPDJP* 4 (2003), p. 202.

178 Vid., JAKOBS: *RPDJP* 4 (2003), p. 203; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 47. Similarmente, RENZIKOWSKI: *Notstand*, p. 239 y ss.; COCA VILA: *InDret* 1/2011, p. 30; HIRSCH: *LH-Gimbernat*, I, p. 1008.

179 Así, BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, pp. 25, 78 y s. En este orden de ideas, WILENMANN: *La justificación*, p. 547 y s., señala que la defensa en el estado de necesidad defensivo se encuentra determinada por dos criterios: el criterio general de la necesidad y un criterio de proporcionalidad.

180 ARMAZA GALDÓS, en *Anuario de Derecho Penal*, 2003, p. 329 y s. Afirma igualmente la ausencia de regulación en el Derecho Penal Peruano, MOMETHIANO SANTIAGO: *LH-Zaffaroni*, Mendoza/Armaza/Urquizo (coord.), p. 133.

181 Vid., en este sentido, PAWLIK: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 127 y s., a lo que llama situación básica del estado de necesidad justificante.

situación de peligro[182]. Este deber tiene una naturaleza institucional que se sustenta específicamente en la solidaridad mínima, la que le impone a la persona agredida la obligación de soportar la acción salvadora a favor de quien está en situación de peligro de afectación de bienes jurídicos mucho más preponderantes[183].

B. Requisitos

Para que el estado de necesidad agresivo pueda desplegar un efecto justificante, debe cumplir con los requisitos expresamente establecidos en el artículo 20 inciso 4 del CP. Si bien tal dispositivo legal está formulado bajo la forma de una concurrencia de dos requisitos, lo cierto es que, de su redacción general, se pueden extraer cuatro requisitos, cuyas particularidades pasaremos a precisar seguidamente.

a. La situación de peligro

El primer requisito para un estado de necesidad es la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico. El peligro puede ser de distinta procedencia, por lo que su fuente puede encontrarse en la naturaleza o el comportamiento incorrecto de otro[184]. La doctrina penal es unánime al aceptar que los bienes susceptibles de estado de necesidad no son solamente los personalísimos, sino también aquéllos de carácter patrimonial o económico como, por ejemplo, la conservación de una plaza de trabajo[185]. Si bien la regulación positiva menciona expresamente bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal o la libertad, indica también expresamente que la situación de peligro puede recaer sobre "otro bien jurídico", lo que abre este requisito del estado de necesidad justificante a cualquier bien jurídico[186]. Esta apertura general a otros bienes jurídicos ha dado pie a que se admita el estado de necesidad justificante también en relación con bienes de la comunidad, esto es, bienes jurídicos colectivos. Sin embargo, la procedencia de la acción agresiva se encuentra limitada, en estos casos, a que el Estado no se encuentre en capacidad de intervenir para preservar el interés colectivo amenazado (p.e. si se puede llamar a la

182 Sobre la necesidad de una mayor relevancia del bien jurídico preservado para justificar un estado de necesidad agresivo, Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 25; Silva Sánchez, en *Cuestiones actuales*, p. 157; Pawlik: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 268 y ss.

183 En este sentido, expresamente, Palermo: *La legítima defensa*, p. 370.

184 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 14; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 16; Mattos Rázuri: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 59 y s.

185 En este sentido, Tiedemann: *Lecciones*, p. 189; El Mismo, *Einführung*, p. 99; Dannecker: *Revista penal* 3 (1999), p. 18; El Mismo, en *Hacia un Derecho penal*, p. 554; Wilenmann: *La justificación*, p. 584.

186 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 552; Vásquez Shimajuko, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 698.

autoridad)[187]. Dado que, en la práctica, esta situación de incapacidad se presenta en raras ocasiones, los casos de estado de necesidad agresivo ante situaciones de peligro para bienes jurídicos colectivos serán, por lo general, escasos.

El que el peligro pueda estar referido a cualquier bien jurídico, no debe llevar a sostener que el estado de necesidad justificante procede ante cualquier situación de riesgo. La solidaridad que da sustento al estado de necesidad justificante no puede imponer a un ciudadano, que es ajeno al conflicto, el deber de tolerar agresiones en sus bienes propios para preservar bienes jurídicos de otro frente a situaciones de riesgo que no sean especialmente relevantes. Por lo tanto, es necesario que el peligro de afectación que amenaza al bien jurídico tenga una entidad importante[188]. Esta exigencia tiene una expresión especialmente limitante en el caso de los peligros que se ciernen sobre el bien jurídico "patrimonio". En estos casos, para que el derecho abstracto del agredido ceda frente a la necesidad del afectado es necesario que la amenaza de pérdida patrimonial tenga una considerable influencia en la conducción de vida de este último[189]. De lo contrario, la solidaridad no alcanzará para poder justificar que se afecte los derechos de un tercero ajeno al conflicto.

El Código Penal establece que el peligro que acecha al bien jurídico debe ser actual[190], lo que significa que sólo es posible admitir una situación de peligro, cuando existe un peligro concreto de afectación al bien jurídico[191]. La actualidad del peligro no significa, sin embargo, la inminencia de la lesión[192], en la medida que basta la sola probabilidad de que el riesgo se materialice, aunque dicha materialización no sea aún próxima en el tiempo. Por ejemplo, constituye un peligro actual el aumento desmedido del caudal de un rio que puede inundar una casa. Queda claro que mientras menos inminente sea un peligro actual, mayores serán las posibilidades de recurrir a otros medios menos lesivos para conjurar el peligro, pero esta situación no afecta el requisito de la actualidad del peligro, sino, en todo caso, la necesidad de realizar la afectación de bienes jurídicos ajenos. En el caso del llamado peligro permanente (por ejemplo, un edificio en ruinas que amenaza caer encima de los habitantes del predio vecino) tampoco hay mayores objeciones para

187 ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 10; WILENMANN: *La justificación*, p. 584 y s. En la doctrina nacional, admite un estado de necesidad justificante en bienes jurídicos colectivos, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (julio de 2010), p. 41.

188 En este sentido, PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 251; WILENMANN: *La justificación*, p. 589 y ss. En la doctrina nacional exige la gravedad del peligro, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 343.

189 Vid., PAWLIK: *Der rechtsfertigende Notstand*, p. 163 y ss.

190 PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (2010), p. 40.

191 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 12, precisando que el peligro es sólo relevante si sobrepasa el riesgo vital general.

192 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 17.

admitirlo como un supuesto de peligro actual, pues dicho peligro en cualquier momento puede desembocar en un daño[193].

Para establecer la existencia del peligro, la doctrina penal recurre a un juicio de peligrosidad *ex ante*[194]. Esta afirmación sería completamente correcta si bastase un peligro abstracto para admitir un estado de necesidad, lo cual, tal como lo hemos indicado de manera general, resulta insuficiente. En consecuencia, el requisito del peligro debe ser determinado con base en un juicio *ex post*, en el que se acredite que realmente existió tal peligro para un bien jurídico[195], aunque dicho peligro no se llegó a materializar precisamente gracias a la conducta de quien actuó para preservar el bien jurídico puesto en peligro. La creencia errónea de estar ante un peligro efectivo, no siendo efectivamente así desde una perspectiva *ex post*, podrá dar lugar a una situación de error que tendrá que tratarse con las reglas desarrolladas al respecto[196]. Por un argumento *a majore ad minus*, cabrá igualmente un estado de necesidad en caso que exista no un peligro, sino una situación de lesión permanente del bien jurídico que pueda revertirse con una conducta lesiva de otros bienes jurídicos.

La situación de peligro para los bienes jurídicos puede ser tanto para bienes jurídicos propios como ajenos[197]. Así se desprende del propio texto legal en donde se indica que el estado de necesidad procede para conjurar peligros "sobre si o de otro"[198]. En el caso del estado de necesidad justificante respecto de bienes jurídicos de terceros (auxilio necesario), se ha discutido si debe contarse con el consentimiento del beneficiado por la acción de salvamento. Ante tal cuestión cabe decir primeramente que no existe un deber del auxiliante a solicitar el consentimiento del auxiliado, ni siquiera en los casos en los que sea posible hacerlo, pues se pondría en tela de juicio la autonomía sistemática y justificativa del estado de necesidad[199]. La situación se torna problemática, sin embargo, en los casos en los que el auxiliado pone de manifiesto de forma clara su voluntad de no ser auxiliado, pues en este

193 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 18; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 168; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1468; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (2010), p. 41; Mattos Rázuri: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 60.

194 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 12; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m.13; Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p.124; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (2010), p. 40; Mattos Rázuri: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 61.

195 En este sentido, Wilenmann: *La justificación*, p. 585 y s.

196 De manera similar, Velásquez Velásquez: *Derecho Penal*, PG, p. 781.

197 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 9.

198 Vid., Vásquez Shimajuko, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 698.

199 Vid., así, con amplias referencias, Pawlik: *Der rechtsfertigende Notstand*, p. 238 y s.

escenario entra a tallar el principio de autodefinición de los intereses propios[200]. Por ejemplo, una persona que deja conscientemente un objeto de gran valor expuesto a las inclemencias del tiempo, y en un día de lluvia el vecino procede a protegerlo utilizando un bien de menor valor de otra persona. En estos casos y siempre en atención a la autodefinición de los intereses propios, no cabría un estado de necesidad, pero bajo la condición necesaria de que se trate de bienes de libre disposición. Si los bienes son, por el contrario, indisponibles, el consentimiento no tendrá ningún efecto justificante, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 20 inciso 10 del CP, en donde se dispone que el consentimiento sólo resulta válido respecto de bienes de libre disposición.

b. La acción de necesidad

En los estudios especializados se ha establecido que en el estado de necesidad la acción dirigida a alejar el peligro debe ser necesaria[201]. Esta exigencia encuentra su respaldo legal en el artículo 20 inciso 4 del CP cuando señala que el peligro "*no pueda superarse de otro modo*"[202]. La necesidad del alejamiento del peligro no debe entenderse como ausencia de otras alternativas de solución del conflicto, sino como la elección de una alternativa de acción idónea para mantener el bien amenazado y, a la vez, la más moderada sobre el interés afectado, por lo que es correcto señalar que este requisito es el correlativo al de la racionalidad de la defensa en la legítima defensa[203]. Sin embargo, debe hacerse un par de matices a esta comparación. Por un lado, la acción necesaria debe tener la capacidad de evitar la lesión de los bienes jurídicos en peligro, no siendo suficiente, como en la legítima defensa, que ofrezca una simple resistencia o un retraso de la afectación[204]. Por otro lado, en el estado necesidad rige, a diferencia de la legítima defensa, la cláusula de subsidiariedad[205]. En consecuencia, si la situación de peligro puede ser resuelta por el Estado o puede ser eludida por el afectado sin poner en riesgo bienes propios o ajenos, entonces al que se encuentra en peligro le corresponderá un deber de elusión, situación que no sucede en el caso de una legítima defensa[206].

Para determinar si la alternativa de acción es idónea para superar el peligro, resulta necesario tener como referencia el resultado de alejamiento del peligro[207], lo

200 Así, BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, p.192 y ss.

201 Vid., RUDOLPHI: *GS-Armin Kaufmann*, p. 389; FRISTER: *GA* 1988, p. 291.

202 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 553.

203 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 19; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 16.

204 En este sentido, WILENMANN: *La justificación*, p. 597 y s.

205 Vid., así, ARMAZA GALDÓS, en *Anuario de Derecho Penal*, 2003, p. 310.

206 Así, BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, p. 151; WILENMANN: *La justificación*, p. 598.

207 Vid., en este sentido, PAWLIK: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 237 y s.

que debe ser evaluado desde la perspectiva de un espectador objetivo *ex ante facto*[208]. En este orden de ideas, debe quedar claro que no es necesario que se logre efectivamente preservar el bien jurídico amenazado, sino que basta con que la alternativa de acción se haya mostrado *ex ante* como objetivamente idónea para salir de la situación de peligro. Por lo tanto, el hecho de que el herido que es llevado en auto al hospital por una persona que conduce en estado de ebriedad muera en el camino (siempre que no hubiese otra persona disponible capaz de manejar el automóvil), no excluye la idoneidad del medio empleado para evitar que el peligro de muerte se materialice[209].

c. La preponderancia del bien jurídico protegido

Otro de los requisitos esenciales del estado de necesidad justificante es la preponderancia del bien jurídico protegido, tal como se desprende del artículo 20 inciso 4 literal a) del CP. Para determinar la preponderancia del bien jurídico preservado respecto del sacrificado, resulta pertinente recurrir a la distinción entre el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo. En el primero, la preservación del bien jurídico en situación de peligro se justifica frente a bienes jurídicos de inferior o igual jerarquía, en la medida que, si bien el "agresor" no ha llevado a cabo una agresión ilegítima, tiene una competencia preferente que se sustenta en el hecho de que el riesgo sale de su esfera de organización[210]. Por el contrario, la completa ajenidad del tercero afectado por el ejercicio de un estado de necesidad agresivo, hace que la acción de preservación en estos casos solamente pueda alcanzar justificación si es que se preserva un bien jurídico relevantemente preponderante[211].

En cuanto a cómo debe hacerse el juicio de preponderancia, cabe señalar que, en este punto, existe una fuerte disputa doctrinal, pues mientras unos consideran necesaria una ponderación global de los intereses[212], otros entienden que este requisito debe reducirse a la consideración de los bienes jurídicos en conflicto[213]. A

208 Así, Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 149. En la doctrina nacional, Mattos Rázuri: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 62 y s.

209 Similarmente, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 19.

210 Vid., Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p.171.

211 Así, Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p.170. De notablemente positivo habla Jakobs: *Derecho Penal*, Apdo 13, n.m. 33, como resultado del balance.

212 En esta línea, con diferentes matices, Lenckner: *Notstand*, p. 120 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 22; Bernal Del Castillo, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 91 y s.

213 Así, Renzikowski: *Notstand*, p. 74 y s.; Pawlik: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 273 y ss., mediante una separación de los puntos de vista: referido a la competencia y referido a los bienes jurídicos.

nuestro entender, resulta atendible la segunda propuesta de interpretación, en la medida que evita el peligro de una doble valoración de los criterios de determinación de la situación de necesidad al que está expuesto el criterio de la ponderación global de intereses[214]. En consecuencia, la preponderancia de lo preservado frente a lo sacrificado debe establecerse con base en la comparación de los concretos bienes jurídicos en conflicto.

Para determinar la mayor jerarquía del bien jurídico preservado se parte inicialmente de los marcos penales abstractos de las conductas punibles que afectan los bienes en conflicto[215]. Este procedimiento es poco idóneo en nuestra legislación penal, pues por finalidades, muchas veces irrazonables, de política criminal las penas previstas para afectaciones a bienes de inferior jerarquía terminan siendo muy superiores a las previstas para afectaciones de bienes jurídicos de mayor jerarquía. Basta comparar, por ejemplo, el marco penal abstracto del delito de homicidio simple con el previsto para los casos de robo agravado o de secuestro. Por esta razón, conviene recurrir a criterios materiales de jerarquización de los bienes jurídicos, como los indicados por ROXIN. Dentro de estos criterios de jerarquización cabe mencionar los siguientes: Las cuestiones de orden general ceden ante bienes jurídicos individuales, los valores de la personalidad tienen preferencia respecto de los bienes patrimoniales y la vida o la integridad física constituyen intereses superiores frente a otros bienes individuales como la libertad o el honor[216].

El juicio de preponderancia no se determina por medio de una simple comparación abstracta de los bienes jurídicos en conflicto, sino que, tal como lo establece expresamente la regulación penal, se debe tener en cuenta también la intensidad del peligro que concretamente los amenaza (la relevancia del mal)[217]. Este criterio resulta especialmente útil en el caso de bienes jurídicos que, en abstracto, no presentan mayores diferencias de valor, pues la ponderación de la afectación concreta permitirá decidir si el bien preservado resulta preponderante sobre el afectado[218]. Puede ser incluso que la intensidad del peligro sea también determinante del juicio de preponderancia en los casos en los que el bien jurídico afectado es abstractamente más importante, pero su perturbación es mínima en relación con la grave afectación que se evita del bien jurídico abstractamente menos importante. Así, por ejemplo, una

214 Vid., así, PAWLIK: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 271.

215 Expresan ciertas reticencias a este criterio, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 24; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1479.

216 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 25.

217 Vid., OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 8, n.m. 174; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 699; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1480.

218 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 28.

afectación insignificante de la libertad personal podría estar justificada si con ello se impide, por ejemplo, una afectación patrimonial muy elevada[219]. De lo que se trata es de ponderar los bienes jurídicos en conflicto no sólo en un plano abstracto, sino también desde una consideración concreta.

En caso que los bienes jurídicos en conflicto sean vidas humanas, se discute si se puede llegar a afirmar la preponderancia de preservar más vidas a cambio de sacrificar menos vidas. La respuesta de la doctrina penal ha sido contundente en el sentido de que el bien jurídico "vida" no admite graduación, por lo que no es posible una justificación que atienda a una cuantificación de las vidas preservadas y sacrificadas[220]. Sin embargo, esta regla ha empezado a relativizarse a raíz de la discusión sobre la legalidad de derribar un avión con pasajeros secuestrados por terroristas que piensan utilizarlo para estrellarse en un lugar público, llegándose a postular, desde particulares consideraciones, ciertos supuestos de justificación, es decir, de estado de necesidad justificante[221].

Algunos alegan un estado de necesidad defensivo sobre la base de que los pasajeros del avión están inseparablemente unidos a la fuente del peligro y que, al estar excluida cualquier posibilidad de salvación, se puede derribar defensivamente el avión capturado por los terroristas[222]. Este planteamiento no convence, pues la condición mínima de un estado de necesidad defensivo es una aportación causal al peligro, la cual no existe en el presente caso[223]. Otros han llegado a formular novedosos conceptos como el principio de evitación de masacres o catástrofes masivas[224] o el estado de necesidad trágico[225] para flexibilizar el principio general de la imponderabilidad de las vidas humanas. Pese a las ingeniosas alegaciones hechas al respecto, ninguna llega realmente a justificar el sacrificio de la vida de unos inocentes (los pasajeros) para preservar la vida de otros inocentes (los ciudadanos que son el objetivo del ataque terrorista con el avión secuestrado). Aceptar una justificación obligaría, por otro lado, a imponerles a los pasajeros un deber de tolerar su propia aniquilación, lo que no puede admitirse desde ningún punto de vista jurídico[226].

---

219 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m.28; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 26.

220 Vd., Welzel: *MDR*, 1949, p. 375 y s.

221 Vid., al respecto, Hörnle: *InDret* 2/2010, p. 1 y ss.; Wilenmann: *InDret* 1/2016, p. 2 y ss.

222 En este sentido, Hirsch: *LH-Gimbernat*, p. 1023.

223 Pawlik: *JZ* 2004, p. 1049; Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 50.

224 Vid., Sánchez Dafauce: *InDret* 4/2014, p. 7.

225 Así, Wilenmann: *InDret* 1/2016, p. 40.

226 Lo que explica que Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 51, se vea obligado a sostener, en estos casos, una justificación asimétrica que produce la despersonalización de los afectados.

La falta de justificación no significa, sin embargo, que la decisión de derribar el avión capturado por los terroristas conlleve necesariamente una responsabilidad penal del funcionario público que tomó dicha decisión, pues parece claro que la muerte injusta de los pasajeros debería imputarse, más bien, a los terroristas[227]. A tales fines podría resultar conveniente la afirmación de un estado de necesidad para preservar las condiciones básicas para la existencia del Estado mismo[228], aunque con la puntualización de que se trataría de una situación de inexigibilidad (vid., *infra* capítulo 16).

d. La cláusula de adecuación

El estado de necesidad requiere, por último, que la defensa se ajuste a la llamada cláusula de adecuación, es decir, que se emplee un medio adecuado para alejar el peligro, tal como lo establece el artículo 20 inciso 4 literal b) del CP[229]. En una línea de interpretación coherente consigo misma, los defensores de la ponderación global de los intereses le niegan a esta cláusula autonomía funcional, reduciendo su tarea a una cláusula de control o a un criterio adicional a tener en cuenta en todo el proceso de ponderación[230]. Otro sector doctrinal considera que la ponderación global de intereses no impide que la cláusula de adecuación asuma una función autónoma, concretamente, un segundo nivel de valoración que determina si la ponderación global resulta correcta[231]. Finalmente, cabe mencionar el parecer doctrinal que atribuye a la cláusula de adecuación la función de límite absoluto a la ponderación o cálculo de beneficio[232].

Desde nuestra comprensión del estado de necesidad, es la tercera propuesta de interpretación de la cláusula de adecuación la que debe recibir reconocimiento. La adecuación no es un elemento de juicio que sirva a la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, sino un límite normativo a la lógica utilitarista que informa a dicha ponderación. La cláusula de adecuación parte del reconocimiento del afectado como persona y, por tanto, niega la legitimidad de los actos que producen

227 En este sentido, ROBLES PLANAS: *LH-Mir Puig*, p. 460 y ss.

228 Así, PAWLIK: *JZ* 2004, p. 1051 y ss.

229 Vid., DANNECKER: *Revista penal* 3 (1999), p. 19.

230 Vid., en este sentido, SCHRÖDER: *FS-Eb. Schmidt*, p. 293; LENCKNER: *Notstand*, pp. 70 y ss., 123 y ss; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 85. En la doctrina nacional, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 703, considera incluso que la cláusula de adecuación deviene en vacía de contenido.

231 Vid., en este sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 535.

232 Vid., con distintos matices, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 36; RENZIKOWSKI: *Notstand*, p. 204 y s.; LESCH: *Notwehrrecht*, p. 54, nota 31; PAWLIK: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 255 y ss.; WILENMANN: *La justificación*, p. 600 y ss.

una considerable pérdida de su libertad[233]. En este sentido, una conducta agresiva que busca eliminar o paliar una situación de necesidad no podrá aceptarse bajo ninguna circunstancia si, por su afectación esencial a la dignidad humana, elimina las condiciones mínimas de existencia de los derechos abstractamente reconocidos a las personas. El estado de necesidad justificante sólo puede ser considerado un instituto jurídico si es que la discrepancia de intereses entre las partes en conflicto se soluciona de un modo tal que no suponga acabar con la vinculatoriedad jurídica, sino simplemente confirmarla de una manera más compleja[234].

A partir del sentido que se le asigna a la cláusula de adecuación como un límite absoluto al juicio ponderativo, se niega el carácter de un estado de necesidad justificante a los actos de preservación de un bien jurídico preponderante que no respectan el contenido esencial de la autonomía y la dignidad de la persona humana o que su calificación como justificados llevaría a una situación de violencia estructural. Así, por ejemplo, no puede considerarse una conducta justificada la extracción forzosa de un órgano para salvar la vida de una persona, o la apropiación del paraguas ajeno para impedir que se dañe con la lluvia un abrigo de visón, o el tráfico ilícito de drogas para someter a un familiar enfermo a una operación necesaria para preservar o, en todo caso, aumentar sus expectativas de vida, o la tortura policial a un secuestrador para que confiese en dónde se encuentra retenida la víctima[235]. En tales casos, no existe lógica ponderativa que pueda justificar la realización de las mencionadas conductas.

C. La provocación de la situación de necesidad

En el Código Penal no se establece expresamente el requisito de una falta de provocación de la situación de necesidad, como sucede con la legítima defensa. Sin embargo, algunos podrían seguir el aforismo formulado por Binding de que "*quien se ha puesto en peligro que perezca el mismo*"[236] y con su invocación negarle la cobertura justificante del estado de necesidad a quien ha provocado su propia situación de necesidad. La competencia por la situación de conflicto de los bienes jurídicos recaería sobre quien ha provocado dicha situación a través de un comportamiento responsable precedente. Sobre la base de esta idea, por ejemplo, si el montañista sube a la montaña pese a serle conocidas las advertencias de mal tiempo, no podrá alegar luego un estado de necesidad justificante al momento de romper la puerta de una cabaña ajena para entrar y guarecerse de la helada.

233 Vid., así, Pawlik: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 257.

234 En este sentido, Pawlik: *Der rechtfertigende Notstand*, p. 274.

235 En relación con el caso de la tortura por "razón de Estado", absolutamente en contra, Muñoz Conde: *LH-Mir Puig* (2017), p. 775 y ss.

236 Binding: *Handbuch*, I, p. 778.

La doctrina penal no coincide con el parecer anterior, por lo que afirma una situación de necesidad, aunque el titular del bien preservado haya creado la situación de riesgo para sus bienes jurídicos[237]. En consecuencia, no habrá problema para aceptar un estado de necesidad en casos como el del montañista antes graficado o del suicida que se tira al mar y luego se arrepiente e intenta subir a un barco privado, o del que causa un accidente y huye del lugar para no ser linchado[238]. La situación podría cambiar, sin embargo, si una persona se pone intencionalmente en situación de necesidad con la finalidad de lesionar un bien jurídico ajeno y eludir la responsabilidad penal, alegando una situación de necesidad[239]. En este caso, su actuación no estará justificada, aun cuando sus intereses sean preponderantemente superiores a los sacrificados. La competencia por la situación de conflicto se mantiene en el que se ha puesto en situación de peligro, por lo que no pesará sobre terceros un deber institucional de soportar el sacrificio de sus bienes jurídicos, aunque sean de inferior jerarquía.

D. El deber de soportar el peligro por deberes especiales

Si bien la regulación legal del estado de necesidad justificante no impone expresamente, a diferencia del estado de necesidad exculpante, un deber de soportar el peligro cuando se está en cierta posición especial (como es el caso del bombero, el policía, etc.), la doctrina penal es unánime al reconocer que este deber existe igualmente en el estado de necesidad justificante, por lo que los obligados especiales no podrán alegar un estado de necesidad justificante para evadir el cumplimiento de su función[240]. Sin embargo, debe hacerse la precisión de que las posiciones especiales establecen un deber de soportar el peligro, pero no un deber de sacrificarse o inmolarse, por lo que si se cuenta con una certeza o una alta probabilidad de lesión a los propios intereses, la alegación de un estado de necesidad resultará perfectamente posible también en estos casos[241].

E. El estado de necesidad justificante en los delitos culposos

Del tenor literal del inciso 4 del artículo 20 del CP no se desprende ninguna limitación del efecto justificante del estado de necesidad a los delitos dolosos. Por

237 Así, PAWLIK: *InDret* 4/2015, p. 20.

238 Vid., en este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 51.

239 Igualmente, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 52. Extiende esta posibilidad a los supuestos imprudentes con base en un razonamiento paralelo al de la *actio libera in causa*, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L17/79.

240 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m.55; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 28.

241 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 55. Por su parte, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L17/87, habla de límites al deber de sacrificio derivados del alcance que le confieran las normas jurídicas y lo exigible a cada función. Igualmente, en este último aspecto, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (2010), p. 43.

lo tanto, lo que debe decidir la aplicación de esta causa de justificación a los delitos culposos es más un tema de compatibilidad de estructuras que de prohibición o admisión legal. En la medida que resulta posible que la conjuración de una situación de peligro puede llevarse a cabo por medio de una actuación que puede provocar un resultado lesivo, no debería haber ningún problema para justificar la realización culposa del resultado lesivo[242]. Así, si para preservar la vida de un menor de edad herido se debe practicar una conducción riesgosa que pone en peligro la integridad física de un transeúnte, la producción culposa de una lesión puede quedar justificada por la preservación de la vida del menor.

3. Los actos permitidos por el ordenamiento

A. Fundamento y sistemática

Por razones de seguridad jurídica no podría resultar punible una conducta que el ordenamiento jurídico autoriza[243]. La exigencia de una ausencia de contradicción en el sistema jurídico explica la existencia de la causa de justificación de "*actuar por disposición de la ley*"[244]. Sin embargo, no debe confundirse esta causa de justificación con aquellos casos en los que, desde un principio, no se genera un riesgo penalmente prohibido, pues en tales casos no se presenta una conducta típica justificada por razones excepcionales, sino la ausencia general de una base suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta. Si bien no hay una diferencia cualitativa entre ambos supuestos, pues al final de lo que se trata es de lo mismo (determinar si existe un injusto penal), resulta posible una exposición diferenciada como pasos de un mismo proceso de imputación[245]. La única particularidad de las causas de justificación se encuentra en que su contexto de análisis se hace en el marco de una situación especial de conflicto. En el caso concreto de los actos permitidos por la

242 En este sentido, Silva Sánchez: *ADPCP* 1982, p. 678; Mattos Rázuri: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 66 y s.

243 El hecho que el artículo 20 inciso 8 del CP utilice el término "ley", no debe reducir la interpretación a la ley formal, sino que debe entenderse en el sentido amplio de ordenamiento jurídico. Vid., así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1519.

244 Además de la congruencia del sistema jurídico, Nakasaki Servigón, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 776, incluye el prevalecimiento del orden legal y la ponderación de deberes. Similarmente, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25 (2011), p. 58 y s.

245 Distingue en esta línea el nivel de la tipicidad y la antijuridicidad en los actos por disposición de la ley, Nakasaki Servigón, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 774. Por el contrario, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25 (2011), p. 57, considera que el actuar por disposición de la ley es siempre una causa de atipicidad.

ley, el ordenamiento jurídico autoriza excepcionalmente una conducta que implica afectar bienes jurídicos de terceros de modo típicamente relevante.

Los actos permitidos por la ley se encuentran previstos en el artículo 20 inciso 8 del CP. Las razones por las que el ordenamiento jurídico autoriza por excepción una conducta lesiva de otros intereses, pueden ser muy diversas. Puede ser que el acto dispuesto por la ley se sustente en un interés público predominante sobre los intereses particulares afectados o puede que se le otorgue a un privado la posibilidad de proteger intereses valiosos frente a ciertos casos de injerencia de terceros. En este sentido, pueden incluirse dentro de la causa de justificación de los actos permitidos por el ordenamiento jurídico supuestos muy diversos. Siguiendo el tenor del artículo 20 inciso 8 del CP, la estructura general de los actos permitidos por la ley que tienen virtualidad justificante, puede expresarse en la forma de un derecho (como ejercicio regular de un derecho), una potestad (como actos propios de un cargo u oficio) o un deber (como cumplimiento de un deber)[246].

B. Supuestos de actos permitidos por la ley

a. El ejercicio regular de un derecho

El ordenamiento jurídico puede otorgar excepcionalmente a los particulares ciertos derechos, cuyo ejercicio puede implicar la afectación de otros derechos o intereses de terceros[247]. Si el titular del derecho se mantiene dentro del ámbito regular del ejercicio del derecho otorgado, el hecho lesivo producido no le podrá ser imputado penalmente. En consecuencia, la justificación por el ejercicio regular de un derecho presupone una situación especial de conflicto[248], en el que el titular del derecho pierde competencia penal por los efectos lesivos de su actuación. Hay que destacar que muchas veces el derecho especial reconocido por el ordenamiento jurídico constituye una simplificación legal de una situación de necesidad o la aceptación de una figura muy similar, por lo que no se trata del ejercicio regular de cualquier derecho reconocido por el ordenamiento jurídico a los ciudadanos, sino de supuestos excepcionales en los que el Estado autoriza, por otras buenas razones, una conducta socialmente desvalorada.

Como ejemplo de un supuesto de ejercicio regular de un derecho podría destacarse el caso de los derechos de defensa posesoria y de retención que el Código Civil prevé en sus artículos 920 y 1123 respectivamente. En efecto, en estos casos, el ordenamiento jurídico autoriza al particular a utilizar excepcionalmente, y siem-

246 Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, I, PG, § 13, n.m. 1519.

247 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1530.

248 Vid., Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 790.

pre bajo determinados límites, vías de hecho para la preservación de sus intereses patrimoniales[249]. Por ejemplo, en cuanto a la defensa posesoria, la legislación civil autoriza al poseedor a repeler la fuerza que se emplee contra él o su bien y recobrarlo, si fuere desposeído, dentro de los quince días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Si bien algunos casos de defensa posesoria podrían justificarse con las reglas generales de la legítima defensa, la justificación con esta causa de justificación no alcanzaría a la posibilidad de recobrar el bien. La necesidad de garantizar una confianza mínima en el respeto de los derechos patrimoniales fundamenta esta facultad excepcional otorgada por la ley civil al poseedor de un bien mueble que se extiende incluso a supuestos en los que no hay actualidad de la agresión.

La perspectiva del ejercicio legítimo de un derecho es utilizada también para solucionar la eventual situación de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor[250]. En efecto, conforme al Acuerdo Plenario N° 03-2006, el derecho de información y la libertad de expresión pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad –falsedad o no– de las aludidas expresiones. En el referido acuerdo plenario se procede a precisar cada uno de estos aspectos para poder determinar si el ejercicio del derecho de información o de expresión fue regular y, por lo tanto, justificado en relación con la posible afectación al honor de otra persona.

b. El ejercicio legítimo de un cargo u oficio

Otro supuesto de justificación que se enmarca dentro de los actos permitidos por el ordenamiento jurídico es el ejercicio legítimo de un cargo u oficio. Pese a que los términos "cargo" y "oficio" pueden interpretarse en un sentido amplio que abarquen también las actividades privadas (por ejemplo, el ejercicio profesional)[251], consideramos que más acorde con el sentido de la justificación sería interpretarlos en relación con el ejercicio de potestades públicas (*Amtrechte*). Esta interpretación restrictiva se sustenta concretamente en el hecho de que el ejercicio de una profesión privada, en la medida que se haga conforme a la normativa y estándares de actuación vigentes, constituirá un caso de conducta penalmente irrelevante, es

249 Vid., sobre el empleo de las vías de hecho, Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 793 y s.

250 Vid., Bacigalupo Zapater: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, Núm. 20 (mayo-agosto de 1987), p. 84.

251 Así lo hacen, por ejemplo, Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 801 y ss.; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 114.

decir, que ni siquiera podrá afirmarse la creación de un riesgo prohibido[252]. Por el contrario, en el ámbito de las actuaciones funcionariales u oficiales se contemplan ciertas autorizaciones excepcionales para intervenir coactivamente en ámbitos personales de los particulares[253], como sería el caso de los magistrados, autoridades administrativas o la policía. Estas conductas podrían encajar normalmente en tipos penales como coacciones, secuestros, allanamiento de morada o lesiones, pero que, por razones de interés público, se consideran excepcionalmente permitidas.

El que la causa de justificación del ejercicio legítimo de un cargo u oficio se circunscriba a las potestades públicas no significa que solamente pueda ser invocada por un funcionario público. En muchos ámbitos, al ciudadano se le delega potestades públicas, cuyo ejercicio, conforme a derecho, no podrá acarrearle responsabilidad penal[254]. Un ejemplo de esta posibilidad de delegación es el caso del *arresto ciudadano* regulado en el artículo 260 del Código Procesal Penal. En virtud de este dispositivo legal, todo ciudadano está facultado para arrestar a una persona a la que se le descubre en flagrancia delictiva. Esta privación de la libertad, hasta su entrega inmediata a la Policía, no podrá configurar un delito contra la libertad personal del detenido. La necesidad de asegurar el interés público de que el sospechoso de un delito no rehúya a la investigación, justifica la afectación producida. No hay duda que esta justificación no alcanza a otras lesiones que no sean imprescindibles para efectuar el arresto[255].

Para que el ejercicio del cargo u oficio despliegue el efecto eximente de responsabilidad, es necesario que sea legítimo. Esa legitimidad se alcanza si es que la potestad pública se ejerce en el marco de la legalidad y conforme a las exigencias y usos propios de cada cargo u oficio. Como condición de la legalidad destacan especialmente la competencia objetiva y espacial[256], así como las formalidades legalmente establecidas (por ejemplo, la comunicación previa al afectado, la lectura de derechos, la consulta con su abogado, etc.). En cuanto al ejercicio de las potestades asignadas al cargo u oficio, un punto importante es la proporcionalidad[257]. Queda claro, entonces, que el ejercicio de potestades ajenas al cargo o la extralimitación de las asignadas, no se encontrarán justificadas y podrá generar responsabilidad penal por las lesiones o afectaciones producidas.

---

252 Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, § 43, n.m. 727.

253 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 16, n.m. 1.

254 En este sentido, PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 217.

255 Vid., así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 17, n.m. 27.

256 En este sentido, LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 25, n.m. 85.

257 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 16, n.m. 2.

c. *El cumplimiento de un deber*

c.1) Cuestiones generales

La justificación en el cumplimiento de deberes se presenta cuando la actuación conforme al deber trae consigo la afectación de otros bienes jurídicos[258]. Un sector de la doctrina penal nacional sostiene que el cumplimiento de un deber constituye una causa de atipicidad, pues se trata de un acto jurídicamente correcto, adecuado e incluso obligatorio[259]. De que el cumplimiento de un deber es un acto arreglado a derecho, no hay ninguna discusión. Lo que debe, más bien, definirse es si se trata de una permisión general o si el ejercicio del deber autoriza, en el caso concreto, la afectación a un bien jurídico penalmente protegido. No hay duda que el cumplimiento de un deber que aquí se discute es lo segundo y, por lo tanto, no debe ubicarse analíticamente a nivel de la tipicidad como permisión general de la conducta, sino en la antijuridicidad como permisión excepcional en una situación de conflicto[260].

De conformidad con lo sostenido por un sector de la doctrina penal nacional, el deber cumplido debe tener una necesaria fuente legal[261]. Mientras el obligado se mantenga dentro de lo que le impone el deber legalmente configurado, su conducta de cumplimiento del deber quedará justificada, aunque traiga consigo la lesión de un bien jurídico[262]. Por ejemplo: El cumplimiento del deber del funcionario bancario de comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera las operaciones inusuales o sospechosas detectadas, no le generará responsabilidad penal por el delito de violación del secreto profesional o violación de la intimidad personal, en la medida que se mantenga en lo dispuesto por la normativa de prevención y detección del lavado de activos. Del mismo modo, el testigo que tiene que testificar en un proceso penal no cometerá un delito de difamación si revela que el encausado cometió un delito[263].

---

258 Vid., Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L18/16.

259 En este sentido, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 33 (2012), p. 53; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 335 y s.; Villa Stein: *Derecho Penal*, PG, p. 427; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 349.

260 Así, como una causa de justificación, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1524; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 112.

261 Así, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25 (2011), p. 60. De un deber jurídico y no simplemente moral hablan Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 609; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 112.

262 Vid., Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 33 (2012), p. 52.

263 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1526.

Un punto que debe resaltarse aquí es que la causa de justificación del cumplimiento del deber no se limita a los deberes funcionariales, sino que alcanza a cualquiera al que se le imponga legalmente el cumplimiento de un deber. Pero el que el hecho de que estén englobados los deberes funcionariales, ha llevado a algunos a sostener que no tendría sentido mantener entonces como una causa de justificación distinta el cumplimiento de un oficio o cargo[264]. Este parecer podría suscribirse si el ejercicio de un cargo funcionarial se expresara únicamente en deberes, lo que no es acertado. Del cargo se desprenden también potestades que no son necesariamente equiparables a los deberes, pues pueden consistir en atribuciones respaldadas por la fuerza pública que cuentan con un carácter discrecional dentro de un marco legal regulatorio[265]. Por ello, es absolutamente válido que el Código Penal haya distinguido supuestos distintos de justificación, teniendo en claro que mientras una se aplica a las potestades que no se expresan en deberes, la otra lo será a los deberes funcionariales en sentido estricto.

En relación con la causa de justificación del cumplimiento del deber, cabe abordar el supuesto específico de justificación incluido en la reforma del Código Penal operada con el Decreto Legislativo N° 982 de 22 de julio de 2007. Mediante esta ley de reforma del texto punitivo se incorporó una causa específica de exclusión de la responsabilidad penal, conforme a la cual se justifican las lesiones o muertes causadas por las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en cumplimiento de su deber y en uso reglamentario de sus armas (artículo 20 inciso 11 del CP). En nuestra opinión, esta reforma era absolutamente innecesaria, pues la existencia de una causa de justificación general por el cumplimiento de un deber, hacía ociosa la previsión de una regulación específica referida a los militares y policías[266]. Parece ser que la intención del legislador era dar mayor seguridad a los miembros de las

264 Sostiene que las causas de justificación del cumplimiento de un deber y del ejercicio legítimo de un cargo regulan situaciones idénticas, Carbonell Mateu, en *Comentarios al Código Penal*, Vives Antón (coord.), p. 189 y s. Por el contrario, De la Mata Barranco: *Revistas Jurídica de Castilla y León*, N° 20 (enero de 2010), p. 22, sostiene que se trata de causas de justificación de naturaleza jurídica diferente.

265 Así, García de Enterría: *Curso de derecho administrativo*, T. I, 4ª ed., Madrid, 1983, p. 419: "*es un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido*".

266 En el mismo sentido, Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 113; Villavicencio Terreros/Carrión Díaz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56 (2014), p. 111; Herrera Guerrero: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 74. En la doctrina penal española, Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 618, incluye dentro de la causa de justificación del cumplimiento del deber el caso de los miembros de la fuerzas y cuerpos de seguridad. Por el contrario, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 33 (2012), p. 63, sostiene que se trata de una causa de atipicidad.

fuerzas armadas y policiales para que cumplan con sus deberes de seguridad y protección.

Una nueva reforma hecha por la Ley N° 30151 de 31 de enero de 2014 ha procurado darle incluso mayor flexibilidad a la causal de exclusión de la responsabilidad penal para los miembros de la PNP y militares que hagan uso de armas o de la fuerza, al eliminar del tenor legal el término "*en forma reglamentaria*" respecto del uso del arma y ampliar el uso de los medios lesivos a "cualquier otro medio de defensa"[267]. Estos cambios legislativos no significan, sin embargo, que el ejercicio de la fuerza por parte de estos cuerpos de seguridad estatal sea discrecional, sino que deben mantenerse sometidos a principios generales como la excepcionalidad, proporcionalidad y humanidad, así como a determinados requisitos operativos como la evaluación, la planificación y el control de la intervención[268]. De hecho, la Ley de la Policía Nacional de Perú, Decreto Legislativo N° 1267, establece que es una atribución de los miembros de la PNP hacer uso de la fuerza, de acuerdo a la normatividad vigente, Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, y *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego*, en el marco de los acuerdos adoptados por las Naciones Unidas

c.2) El caso especial de la colisión de deberes

Un caso especialmente problemático de cumplimiento de un deber es la llamada colisión de deberes justificante. Este supuesto tiene lugar cuando existen dos deberes distintos que deben cumplirse, siendo físicamente posible cumplir sólo con uno de ellos[269]. El ejemplo típico que se utiliza para graficar esta situación de conflicto es el caso del padre que ve ahogarse a sus dos hijos y solamente puede salvar a uno de ellos. El ejemplo utilizado no debe llevar, sin embargo, a la falsa comprensión de que la colisión de deberes se produce solamente respecto de deberes de actuar, ya que los deberes en conflicto pueden presentarse bajo la forma de un deber de actuar (mandato) o de omitir (prohibición)[270]. Lo que debe determinarse aquí es en qué casos el cumplimiento de uno de esos deberes levanta la antijuridicidad del incumplimiento del otro deber.

---

267 Vid., Villavicencio Terreros/Carrión Díaz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56 (2014), p. 105 y ss.; Peña Cabrera Freyre: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 58 (2014), p. 66.

268 En este sentido, Villavicencio Terreros/Carrión Díaz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56 (2014), p. 108. Igualmente, Herrera Guerrero: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 75.

269 Vid., con mayores precisiones, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 6; Satzger: *Jura* 10/2010, p. 753; Coca Vila: *La colisión de deberes*, p. 60 y s.; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 33 (2012), p. 57.

270 Algo que ha quedado claro desde Binding: *Handbuch*, p. 759, nota 19.

En un principio, la colisión de deberes fue considerada un supuesto afín al estado de necesidad[271], por lo que el mismo efecto exoneratorio de la responsabilidad penal debía alcanzarse con el criterio de la preponderancia de lo preservado[272]. Si uno de los deberes protegía un interés más importante que el otro, entonces el cumplimiento del más valioso justificaba el incumplimiento del menos valioso. Si los deberes eran de igual jerarquía, entonces le correspondía al obligado finalmente elegir cuál de ellos debía cumplir. La imposibilidad de cumplir con los dos deberes a la vez hace que el cumplimiento del deber omitido no resulte jurídicamente exigido y, por lo tanto, no pueda ser contrario a Derecho[273]. Posteriormente la distinción entre deberes de actuar y deberes de omitir puso en evidencia que el conflicto entre estos deberes debía resolverse con las reglas del estado de necesidad justificante, quedando circunscrita la colisión de deberes a los deberes de actuar[274]. El actual proceso de normativización de las estructuras de imputación ha llevado, sin embargo, al abandono de la diferencia empírica entre acción y omisión, por lo que la ordenación normativa de la colisión de deberes no se hace depender más de la cuestión de si se trata de un conflicto entre deberes de actuar o de omitir[275]. Tal distinción naturalista no tiene incidencia en el tratamiento normativo de la situación de colisión de los deberes[276].

Para un sector importante de la doctrina penal la solución normativa al problema de la colisión de deberes debe alcanzarse con el criterio de la ponderación de intereses[277]. De alguna manera, se mantiene cierto parentesco con el criterio regulativo del estado de necesidad justificante[278]. Bajo este esquema, si un deber resulta preponderante sobre otro, su cumplimiento justificará el incumplimiento del segundo. Si los deberes en colisión tienen la misma jerarquía o son inconmensurables, entonces no se podrá afirmar la preponderancia de uno de ellos, por lo que el criterio de la preponderancia no se podrá utilizar en este caso[279]. La solución que se ofrece es que la conducta que dé cumplimiento a cualquiera de estos deberes será lícita, pues, de lo contrario, nunca se podría actuar lícitamente[280]. La

271 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1506.

272 Binding: *Handbuch*, p. 767 y s.

273 Binding: *Handbuch*, p. 762; Jansen: *Pflichtenkolissionen im Strafrecht*, p. 41 y ss.

274 Vid., Lenckner: *Der rechtsfertigende Notstand*, p. 5.

275 Igualmente, Coca Vila: *La colisión de deberes*, p. 217 y ss.

276 En este sentido, Coca Vila: *La colisión de deberes*, p. 196 y ss.

277 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG § 16, n.m. 26.

278 Vid., Satzger: *Jura* 10/2010, p. 755. En la doctrina nacional, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 33 (2012), p. 56.

279 En este sentido, Satzger: *Jura* 10/2010, p. 754.

280 Así, Welzel: *Das deutsche Strafrecht*, p. 219; Kaufmann, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 152; Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 611; Cuerda Riezu: *La colisión de deberes*, p. 122 y ss.

desaprobación jurídica de una conducta únicamente se podría admitir si el autor tuvo la posibilidad de realizar una conducta correcta (*ultra posse nemo obligatur*). Donde no hay posibilidad de actuar correctamente, sólo cabe censurar al destino y no al ser humano sometido a la situación de conflicto. El que el obligado opte por uno u otro deber para emprender un curso salvador, no puede generarle ningún tipo de responsabilidad, aun cuando subjetivamente se puedan diferenciar los casos (p. e. la edad de los hijos o el policía herido junto con el ladrón herido). No hay preponderancia de un interés sobre el otro, por lo que habrá que sujetarse a la libre elección del actuante[281].

Al criterio de la ponderación de intereses se le ha cuestionado seguir un modelo tópico que lleva a soluciones intuitivas[282]. En la comprensión aquí asumida de la antijuridicidad como la determinación de la competencia penal en una situación de conflicto, no es que se descarte el criterio de la ponderación de intereses, sino que éste se ordena en una teoría general que permite jerarquizar los deberes concurrentes. En la determinación de la competencia penal entran en juego ciertamente consideraciones utilitaristas, pero también criterios de otra naturaleza. Si es que el legislador penal no establece una solución al conflicto[283], la determinación de cuál es el deber cuyo cumplimiento justifica el incumplimiento del otro deber depende de las clases de competencia penal que el incumplimiento del deber generaría. Por un lado, se encuentra la competencia que se alcanza por el ejercicio de la libertad de organización atribuida a todo ciudadano (competencia por organización) y, por el otro, la competencia derivada de la infracción de deberes positivos derivados de una institución social específica (competencia institucional).

Si los deberes concurrentes se desprenden de la libertad de organización atribuida al ciudadano, la competencia penal se determina mediante la ponderación de los intereses en juego. Si el deber cumplido resulta preponderante, entonces el actuante no será organizativamente competente por lo sucedido. Esta preponderancia se puede alcanzar, en primer lugar, por el mayor valor del bien jurídico preservado, por ejemplo: si la persona, a la que su vecino le ha encargado el cuidado de su menor hijo y de su mascota, opta por salvar al primero en un incendio. El juicio de preponderancia debe considerar también la intensidad del ataque y las posibilidades de éxito de la acción de salvamento[284]. Así, aunque los bienes jurídicos que deben preservarse organizativamente sean de igual jerarquía, al que le amenaza un daño

281 Igualmente, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 6; Satzger: *Jura* 10/2010, p. 755.

282 En este sentido, la crítica de Coca Vila: *La colisión de deberes*, p. 232.

283 En cuyo caso, como bien lo precisa Coca Vila: *La colisión de deberes*, p. 313 y ss., habrá que seguir la solución legislativa.

284 Por ello, Satzger: *Jura* 10/2010, p. 755, destaca que la colisión de deberes no se rige solamente por los intereses en juego, sino también por la calidad del deber de actuar.

especialmente intenso o el que tenga mayores probabilidades de preservación, resultará preponderante. De lo expuesto queda entonces claro que el incumplimiento de un deber de naturaleza organizativa quedará justificado si es que el obligado ha cumplido con otro deber de igual naturaleza, pero más importante conforme a un análisis global de la situación. En caso que los deberes concurrentes de origen organizativo sean de igual jerarquía, entonces la decisión del obligado determina su falta de competencia por lo que le suceda al no beneficiado. Sin embargo, debe quedar claro que se encuentra obligado a cumplir con una de ellas y, hecha la elección, el que no resulta beneficiado por la decisión debe necesariamente tolerarla[285].

En caso que concurran deberes de naturaleza institucional, la solución se hace por medio de la jerarquización de los deberes en función de la intensidad de la institución. De una institución fuerte como la familia se derivan deberes preferentes frente a los deberes derivados de instituciones más débiles. En este orden de ideas, el médico que salva la vida de su hijo no es competente por el incumplimiento del deber de atender, en ese momento, a su paciente en una situación de emergencia. Lo mismo cabe decir del que, en un accidente, decide auxiliar a su propio hijo que a otro herido con el que no le une ningún vínculo familiar. No obstante, la lógica ponderativa de los bienes jurídicos comprometidos puede modificar la jerarquización de los deberes institucionales. Así, el que salva la vida de una persona justifica con dicha preservación la omisión del deber institucional de impedir una lesión leve en el propio hijo.

Si los deberes concurrentes tienen una naturaleza organizativa e institucional, no cabe una respuesta unívoca, sino que la solución dependerá de la jerarquización que se pueda hacer de estos deberes. A nuestro entender, esta jerarquización requiere determinar si el deber institucional es de tal intensidad que desplaza al deber *qua* organización[286]. Si el deber institucional es especialmente intenso, como es el caso de las vinculaciones familiares, entonces la competencia penal por el incumplimiento del deber de naturaleza organizativa se levantará por el cumplimiento del deber de naturaleza institucional. Así, por ejemplo, salvar al hijo propio justifica el incumplimiento del deber de salvar al hijo encargado del vecino en un incendio en el que ambos se encuentran. Distinto es el caso si se trata de instituciones débiles como la solidaridad. En tal sentido, el cumplimiento de salvar del incendio al hijo menor del vecino, cuyo cuidado se ha asumido, levanta la competencia institucional de carácter solidario por no haber auxiliado a otro niño que se encontraba también entre las llamas. Lo anterior no quiere decir que la solidaridad siempre deba ceder ante la organización, pues la importancia del bien jurídico protegido

285 En este punto, acertado, COCA VILA: *La colisión de deberes*, p. 461 y ss.

286 PAWLIK: *InDret* 1/2008, p. 16, alude a formas de autovinculación más básicas en las competencias institucionales.

puede asignar mayor jerarquía al deber de solidaridad. Así, el que salva de morir en un incendio a una persona no es competente por no salvar a la mascota del vecino que se tiene bajo cuidado[287].

A la solución propuesta podría reprochársele que el Derecho terminaría ordenando la realización de una conducta injusta o construiría el injusto con una conducta que preserva un bien jurídico. Por ejemplo, si el instructor de natación se percata que un alumno suyo y su esposa se están ahogando al mismo tiempo, la preferencia de la competencia institucional llevaría a aceptar que el Derecho tendría un mensaje prescriptivo que reza: "*debes dejar morir a tu alumno de natación*". Del mismo modo, si la madre del nadador inexperto induce al esposo a salvar a la esposa, terminaría respondiendo penalmente por la muerte de su hijo, a pesar de que su conducta procuró la salvación de un bien jurídico. A tal crítica podría responderse con la idea de que el comportamiento de una persona puede producir diversas consecuencias, unas positivas y otras negativas. Si el Derecho ordena realizar una conducta por sus consecuencias positivas, no podrá alegarse que el Derecho está ordenando la realización de la conducta también por sus efectos negativos. Sostener lo contrario llevaría a aceptar que la norma secundaria que le ordena al juez imponer al autor de un delito una pena privativa de libertad, le ordenaría también a que deje sin alimentos a la familia a la que el delincuente daba sustento. Del mismo modo, si el Derecho ordena salvar a una persona y el obligado se pone en ese momento a hacer una donación multimillonaria a niños pobres, esta acción loable no convierte en positivo el incumplimiento del deber de auxilio. En consecuencia, asumir que las competencias que se sustentan en instituciones sociales elementales sean preferentes a la competencia general por organización no lleva a prescripciones paradójicas, sino que requiere una correcta comprensión del criterio de valoración de las conductas.

Conviene finalmente hacer la precisión de que las reglas de jerarquización de los deberes establecidas no inciden en la relevancia penal de las actuaciones precedentes. Así, por ejemplo, si una persona lanza a un lago a un niño que no sabe nadar y, en ese momento, se percata que su hijo también se está ahogando, el cumplimiento del deber institucional levanta la responsabilidad por el incumplimiento del deber organizativo de sacar del lago al niño que ha lanzado precedentemente. Sin embargo, la creación del riesgo prohibido le es plenamente imputable al padre y, de darse las condiciones para una imputación dolosa (incluida la eventual), no habrá problema para sancionarlo por tentativa de homicidio. Si la imputación subjetiva se queda en la culpa (por ejemplo: asumía que el niño sabía nadar), entonces la imputación de un homicidio culposo no será posible por la falta de imputación

287 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 7.

del resultado. Si bien resulta claro que se ha producido culposamente la muerte de un menor indefenso, también es cierto que se ha preservado otra vida que la sociedad le impone al autor como prioritaria. La solución se tendrá que encontrar en el plano de la reparación civil.

4. Obediencia debida

El artículo 20 inciso 9 del CP establece que quedará exento de responsabilidad penal el que actúa por una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones. Queda claro que la ejecución de la orden debe llevar a un hecho antijurídico, pues, de lo contrario, no cabría plantear una situación de justificación en relación con la actuación del subordinado o destinatario de la orden. El punto de discusión no se ubica, por tanto, en la antijuridicidad de la orden o no, sino en la cuestión de la obligatoriedad de una orden injusta. ¿Puede la ejecución de una orden que lleva a configurar un injusto penal estar justificada porque el ejecutor estaba obligado a cumplirla? La respuesta a esta interrogante requiere precisar cuál es el fundamento para justificar la obediencia dada a una orden antijurídica, lo que, a su vez, permitirá, de ser el caso, establecer los requisitos que se deben reunir para alcanzar tal justificación.

A. Fundamento

Si se asume plenamente el principio de autoridad, no cabrá margen para la negativa a cumplir una orden, aunque el subordinado la reconozca como antijurídica[288]. De alguna manera se le daría preponderancia al cumplimiento obligatorio de las órdenes de la autoridad por sobre el daño que produciría la ejecución de dicha orden, lo que no parece razonable. Las legislaciones modernas no acogen la incondicionalidad de la obediencia, pues exigen la apariencia de legalidad para concederle obligatoriedad a las órdenes expedidas por la autoridad. En nuestro país, por ejemplo, el artículo 5 inciso 2 de la nueva Ley Orgánica de la Policía Nacional establece como un derecho del personal policial no acatar disposiciones que constituyan una manifiesta violación a la Constitución y las leyes. La obligatoriedad de la orden se vincula pues con su apariencia de legalidad o juridicidad, de manera tal que a una orden que se muestre abiertamente como injusta no se le debe ningún tipo de obediencia[289].

El razonamiento precedente lleva entonces a entender que, si la obediencia debida se centra en la apariencia de legalidad de una orden que, en realidad, es in-

288 Lo que Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 11, llama la imposición incondicional de la obediencia.

289 Así, Meini: *Ius La Revista*, N° 37, p. 325; El Mismo, *Lecciones*, PG, p. 355.

justa, entonces se tratará de supuestos de error antes que de justificación. Con esta apreciación habría que estar de acuerdo si el punto de discusión de la obediencia debida residiera en el cumplimiento de una orden antijurídica con apariencia de legalidad. La solución no ofrece mayor dificultad: El ejecutante de la orden actuó bajo la creencia errónea de que realizaba una actuación conforme a Derecho, por lo que no será más que un instrumento en error de la autoridad, la que deberá responder como autor mediato del delito cometido con la ejecución de la orden. Sin embargo, la solución del error no es satisfactoria, si lo que se discute no es el conocimiento de la antijuridicidad de la orden, sino el carácter justificado del cumplimiento obligatorio de una orden injusta. En este sentido, lo que habrá que debatir en la obediencia debida es si puede haber una orden objetivamente injusta que el ejecutante reconoce como tal, pero cuyo cumplimiento obligatorio no resulta siendo antijurídico[290].

Un sector de la doctrina entiende que no hay forma de que el cumplimiento de una orden antijurídica pueda ser considerado una causa de justificación, sino que, a lo sumo, podrá calificársele de una causa de disculpa[291]. No hacerlo así llevaría a transformar lo injusto en justo y se limitaría injustificadamente la posibilidad de que el afectado por el cumplimiento de la orden pueda ejercer, por su parte, una legítima defensa[292]. A este parecer se le objeta, sin embargo, que existen casos en los que, pese a que la orden es antijurídica, su cumplimiento se encuentra justificado. La doctrina penal señala que tal situación se da cuando la orden emitida por la autoridad lleva a una infracción menor[293]. La razón por la que el cumplimiento de la orden debe prevalecer sobre la lesividad de su ejecución está en el aseguramiento de una base mínima para la obediencia a la autoridad[294]. En efecto, si a las órdenes oficiales se les quitase su vinculatoriedad por cualquier defecto o irregularidad acusada por el obligado a cumplirla, se sacrificaría el mínimo esencial del principio de autoridad.

---

290 Niegan esta posibilidad Zúñiga Rodríguez: *Nuevo Foro Penal* 53 (1991), p. 338; Ugaz Heudebert: *La eximente de obediencia debida*, p. 92.

291 Así, la expone como una causa de inexigibilidad, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 644 y ss. Igualmente Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1553, al considerar que lo que hay que determinar es la culpabilidad del subordinado. Críticamente, Meini: *Ius La Revista*, N° 37, p. 332 y ss.

292 Vid., Baumann/Weber: *Strafrecht*, AT, § 21, II, 8a.

293 Similarmente, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 17, n.m. 18. Así, Meini Méndez: *Imputación*, p. 129, señala que cuando las consecuencias de la orden ilícita sean graves e irreversibles (muertes, lesiones, etc.), la funcionalidad y operatividad de la Administración Pública ceden frente a un interés superior.

294 Lo que es, como lo destaca Mc Lean M.: *Themis* 37, p. 210, mucho más necesario en contextos militares.

Lo expuesto hasta ahora permite concluir que el cumplimiento de la orden ilícita emitida por una autoridad competente será preponderante y, en consecuencia, justificará su obediencia, si es que lo que pone ilícitamente en riesgo resulta de escasa gravedad[295]. La justificación se dará, por lo tanto, si es que el aseguramiento de la obediencia a las órdenes se presenta como más importante que aquello que específicamente afecta la orden ilícita emitida. Por ejemplo: Si un soldado recibe la orden de usar una máquina que no puede controlar, poniendo indebidamente en riesgo la vida o integridad de otras personas, la orden no será obligatoria y, por lo tanto, su cumplimiento no podrá alcanzar justificación. Pero si el uso de la máquina solamente genera riesgos materiales de escasa relevancia, primará el cumplimiento de la orden del superior[296].

Resulta pertinente puntualizar, antes de concluir con el presente apartado, que si el destinatario de la orden, pese a su carácter manifiestamente antijurídico, la cumple por miedo o por otros motivos de similar relevancia (por ejemplo, un castigo con varios días de rigor, privado de su libertad), lo único que podría alegarse sería una situación de necesidad o incluso un miedo insuperable, en la medida que el incumplimiento de la orden habría traído consigo una represalia mucho mayor en su contra[297]. En todo caso, tendrá que hacerse la ponderación de los bienes jurídicos comprometidos para determinar si se dan las condiciones para un estado de necesidad o discutir si se ha presentado una situación de inexigibilidad por miedo insuperable que levante la culpabilidad del autor.

B. Requisitos

Del propio tenor del artículo 20 inciso 9 del CP se desprenden los aspectos de la orden que deben específicamente evaluarse para determinar la obligatoriedad de su cumplimiento. Estos aspectos son: a) que se trate de una orden obligatoria, b) que haya sido expedida por un funcionario competente, y c) que se haya hecho en el ejercicio de sus funciones. Veamos cada uno de estos aspectos de manera más detenida.

a. Orden obligatoria

Lo primero que se requiere para admitir un supuesto de obediencia debida es una orden. La exigencia de una orden excluye del ámbito de esta causa de justificación el caso de recomendaciones u opiniones, cuyo seguimiento no es obligatorio. Por otro lado, se ha dicho que no se trata de cualquier orden, sino que debe tratarse de órdenes de carácter público, es decir, expedidas por un funcionario público. En

295 Aceptan la lógica de la ponderación de intereses, SANCINETTI: *Lecciones y Ensayos,* N° 48, p. 267 y s.

296 Este ejemplo es de JAKOBS: *Derecho Penal,* PG, Apdo 15, n.m. 15.

297 Así, UGAZ HEUDEBERT: *La eximente de obediencia debida,* p. 118.

este sentido, las órdenes emitidas por privados en el marco, por ejemplo, de una relación laboral o contractual, no podrán dar lugar a una orden obligatoria en los términos de la causa de justificación aquí analizada[298]. En estos casos, la responsabilidad penal por el cumplimiento de las órdenes de los superiores jerárquicos respecto de particulares deberá determinarse con las reglas generales del principio de confianza y la teoría del error[299].

b. Autoridad competente

La orden obligatoria solamente podrá ser obedecida debidamente si quien la expide es una autoridad competente para dar el tipo de orden que efectivamente se ha dado para ser cumplida. Se trata obviamente de una competencia abstracta, pues ninguna autoridad tiene la competencia concreta para emitir una orden de carácter antijurídico[300]. No será, por tanto, una orden emitida por autoridad competente el caso, por ejemplo, del comisario que ordena al subordinado parar una construcción por carecer el constructor de la licencia de obra. La ausencia del requisito de la competencia de la autoridad constituye un defecto esencial para la justificación de la obediencia debida, por lo que no procederá aplicar ni siquiera la regulación de las eximentes incompletas[301].

c. En el ejercicio de sus funciones

Como tercer requisito, la causa de justificación de la obediencia debida requiere que la orden emitida por la autoridad competente la haga en el marco de sus funciones, lo cual quiere decir no sólo que la expida en su calidad de autoridad competente, sino también conforme a los procedimientos legales previstos. Sin embargo, este encuadramiento de la orden en las funciones de la autoridad competente, no debe entenderse como que la orden tenga que estar conforme a ley, pues, como ya se indicó, la obediencia debida se plantea precisamente respecto de órdenes antijurídicas. Si bien la orden es injusta en su contenido, lo que no lo es, es el cumplimiento conforme a derecho de esta orden injusta por parte del subordinado, en tanto lo que se afecte sea de escaso valor y el mantenimiento de la obediencia sea de suma importancia. En este sentido, dadas las circunstancias mencionadas actuará conforme a ley el subordinado que cumple una orden que emite una autoridad en el marco de sus funciones, aunque la decisión de la autoridad de expedir la orden sea antijurídica.

---

298 Igualmente excluye de la obediencia debida las órdenes en relaciones privadas, Meini: *Ius La Revista*, N° 37, p. 320 y s.

299 Vid., así, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L18/85.

300 Así, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L18/62.

301 Vid., Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L18/64.

Capítulo 16
CULPABILIDAD

I. INTRODUCCIÓN

La culpabilidad es el concepto definitorio de la teoría del delito. "No hay pena sin culpabilidad del autor" (*nullum crimen sine culpa*) reza un principio elemental del Derecho Penal[1]. Sin embargo, el significado dogmático del término "culpabilidad", así como su específica ubicación sistemática en la teoría del delito no son temas resueltos en la dogmática penal, sino que, por el contrario, constituyen tópicos de discusión sobre los que se ha debatido y sigue debatiendo aun incesablemente desde distintas perspectivas y con variados argumentos[2]. Por esta razón, antes de entrar a precisar lo que, a nuestro parecer, es el fundamento de la categoría de la culpabilidad, su contenido y los supuestos en los que queda excluida, resulta conveniente hacer un recuento de las propuestas más importantes que, a lo largo de la historia de la dogmática penal, se han formulado sobre la manera como debe configurarse en la teoría del delito.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

1. La categoría de la culpabilidad

En la medida que la categoría de la culpabilidad relaciona el delito con el autor, su configuración dogmática ha estado siempre vinculada con el concepto de persona como la base teórica mínima sobre la que se define el sujeto respon-

---

1 Vid., Fernández: *Culpabilidad y teoría del delito*, p. 141.

2 De este amplio debate daba cuenta ya Córdoba Roda: *Culpabilidad y pena*, p. 13.

sable. Esto hace que no se pueda renunciar a la idea de persona sin mostrar luego deficiencias al desarrollar la categoría de la culpabilidad o asumir determinados presupuestos antropológicos y luego desconocerlos al momento de determinar la culpabilidad del autor de un delito. Si bien la historia nos muestra momentos en los que tuvieron lugar reacciones punitivas contra animales e incluso objetos, la razón de este proceder podría encontrarse seguramente en la incorrecta atribución de personalidad a estas entidades, con la que se justificaba cierta equiparación con los seres humanos.

Desde finales del siglo XVIII, la elaboración racional de los criterios de determinación de la responsabilidad penal partió de entender el delito como una imputación[3]. De KANT se tomó la idea de que la imputación consiste en el juicio por el que alguien es considerado causante (*causa libera*) de una acción que se denomina hecho (*factum*) y queda sometida a las leyes[4]. Persona es, en este marco conceptual, el sujeto "cuyas acciones son susceptibles de una imputación", lo que, en casos concretos, permite que se le pueda considerar "autor" (en sentido amplio) de una determinada acción y su efecto[5]. En la imputación penal, el juicio de atribución del hecho delictivo al autor estaba claramente sustentado en la esencia moral de la persona como aspecto distintivo frente a otros seres[6]. Así lo confirma la concepción del delito formulada por los penalistas hegelianos, quienes pusieron el énfasis en la actitud interna del autor frente al ordenamiento jurídico en general[7]. Sin embargo, hay que indicar que los presupuestos de la imputación se presentaron en esta comprensión del delito como una amalgama inarticulada[8], en la que no era posible diferenciarlos conceptualmente.

Una primera conceptualización de la culpabilidad en la teoría del delito la realizó Adolf MERKEL, quien, apartándose de la escuela hegeliana, formuló un planteamiento de la imputación penal basada en la psicología empírica y la historia[9]. Definió la culpabilidad como "*el obrar o no obrar antijurídico de una persona que, según los criterios corrientes, constituye a ésta, como tal, en una deuda*"[10]. Esta caracterización de la culpabilidad no le significó, sin embargo, una autonomía conceptual en la construcción teórica del delito, en la medida que culpabilidad era la propia

3 Vid., PÉREZ DEL VALLE: *InDret* 2/2015, p. 2.

4 KANT: *Metaphysik der Sitten*, IV, p. 227.

5 KANT: *Metaphysik der Sitten*, VI, p. 223.

6 En este sentido, BACIGALUPO, S.: *Responsabilidad*, p. 354; GONZÁLEZ RIVERO: *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 124 y ss.

7 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3.

8 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3.

9 Vid., GÜNTHER, Klaus: *Schuld*, p. 5 y ss.

10 Vid., MERKEL: *Derecho Penal*, PG, p. 72.

conducta causal digna de imputación[11]. Por ello, la doctrina penal calificó a la concepción de MERKEL como una tesis unitaria, donde la culpabilidad carece de sustantividad propia y no puede ser formulada como una categoría independiente de la antijuridicidad[12]. La distinción conceptual entre antijuridicidad y culpabilidad tuvo lugar recién con el planteamiento de VON IHERING, en tanto admitió la posibilidad de que el derecho valorara como antijurídica una conducta, pese a la falta de culpabilidad del autor. A la antijuridicidad de la conducta se le dio una tesitura objetiva, mientras que la culpabilidad fue entendida en un sentido subjetivo[13], por lo que resultaba perfectamente posible admitir un "ilícito no culpable", esto es, un hecho objetivamente antijurídico, aunque sin culpabilidad del autor.

Una vez que la culpabilidad adquirió autonomía conceptual, la doctrina penal asumió la labor de discutir cuál es su contenido específico. El tenor moral que se le asignó en la concepción globalizante de los hegelianos, se perdió apenas iniciado el siglo XX con la aparición en escena del positivismo científico que el causalismo se ocupó de desarrollar integralmente en la teoría del delito. En lo que aquí interesa, la visión mecanicista del planteamiento positivista alcanzó a la subjetividad del hecho punible, por lo que la culpabilidad, desligada completamente de la idea del libre albedrío de la persona, pasó a ser definida en términos de una vinculación psicológica entre la voluntad del autor y el resultado lesivo[14]. Dos eran las formas en las que esta vinculación psicológica podía manifestarse: como dolo o como culpa. A esta comprensión de la culpabilidad se le vino a denominar "concepto psicológico de culpabilidad".

La propuesta psicológica de la culpabilidad mostró rápidamente ciertas deficiencias prácticas, siendo una de las más acusadas la insatisfactoria solución teórica que, en estricto, se tenía que dar a los supuestos de culpa inconsciente y de estado de necesidad exculpante[15]. En la culpa inconsciente no era posible encontrar una vinculación psicológica entre autor y resultado con la que poder sustentar la culpabilidad del autor, precisamente por la falta de una representación psicológica del autor. En el caso del estado de necesidad exculpante, en el que el agente actúa para

---

11 Así MERKEL: *Derecho Penal*, PG, p. 72, expresa lo siguiente: "*la culpabilidad no es algo existente al lado de la conducta causal del culpable, algo independiente de esa conducta, algo como formado de una especial materia, sino que es la misma conducta causal, apreciada con arreglo a los criterios dominantes y digna de imputación según estos criterios*".

12 En este sentido, FERNÁNDEZ: *Culpabilidad y teoría del delito*, p. 150 y ss.

13 Vid., las referencias en JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 273.

14 Vid., VON LISZT: *Tratado*, II, p. 375. Al respecto puede consultarse también la exposición de BACIGALUPO, S.: *Responsabilidad*, p. 356.

15 Destaca las limitaciones del concepto psicológico de culpabilidad, WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 139 y s.

preservar bienes jurídicos personalísimos en situación de peligro, se afirmaba, por el contrario, la falta de culpabilidad, pese a que existía una plena vinculación psicológica del autor con el resultado lesivo. Esta situación trajo consigo la necesidad de reformular conceptualmente la categoría de la culpabilidad con la finalidad de poder ordenar de manera satisfactoria los supuestos antes mencionados, lo que significó, al final de cuentas, una sustancial flexibilización de la perspectiva psicológica.

El primero en emprender una reformulación en clave normativa del concepto jurídico-penal de culpabilidad fue Reinhard FRANK. Para este autor, la culpabilidad jurídico-penal no debía estructurarse sobre la base del criterio de la representación psicológica; su configuración dogmática debía llevarse a cabo, más bien, con el criterio normativo de la reprochabilidad[16]. En efecto, conforme a lo sostenido por FRANK, de lo que se trata en la culpabilidad es de responder a la pregunta de cuándo a alguien se le puede reprochar por su comportamiento. Para hacer este reproche no es indispensable una vinculación psicológica, del mismo modo que también es posible la falta de reproche a pesar de la existencia de tal vinculación. Pese al avance que significó la relativización de la perspectiva psicologicista, FRANK reconoció que el concepto de reprochabilidad no tenía un valor en sí mismo, sino que era usado en referencia a lo que se quería caracterizar, es decir, era un concepto con una finalidad simplemente sistematizadora. El reproche tenía lugar en relación con tres aspectos concretos: la imputabilidad, la relación psíquica real o potencial del autor con el hecho en cuestión y la normalidad de las circunstancias en las que el autor actúa[17].

El intento de darle a la reprochabilidad un contenido material vino de la mano del trabajo de GOLDSCHMIDT, quien ubicó el fundamento de la reprochabilidad en la infracción de una específica norma de deber que obliga al autor a disponer su conducta interna del modo necesario para cumplir con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa[18]. La culpabilidad se manifestaría, así, como la falta de motivación reprochable de la voluntad por la representación del deber[19]. El cariz normativo de la culpabilidad se mantuvo con FREUDENTHAL, en tanto hizo descansar el reproche de la culpabilidad en la posibilidad y en el deber del autor de ajustar su actuación a las regulaciones valorativas establecidas por el Derecho[20]. En consecuencia, si circunstancias excepcionales no permitían exigirle al autor la capacidad de resistencia normalmente requerida, entonces no era posible

16 Vid., FRANK: *Sobre la estructura*, p. 39.

17 Vid., FRANK: *Sobre la estructura*, p. 40 y s.

18 Así, GOLDSCHMIDT: *Der Notstand*, p. 17; EL MISMO, *La concepción*, p. 100 y s.

19 Vid., GOLDSCHMIDT: *La concepción*, p. 105.

20 Vid., FREUDENTHAL: *Culpabilidad*, p. 71.

hacerle ningún reproche ético por su actuación[21]. Como puede verse, en todas estas caracterizaciones del reproche que sustenta la culpabilidad existe una concepción implícita de la persona de base ética que trasciende a su constitución empírica[22]. No obstante, hay que indicar que este cambio de perspectiva no trajo consigo el abandono de la visión psicológica de la persona. Lo que hizo, más bien, fue complementar esta base psicológica con una naturaleza ética de la persona fundamentada en el libre albedrío[23].

El abandono de la comprensión psicológica de la persona a nivel de la culpabilidad se produjo propiamente con el finalismo, en la medida que dicha formulación de la teoría del delito remitió lo psicológicamente subjetivo al injusto y dejó en la culpabilidad únicamente los aspectos que conforman el juicio de reprochabilidad (la valoración del objeto)[24]. A la categoría de la culpabilidad se le dotó de contenido a partir de la estructura lógico-objetiva del "poder actuar de otro modo", por lo que el juicio de reproche al autor se le hacía porque no había actuado conforme a Derecho, pudiendo haberlo hecho. No hay duda que en el trasfondo de esta visión de la culpabilidad subyace una comprensión ontológica de la persona[25], en la que la libertad del autor vuelve a ser el fundamento de esta categoría del delito. No obstante, cabe hacer la precisión de que la libertad no se tomó como un dato empírico que debía comprobarse en el caso concreto, sino como una estructura ontológica propia de la actuación de las personas que vincula necesariamente al sistema penal una vez que la asume.

En la segunda mitad del siglo XX hubo una fuerte corriente orientada a quitarle el piso antropológico a las visiones normativistas de la culpabilidad que, en menor o en mayor medida, se estructuraron a partir del libre albedrío del autor. Se alegó la imposibilidad de demostrar empíricamente la existencia de una libertad de la voluntad, tal como lo hizo Engisch en su clásico estudio sobre este tema[26]. Pero este cuestionamiento al fundamento de las visiones normativas de la culpabilidad no trajo como consecuencia una vuelta a la visión psicológica de culpabilidad, sino que dio lugar, más bien, a propuestas que intentaron desplazar el centro de atención de la culpabilidad del acto al autor como fue el caso precisamente de la culpabilidad

21 Vid., Freudenthal: *Culpabilidad*, p. 99.

22 Vid., con mayores referencias, Achenbach: *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 75 y ss.

23 Destaca la presencia de componentes psicológicos en los primeros intentos de reformular la categoría de la culpabilidad con base en la idea de la reprochabilidad, Melendo Pardos: *El concepto material de culpabilidad*, p. 164 y s.

24 Vid., Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 140.

25 Vid., así, por ejemplo, Welzel: *ZStW* 60 (1941), p. 429.

26 Vid., Engisch: *La teoría*, p. 76.

por el carácter propuesta por ENGISCH[27]. Si bien anteriormente MEZGER había optado también por una concepción determinista y destacado en la culpabilidad una referencia mediata a la personalidad del autor (culpabilidad por la conducción de la vida), este importante representante de la escuela neocausalista del delito había mantenido el juicio de la culpabilidad penal en el acto aislado[28].

Pese a los cuestionamientos a la libre voluntad por su falta de constatación empírica, la culpabilidad no ha perdido su referencia al acto (¿libre?) del autor. Pero debe reconocerse que la culpabilidad por el acto ya no es una cuestión que se determine en función de las capacidades o características individuales del autor, sino, más bien, recurriendo a criterios de determinación de raigambre social. En este orden de ideas, la culpabilidad no es más una realidad individual de carácter psicológico u ontológico, sino una categoría socialmente configurada. Así, por ejemplo, ROXIN asume que la libertad es fundamentalmente una atribución social, una aserción normativa, con independencia de si realmente exista o no[29], e incluso desarrolla dentro de la culpabilidad una nueva categoría que se encuentra informada por la necesidad social de pena (la llamada responsabilidad[30]). Como puede verse, la culpabilidad jurídico-penal deja de ser una categoría determinada por capacidades individuales de la persona para ser una construcción dependiente de las necesidades sociales de pena.

En una línea extrema de la configuración social de la culpabilidad se encuentra la concepción defendida por JAKOBS, quien, a partir de la función del Derecho penal de proteger la identidad normativa de la sociedad, desestima abiertamente al sujeto individual con todas sus premisas antropológicas[31]. Persona solamente puede ser aquél que puede realizar comunicaciones en el sistema social y, en concreto, en el Derecho penal[32]. Su libertad es una institución social que no depende de aspectos propios de su individualidad[33]. En este orden de ideas, la culpabilidad jurídico-penal no se sustenta en un reproche al autor individual que realiza el delito, sino en la necesidad de solventar la defraudación de la norma con la imposición de una pena

27 Vid., ENGISCH: *La teoría*, p. 106 y s.

28 Vid. MEZGER: *Tratado*, II, p. 22.

29 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 35.

30 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 26.

31 Vid., así, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 74; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 50 y ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 65 y s.

32 En este sentido, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 72; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 50 y s.; EL MISMO, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 9 y ss.; GONZÁLEZ RIVERO: *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 108 y ss.

33 Vid., PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 282.

a quien se le imputa dicha defraudación[34]. Si el sistema social puede hacer frente a la referida defraudación mediante otro mecanismo (como un tratamiento médico), entonces no será necesario considerarlo culpable de la defraudación y, por tanto, restablecer normativamente la vigencia de la expectativa defraudada.

2. La ubicación de la culpabilidad en la teoría del delito

La doctrina penal mayoritaria entiende que la culpabilidad debe tenerse en cuenta como última categoría dogmática de la teoría del delito, es decir, luego de haber determinado la existencia de un injusto penal[35]. Este parecer actualmente dominante no ha sido siempre tal, pues ya en el sistema de imputación de los hegelianos se entendió la culpabilidad como capacidad de imputación[36], e incluso en el sistema dogmático de BINDING, construido sobre la base de su teoría de las normas, se configuró una categoría similar como capacidad de acción[37]. Ha sido a partir de la concepción naturalista del delito cuando la culpabilidad dejó de ser un presupuesto de la imputación y pasó a constituir, junto con los otros aspectos subjetivos, una categoría analítica del delito al lado del injusto objetivo[38]. La verificación del delito comenzaba con una determinación del hecho y su falta de conformidad con el derecho, y luego se procedía a determinar la relación subjetiva (culpabilidad).

La ubicación sistemática de la culpabilidad no se vio modificada con el posterior abandono de la visión psicológica y su sustitución por una concepción normativa construida sobre la base de un reproche dirigido al autor[39], sino que los intentos de normativización de la culpabilidad mantuvieron intacta su posición como una categoría posterior a la antijuridicidad penal. Las modernas interpretaciones doctrinales se esfuerzan todavía por resaltar el carácter normativo de la culpabilidad, pero no cuestionan en lo absoluto el hecho de que ésta deba establecerse a partir de un hecho antijurídico previamente determinado como tal[40].

---

34 Vid., estas ideas JAKOBS: *Aspekte der Freiheit*, p. 72; EL MISMO, en *Estudios*, p. 385; GONZÁLEZ RIVERO: *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 132 y ss.; LA MISMA, *LH-Bacigalupo* (España), p. 279.

35 Así, expresamente, ARMAZA GALDÓS: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 51, 1993, p. 41.

36 En este sentido, KÖSTLIN: *Grundbegriffe*, p. 131 y ss. Sobre el concepto de culpabilidad en las interpretaciones hegelianas del delito, vid., la referencia a autores de finales del siglo XIX, ACHENBACH: *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 20 nota 6.

37 Vid., BINDING: *Handbuch*, p. 158; EL MISMO, *Normen*, II, p. 102 y s.

38 Vid., sobre este proceder, con mayores referencias, ACHENBACH: *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 24 y s.

39 Vid., así, la formulación normativa de la culpabilidad de FRANK: *Sobre la estructura*, p. 40. De manera general, ACHENBACH: *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 75 y ss.

40 Así, por ejemplo, la concepción de ACHENBACH: *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 229.

Al respecto, debe quedar claro que la culpabilidad no puede constituir una categoría desligada del injusto[41], pues toda imputación penal establece necesariamente una vinculación entre el hecho y el autor[42]. Una determinación del injusto con criterios puramente naturalistas u objetivistas resultaría francamente vana[43], si no se tiene en cuenta al sujeto de la imputación[44]. Esta vinculación funcional entre injusto y culpabilidad no impide, sin embargo, una separación didáctica del proceso de imputación penal, en el que primero se establezca provisionalmente la existencia de un hecho injusto y luego se afirme propiamente su imputación con la determinación de la culpabilidad del autor. Pero tampoco sería rechazable de plano una construcción conceptual del delito que inicie con la categoría de la culpabilidad y entre después a determinar si hay un injusto penal. En la realidad el injusto y la culpabilidad se presentan en una interrelación lógica y conceptual que sólo cabe distinguirlos en un plano puramente explicativo.

El carácter estrictamente didáctico de la exposición diferenciada se confirma por el hecho, constatable en la práctica de los tribunales, de que en los casos claros de ausencia de culpabilidad se entra directamente en el análisis de esta categoría sin discutir previamente si ha habido un injusto penal o no. Por ejemplo: Si el hecho fue cometido por un menor de edad, se pone en evidencia directamente la inimputabilidad para negar la responsabilidad penal sin que previamente se determine si el hecho era antijurídico o no. Por lo demás, puede suceder que ciertos aspectos de la culpabilidad sean incluso lógicamente previos a la propia configuración del injusto penal. Por ejemplo, para determinar si el autor actuó con dolo es necesario que conozca el carácter antijurídico de su proceder. Así las cosas, la sistematización de unos aspectos en la categoría del injusto o en la categoría de la culpabilidad no depende, en estricto, de cómo se expresen en la realidad, sino de las consecuencias dogmáticas que se desprenden de su ubicación sistemática en uno o en otro lugar.

---

41 En el mismo sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 122 y s.; LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, p. 217 y ss.

42 Vid., LESCH: *Injusto y culpabilidad*, p. 8; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *La libertad del Derecho Penal*, p. 33.

43 Sobre esta forma de comprobación en el sistema naturalista del delito fundado por von Buri y von Liszt, vid., ACHENBACH: *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 37 y ss.

44 Precisamente en el tema de la culpabilidad, FREUDENTHAL: *Culpabilidad*, p. 63 y s., se quejaba de la poca consideración que tenían los penalistas al construir sus conceptos frente al uso de los tribunales. El injusto específico del Derecho penal requiere de manera necesaria una persona con capacidad de imputación (GONZÁLEZ RIVERO: *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 122).

III. EL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD

1. El concepto de persona

Como ya se ha dicho, la categoría de la culpabilidad penal debe estar asociada a un concepto de persona que le permita definir al sujeto al que se le imputa el hecho delictivo. Cualquier intento por conceptualizar la culpabilidad penal, por lo tanto, requiere resolver primero lo que se entiende por persona para la imputación penal. La concepción jurídico-penal de JAKOBS acierta al definirla en un contexto social. Pero lo correcto de esta perspectiva no debe llevar a pensar que la persona constituye un simple constructo determinado por las necesidades del sistema social[45]. Ser persona significa sin duda poseer un estatus que hace referencia a la situación social del individuo, pero esta titularidad no depende de una decisión de reconocimiento del sistema social o de sus órganos competentes (Constitución Política, Congreso e incluso tribunales judiciales)[46]. El acuerdo social o a las especiales reglas de constitución de la sociedad no son los que constituyen la personalidad, sino el hecho natural de ser un ser humano[47]. La calidad de persona le corresponde a *alguien* por el hecho de formar parte del género humano[48], por lo que puede decirse que la naturaleza posee, en este sentido, una fuerza normativa[49].

Las afirmaciones precedentes encuentran sustento en el hecho de que el reconocimiento social de la persona se debe a su dignidad. Lo que la hace digna y cualitativamente distinta de los otros seres es que está naturalmente orientada a alcanzar de manera libre su realización en sociedad. De este contenido de la dignidad humana se desprenden sus dos formas de manifestación. Por un lado está la dignidad absoluta de carácter ontológico que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo y que no se encuentra históricamente condicionada[50]. A ningún ser humano se le puede negar socialmente el estatus de persona derivado de la dignidad humana absoluta. Junto a la dignidad absoluta está la dignidad humana relativa de carácter moral, la cual se sustenta en que el ser humano actúa libremente orientado a su realización personal *en sociedad*. Esta actuación práctica de la persona, como puede apreciarse, tiene una clara referencia al contexto social, por lo que su determinación no siempre alcanza en todos los ámbitos sociales un mismo sentido o extensión.

---

45 En este sentido, la crítica de NIETO MARTÍN: *Conocimiento*, p. 150 y s.

46 Vid., así, SPAEMANN: *Personen*, p. 195.

47 En este sentido, con una profunda fundamentación filosófica, SPAEMANN: *Philosophische Essays*, p. 78; EL MISMO, *Personen*, p. 252 y ss., con base en la idea de "reconocimiento".

48 En este sentido, SPAEMANN: *Personen*, p. 264.

49 De una opinión contraria, JAKOBS: *FS-Roxin*, p. 796.

50 Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106.

La incondicionalidad del reconocimiento social de la persona se desprende de la dignidad humana absoluta, mientras que la expresión histórica de la personalidad se corresponde con la dignidad humana relativa. Dado que el reconocimiento de la personalidad tiene lugar en una sociedad concreta, su manifestación se encuentra claramente condicionada por el grado de desarrollo de la sociedad de la que se trate[51]. Pero esto no quiere decir que las consecuencias sociales del reconocimiento de la persona dependan exclusivamente de la constitución de la sociedad correspondiente, sino que las características de la sociedad concreta informan necesariamente la expresión histórica de tal reconocimiento[52]. En la actual configuración de nuestra sociedad, la atribución de sentido a las actuaciones de una persona tiene en consideración ineludiblemente una faceta individual y otra social[53].

A. La individualidad

La individualidad de la persona significa atribuirle libertad y reconocerle la capacidad de expresar esta libertad hacia el mundo exterior mediante acciones[54]. Como puede verse, este componente individual de la culpabilidad se inclina por resolver la eterna disputa filosófica entre el determinismo y el indeterminismo a favor del segundo[55]. Sin embargo, debe hacerse la atingencia de que no se sigue la versión radical del indeterminismo que alcanzaría a los valores y que negaría, por lo tanto, la posibilidad de un orden y de la propia responsabilidad[56], sino, más bien, aquella posición matizada que, dentro de un conjunto de condicionantes de la acción, deja al individuo un margen de indeterminación en cuanto a la decisión de ordenar su comportamiento hacia los valores objetivamente existentes. Desde estas

---

51 Vid., en este sentido, RADBRUCH, en *Der Mensch im Recht*, p. 81, al indicar que "*todo punto de vista material en el Derecho solamente es válido bajo el presupuesto de una determinada situación de la sociedad o un determinado sistema de valores*".

52 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 27, nota 50, sobre la imposibilidad de acceder racionalmente a la esencia del hombre, de manera que hay que conformarse con una imagen del mismo que no es permanente, sino necesariamente histórica, dependiente del medio y del tiempo.

53 En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SESSAREGO: *Ius et veritas* 12, p. 102.

54 Similarmente, KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 208; EL MISMO, *Unrechtsbewusstsein*, p. 102, diferenciando la libertad de acción y la libertad de voluntad. Esta distinción no enerva, sin embargo, que el objeto de referencia de la libertad (jurídica) sea siempre la acción, como lo desataca SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *La libertad del Derecho Penal*, p. 184 y s.

55 Una exposición de la llamada disputa de escuelas (los clásicos y los modernos) en el Derecho penal, vid. en ENGISCH: *La teoría*, p. 58 y ss.

56 Así, correctamente, FEIJOO SÁNCHEZ: *InDret* 2/2011, p. 19.

consideraciones, la libertad no debería entenderse como una libertad frente al valor, sino como una autodeterminación hacia el valor[57].

Al planteamiento precedente se le ha hecho la crítica de que también termina por reducir la culpabilidad a una elección de valores, es decir, a una decisión de autodeterminarse conforme a los valores o dejarse caer en los impulsos contrarios al valor[58]. Tal cuestionamiento no resulta acertado, pues, tal como lo explica Spaemann, debe diferenciarse la voluntad primaria de la secundaria, en donde la primera implica una necesaria determinación al valor, mientras que la segunda ofrece a la persona un espacio libre de juego[59]. En la voluntad primaria, la persona reconoce el bien y se inclina a seguirlo como una pauta de conducta. En la secundaria, ajusta su concreta actuación a la pauta de actuación reconocida a nivel primario. Es, en este segundo ámbito, en el que el individuo decide de manera autónoma y, por lo tanto, no está absolutamente determinado por factores que no dependen de sí mismo.

El rechazo que se hace a un determinismo causal-monista que niega toda libertad al equiparla con los procesos causales[60], no debe llevar a fundamentarla en el mismo plano en el que se mueve esta teoría, pues eso obligaría a tener que comprobar empíricamente la existencia de la libertad de actuación, lo que desde hace mucho se sabe que es imposible[61] y además inadecuado, pues la libertad no es un dato empírico verificable experimentalmente, sino un concepto normativo vinculado al reconocimiento de la persona[62]. Sin embargo, las ciencias empíricas han procurado en los últimos tiempos darle una estocada final a la libertad a través de los estudios de la neurociencia, según los cuales todas las personas están determinadas en sus comportamientos por procesos que no pueden controlar y de los que, por tanto, no se les debería hacer responsables[63]. Así las cosas, el determinismo sería científi-

57 En este sentido, Welzel: *ZStW* 60 (1941), p. 450; Kaufmann, Arthur: *Das Schuldprinzip*, pp. 118, 280 y s.

58 Así, Rudolphi: *Unrechtsbewusstsein*, p. 14 y s.

59 Spaemann: *Personen*, p. 209 y ss.

60 Vid., la crítica al determinismo causal-monista en Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 146 y ss.

61 Acierta en este sentido Rudolphi: *Unrechtsbewußtsein*, p. 9 y ss., al señalar que la determinación de la libre voluntad no puede hacerse de ninguna forma desde las ciencias empíricas. En igual sentido, Sánchez-Ostiz Gutiérrez: *La libertad del Derecho Penal*, p. 183.

62 En este sentido, Spaemann: *Philosophische Essays*, p. 78, que considera que la libertad no es un *factum* verificable, sino que se fundamenta en un recíproco reconocimiento y liberación de seres naturales. En la misma línea, para el Derecho penal, Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 114; Lesch: *Der Verbrechensbegriff*, p. 214, aunque a partir de conceptos distintos de persona.

63 Vid., al respecto, Roth: *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*, *passim.*; Singer: *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, p. 12 y ss.; Prinz, en *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, en Cranach/Foppa (Hrsg.), p. 86 y ss.

camente más plausible que la idea metafísica y no comprobada empíricamente de la libertad de actuación.

El que la neurociencia haya develado cómo tendría lugar la actividad neuronal en el cerebro, no debe llevar a un abandono del reconocimiento de márgenes de libertad del individuo[64]. Si bien es cierto que la actuación de un individuo precisa de una cierta actividad neuronal, esta actividad, por sí sola, no es suficiente[65]. Es evidente que en las actuaciones de un individuo influyen diversos factores que éste no controla, pero eso no excluye la capacidad humana de poder decidir actuar conforme al valor primariamente reconocido. El desarrollo de las ciencias empíricas permite ir precisando cuáles serían esos factores[66], pero no puede pretender negar la experiencia vital de la libertad que se proyecta al exterior en cada actuación[67]. La razón humana descubre la libertad del individuo en su propia naturaleza, lo que no significa tener completamente definido cómo tienen lugar los procesos de decisión individual. Son estos márgenes de actuación lo que las ciencias que estudian la conducta humana deben ir delimitando con mayor precisión, pero no suprimir o sustituir el atributo esencial de la faceta individual de la persona que consiste en su libertad de actuación[68].

Así como no se comparte las interpretaciones deterministas construidas sobre la base de la imposibilidad de comprobación empírica del libre albedrío, tampoco se siguen las posturas agnósticas que formulan la libertad como un aspecto puramente sociológico de "tratar a las personas como si fuesen libres"[69]. Si la premisa básica de

64 Vid., PÉREZ MANZANO, en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), p. 130 y s.; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 1, n.m. 63.

65 Vid., así, PARDO/PATTERSON: *InDret* 2/2011, p. 7

66 Lo que puede ser muy útil para descubrir situaciones, en las que no cabe sustentar una imputabilidad penal, como lo propone CANCIO MELIÁ, en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio/Maroto (coord.), p. 532.

67 Destaca así HIRSCH, en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), p. 51, que el punto de partida de las normas sociales es el autoentendimiento de la persona como libre en sus actuaciones. Este entendimiento no puede ser considerado una ilusión o un autoengaño, como lo ha puesto de manifiesto BURKHARDT, en *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Alcácer (comp.), p. 60 y ss. Críticamente, sin embargo, con esta perspectiva de primera persona FEIJOO SÁNCHEZ, en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), p. 282 y ss.; DEMETRIO CRESPO, en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), p. 26, quien considera que esta percepción subjetiva no es suficiente para la hetero-imputación jurídica.

68 De una pequeña libre voluntad habla HERZBERG: *ZStW* 124 (2012), p. 21. De una "compatibilismo humanista" habla DEMETRIO CRESPO, en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), p. 39.

69 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 35. Críticamente, FEIJOO SÁNCHEZ: *InDret* 2/2011, p.23 y ss.

la imputación penal no es algo cierto, entonces todo el sistema penal no sería más que una suposición. Por esta razón, algunos autores, con la finalidad de dar mayor solidez a la libertad de actuación, la han caracterizado como una atribución social desprendida de todo tipo de referencia antropológica[70]. Si bien cabe coincidir con estas últimas posturas que la libertad constituye un concepto normativo, disentimos en el total abandono de puntos de partida antropológicos para fundamentar dicho concepto. La normatividad del estatus de persona no está determinada por simples condicionalidades sociales[71], sino por su finalidad: la realización individual en sociedad. Y para poder individualizar la actuación de la persona en sociedad resulta indispensable la libertad.

B. La socialidad

La sola individualidad de la persona no basta para determinar la relevancia de su actuación práctica[72], sino que resulta necesario considerar su socialidad, la cual dota a su actuación de un sentido comunicativo específico[73]. Toda actuación de una persona, por el hecho de ser tal, tiene un sentido social[74]. Pero esto no quiere decir que siempre se le atribuya el mismo sentido comunicativo o tenga la misma capacidad de conexión en los distintos ámbitos sociales. Para poder comunicar socialmente se requiere que la actuación de la persona exprese algo necesitado de una

---

70 Así se presenta el pensamiento de Kelsen: *Reine Rechtslehre*, p. 97, en el sentido de una libertad imputada por el orden jurídico, en tanto se considera al hombre sujeto de una imputación jurídica. Similar es la identificación que hace Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 17, n.m. 24; El Mismo, en *Estudios*, p. 392, de la libertad con la autónoma organización de la propia esfera de organización sin la intervención de terceros. En la misma línea, Pawlik: *Normbestätigung*, p. 11, como el producto de un proceso cultural de atribución. Por su parte, Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 154 y s.; El Mismo, *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 95 y ss., intenta explicar el libre albedrío y el "poder actuar de otro modo" a partir del uso del lenguaje ordinario como estructuras elementales de nuestras comunicaciones sociales. Desde el punto de vista del consenso fundamenta la libertad, Günther, K., en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 334, a lo que es muy cercano el planteamiento de Feijoo Sánchez: *InDret* 2/2011, p. 18.

71 Al parecer en esta línea, Piña Rochefort, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 283 y ss.

72 Por el contrario, en la construcción de la culpabilidad penal de Frank: *Das Strafgesetzbuch*, p. 147 y ss., bastaba únicamente la libertad de voluntad y negaba por tanto la culpabilidad si esa libertad no se manifestaba en la acción.

73 Similarmente, Kargl: *Kritik*, p. 137, en el sentido de rechazar una fundamentación de la libertad en una idea abstracta de libertad y la necesidad de vincularla a factores económicos, técnicos e históricos.

74 De otra opinión, Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, p. 60, en tanto el actuar sin culpabilidad es naturaleza, es decir, carece de sentido.

respuesta social específica para el desarrollo o mantenimiento del orden social, esto es, que la persona sea considerada por el sistema social como sujeto responsable[75]. Esta responsabilidad constituye un concepto dependiente de las características de la sociedad en la que la persona se encuentra y actúa[76]. No obstante, la afirmación precedente no debe llevar a entender la responsabilidad como un aspecto basado exclusivamente en la necesidad social de imputar a alguien determinado resultado. La responsabilidad está necesariamente ligada al ejercicio de la libertad personal frente a los demás[77], aunque la forma de responder requiera evidentemente contextualizar socialmente la actuación de la persona.

2. La configuración dogmática de la culpabilidad jurídico-penal

La individualidad y la socialidad de la persona que se acaban de describir de manera sintética proveen, a nuestro modo de ver, la base material para configurar dogmáticamente la categoría de la culpabilidad jurídico-penal. La atribución del hecho delictivo al autor debe llevarse a cabo con criterios que estén informados por ambos aspectos propios de la actuación práctica de la persona: Una individualidad que reposa en la libertad y una socialidad que sustenta la responsabilidad frente a los demás.

La individualidad de la persona no puede reducirse, en el ámbito de la culpabilidad penal, a la simple capacidad del sujeto de representarse o motivarse psicológicamente a actuar. De lo que aquí se trata es, más bien, de ser considerado autor de un suceso externo y, por ello, de acciones propias[78]. Para poder hacer esto, lo decisivo no es verificar si el sujeto se representó lo que externamente hizo o si actuó en una situación de normalidad motivacional, sino si el suceso que se considera un hecho delictivo puede ser considerado una obra suya. Esta labor requiere ineludiblemente partir del presupuesto antropológico de la libertad de la persona[79], pues

---

75 Vid., en este sentido, VAN DER VEN, en *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), p. 33. Como lo pone de relieve LESCH: *Injusto y culpabilidad*, p. 8: "(...), pues libertad sin responsabilidad no es una libertad *personal* verdadera, sino pura arbitrariedad *subjetiva*" (las cursivas son del original).

76 En este sentido, KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 83 y s.; GÜNTHER, en *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Alcácer (comp.), p. 100 y s. De una opinión distinta, WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 143, en tanto entiende que el hombre es responsable ya en un plano existencial.

77 Similarmente, KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 208: "*La persona está orientada a su autorrealización y ella decide libremente sobre los objetivos de sus acciones y responde por sus acciones*".

78 Como lo precisa SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *La libertad del Derecho Penal*, p. 30: "*Gracias a la imputación hablamos de acciones*".

79 Sobre la importancia de la antropología filosófica como fundamento para la comprensión de la constitución espiritual del hombre, vid., WELZEL: *ZStW* 60 (1941), p. 429. Igualmente

toda imputación, incluida la penal, precisa de una libertad originante (*causa libera*) que convierte el suceso imputado en una acción del sujeto de la imputación.

En la actualidad la doctrina penal se muestra reacia a construir la culpabilidad penal a partir del dato antropológico de la libertad. La razón de ello sería el prejuicio del positivismo científico, aún hoy existente, de reducir la dignidad de la ciencia solamente a las que utilizan el método descriptivo-experimental para alcanzar u ordenar el conocimiento. Hoy debería quedar claro que seguir con una visión así constituye una reducción irrazonable del universo científico. Por ello, no debería haber ninguna dificultad para admitir científicamente la libertad como un dato derivado de la comprensión del orden social. Sin la atribución de libertad al autor no es posible fundamentar la imputación del hecho delictivo como propio. En tanto el Derecho penal se ocupa de la actuación de las personas, la culpabilidad jurídico-penal sólo podrá tener lugar si se considera que la individualidad de la persona le otorga la capacidad de manifestar libertad en sus actuaciones[80].

La importancia de la libertad para la imputación penal no debe llevar a la errónea conclusión de que la culpabilidad debe sustentarse únicamente en la individualidad. Para llevar a cabo un proceso de atribución de sentido conforme a las características del sistema social correspondiente es necesario tener en cuenta también la socialidad de la persona. En este sentido, la configuración de la culpabilidad jurídico-penal no puede estar referida únicamente a la capacidad de la persona de poder manifestar libertad en sus actuaciones, sino que requiere además la presencia de una responsabilidad[81], lo que quiere decir que el sistema social necesita, para el mantenimiento de su identidad, *responder* ante el sentido atribuido a la actuación de la persona, esto es, la negación del orden social[82]. Este orden social está expresado en cada sociedad en atención a sus propias instituciones y bajo la forma de roles asignados a cada una de las personas involucradas. Cuando una persona infringe

---

este reconocimiento a partir de la dignidad de la persona constitucionalmente reconocida, Nieto Martín: *Conocimiento*, p. 33; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 12, n.m. 22. De una opinión contraria sobre la necesidad de entrar en estas cuestiones antropológicas, Jakobs, en *Aspekte der Freiheit*, pp. 71, 80; El Mismo, *Derecho Penal*, PG, Apdo 17 n.m. 23; El Mismo, en *Estudios*, p. 392.

80 Similarmente, van der Ven, en *Schuld und Verantwortug*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), p. 37 y s. En la doctrina nacional, Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 84.

81 Un concepto de responsabilidad que, como se verá, no tiene coincidencia con la categoría de la responsabilidad de Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 3.

82 El concepto funcional de culpabilidad se centra precisamente en este aspecto. Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 17, n.m. 22; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 63; El Mismo, *ADPCP* 1989, p. 646; Lesch: *Intervención delictiva*, p. 27 y ss.

libremente el rol asignado, el sistema jurídico-penal requiere dar una respuesta comunicativa para mantener el orden social alterado.

Tanto la individualidad como la socialidad necesarias para poder sustentar una imputación penal se alcanzan con la atribución del estatus de ciudadano a la persona. En el plano del poder, sólo el ciudadano puede organizarse libremente en sociedad y únicamente a él se le reconoce la capacidad de cuestionar con su actuación el orden normativo vigente en la sociedad[83]. La culpabilidad jurídico-penal presupone, pues, la capacidad individual del ciudadano de cuestionar la identidad normativa esencial de la sociedad a través de la libre infracción de los roles jurídicamente atribuidos. En el plano del deber, al ciudadano le corresponde una obediencia a las normas legítimamente aprobadas, lo que fundamenta la exigencia de una fidelidad al Derecho en sus actuaciones (persona de derecho)[84]. Con base en estas ideas, puede decirse que, en términos materiales, el autor del delito será culpable penalmente por su falta de fidelidad al Derecho puesta de manifiesto con la libre infracción de los roles jurídicamente atribuidos[85].

IV. EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

Desde el finalismo la doctrina penal coincide, en términos generales, en señalar que la categoría de la culpabilidad, entendida como un juicio de reproche, está compuesta por tres elementos: La imputabilidad (la capacidad de culpabilidad), el conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el elemento intelectual de la reprochabilidad) y la exigibilidad de otra conducta (el elemento volitivo de la reprochabilidad). De estos tres elementos de la culpabilidad es el referido al conocimiento del carácter antijurídico del hecho el que sufre en nuestra exposición una

---

83 JAKOBS: *Sobre la normativización*, p. 50, destaca en el ciudadano su competencia para poder intervenir en asuntos públicos. De modo más vinculado a la teoría del discurso, GÜNTHER: *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 245 y ss., se refiere a las personas deliberativas, es decir, que pueden participar en las interacciones sociales como un igual, criticar las conductas propias o ajenas, y tomar posición en los procedimientos democráticos. Considera necesario dar un mayor contenido al estatus de ciudadano por encima de su mera participación en los procedimientos democráticos, PAWLIK: *Ciudadanía y Derecho penal*, p. 36 y ss., bajo la forma de un deber de cooperar con el mantenimiento del estado de libertad.

84 Así sobre la necesidad de validar la expectativa de fidelidad al derecho en una culpabilidad material entendida como falta de fidelidad al Derecho, MAÑALICH: *Revista de Estudios de la Justicia,* N° 6 (2005), p. 65 y s.

85 La idea de la falta de fidelidad al derecho como expresión de una culpabilidad material es sostenida en la doctrina penal actual con matices distintos. Por mencionar dos posiciones destacables: JAKOBS, en *Estudios*, p. 365 y ss., en relación con normas que son legítimas por permitir el libre e igual desarrollo de todos; KINDHÄUSER: *RPDJP* 1, p. 171 y ss., sobre la base de un déficit de lealtad comunicativa.

especial modificación de contenido, pues, tal como se expuso en el capítulo que se ocupó de la tipicidad subjetiva, dicho conocimiento debe tenerse en cuenta ya para afirmar la existencia del dolo. A nivel de la culpabilidad se exige únicamente el conocimiento referido a la regulación jurídico-penal.

1. La imputabilidad

La imputabilidad penal se sustenta en la capacidad de una persona para poder responder jurídicamente por sus acciones y, por lo tanto, recibir imputaciones penales[86]. Dado que esta situación es predicable de todos los ciudadanos, la imputabilidad es expresión del principio de igualdad[87]. En nuestro sistema penal la capacidad de recibir imputaciones penales empieza a partir de los 18 años[88], cuando la persona adquiere plena capacidad de ejercicio. No se trata de un dato ontológico[89], sino de un aspecto determinado socialmente en función del momento en el que, se estima, la persona adquiere la madurez suficiente para poder sopesar sus actuaciones[90]. Pero, por otra parte, no basta con ser mayor de edad para ser penalmente imputable, sino que es necesario que la persona esté en pleno uso de las facultades físicas y mentales, de manera tal que pueda percibir adecuadamente la realidad, comprender el orden social y determinarse conforme a esta comprensión. Una persona es penalmente imputable únicamente bajo estas condiciones.

El requisito de la mayoría de edad para la imputabilidad penal constituye un estado permanente que no admite graduaciones ni diferenciaciones, sin perjuicio de la disminución de la pena en el caso de la imputabilidad restringida (artículo 22 del CP). La situación se presenta distinta para la salud física y mental, en la medida que no se requiere necesariamente de un nivel óptimo, ni tampoco que esta condición de la salud sea permanente. En efecto, para la imputabilidad penal resulta necesario solamente que el autor cuente al momento del hecho con las capacidades de percepción, de comprensión y de determinación que le permitan evitar la realización del injusto penal. Por lo tanto, la merma en alguna de estas capacidades que no le impida aún actuar conforme a Derecho, no excluirá la imputabilidad penal,

86 Vid., Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 85.

87 En este sentido, Jakobs: *Derecho penal*, PG, Apdo 17, n.m. 48. En la doctrina nacional, Caro John: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 18; Montero Cruz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 143.

88 Así, como una presunción de la capacidad de actuar culpablemente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1663. Por el contrario, mediante una lectura que integra la legislación de menores, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 145 y s.; Montero Cruz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 137 y ss., sostienen que la imputabilidad se alcanza, en realidad, a partir de los 14 años.

89 En este sentido, Montero Cruz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 141.

90 Así, Limay Chávez/Sánchez Córdova: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 103 (2018), p. 76.

aunque podría ser considerada a efectos de disminuir la culpabilidad. Por otro lado, la existencia de momentos en los que el autor pierde alguna de las capacidades mencionadas no debería afectar la imputabilidad respecto de un injusto realizado en un momento en el que contaba con dichas capacidades, pues cuando actuó era propiamente un sujeto imputable[91].

La imputabilidad puede verse disminuida y provocar, por tanto, una situación especial en la culpabilidad del autor que justifique la atenuación de la pena al momento de ser individualizada[92]. No es que el sujeto pierda la capacidad de recibir imputaciones penales, sino que concurren factores que, sin impedirle caer en cuenta sobre lo que está haciendo, no le permiten realizar una completa ponderación de las consecuencias de su proceder. En estos casos, por lo tanto, el sujeto es penalmente imputable, sólo que se encuentra en una situación tal que se reduce la severidad del juicio de reproche de culpabilidad. Esta disminución del reproche puede tener lugar tanto en el componente de la edad, como en el componente de la salud física y mental.

A. La imputabilidad restringida

En el caso de la edad, el artículo 22 del CP establece una imputabilidad restringida para los mayores de edad hasta los 21 años y para los que tienen más de 65 años[93]. Esta disminución de la pena se apoya en la idea de que la madurez plena se alcanza progresivamente y que también se empieza a afectar con el pasar de los años[94]. El juez penal puede, en tales casos, reducir prudencialmente la pena legalmente prevista para el delito cometido. Conforme al Pleno Jurisdiccional de Iquitos de 1999 (tema 4, acuerdo primero), los jueces acordaron, por mayoría, que esta circunstancia de atenuación de la pena es facultativa (por lo que requiere siempre de un análisis en el caso concreto) y opera a partir del mínimo legal de la pena

91 Lo que es independiente del problema de si se encuentra en condiciones de poder enfrentar un juicio penal (artículo 76 del CPP).

92 Vid., Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 13, n.m. 35; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1726, aunque destacando que no se trata de una categoría intermedia entre imputabilidad e inimputabilidad, sino de supuestos de imputabilidad que aceptan una atenuación de la pena.

93 Vid., Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 146 y s.; Cruz del Carpio: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 151; Casiano Ortiz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 167; Díaz Lazo: *Actualidad Penal* 30 (2016), p.73.

94 Vid., Limay Chávez/Sánchez Córdova: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 103 (2018), p. 76 y s.; Córdova Rosales: *Actualidad Penal* 51 (2018), p. 52. Por el contrario, Jiménez Herrera: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 28, sostiene que en el caso de los mayores de 65 años lo que se busca es que por humanidad estas personas no terminen muriendo en la cárcel.

hacia abajo (lo que quiere decir que el marco penal mínimo del delito cometido se convierte en el nuevo marco penal máximo)[95].

Por modificaciones posteriores al artículo 22 del CP, impulsadas por razones de lucha contra la inseguridad ciudadana, se establecieron supuestos de exclusión de la atenuación de la pena por imputabilidad restringida[96]. Actualmente esta exclusión se produce cuando el agente ha incurrido de forma reiterada en delitos de homicidio o lesiones graves culposos, cuando el agente ha cometido el delito como un integrante de una organización criminal o cuando se trata de delitos especialmente graves (violación sexual, homicidio calificado, feminicidio, sicariato en sus diversas modalidades, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la patria y, en general, los delitos sancionados con una pena no menor de 25 años o cadena perpetua)[97].

La decisión legislativa de establecer excepciones a la imputabilidad restringida fue criticada duramente por la doctrina penal por afectar el principio de igualdad[98]. Esta crítica ha motivado que la Corte Suprema de la República haya decidido por Acuerdo Plenario N° 4-2016 la inaplicación de dicha restricción por constituir una discriminación no autorizada constitucionalmente, en la medida que la disminución de la pena por la edad no está en función de la gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano[99]. No obstante, la Sala Penal de Derecho

---

95 Vid., la referencia, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 608. En el mismo sentido, se ha pronunciado sobre el carácter facultativo de esta atenuante el Tribunal Constitucional como lo informa Cruz del Carpio: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 156 y s.

96 Vid., la evolución legislativa de las excepciones a la aplicación de la imputabilidad restringida, Casiano Ortiz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 171 y s.; Díaz Lazo: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 70 y s. Vid., anteriores reformas legislativas en el mismo sentido, Jiménez Herrera: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 26. Destaca críticamente la utilización del argumento de la inseguridad ciudadana para la ampliación de las excepciones, Bermeo Cevallos: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 37.

97 Vid., Caro John: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 16 y s.

98 En este sentido, Caro John: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 23; Jiménez Herrera: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 31; Bermeo Cevallos: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 46 y s. También se le criticó a esta excepción ir en contra del principio de proporcionalidad como lo manifiesta Hinostroza Pariachi, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 857 y ss. en el comentario que hace a la Casación N° 335-2015-Del Santa. Una violación al principio de humanidad le achacan también Jiménez Herrera: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 29 y s.; Córdova Rosales: *Actualidad Penal* 51 (2018), p. 63.

99 Vid., al respecto, Montero Cruz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 146; Cruz del Carpio: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 163 y ss.; Casiano Ortiz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 174; Limay Chávez/Sánchez Córdova: *Gaceta*

Constitucional de la Corte Suprema no ha seguido en sus últimos pronunciamientos el criterio de la inaplicación por violación de la Constitución, sino que se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad de las excepciones a la imputabilidad restringida[100]. Con la Casación N° 1672-2017-Puno la Corte Suprema ha establecido que los tribunales penales deben seguir por razones de especialidad, temporalidad y favorabilidad el criterio de interpretación establecido en el Acuerdo Plenario N° 4-2016.

Al respecto, consideramos que la crítica a las excepciones del artículo 22 del CP ha caído en un saco común que juega en contra de la correcta percepción del problema y que ha influido erróneamente en la opinión de las Salas Penales de la Corte Suprema. Debe recordarse que la atenuante por imputabilidad restringida es facultativa[101], por lo que no es de aplicación general, sino que el juez verá en qué casos realmente se puede sostener una disminución de la imputabilidad de los mayores de 18 a 21 años y mayores de 65 años. Si en un caso concreto el juez considera que no se presenta tal situación de disminución, la inaplicación del artículo 22 del CP en lo absoluto significa una violación del principio de igualdad. La pregunta que, en este contexto, cabe hacerse es si el legislador puede, por la gravedad de ciertos delitos o su comisión reiterada, decidir, de manera general, que un imputable restringido no pueda dejar de ponderar el real sentido de su actuación y ser, por lo tanto, un imputable pleno. Personalmente considero que esto es perfectamente posible, por ejemplo, en el caso de delitos graves como el asesinato o la violación de un menor de 14 años, o en la comisión reiterada de homicidios culposos[102]. En consecuencia, lo que, al final, ha hecho la Corte Suprema con el Acuerdo Plenario N° 4-2016 no es preservar el principio de igualdad, sino que sea el juez el que decida caso por caso la aplicación de la atenuante, negando la capacidad del legislador de poder decidir su inaplicación general en determinados supuestos.

B. La semi-imputabilidad

En el caso de la salud física y mental, la disminución de la imputabilidad puede tener lugar en razón de algún padecimiento o situación especial que, sin negarle

---

Penal & Procesal Penal 103 (2018), p. 78. El pleno siguió la posición expuesta por Caro John, *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 15 y ss.

100 Así, la Consulta N° 1618-2016 de 16 de agosto de 2016 y la Consulta N° 13848-2016-Huara de 10 de enero de 2017. Vid., al respecto, Córdova Rosales: *Actualidad Penal* 51 (2018), p. 60 y ss.

101 Así lo destaca Hinostroza Pariachi, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 863 y s.

102 Vid., el conocimiento pleno del sentido de delitos nucleares Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 148; Díaz Lazo: *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 76 y s.

al autor la capacidad de percibir, valorar o actuar conforme a sus valoraciones, le afecte sustancialmente y, por lo tanto, acerque su estado al de un inimputable[103]. El artículo 21 del CP admite precisamente la posibilidad de que las situaciones de inimputabilidad no se den plenamente, autorizando al juez, de producirse una disminución sustancial de la imputabilidad, a atenuar la pena por debajo del mínimo legal previsto para el delito correspondiente. El Acuerdo Plenario de Iquitos de 1999 precisa que esta regulación atenuatoria de la pena no es facultativa, sino que es de aplicación obligatoria por parte del juez (acuerdo 4)[104].

2. El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal

A. Contenido

Luego de que el finalismo trasladara el dolo natural al ámbito del injusto, en la categoría de la culpabilidad se dejó el conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el llamado *dolus malus*). El acierto de esta inclusión empezó, sin embargo, a ponerse en tela de juicio en el ámbito del Derecho penal no convencional (por ejemplo, en los delitos económicos), por lo que un sector importante de la doctrina penal consideró conveniente aplicar, en este ámbito de la criminalidad, criterios similares a los establecidos por la teoría del dolo, esto es, requerir para la imputación dolosa también un conocimiento efectivo de la antijuridicidad del hecho[105]. Esta propuesta no sólo ha sido acogida con una frecuencia cada vez mayor, sino que también se ha visto conveniente tenerla en cuenta, en general, para todas las formas de criminalidad.

La teoría del delito es entendida como una teoría de la imputación penal, en la que el injusto y la culpabilidad se encuentran funcionalmente vinculados, siendo sólo razones expositivas las que permiten una diferenciación conceptual. En el análisis del injusto penal, se trabaja con una categoría provisional que permite imputar el hecho a una persona. Esta imputación no sólo debe cumplir con ciertos requisitos objetivos, sino que debe tener también una base subjetiva. La vertiente subjetiva del injusto no se limita, como ya se vio, a una imputación de conocimiento de la realización de un determinado suceso, sino que debe incluir también su carácter penalmente relevante. En consecuencia, el conocimiento de la antijuridicidad del

103 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 33; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 27, n.m. 2.

104 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 608.

105 En este sentido, Lange: *JZ* 1956, p. 73 y s.; Kaufmann, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 168 y ss.; Hardwig: *ZStW* 78 (1966), p. 21; Baumann/Weber/Mitsch: *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 41; Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen*, pp. 281 y ss., 327; Weber: *ZStW* 96 (1984), p. 391 y ss.; Muñoz Conde, en *Hacia un Derecho penal*, p. 281 y s.

hecho constituye un aspecto que debe determinarse en el injusto penal y no propiamente en la culpabilidad. La pregunta obligada será entonces: ¿Qué queda del conocimiento en el ámbito de la culpabilidad?

La culpabilidad se sustenta en el reproche hecho al autor por su falta de fidelidad al Derecho como consecuencia de una actuación que expresa, al margen de los procedimientos democráticos, un sentido comunicativo crítico frente al ordenamiento jurídico-penal[106]. La expresión de esta posición crítica presupone que el autor haya contado con el conocimiento de la normativa penal a la que debería haber ajustado su actuación[107], pues de lo que no se conoce, difícilmente se puede expresar algo. Ese conocimiento no debe entenderse como un conocimiento psicológico actual, sino como una imputación que precisa, como presupuesto básico, de un acceso cognitivo al ordenamiento jurídico-penal. Sobre la base de ese acceso cognitivo a la regulación penal, el autor estará en capacidad de enjuiciar suficientemente dicha regulación y orientar adecuadamente su actuación. Si contó o no con la disposición de conocer el ordenamiento jurídico-penal es un tema absolutamente irrelevante en términos normativos[108].

Al momento de determinar la existencia de un injusto penal (provisional), se parte de la idea de un sujeto con acceso cognitivo al ordenamiento jurídico, por lo que lo único que se tematiza en dicho nivel de análisis del delito es si el autor enjuició correctamente la relevancia jurídico-penal de su comportamiento concreto. Por el contrario, a nivel de la culpabilidad lo que se discute es si realmente tuvo la capacidad general de conocer y valorar suficientemente el ordenamiento jurídico-penal[109]. Se trata concretamente de determinar si el autor contó con las condiciones

106 Vid. MANSO PORTO: *Desconocimiento*, p. 21 y s. No se debe entender el conocimiento del ordenamiento jurídico como un conocimiento pleno de todo el conjunto de dispositivos jurídicos, sino como un orden de valores que permiten el desarrollo de la persona en sociedad, (vid., similarmente, SCHMIDHÄUSER: *FS-H. Mayer*, p. 329).

107 Similarmente, MANSO PORTO: *Desconocimiento*, p. 9 y ss.; FRISCH: *LH-Mir Puig* (2017), p. 575. Así lo exige también la Casación N° 436-2016-San Martín, Considerando Décimo Quinto.

108 Como lo ha puesto de manifiesto JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 9; EL MISMO, *ZStW* 107 (1995), p. 848 y s., el ordenamiento jurídico no puede abandonarse a un acto de voluntad de conocimiento de las normas jurídicas. De la misma opinión, LESCH: *JA* 1996, p. 351.

109 Esto explica también por qué un sector importante de la doctrina penal considera la clásica inimputabilidad como déficit que afecta también la conciencia sobre el injusto; vid., así, WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 153; KAUFMANN, Armin: *FS-Eb. Schmidt*, p. 322; GROTEGUTH: *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 22. Sostienen, por el contrario, la necesidad de una diferenciación conceptual entre los supuestos de error de prohibición y los casos tradicionales de inimputabilidad, KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 68 y s.; RUDOLPHI: *Unrechtsbewusstsein*, p. 170 y s.

mínimas de socialización como para poder acceder cognitivamente al ordenamiento jurídico-penal, del mismo modo que la imputabilidad exige la presencia de ciertas condiciones mínimas de carácter físico, mental y de madurez emocional.

La opinión precedente podría ser cuestionada en el sentido de si resulta razonable discutir primero en el injusto si el autor conoció el carácter antijurídico de su actuación, procediendo después, a nivel de culpabilidad, a determinar recién si el autor contó con un acceso cognitivo al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, a los criterios para poder evaluar la antijuridicidad de su comportamiento. A ello habría que responder que, como ya se ha señalado, la distinción entre injusto y culpabilidad es puramente explicativa y que, en la realidad, ambos aspectos se hayan funcionalmente imbricados. La distinción conceptual de los elementos del delito no significa que injusto y culpabilidad se presenten en la realidad separados y en una sucesión lineal. Así, por ejemplo, si un niño de dos años rompe un jarrón valioso, su imputabilidad debe llevar a solucionar el caso directamente sin entrar en la cuestión de si ha realizado el injusto doloso del delito de daños.

La pregunta que podría suscitarse es por qué dejar algo del conocimiento del autor en la culpabilidad y no trasladarlo todo al injusto, dando lugar así a una unificación del tratamiento del error como supuesto de exclusión del conocimiento. Al respecto hay que responder señalando primeramente que existe una razón legal que se opone a ello, pues el artículo 14 del CP establece una regulación diferenciada del error, lo que obliga a mantener el conocimiento en niveles analíticos distintos. En segundo lugar, hay que indicar que la regulación legal establece consecuencias jurídicas distintas, por lo que habrá que determinar, en función de las consecuencias legales, los ámbitos que entran en uno u otro error. Al respecto debe tenerse presente que el artículo 14 del CP prevé en el caso del llamado error de prohibición vencible la imposición de una sanción penal como delito doloso atenuado. Sin entrar a discutir la razonabilidad de la regulación legal prevista, este supuesto debería limitarse a los casos de *imprudentia iuris*, es decir, de desconocimiento evitable del ordenamiento jurídico-penal.

B. La determinación del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal

Para poder decidir cómo se configura el elemento del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal, no se necesita de teorías epistemológicas[110], ni psicológicas[111], sino que tal elemento de la culpabilidad constituye también una imputación.

110 Muestra las limitaciones de una teoría del conocimiento para explicar y justificar el concepto jurídico-penal del error, Gössel: *Bedeutung des Irrtums*, p. 8 y s.

111 Entiende el conocimiento del hecho a partir de un presupuesto psicológico para un juicio de culpabilidad, Rudolphi: *Unrechtsbewusstsein*, p. 33. Crítico ante esta perspectiva, Groteguth: *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 34.

Si se aprecia detenidamente, podrá comprobarse con facilidad que los tribunales no verifican si el procesado ha tenido efectivamente, o ha podido tener, el conocimiento de las normas jurídico-penales infringidas[112], sino que, con base en ciertos criterios normativos, se le atribuye dicho conocimiento[113]. La labor de análisis deberá centrarse, por lo tanto, en precisar cuáles son esos criterios normativos con los que se sustenta la imputación del conocimiento de la regulación jurídico-penal.

Podría discutirse, en primer lugar, si el principio que establece que nadie puede alegar el desconocimiento del derecho (*ignorantia iuris non excusat*)[114], resulta igualmente vinculante en el ámbito penal. Al respecto hay que precisar que no se trata aquí de una imputación general de conocimiento a todas las personas sin que pueda admitirse supuestos de excepción. Esta imputación de conocimiento requiere de un presupuesto normativo: Debe tratarse de una persona integrada en la sociedad como ciudadano. En la medida que sólo el ciudadano puede reproducir internamente el orden jurídico y orientar sus actuaciones conforme al mismo, solamente éste es capaz de recibir una imputación del sistema jurídico-penal por hechos que afectan tal ordenamiento. Por el contrario, el conocimiento en el caso concreto del carácter antijurídico del hecho realizado no constituye en estricto un aspecto perteneciente a la culpabilidad[115]. En consecuencia, para afirmar la culpabilidad se requiere determinar solamente que el ciudadano conocía o debía conocer el ordenamiento jurídico-penal por la posición social en la que se encontraba.

Un punto que debe tenerse claro es que el conocimiento del ordenamiento jurídico-penal no debe entenderse como un conocimiento pleno de todo el conjunto de dispositivos jurídico-penales[116], pues es evidente que conocer, en su tenor literal, toda la legislación penal constituye una exigencia de imposible cumplimiento para

---

112 Vid., en este sentido, SCHMIDHÄUSER: *FS-H. Mayer*, p. 322 y s. Por el contrario, RUDOLPHI: *Unrechtsbewusstsein*, p. 55, entiende que se tiene que determinar este aspecto, en tanto sólo así el autor habría podido adecuar su conducta concreta de conformidad con el derecho.

113 Una interpretación vinculada a una comprensión psicologicista pretende afirmar en estos casos la existencia de una presunción [vid., TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 269; VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 50]. No se trata, sin embargo, de una presunción, pues no interesa si psicológicamente el sujeto conoce o no el ordenamiento jurídico, sino si normativamente posee tal conocimiento.

114 En este sentido, la línea jurisprudencial de la Corte Superior de Lima Exp. N° 3016-97 de 26 de agosto de 1997 [*Revista peruana de jurisprudencia* 23 (2003), p. 35 y s.].

115 En este sentido, RADBRUCH: *SJZ* 1948, p. 309, a partir de un predominio de la norma de valoración sobre la norma de determinación. De una opinión contraria, WELZEL, en *Abhandlungen*, pp. 250, 256; FELIP I SABORIT: *RPDJP* 2 (2001), p. 145 y s., en tanto constituye una garantía del ciudadano frente a posibles abusos de Estado.

116 Vid., similarmente, SCHMIDHÄUSER: *FS-H. Mayer*, p. 329.

el ciudadano de a pie[117]. En este sentido, el conocimiento del orden jurídico-penal debe entenderse, más bien, como una imputación del conocimiento de prohibiciones que están referidas a la preservación de condiciones esenciales para el desarrollo de la persona en sociedad. En términos resumidos, podría decirse que no se trata aquí de imputar el conocimiento de la legislación formal, sino de las normas penales por su contenido material.

En la discusión penal se ha planteado la cuestión de si es posible sustentar siempre la imputación del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal con un conocimiento material de las prohibiciones penales. A propósito de esta cuestión, un sector de la doctrina diferencia entre Derecho penal nuclear y Derecho penal accesorio[118], señalando que si bien para el Derecho penal nuclear no se requiere el conocimiento formal de la prohibición, bastando que el autor conozca que su hecho resulta merecedor de pena, para el Derecho penal accesorio se exige conocer además la prohibición formal, pues se trata de actos en principio neutrales[119]. Esta opinión podría parecer correcta quizá en situaciones muy concretas, pero fracasa si se presenta como un criterio general de diferenciación. Como bien lo puso de manifiesto WELZEL en su momento[120], pueden encontrarse en el Derecho penal nuclear supuestos en los que se requiere saber la prohibición formal del hecho para conocer su carácter prohibido (por ejemplo, la omisión del deber de socorro), del mismo modo que toda infracción del Derecho penal accesorio podría conocerse materialmente si se entra a actuar en el contexto específico en el que se configura el delito (por ejemplo la comercialización de camélidos sudamericanos en el caso del delito de tráfico de dichos animales).

En nuestra opinión, al ciudadano socialmente integrado siempre se le puede imputar el conocimiento (material) de la normativa penal, pues el conocimiento

---

117 Sobre la imposibilidad de conocer el conjunto de normas jurídicas en un determinado momento, REHBINDER: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* III, 1972, p. 25 y ss.

118 Vid., en este sentido, con distintas denominaciones y matices, KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 158; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 7, 11 y ss.; TIMPE: *GA* 1984, p. 52 y s.; LESCH: *JA* 1996, p. 608 y ss. En esta línea se mueve también la doctrina jurisprudencial de los delitos naturales del Tribunal Supremo Español (vid., con mayor detalle, NIETO MARTÍN: *Conocimiento*, p. 80 y ss.) y que fue seguida en parte por nuestro Código Penal de 1924 en el segundo párrafo del artículo 87 (vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1749). Una particular diferenciación ofrece VELTEN: *Normkenntnis*, p. 266 y ss., en referencia a las normas de obediencia, las cuales se admiten sobre todo en ámbitos profesionales y en las que se legitima la pena si el autor hubiese podido reconocer en la situación de acción la finalidad del deber correspondiente.

119 Así, en concreto, KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 158.

120 Vid., así, WELZEL: *JZ* 1956, p. 241. Similarmente, GROTEGUTH: *Norm- und Verbots(un) kenntnis*, p. 90 y s.; NIETO MARTÍN: *Conocimiento*, p. 161.

de las reglas básicas de interactuación es una condición para su integración en sociedad. Sin embargo, en el caso de los delitos cuya prohibición penal no se muestra como evidente en la interrelación social, la falta de conocimiento del ordenamiento jurídico-penal puede aceptarse también en caso de sujetos socialmente integrados si es que existe una complejidad de la estructuración de las leyes o sucesivas remisiones legales que hacen inmanejable para un ciudadano diligente el conocimiento de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico-penal[121]. En estos casos, es el propio sistema penal el que debe cargar con su complejidad, de manera tal que se podrá levantar la imputación del conocimiento de la normativa penal y, por consiguiente, liberar al ciudadano de responsabilidad penal. Por lo general, estos casos de excesiva complejidad en la técnica legislativa se presentan en el ámbito del llamado Derecho penal accesorio.

Se ha discutido si la capacidad de conocer el ordenamiento jurídico-penal debe considerarse un aspecto de la imputabilidad[122] o si se trata de otro elemento de la culpabilidad[123]. Los que sostienen lo primero señalan que quien no conoce el orden jurídico debe ser tratado como un inimputable, en la medida que no tiene la capacidad de comprender el sentido de su hecho. Para los segundos se trataría de un supuesto de error, generado por la falta de conocimiento de la normatividad penal. Este desconocimiento se sustentaría en la falta de integración del sujeto al esquema de valores que rige en la sociedad. La regulación expresa de un supuesto de error por razones culturales en el artículo 15 del CP (el llamado error culturalmente condicionado), daría respaldo legal a la opinión de que la capacidad de conocer el ordenamiento jurídico-penal constituye un aspecto del conocimiento exigido como elemento de la culpabilidad distinto de la imputabilidad.

3. La exigibilidad de otra conducta

La exigibilidad de otra conducta en el ámbito de la culpabilidad jurídico-penal se constituye a partir de la idea de que una conducta antijurídica solamente se le puede reprochar al autor, si éste no sólo estaba en capacidad material de evitar su realización, sino que era exigible hacerlo en la concreta situación en la que se encontraba. Con este elemento de la culpabilidad se le impone al juez la labor de determinar si el autor actuó en una situación de normalidad y, por lo tanto, si esta-

121 Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO: *Derecho penal económico*, PG, I, p. 641 y ss.

122 Así, consideran la clásica inimputabilidad como déficit que afecta también la conciencia sobre el injusto WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 153; KAUFMANN, Armin: *FS-Eb. Schmidt*, p. 322; GROTEGUTH: *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 22.

123 Sobre la necesidad de una diferenciación conceptual entre los supuestos de error de prohibición y los casos tradicionales de inimputabilidad, KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 68 y s.; RUDOLPHI: *Unrechtsbewusstsein*, p. 170 y s.

ba obligado a cumplir con lo prescrito por la norma penal. No cualquier contexto de actuación es idóneo para sustentar un reproche de culpabilidad al autor. En una sociedad que tenga en cuenta la realidad de la persona, no es posible reprocharle a un ciudadano la inobservancia de la norma penal por encima de su propia existencia o de la conservación de aspectos altamente personales.

El camino de la exigibilidad como elemento de la culpabilidad lo inicia Frank al añadir a la imputabilidad y al dolo o la culpa, la normalidad de las circunstancias en las que el autor llevó a cabo la conducta delictiva[124]. Las circunstancias acompañantes deben hacer que lo que es posible de cumplir en general, lo sea también en el caso particular, pues el reproche penal solamente puede hacerse a quien ha actuado en una situación de normalidad motivacional. Este elemento de la normalidad de las circunstancias acompañantes fue lo que permitió luego configurar el elemento de la exigibilidad de otra conducta en los aportes posteriores de Goldschmidt, Freudenthal y Eb. Schmidt[125]. No obstante, estos autores coincidieron, pese a sus diferencias de planteamiento, en la necesidad determinar la exigibilidad con criterios normativos y abandonar la idea psicologicista de la normalidad motivacional. El punto central de discusión residió, más bien, en si este aspecto de la culpabilidad debía determinarse en relación con el autor concreto o bajo el parámetro de un hombre medio[126]. A estos autores que aceptaban la necesidad de incluir la idea de la exigibilidad en la categoría de la culpabilidad, se les opusieron no pocas voces con críticas de diversa índole.

En la actualidad, la posición mayoritaria recoge el criterio de la exigibilidad como un elemento constitutivo de la categoría de la culpabilidad. En cuanto a su comprensión, domina el parecer que lo define como una situación de normalidad de las circunstancias de actuación que le permite al autor decidirse a actuar de manera conforme al ordenamiento jurídico-penal[127]. Pero debe hacerse la precisión de que esta situación no tiene que ver con la capacidad de actuar de un modo distinto, sino con el mantenimiento de la obligación general de actuar de manera fiel al Derecho. Tal obligación decaerá cuando mantenerse en la observancia de la norma supone la renuncia a aspectos existenciales de la persona y, por ello, la realización de actos supererogatorios[128]. Queda claro, entonces, que no es la verificación de una

124 Vid., Frank: *Sobre la estructura*, p. 40 y s. Vid., la referencia también en Sáinz Cantero: *La exigibilidad de conducta*, p. 20 y ss.

125 Vid., al respecto, Sáinz Cantero: *La exigibilidad de conducta*, p. 26 y ss.; Melendo Pardos: *El concepto material de culpabilidad*, p. 15 y s.

126 Vid., Sáinz Cantero: *La exigibilidad de conducta*, p. 123 y ss.

127 Vid., así, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L20/50; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 638.

128 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 17, n.m. 53.

capacidad interna del autor la que permite decidir la exigibilidad de otra conducta, sino la normalidad de las específicas circunstancias en las que actúa[129]. La culpabilidad requiere que al autor se le pueda exigir, en atención a su situación concreta, un comportamiento acorde con el ordenamiento jurídico.

V. LA AUSENCIA DE CULPABILIDAD

A partir de los elementos constitutivos de la culpabilidad, se pueden sistematizar los supuestos en los que falta la culpabilidad del autor y, por lo tanto, decae la imputación personal del injusto penal. Así, se habla primero de los casos de inimputabilidad, luego de las situaciones de error de prohibición y finalmente de los supuestos de inexigibilidad de otra conducta. Mientras que en los dos primeros la culpabilidad es excluida, en el tercero lo que tiene lugar es una disculpa por el injusto realizado.

1. La inimputabilidad

A. Concepto

La inimputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta cuando quien realiza el injusto penal no reúne las condiciones constitutivas para ser sujeto de una imputación penal. La exclusión de la culpabilidad se sustenta en una situación de déficit que hacen al agente incapaz de poder comunicar, mediante un acto, un hecho penalmente relevante[130]. Para determinar la inimputabilidad del autor se sigue un modelo mixto que vincula una deficiencia biológica con un grado de perturbación en la percepción o en el juicio[131].

B. Formas

Los supuestos en los que el agente es penalmente inimputable se pueden ordenar en dos grandes grupos: la minoría de edad (artículo 20 inciso 2 del CP) y las deficiencias en la salud (artículo 20 inciso 1 del CP).

a. Minoría de edad

En el Perú una persona puede responder penalmente una vez que alcanza la mayoría de edad, esto es, a los 18 años de edad. A los menores de edad se les excluye

---

129 En este sentido, JAKOBS: *Derecho penal*, PG, Apdo 17, n.m. 54, sostiene que en la exigibilidad no importa sólo la situación psíquica en el instante del hecho.

130 Como lo dice JAKOBS: *Derecho penal*, PG, Apdo 17, n.m. 48: "*Falta un sujeto capaz de responder a una interpelación*".

131 Vid., sobre los métodos conceptuales de la inimputabilidad, DONNA: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 3 (1998), p. 45 y ss.; JORGE BARREIRO: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 6 (2000), p. 199 y ss.

de culpabilidad penal, tal como lo establece de forma expresa el artículo 20 inciso 2 del CP. Esta exclusión de responsabilidad penal se sustenta en el hecho de que los menores de edad no tienen la suficiente madurez o experiencia de vida como para poder sopesar el orden jurídico-penal y actuar responsablemente en el ámbito social correspondiente[132]. Sus actuaciones lesivas no tienen, por ello, el sentido comunicativo de defraudar la confianza en la vigencia de la norma, por lo que no se requiere un restablecimiento normativo por medio de la imposición de una pena.

Debe quedar claro que la imputabilidad penal por razón de la edad constituye una condición determinada normativamente de manera general, por lo que no depende de una situación particular del agente[133]. En este sentido, la imputación penal igualmente decaerá aun cuando, en el caso concreto, el menor de edad pudiese ser consciente de la lesividad social de su comportamiento. Se ha dicho, en este orden de ideas, que son razones de seguridad jurídica las que disponen que mientras el agente no sea mayor de edad, no habrá manera de sustentar una imputación penal en su contra[134]. Para el tratamiento de los menores de edad que realizan conductas contrarias a la ley penal, el Código del Niño y el Adolescente establece la posibilidad de imponerle sanciones cuando tengan más de 14 años y menos de 18 años[135]. Estas sanciones pueden ser de carácter socio-educativas, limitativas de derecho y privativas de libertad[136]. Si se trata de menores que están por debajo de los 14 años, lo que procede es la aplicación de medidas de protección.

b. Déficits de salud

La incompetencia para negar el orden jurídico-penal se presenta, por otro lado, en el caso de las personas con problemas de salud que no reúnen las condiciones físicas y mentales para recibir una imputación penal[137]. Se trata de enfermedades o situaciones de pérdida de las capacidades mínimas que afectan gravemente su representación de la realidad, su capacidad de comprender el carácter delictivo de su hecho o de determinarse conforme a esta comprensión. Esta situación deficitaria puede ser permanente o transitoria, puede ser congénita o sobrevenida. Lo decisivo

132 Destaca el factor de la inmadurez, Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 27, n.m. 34.

133 Igualmente, Salinas Zavala: *Actualidad Penal* 12 (2015), p. 107 y s.

134 Vid., Villa Stein: *La culpabilidad*, p. 56.

135 Sobre el carácter sancionatorio de las consecuencias jurídicas aplicables a los adolescentes en la actual regulación del Código de Niños y Adolescentes, García Huayama: *Actualidad Penal* 17 (2015), p. 83 y s.

136 Vid., con mayor detalle, García Huayama: *Actualidad Penal* 17 (2015), p. 90 y ss.

137 Jakobs: *Derecho penal*, PG, Apdo 18, n.m. 3.

es que esté presente en el momento en el que el afectado realiza la conducta penalmente relevante[138].

Si bien la formulación legal de los casos de inimputabilidad por deficiencias físicas o psíquicas tiene un carácter amplio que permitiría, en principio, abarcar las distintas circunstancias que se puedan presentar, resulta, en principio, posible aplicar analógicamente esta regulación legal a todo supuesto de déficit constitutivo del agente que impida su acoplamiento con el orden normativo[139]. No hay ninguna objeción, desde el punto de vista de los principios jurídico-penales, para echar mano de la analogía en este ámbito de la imputación penal. No sólo no se trata de una analogía prohibida (*in malam partem*), sino que negarlo, por el contrario, podría significar una afectación al principio de culpabilidad[140].

El Código Penal contempla los supuestos de inimputabilidad por deficiencias de salud en el inciso 1 del artículo 20. Del tenor de este dispositivo legal se pueden distinguir tres supuestos distintos de inimputabilidad: la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia y las alteraciones de la percepción.

b.1) La anomalía psíquica

Por anomalía psíquica se entienden los trastornos mentales serios que son originados por causas corporales-orgánicas de carácter patológico[141]. Para que este deficiente estado psíquico exima de responsabilidad penal es necesario que sea de una gravedad tal que incida en la capacidad del autor de percibir la realidad, valorarla correctamente o determinarse con base en esa valoración[142]. Dependiendo de la entidad de la anomalía psíquica, puede ser que suprima la imputabilidad penal en general o solamente en relación con determinados delitos[143]. En este último caso, se precisa determinar una relación de incidencia entre la enfermedad y la conducta delictiva.

La anomalía psíquica no se limita a los trastornos de la actividad intelectual, sino que alcanza a todos los ámbitos psíquicos[144]. A diferencia de la regulación

138 Vid., Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 87.

139 Por el contrario, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 18, n.m. 7, considera que la amplitud de la formulación hace innecesario discutir la posible aplicación analógica.

140 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 7.

141 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 8. Igualmente, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 72 (2015), p. 47.

142 Vid., Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 366; De Vicente Martínez: *LH-Paredes Vargas*, p. 92. En la doctrina nacional, Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 149 y s.; Castillo Alva, en *Código Penal Comentado*, I, Castillo Alva (coord.), p. 626; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 88 y s.; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 124.

143 En este sentido, De Vicente Martínez: *LH-Paredes Vargas*, p. 92.

144 Así, Jakobs: *Derecho penal*, PG, Apdo 18, n.m. 8. Igualmente, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 72 (2015), p. 48.

penal alemana que menciona supuestos específicos y una cláusula general para englobar a las otras anomalías psíquicas graves[145], la formulación legal contenida en el artículo 20 inciso 1 de nuestro CP hace mención solamente al término general de "anomalía psíquica", el cual abarca las diferentes manifestaciones anormales de la siquis[146]. Las exposiciones doctrinales incluyen dentro del término "anomalía psíquica" a la psicosis, las oligofrenias, la demencia, las psicopatías y las neurosis[147].

La psicosis es una enfermedad mental que envuelve anormalidades psicobiológicas que producen una escisión o pérdida de contacto con la realidad[148]. Sus causas se pueden clasificar en endógenas y exógenas. Las primeras son originadas por el propio organismo del enfermo, tales como la esquizofrenia (trastorno que provoca una profunda alteración de la consciencia del yo y del mundo), la paranoia (trastorno delirante), la ciclotimia (trastorno bipolar) o demencia maniaco-depresiva (trastorno que afecta el sistema emocional)[149]. Las segundas son aquellas que penetran al organismo desde fuera, cuyo origen puede ser traumático (por lesiones cerebrales), por intoxicación (debido al consumo de drogas o alcohol) o por infección como la parálisis progresiva, las dolencias convulsivas orgánico-cerebrales y los casos de desintegración de la personalidad con base orgánico-cerebral como la artereoesclerosis o la atrofia cerebral[150].

Las oligofrenias son, por su parte, estados de debilidad intelectual congénita o adquirida en los primeros años de vida[151]. Se presenta una insuficiencia cuantitativa del grado de inteligencia[152]. Esta anomalía síquica se clasifica, en función del grado de debilidad intelectual, en tres clases: la debilidad mental, la imbecilidad y la idiocia[153]. La primera es el grado más ligero de oligofrenia[154], la cual permite la terminación de los estudios escolares, pero muy difícilmente el aprendizaje de una

145 Vid., sobre la función de recogida, Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 366.

146 Así, Galván Ramos: *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 96; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 72 (2015), p. 46.

147 Vid., Galván Ramos: *Actualidad Jurídica*, T. 196, marzo de 2010, p. 97.

148 Vid., De Vicente Martínez: *LH-Paredes Vargas*, p. 93 y s.

149 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 12; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 27, n.m. 8; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 72 (2015), p. 52 y ss. Resalta De Vicente Martínez: *LH-Paredes Vargas*, p. 94, a la esquizofrenia como la más frecuente psicosis endógena.

150 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 9. Igualmente, Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 27, n.m. 8; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 72 (2015), p. 52.

151 Vid., Peña terreros: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 79.

152 Vid., De Vicente Martínez: *LH-Paredes Vargas*, p. 98.

153 Vid., Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 91 y ss.; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 72 (2015), p. 55 y s.

154 Vid., De Vicente Martínez: *LH-Paredes Vargas*, p. 98.

profesión. La segunda es el grado medio de afectación a la capacidad intelectiva del enfermo que le impide el desarrollo de una vida independiente. Finalmente, la idiocia es el grado más severo de oligofrenia que no permite ni siquiera el aprendizaje del lenguaje[155]. Mientras que en el caso de la debilidad mental podría admitirse una imputabilidad penal disminuida, en los otros dos casos de oligofrenia es muy difícil que ésta tenga lugar[156].

La demencia supone igualmente una situación de debilidad mental, pero, a diferencia de la oligofrenia, no se debe a razones congénitas o adquiridas en los primeros años, sino a la pérdida de las facultades intelectivas que posee un cerebro ya desarrollado[157]. Se produce así un deterioro progresivo del conjunto de las funciones intelectuales como la memoria, la atención, el juicio y la capacidad de razonamiento, lo que produce evidentemente trastornos de la conducta. Las causas principales de la demencia son las de carácter degenerativo (como el Alzheimer o la enfermedad de Parkinson), pero también las que tienen un origen cardiovascular (derrames cerebrales).

Las psicopatías son anormalidades del carácter de naturaleza constitucional o heredada que merman notablemente la capacidad de vida social en común[158]. El padecimiento no es de tipo intelectivo, sino de naturaleza afectiva y volitiva[159]. En la doctrina penal se destaca que la psicopatía no es propiamente una enfermedad, sino una anormalidad de la personalidad que desconecta permanentemente al sujeto del entorno[160]. A partir de esta idea, se discute si se puede considerar una causa de inimputabilidad o una circunstancia de atenuación de la pena. En la jurisprudencia de los tribunales penales españoles, las psicopatías se han tratado como una eximente incompleta, pues el sujeto no estaría privado de la capacidad de culpabilidad[161]. En la doctrina penal, por el contrario, se admite que las psicopatías, aunque no sean una enfermedad como la psicosis, puedan dar lugar a una situación de inimputabilidad, siempre que sean de tal intensidad que mermen la asequibilidad normativa

155 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 21 y s. En la doctrina nacional, igualmente, Galván Ramos: *Actualidad Jurídica,* T. 196 (marzo de 2010), p. 98; Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 91 y ss.

156 Igualmente, Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 93 y s.

157 Vid., Galván Ramos: *Actualidad Jurídica,* T. 196 (marzo de 2010), p. 98.

158 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 24; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 27, n.m. 10.

159 Así, Donna: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 3 (1998), p. 54.

160 Así, Villa Stein: *La culpabilidad*, p. 97; Galván Ramos: *Actualidad Jurídica,* T. 196, (marzo de 2010), p. 98; De Vicente Martínez: *LH-Paredes Vargas*, p. 97.

161 Vid., Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 824; De Vicente Martínez: *LH-Paredes Vargas*, p. 97. Aunque Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 27, n.m. 10, destaca que en algunos casos ni siquiera se le ha dado el carácter de una atenuante.

del sujeto[162]. Tal conclusión se concilia con la afirmación de cierta gradualidad de la psicopatía[163].

Las neurosis constituyen anomalías de conducta adquiridas y, a menudo, susceptibles de tratamiento que se presentan como reacciones episódicas anormales de inseguridad, angustia o depresión[164]. Estas anomalías se derivan directamente de una causa psíquica no somática que llevan a una reacción anormal ante algunas experiencias de la vida[165]. Si bien cabe distinguir conceptualmente las neurosis de las psicopatías en cuanto al origen de la anormalidad de la personalidad, para el Derecho Penal esta distinción no es decisiva, pues de lo que se trata es de determinar si su incidencia sobre la personalidad es tal que excluye el acceso cognitivo del individuo a la norma penal. Las principales clases de neurosis son la neurosis histérica, la neurosis depresiva, la neurosis obsesiva o compulsiva, la neurosis de ansiedad, la neurosis neurasténica y la neurosis postraumática[166].

b.2) La grave alteración de la conciencia

Dentro de la causa de inimputabilidad de la grave alteración de la conciencia, se agrupan los casos en los que el autor actúa sin una correspondencia subjetiva respecto de lo que sucede en la realidad. Se produce una disociación entre la realidad y la comprensión interna del sujeto[167]. Sin embargo, debe precisarse que no se trata de una situación de inconsciencia que excluiría la acción, sino de una reducción sustancial del grado de conciencia que afecta el contacto adecuado con el mundo exterior. Lo que sucede no es captado plenamente por el sujeto y, por lo tanto, no se le puede imputar personalmente la realización de un injusto penal. Por ejemplo: el sujeto que ha consumido una regular cantidad de alcohol no cae en cuenta que su compañero de farra ha entrado en un coma etílico, por lo que omite auxiliarlo oportunamente.

A diferencia de la anomalía psíquica, la situación deficitaria de la grave alteración de la conciencia no tiene un origen patológico, sino que alcanza, más bien, a personas psicológicamente normales[168]. La situación que la genera puede ser, por

162 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 26; Cancio Meliá, en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio/Maroto (coord.), p. 543.

163 Vid., Cancio Meliá, en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio/Maroto (coord.), p. 533.

164 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 24.

165 Vid., Galván Ramos: *Actualidad Jurídica*, T. 196 (marzo de 2010), p. 98.

166 Vid., con mayor detalle, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 72 (2015), p. 56 y s.

167 Destaca la afectación a la esfera cognoscitiva del sujeto, Pérez López: *Actualidad Penal* 18 (2015), p. 163.

168 Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1683; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 150; Pérez López: *Actualidad Penal* 18

ejemplo, los trastornos producidos por el consumo de alcohol o drogas[169]; los que se originan por el agotamiento, la fatiga o el pánico; las acciones bajo hipnosis, los estados posthipnóticos, así como determinadas formas de estado pasional[170]. Por ello, la duración de la alteración es, en principio, momentánea[171]. Es importante destacar la exigencia legal de que estas alteraciones de la conciencia sean graves, lo que significa que deben ser de tal intensidad que se suprima la estructura psíquica del afectado[172].

b.3) Las alteraciones de la percepción

Por alteraciones de la percepción deben entenderse los defectos físicos que impiden una adecuada representación sensorial de la realidad[173]. Como defectos físicos pueden mencionarse, por ejemplo, el caso de los sordomudos, los ciego-sordos o los ciego-mudos[174]. Las alteraciones de la percepción que tienen su origen en trastornos psíquicos se pueden incluir, por el contrario, en los dos supuestos anteriormente mencionados. Algunos autores sostienen incluso que la alteración de la percepción debe producir una anomalía psíquica, por lo que la regulación expresa de este supuesto no se justifica dada la existencia de una causa de inimputabilidad general de anomalía psíquica[175].

C. La determinación de una causa de inimputabilidad

La determinación de la inimputabilidad por minoría de edad se hace con la constatación del dato puramente cronológico de que, al momento de la realización del hecho penalmente relevante, el agente no había alcanzado aún los 18 años de

---

(2015), p. 163; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 124. Por el contrario, admite que las causas de grave alteración de la conciencia puedan tener un trasfondo patológico, Galván Ramos: *Actualidad Jurídica*, T. 196 (marzo de 2010), p. 99.

169 La Corte Suprema de la República ha reconocido en el R.N. N° 1377-2014-Lima la posibilidad de afirmar una inimputabilidad por grave alteración de la conciencia debido al consumo del alcohol, utilizando el método Widmark.

170 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 13; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 603; Pérez López: *Actualidad Penal* 18 (2015), p. 163 y s.

171 Vid., Pérez López: *Actualidad Penal* 18 (2015), p. 172.

172 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 13; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 13, n.m. 8. En la doctrina penal nacional, Pérez López: *Actualidad Penal* 18 (2015), p. 164.

173 Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1687; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 606.

174 Vid., Galván Ramos: *Actualidad Jurídica*, T. 196 (marzo de 2010), p. 100; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 153; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 124.

175 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1689.

edad. Lo usual es probar este dato con la partida de nacimiento, lo que no impide que, de no ser posible acudir a este medio probatorio, se pueda utilizar una pericia antropométrica que arroje información sobre la edad biológica del agente. En nada influye el hecho de que, conforme a la regulación civil, haya adquirido plena capacidad de ejercicio (p.e. por matrimonio). La imputabilidad penal es definida por la edad sin que se admita ninguna excepción al respecto. Si durante la ejecución de un delito permanente, el agente cumple la mayoría de edad, no debería haber ningún inconveniente para responsabilizarlo penalmente a partir del momento en el que cumple la mayoría de edad (por ejemplo, el secuestro es cometido siendo el autor un menor de edad, pero se mantiene a la víctima secuestrada hasta después de alcanzar la mayoría de edad).

A diferencia de la minoría de edad, la falta de imputabilidad penal por deficiencias de salud se determina en cada caso, teniendo en consideración el análisis especializado que ofrece la ciencia médica correspondiente. No obstante, lo determinante para afirmar si el sujeto carece de capacidad de imputación penal, no es el informe de los peritos médicos consultados, sino la valoración que hace el juez penal para determinar si, dadas las condiciones de salud expuestas por los peritos, el sujeto efectivamente no puede representarse la realidad, comprender el carácter antijurídico de su hecho o determinarse conforme a esa comprensión[176]. La determinación de esta condición de la imputación penal caso por caso, permite que sea posible atenuar la pena cuando se da el estado de anormalidad, pero no se excluyen totalmente las capacidades antes mencionadas, recurriendo para ello al artículo 21 del CP.

No toda situación de pérdida de las condiciones de imputabilidad implica la inimputabilidad del sujeto. En el capítulo 10 referido a la categoría de la acción, se abordó la figura de la *actio libera in causa*, poniéndose de manifiesto que dicha figura puede aplicarse también a los supuestos de inimputabilidad. Se trata de aquellos casos en los que el autor se encuentra afectado por una pérdida de las capacidades mentales (por ejemplo: embriaguez o drogadicción) que afecta la imputabilidad, pero que, pese a ello, puede sostenerse la imputabilidad en razón del comportamiento precedente de ponerse en tal situación[177]. Si la actuación es preordenada o

176 Así, respecto del método psicológico-normativo, Jakobs: *Derecho penal*, PG, Apdo 18, n.m. 3: "*Lo psicológico se refiere a los estados (...) Lo normativo se refiere a la capacidad, ésta no es un estado psíquico, sino una atribución*". Con consideraciones críticas, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 2. En la doctrina nacional, Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 87; Peña Terreros: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 75 y s., en relación con los pronunciamientos de la Corte Suprema de la República.

177 Así, Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 13, n.m. 15; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 27, n.m. 2.

fortuita, la solución es clara: en el primer caso el autor será imputable, mientras que en el segundo no lo será[178]. En caso que el agente entre en la situación de inimputabilidad de manera imprudente sobre las posibles consecuencias, entonces lo que corresponde es imputar el delito cometido a título de imprudencia[179].

2. El error de prohibición

A. Concepto

El error de prohibición tiene lugar cuando no es posible imputar al autor el conocimiento de la normativa jurídico-penal. Tal situación se presenta cuando el autor no tiene acceso al conocimiento de la regulación penal (p.e.: el miembro de una tribu selvática no contactada) o dicho conocimiento no ha sido posible en sus concretas circunstancias (p.e. el extranjero que llega al país y es mal informado sobre la penalización de la bigamia). En estos casos, el autor carece de un elemento esencial para dotar de sentido jurídico-penal a su actuación, pues solamente el que conoce un orden normativo puede tomar una posición crítica frente a dicho orden[180]. Debe advertirse que no se trata de un error sobre el carácter antijurídico del hecho (*error iuris*), pues, tal como se vio, este supuesto de error excluye el dolo y se ubica, por lo tanto, a nivel del injusto. A lo que se hace referencia con el error de prohibición es, más bien, al desconocimiento del orden jurídico-penal (*ignorantia legis*), el cual se mueve en el plano de la categoría de la culpabilidad.

El planteamiento precedente sobre el error de prohibición no se corresponde con la concepción dominante en la doctrina penal, pues se circunscribe a supuestos excepcionales de ignorancia sobre el ordenamiento jurídico-penal. Esta vinculación con el desconocimiento del derecho no debe llevar, sin embargo, a calificar a nuestra propuesta como un retorno a la vieja clasificación del error que lo dividía en error de derecho y error de hecho[181]. El error de derecho defendido por el *Reichtgericht* alemán se encontraba referido a un hecho concreto[182], mientras que la

178 Vid., MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L 23/27.

179 Vid., OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 13, n.m. 33.

180 Sobre la relatividad de la norma penal en atención a la cultura correspondiente, HASSEMER: *FS-E.A. Wolff*, p. 104.

181 Esta clasificación del error fue utilizada por los antiguos tribunales alemanes (vid., sobre este rechazo general, por todos, BAUMANN: *Strafrecht*, AT, p. 420 y s.), aunque un sector minoritario de la doctrina penal actual destaca su plausibilidad (PUPPE, en *El error*, p. 137). Algunos autores sostienen que la clasificación actual de error de tipo/error de prohibición se mantiene en la misma línea de interpretación del error del RG, MAYER, H., *MDR* 1952, p. 392; SCHMIDHÄUSER: *JZ* 1979, p. 361 y ss.

182 Sobre la interpretación del RG, vid., KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 48; FRISCH, en *El error*, p. 17 y ss.

interpretación propuesta del error de prohibición alude a un desconocimiento del Derecho atribuido a la persona sin entrar (aún) en la manera como la conducta realizada es valorada por el autor[183]. Por esta razón, se mantiene la bipartición "error de prohibición/error de tipo", aunque debe reconocerse que con un contenido distinto al que tradicionalmente se le asigna.

El error de prohibición debe configurarse normativamente, en el sentido de una imputación de desconocimiento del ordenamiento jurídico[184]. No obstante, debe advertirse que los defensores de la normativización del error de prohibición consideran conveniente que la norma que regula el error permita un manejo de las consecuencias jurídicas (atenuación facultativa) para dejar de lado los supuestos de ceguera[185]. Esta solución no es coherente, pues si se asume un planteamiento normativo, no tiene por qué partirse de una comprensión psicológica del error que luego deba ser corregida normativamente en las consecuencias. Si el error es definido en clave normativa, entonces no interesa lo que el autor conoció o desconoció psicológicamente, sino si normativamente hubo un error relevante y aplicar, por tanto, la consecuencia jurídica pertinente. Los supuestos de ceguera no constituyen un supuesto de error penalmente relevante y, por tanto, no debería discutirse siquiera la posibilidad de una disminución de la pena.

La propuesta de interpretación que aquí se plantea no es una simple propuesta de *lege ferenda*, sino que puede encontrar acogida en la regulación actual. Si bien el artículo 14 del CP sigue, de alguna forma, la interpretación dominante del error de prohibición y error de tipo[186], entendemos que tampoco se opone categóricamente a otra forma de interpretar el contenido de cada una de estas clases de error[187]. Hay que admitir ciertamente que se recurre a una interpretación que reformula de alguna manera el tenor del artículo 14 del CP, pero consideramos que este proceder

183 Más cercanos nos encontramos, por ello, a la clasificación de Savigny: *System*, III, p. 327: "*El error de derecho tiene por objeto el contenido de una regla jurídica, esto es, el derecho objetivo; el error de hecho se refiere a los hechos jurídicos, es decir, a las condiciones reales de aplicación de una regla jurídica*".

184 Sobre la necesidad de una comprensión normativa del error, Manso Porto: *RPCP* 12, p. 73 y ss.

185 Vid., Jakobs: *Sociedad norma y persona*, p. 55 y s.; Lesch: *JA* 1996, p. 351; Manso Porto: *Desconocimiento*, p. 48

186 Así Armaza Galdós: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 51, que incluso refiere que se asume la teoría estricta de la culpabilidad.

187 En el mismo sentido respecto de la regulación en el Código Penal Alemán Sauer: *ZStW* 69 (1957), p. 10; Otto: *ZStW* 87 (1975) p. 595; Langer: *GA* 1976, p. 214; Schünemann, B.: *NJW* 1980, p. 738; Groteguth: *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 87. Sobre la poca relevancia de las cuestiones terminológicas en la denominación del error Manso Porto: *RPCP* 12, p. 70.

resulta dogmáticamente más correcto que ofrecer soluciones complacientes con la letra de la ley, aunque con claras incoherencias internas en la construcción dogmática[188]. El error de prohibición constituye una situación de desconocimiento del ordenamiento jurídico-penal que se le imputa al autor.

B. Formas de error de prohibición

La doctrina penal dominante divide el error de prohibición en diversas formas de error que inciden en la valoración del hecho como penalmente prohibido. Esta diferenciación de los supuestos de error no tiene efectos meramente clasificatorios, sino que permite reconocer ciertas particularidades que resultan de especial importancia para decidir el tratamiento dogmático que se le debe dar a cada una de estas formas de error. Como se ha adelantado, nuestra comprensión del error de prohibición no se centra en el hecho prohibido, sino en la prohibición penal.

a. Error de prohibición directo

El error de prohibición directo es aquél que se produce cuando el autor desconoce la existencia de la prohibición penal[189]. Este desconocimiento lleva a que el autor desconozca luego el carácter antijurídico de su hecho. El ejemplo típico de esta forma de error de prohibición es el del ciudadano árabe que contrae segundas nupcias en el Perú sin conocer la prohibición penal de la bigamia. Si se tiene en cuenta que, conforme se expuso en el capítulo referido al tipo subjetivo, el error sobre el carácter antijurídico del hecho es un error de tipo, se presentará entonces una superposición conceptual del error de prohibición directo con el error de tipo referido al carácter antijurídico del hecho. Ante esta situación se suscita la cuestión sobre cuál es el tratamiento penal que se le debe dar al error, esto es, si debe tratarse como un error de tipo o como un error de prohibición.

Lo primero que debe decirse es que no existe identidad conceptual entre ambos supuestos de error. Si bien todo desconocimiento de la prohibición penal trae consigo un error sobre el carácter antijurídico del hecho, no toda evaluación errónea del carácter antijurídico del hecho presupone un desconocimiento de la prohibición penal. Esto último se presenta, por ejemplo, en el caso de los llamados errores de subsunción[190], en los que el autor se equivoca al momento de determinar la aplicación de la norma penal al caso concreto. Este caso de error es más plausible, cuando la tipificación penal recurre a conceptos indeterminados o a cláusulas

188 En este mismo sentido, SCHMIDHÄUSER: *JZ* 1979, p. 369, para interpretar la regulación positiva del error en el Código Penal Alemán.

189 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 673; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 617; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 71.

190 Sobre el error de subsunción, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 85 y s.

generales, cuyo alcance puede ser razonablemente entendido de un modo distinto por el autor.

Si el desconocimiento del carácter antijurídico del hecho se debe a un desconocimiento o a un erróneo conocimiento de la regulación penal, entonces ambas formas de error concurrirán en el mismo caso. Sin embargo, debe decirse que el error fundante es el error de prohibición, siendo el error de tipo por el desconocimiento del carácter antijurídico del hecho no más que una consecuencia del primero y, por lo tanto, un suceso posterior ya considerado. En consecuencia, no existen, en estricto, dos errores, sino un error de prohibición que engloba el error de tipo por desconocimiento del carácter antijurídico del hecho. Dado que la causa del error reside en la falta de acceso cognitivo del autor al ordenamiento jurídico, entonces este caso debe tratarse como un caso de error de prohibición en sede de culpabilidad.

b. Error de prohibición indirecto

El llamado error de prohibición indirecto tiene lugar respecto de la existencia y alcance de una regulación permisiva que levantaría la prohibición penal en el caso concreto[191]. En esta clase de error, el autor conoce la prohibición penal, pero cree actuar amparado bajo una causa de justificación, lo cual no resulta cierto en la realidad. Por ejemplo, el padre que castiga corporalmente a sus hijos bajo la creencia de que su poder disciplinario le autoriza a infligir dicho castigo, o los estudiantes que destruyen las cosas que encuentran durante su marcha como expresión de un supuesto derecho a manifestarse.

Respecto del error de prohibición indirecto un sector importante de la doctrina penal considera que no necesariamente en todos los casos cabe afirmar el dolo y decidir la imputación penal en el ámbito de la culpabilidad. En efecto, se discute si el llamado error sobre los elementos fácticos u objetivos de una causa de justificación, tales como la existencia de una agresión efectiva en la legítima defensa o la situación de peligro en el estado de necesidad, constituyen realmente un error de prohibición o no[192]. Por ejemplo: Una persona asume incorrectamente que otra persona que se le acerca va a agredirlo y procede a lesionarlo con la finalidad de neutralizar la agresión. Los defensores de la llamada teoría estricta de la culpabilidad se mantienen en la idea de que se trata de un error de prohibición. Pero esta solución resulta altamente discutible, pues el error del autor recae sobre un defecto de percepción, al igual que en el error de tipo. A partir de esta idea, se ofrecen en la

191 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 618; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1766.

192 Vid., la discusión, con mayor detalle y amplias referencias, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 681 y ss.

doctrina penal diversos correctivos a la teoría de la culpabilidad, dando origen a distintas formas atemperadas de la teoría de la culpabilidad que coinciden en entender que estos casos de error deben ser tratados como un error de tipo.

Sin entrar a discutir las particularidades de las distintas propuestas de atemperación de la teoría de la culpabilidad, el hecho es que desde la concepción aquí defendida todos los casos de error de prohibición indirecto son supuestos de error sobre el carácter antijurídico del hecho, por lo que deben tratarse como un error de tipo. Este error no se deriva de una falta de acceso cognitivo al orden jurídico-penal, sino, más bien, de una incorrecta determinación del carácter prohibido del hecho por defectos de percepción o valoración. En consecuencia, el llamado error de prohibición indirecto no debe ser considerado un error de prohibición en el sentido que le hemos dado, sino un error sobre el carácter prohibido del hecho que excluye, más bien, el dolo.

c. El error de validez

El error de validez se presenta cuando el autor conoce la prohibición penal, pero considera que dicha prohibición no es válida[193]. Las razones en las que se basaría esta suposición de falta de validez pueden ser de diverso orden, así, por ejemplo, por entender que es ilegítima o que ha sido derogada. No obstante, debe quedar claro que la validez no se puede sustentar en un cuestionamiento moral, religioso o de conciencia a la ley aprobada[194], sino que debe basarse en la asunción errónea de que, en el caso concreto, se presentan circunstancias que le restarían validez a la ley penal. Para valorar la relevancia de este error, un punto que debe ser tenido especialmente en cuenta es la presunción de constitucionalidad que tiene toda ley expedida conforme a los procedimientos legalmente previstos, lo que lleva a reducir el margen para admitir un supuesto de error penalmente relevante en estos casos. En consecuencia, la admisión de esta forma de error de prohibición resulta, en la práctica, muy excepcional.

d. El error culturalmente condicionado

El error culturalmente condicionado se encuentra regulado en el artículo 15 del CP y tiene lugar cuando el que comete un hecho punible no puede comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión por su cultura o costumbres[195]. En la doctrina penal se diferencian dos modalidades

193 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 24; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 71.

194 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 24.

195 Vid., CASTRO CORNEJO: *El error en el Derecho penal*, p. 119. De *lege ferenda*, existen planteamientos que proponen resolver el problema de la diversidad cultural en otras categorías

de condicionamiento que darían lugar esta clase de error: por un lado, el condicionamiento por la cultura que afectaría la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de actuar conforme a esa comprensión (el error culturalmente condicionado propiamente dicho); y, por el otro, el condicionamiento derivado de la costumbre que reduciría la capacidad de internalizar la antijuridicidad de la conducta (la llamada conciencia disidente)[196]. A nuestro entender, el artículo 15 del CP se limita a los supuestos referidos a cuestiones de carácter cultural, sean valores o costumbres culturales[197]. Los casos de conciencia disidente deben abordarse en el ámbito de la actuación por razones de conciencia que, como se verá, se enmarca en las situaciones de inexigibilidad.

En la doctrina penal se discute cuál es la naturaleza jurídico-penal del llamado error culturalmente condicionado. Algunos autores sostienen que, aun cuando se hable de un error, se trata, en realidad, de un supuesto de inimputabilidad, pues se parte de que el autor no poseería las condiciones personales necesarias para actuar conforme a Derecho[198]. Si bien la falta de comprensión derivada de condicionamientos culturales afecta la capacidad del sujeto para realizar una comunicación jurídico-penalmente relevante, este déficit no es equiparable a los derivados de razones de salud física o mental, sino que se debe a una integración cultural divergente. Otros autores sostienen que, en realidad, se trata de una situación de inexigibilidad de otra conducta, pues a nadie se le puede exigir actuar como no sabe o comprende por tener pautas culturales divergentes[199]. Tampoco este planteamiento resulta viable, en la medida que la inexigibilidad está referida a situaciones excepcionales de una persona y no a lo que constituye su entorno ordinario, como sería el caso de su propia cultura.

De lo anterior, se desprende que lo más adecuado es sostener que el error culturalmente condicionado es, como se deduce del tenor del artículo 15 del CP, un supuesto de error. Dentro de los que defienden esta posición, hay divergencias a la hora de precisar si se trata de un supuesto de error de prohibición o, más bien, de

---

del delito, como la tipicidad [Valdez Pimentel: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 35 (2012), p. 116] o la antijuridicidad (García Vitor: *Diversidad cultural y Derecho Penal*, p. 19).

196 Así, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 624.

197 Rechaza igualmente que el artículo 15 del CP abarque el supuesto de conciencia disidente, Villa Stein: *Derecho Penal*, PG, p. 519.

198 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1708; Meini: *Imputación y responsabilidad penal*, p. 83; El Mismo, *Lecciones*, PG, p. 153 y ss.; Castro Cornejo: *El error en el Derecho penal*, p. 129; Alcócer Povis: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 131; Cruz del Carpio: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 108 (2018), p. 75.

199 Así, Pérez Arroyo: *Derecho & Sociedad*, 15 (2000), p. 256.

un error especial[200]. A favor de este último parecer se podría alegar que la regulación diferenciada del error culturalmente condicionado en el artículo 15 del CP, llevaría a la conclusión sistemática de que se trata de un supuesto de error distinto al error de prohibición regulado en el segundo párrafo del artículo 14 del CP. A ello cabría agregar que de la propia exposición de motivos se desprende que el legislador penal le dio al error culturalmente condicionado un carácter independiente al calificarlo como "*una forma especial de error*". Pese a estos argumentos de orden sistemático e histórico, un sector de la doctrina penal señala que la estructura del error culturalmente condicionado es igual a la de un error de prohibición, con la particularidad de que el desconocimiento tiene su origen en la cultura o en costumbres del autor. Por lo tanto, la autonomía regulativa del error culturalmente condicionado se explica únicamente en lo que causa el error de prohibición, pero no en una naturaleza distinta.

A nuestro entender, el error culturalmente condicionado es una forma de error que puede ser de tipo o de prohibición. Si los condicionamientos culturales impiden el acceso al conocimiento de las prohibiciones penales (por ejemplo, por razones de aislamiento étnico o por barreras idiomáticas), entonces el error culturalmente condicionado será un error de prohibición en sentido estricto. Si, por el contrario, los condicionamientos culturales no impiden el acceso a la prohibición penal, sino que influyen en la comprensión del hecho como antijurídico o en la capacidad de asumir dicha comprensión en el proceder concreto, entonces el error será de tipo. Por ejemplo, si razones culturales no le permiten al autor calificar como obscena su actuación o hacen que no siga la prohibición absoluta de mantener relaciones sexuales con menores de 14 años.

De lo anterior se desprende que lo particular de la regulación del error culturalmente condicionado no está en una estructura distinta al error de tipo o de prohibición, sino en la asunción de un criterio más laxo para admitir una situación de error, lo que justifica que se haya hecho una regulación diferenciada[201]. En efecto, el

---

200 De la opinión de que es un error de prohibición, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 625. De otro parecer, LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 28, n.m. 16, al considerarlo un caso lindante con el error de prohibición, pero no coincidente. Por su parte, VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 517, señala que se trata de un supuesto de desconocimiento de la antijuridicidad, antes que de una clase de error de prohibición, pero no se precisa cuál es la diferencia entre ambos tipos de error.

201 Esta laxitud ha traído consigo, sin embargo, cierto abuso en la aplicación de esta eximente de responsabilidad penal en los casos de relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años. Por ello, la Corte Suprema de la República ha establecido a través del Acuerdo Plenario N° 1-2015 parámetros materiales y procesales para limitar su aplicación a los casos en los que realmente existe un error cultural. Vid., al respecto, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 86 (2016), p. 14 y ss.; VALDEZ PIMENTEL: *Gaceta Penal & Procesal Penal*

error culturalmente condicionado no parte de un ciudadano integrado socialmente, sino de una persona que, por su pertenencia a ámbitos culturales con parámetros divergentes, no está en capacidad de poder conocer o asumir la prohibición penal. Al igual que los supuestos regulares de error, el legislador contempla también la posibilidad de una situación intermedia de error vencible[202].

Por Ley N° 30838 se ha agregado a la regulación del error culturalmente condicionado una cláusula de remisión a los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del CP cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años, cuando éstos no hayan prestado su libre consentimiento. La intención de esta modificación legislativa es darle vinculatoriedad legal a lo establecido en al Acuerdo Plenario N° 1-2015 sobre aplicación judicial del artículo 15 del CP y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes o a los otros posteriores que se expidan al respecto. No parece, sin embargo, una forma de regulación absolutamente respetuosa de la independencia judicial.

C. La vencibilidad del error

La consecuencia jurídica de afirmar una situación de error de prohibición no es siempre la exoneración de responsabilidad penal, pues ese error debe pasar aún por el filtro normativo de la vencibilidad. En este sentido, solamente el error de prohibición que el autor no está en capacidad de superar o vencer, le libera de responsabilidad penal, mientras que, si el error es vencible, esta situación dejará abierta la posibilidad de imponerle la sanción penal prevista. En este último caso, sin embargo, la pena que corresponde imponer al autor deberá atenuarse, tal y como se desprende del tenor del segundo párrafo del artículo 14 del CP[203]. Aunque no se establezca expresamente en la ley, la atenuación de la pena por vencibilidad del error podrá ser por debajo del mínimo legal previsto para el delito correspondiente.

En cuanto a la vencibilidad, su determinación requiere una exigencia normativa de conocimiento y la posibilidad concreta del autor de salir del desconocimiento. Si la vencibilidad del error se determinase desde el plano de la sola obligación impuesta al ciudadano de conocer el derecho, su desconocimiento sería siempre vencible. Por esta razón, la vencibilidad del error dependerá de la situación espe-

---

86 (2016), p. 29 y ss.; Cruz del Carpio: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 108 (2018), p. 75 y ss.; Rodríguez Gómez, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 155 y ss.

202 Vid., Cruz del Carpio: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 108 (2018), p. 81 y s.

203 Vid., Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 75 y s.

cífica[204]. En este orden de ideas, parte de la doctrina ha utilizado, para decidir la vencibilidad del error, el criterio de la culpa o imprudencia ante el derecho (*Rechtsfahrlässigkeit*), el cual constituye un criterio normativo que centra su atención en la relación existente entre el autor y las normas jurídicas[205]. Conforme a este planteamiento, la vencibilidad se determinará en función de la posición concreta del autor respecto de la norma concretamente desconocida: si se trata de una norma penal esencial o accesoria, si el autor contaba con acceso a fuentes de información directa o indirecta sobre la prohibición penal, si se presentaron medios de información distorsivos sobre la existencia de la prohibición penal (p.e. informes de especialistas erróneos), etc.

El legislador penal peruano ha decidido darle al error de prohibición vencible un tratamiento penológico distinto al previsto para el error de tipo vencible. A quien se ha procurado el conocimiento de la regulación penal, pero con esa información evalúa indebidamente el carácter delictivo de su actuación de manera evitable, se le castigará penalmente si existe la decisión legislativa expresa de criminalizar la modalidad culposa de esa actuación. Por el contrario, si la indebida valoración de la actuación tiene su origen en un desconocimiento evitable de la regulación penal, entonces dicha actuación deberá siempre ser pasible de una sanción penal atenuada. Para sustentar este distinto tratamiento se han esbozado distintas justificaciones: la distinta facilidad para evitar el error, el distinto grado de reproche o el distinto nivel de exposición a un daño propio[206]. Desde nuestra comprensión del error, el distinto tratamiento respondería a que la imprudencia jurídica debe ser castigada siempre como condición básica de todo ordenamiento jurídico que necesita asegurar su observancia.

D. El error de prohibición en los delitos culposos

La ubicación del error de prohibición en el plano de la culpabilidad ha llevado a plantear el tema de si cabe un error de prohibición también en los delitos culposos[207]. Si es que el autor no tiene acceso cognitivo a la normativa penal que prohíbe

204 Vid., OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 13, n.m. 47.

205 Vid., con mayor detalle, LANGE: *JZ* 1956, p. 73 y ss.; ZACZYK: *JuS* 1990, p. 892 y s.; JESCHECK/WEIGEND: *Lehrbuch*, AT, p. 458; TIMPE: *GA* 1984, p. 69; NIETO MARTÍN: *Conocimiento*, p. 112; TORÍO LÓPEZ: *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, p. 330 y ss. Crítico ante la viabilidad dogmática de este concepto, KAUFMANN, Arthur: *Unrechtsbewusstsein*, p. 74 y ss.

206 Vid., la referencia a estos planteamientos, críticamente, PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 319.

207 Vid., con mayores referencias, ARZT: *ZStW* 91 (1979), p. 857 y ss.; DONATSCH: *SchwZStr* 102 (1985), p. 43 y ss.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 34; NEUMANN: *NK* § 17, n.m. 86 y ss. En el sentido de negar importancia al error de prohibición en los delitos culposos, LÖW: *Erkundigungspflicht*, p. 235 y ss.

la realización de un delito culposo, entonces podrá admitirse también un error de prohibición en los delitos culposos. Por ejemplo, el ciudadano de un país en el que los homicidios culposos no se sancionan penalmente, sino que se solucionan con estrictas reglas indemnizatorias, viene de turismo a nuestro país y atropella negligentemente a otra persona, produciéndole la muerte. En este caso, podrá sostenerse la ausencia de un conocimiento de la prohibición penal de la producción culposa de la muerte, lo que, en caso de ser invencible, producirá un decaimiento de la responsabilidad penal, mientras que si es vencible se mantendrá la imputación a título de culpa con la atenuación correspondiente.

3. Situaciones de inexigibilidad

La culpabilidad es negada también si la realización del injusto penal se produce en una situación especial de conflicto de una magnitud tal que el ordenamiento penal decide otorgarle razonablemente al autor una indulgencia[208]. En tal caso, aunque el autor haya podido actuar conforme a Derecho, su culpabilidad resulta sustancialmente disminuida por la presencia de circunstancias especiales que ponen en riesgo ciertos intereses existenciales. Esa disminución sustancial de la culpabilidad impide hacerle un juicio de reproche por la realización de un injusto dirigido a preservar intereses que son vitales. La inexigibilidad parte de la idea de que, en el caso concreto, pueden presentarse ciertas situaciones excepcionales que levantan la obligatoriedad del Derecho, ya que el cumplimiento de lo legalmente dispuesto significaría una afectación a aspectos existenciales del autor.

Si bien en las situaciones de inexigibilidad el autor conserva aún cierto margen para una actuación alternativa conforme a Derecho, el ordenamiento jurídico no le impone hacerlo bajo sanción. Por lo tanto, el que opte finalmente por la preservación de intereses existenciales, no puede serle reprochado por el Derecho penal, a no ser que exista una base material para exigirle la realización de un comportamiento supererogatorio (p.e. la presencia de deberes positivos especiales de protección). Este razonamiento podría levantar la sospecha de que la inexigibilidad es producto de cierto decisionismo del legislador o del juez[209], pero lo cierto es que no constituye una decisión puramente política, sino que debe sustentarse en la idea de hasta dónde puede razonablemente el Derecho penal exigir la observancia de sus normas.

En la doctrina penal se manejó inicialmente la tesis de que la inexigibilidad constituía una causa supralegal de falta de culpabilidad[210], por lo que no era nece-

208 Así, Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 14, n.m. 343.

209 Crítica que ciertamente se hace a algunos planteamientos que se han hecho sobre la inexigibilidad, como lo informa Melendo Pardos: *El concepto material de culpabilidad*, p. 56 y s.

210 Vid., así, la propuesta de Freudenthal: *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, p. 85 y s.

sario que el legislador determinara las situaciones en las que la observancia de la norma penal se tornaba en inexigible. En la actualidad, sin embargo, la posición mayoritaria sostiene que esas situaciones deben ser establecidas por el legislador y no decididas libremente por los jueces[211]. Este último parecer merece adhesión, en la medida que evita otorgarle al juez la facultad de eximir de pena al autor con una fórmula tan general como la que se desprende de la inexigibilidad. Sin embargo, la vinculación a una decisión legislativa no debe cerrar la puerta a la aplicación judicial de una analogía *in bonam partem* en los casos en los que resulte clara la existencia de una laguna axiológica que el legislador no ha cubierto por descuido[212]. Bajo tales consideraciones, se verán seguidamente las diversas situaciones de inexigibilidad reconocidas expresamente en nuestra legislación, así como de las que pueden encontrar reconocimiento por medio de una analogía *in bonam partem*.

A. *Estado de necesidad exculpante*

a. *Concepto y fundamento*

Un estado de necesidad exculpante tiene lugar cuando se realiza un hecho antijurídico para alejar un peligro actual que amenaza la vida, la integridad corporal o la libertad de una persona[213]. Esta amenaza debe darse en una situación tal que no exista más alternativa para alejar el peligro que la comisión del hecho antijurídico. La excepcionalidad de las circunstancias produce un efecto exculpatorio de quien realiza la acción antijurídica de alejamiento del peligro, siempre que sea el propio afectado o una persona con la que se encuentra estrechamente vinculado. Como puede verse, el ordenamiento jurídico no exige al afectado o a la persona con la que se encuentra estrechamente vinculada que soporten la materialización de un peligro para bienes jurídicos existenciales, por lo que, si deciden alejar dicho peligro mediante un comportamiento antijurídico, no se les podrá hacer un juicio de reproche de carácter jurídico-penal[214].

El deber de soportar la situación de peligro para bienes jurídicos existenciales no se levanta, sin embargo, si es que al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase dicho peligro en atención a las circunstancias (artículo 20 inciso 5 del CP *in fine*)[215]. De manera explícita, la regulación legal considera como supuestos en los

211 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 140.

212 De otro parecer, sin embargo, SÁINZ CANTERO: *La exigibilidad de conducta*, p. 122.

213 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1804; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 90.

214 Resuelve el estado de necesidad exculpante con el criterio de la exigibilidad, LESCH: *Der Verbrechensbegriff*, p. 271 y ss.; FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 387.

215 Sobre estos supuestos, en los que se mantiene la competencia por la situación de peligro, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 12 y ss.; TIMPE: *JuS* 1985, p. 35 y ss.

que las circunstancias obligan a soportar el peligro la existencia de una particular relación jurídica (por ejemplo, la posición de bombero frente a los riesgos derivados de un incendio) y el hecho de que el afectado haya causado previamente el peligro. En estos casos, la realización del hecho antijurídico destinado a alejar el peligro podrá imputársele culpablemente a su autor, pues el ordenamiento impone la obligación de soportar el peligro.

En los escritos especializados, el efecto exculpatorio del estado de necesidad exculpante se ha procurado fundamentar desde distintas perspectivas. El punto de partida que no admite discusión es que el fundamento de tal exculpación no se puede formular desde un concepto negativo de libertad, pues la acción lesiva recae sobre una persona que es completamente ajena a la situación de conflicto[216]. Tampoco existe sobre el afectado un deber de tolerancia de la acción agresiva en situación de necesidad, en la medida que los bienes jurídicos preservados no son preponderantes frente a los sacrificados. ¿Cuál es la razón entonces que sustentaría la ausencia de un reproche penal al que lesiona, en un contexto como el descrito, los bienes jurídicos de otro? Al respecto se han ensayado diversas propuestas en la discusión doctrinal.

Un criterio de fundamentación se ha procurado alcanzar a partir del interés real del individuo por su auto-conservación[217]. Desde esta perspectiva, la obediencia de las normas penales promulgadas por el Estado solamente será exigible si sirve al interés de auto-conservación de sus miembros. Si una situación peligrosa pone en riesgo la existencia de un individuo, entonces a éste no se le podrá exigir la obediencia de las normas penales que prohíben la lesión de los bienes jurídicos de otros. A este planteamiento se le ha cuestionado recurrir a un límite externo al Derecho que finalmente estaría en incapacidad de poder someter a ciertos parámetros legales el acto de salvaguardia[218]. Así, no sería posible, por ejemplo, establecer un deber de soportar la situación de peligro en aquellos que tienen una particular relación jurídica conforme lo dispone el artículo 20 inciso 5, último párrafo del CP (por ejemplo, bomberos, policías, etc.)[219].

En un plano propiamente jurídico-penal, se ha intentado fundamentar la exculpación en el estado de necesidad a partir de una neutralización de la eficacia motivatoria de la norma penal. Así, para este planteamiento, la norma penal no podría desplegar su efecto de prevención general negativa por la existencia de un

216 En este sentido, Pawlik: *InDret* 4/2015, p. 4 y s.

217 Vid., Bernsmann: *„Entschuldigung" durch Notstand*, p. 306.

218 Así, Pawlik: *InDret* 4/2015, p. 5 y s.

219 Vid., Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 388.

peligro existencial inminente[220]. En la ponderación de costos y beneficios llevada a cabo por el destinatario de la norma penal, la amenaza penal de un mal incierto quedaría neutralizada por el mal certero de la situación de necesidad, por lo que no cabría imputarle responsabilidad penal por el acto de lesión para salvaguardar sus propios intereses. A esta propuesta de fundamentación se le podría cuestionar que parte de una prestación de la pena que difícilmente se puede generalizar y que, por propia vivencia, casi nunca ocurre (el juicio ponderativo de pros y contras).

Un sector de la doctrina penal actual considera que, en el estado de necesidad exculpante, se produce una doble reducción de la culpabilidad en razón de la presión anímica del agente y la preservación de un bien jurídico valioso[221]. Si bien el agente lesiona un bien jurídico, también actúa para salvar un bien jurídico (valor positivo de acción) y lo consigue (valor positivo de resultado). A este planteamiento se le ha reprochado no ofrecer ninguna razón convincente para sostener que lesionar los bienes jurídicos de otro tiene un menor injusto cuando otro sacará provecho de ello[222]. Por otro lado, esta fundamentación no resulta satisfactoria en todos los casos, pues deja sin piso diversos supuestos como la tentativa fallida de salvación[223].

La insatisfacción de los planteamientos precedentes ha llevado a que la doctrina penal actual haya creído conveniente sustentar el efecto exculpatorio del estado de necesidad en los fines de la pena, lo que se ha hecho fundamentalmente desde dos líneas de interpretación distintas. Por un lado, cierto sector de la doctrina penal considera que el hecho antijurídico cometido en situación de necesidad exculpante, no necesita ser penado por razones de prevención general y especial de la pena[224]. Dado que no se trata de un contexto normal de actuación, no se requiere que la norma penal despliegue sus efectos motivatorios[225]. Por otro lado, en la doctrina penal se defiende también un parecer que no centra el fundamento de la exculpación en el proceso de motivación, sino en el tratamiento social de la situación de necesidad. Dado que la situación excepcional en la que se encuentra el agente hace innecesario el mantenimiento de la confianza social en la vigencia de la norma por medio de la pena, la solución del estado de necesidad mediante un hecho antiju-

220 En este sentido, Feuerbach: *Tratado*, § 91, p. 90 y s. Este planteamiento tiene su base filosófica en las ideas de Kant como lo pone de manifiesto Pawlik: *InDret* 4/2015, p. 6 y s.

221 Vid., Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 178 y s.; Kaufmann, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 172 y s.

222 Así, Pawlik: *InDret* 4/2015, p. 10; Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 388.

223 Así la crítica de Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 9.

224 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 11.

225 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 6.

rídico no requiere hacer culpable a quien realizó dicho hecho, sino simplemente tratarlo como una fatalidad[226].

En nuestra opinión, el efecto exculpatorio del que actúa amparado en un estado de necesidad exculpante no se fundamenta en un déficit motivacional[227], pues el autor siempre puede motivarse conforme a la norma, aceptando el sacrificio de los bienes personales en situación de peligro. Si bien es cierto que, desde el punto de vista social, no es necesario imponer una pena a una persona que lesiona bienes esenciales de otra para evadir una amenaza actual, no evitable de un modo lícito, a bienes jurídicos personalísimos propios o de alguien estrechamente vinculado, la mención de esta situación social no responde a la pregunta sobre el fundamento de la exculpación. Siguiendo a Pawlik, puede decirse que dicho fundamento solamente es posible alcanzarlo si tanto el que actúa en estado de necesidad exculpante como el que sufre la intervención son entendidos como sujetos que tienen como legítimo la salvaguarda de bienes de trascendencia existencial[228]. Esta comprensión, sin embargo, no debe llevar a una legitimación objetiva del acto lesivo de salvaguarda, sino a la falta de reproche al autor por no poder exigírsele, como persona, soportar una eliminación o reducción de aspectos existenciales[229].

b. Requisitos

Los requisitos para la procedencia de un estado de necesidad exculpante se desprenden con claridad del tenor del artículo 20 inciso 5 del CP. En primer lugar, se requiere la existencia de la situación de peligro para bienes jurídicos de carácter existencial. En segundo lugar, resulta necesario que no haya otra manera de evitar que esa situación de peligro se materialice en un menoscabo efectivo. En tercer lugar, el hecho antijurídico dirigido a alejar el peligro debe ser realizado por el afectado o por una persona con quien tiene una estrecha vinculación.

b.1) El peligro actual que amenace la vida, la integridad corporal y la libertad

El primer requisito es una situación de peligro actual para un bien jurídico[230]. En principio parecería que este requisito es exactamente igual al del estado de necesidad justificante. Sin embargo, el tenor legal impone una limitación de los bienes jurídicos susceptibles de ser preservados por medio de este estado de necesidad que lo diferencia del justificante. En efecto, los únicos bienes jurídicos por los

226 Así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 4, por lo que cabe solucionar el conflicto como accidente.

227 Por el contrario, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 638.

228 Vid., Pawlik: *InDret* 4/2015, p. 15.

229 Así, Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 390.

230 Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1805.

que cabe un estado de necesidad exculpante son la vida, la integridad corporal y la libertad[231]. Como puede verse, la renuncia al reproche que funda la culpabilidad penal solamente se admite si el interés amenazado representa una condición esencial de posibilidad del proyecto de vida del agente o de una persona estrechamente vinculada[232].

En cuanto a su intensidad, el peligro para los bienes jurídicos existenciales antes mencionados es igual que el requerido en el estado necesidad justificante para los distintos bienes jurídicos[233], pues en ambos casos se exige que el peligro sea actual. La diferencia se presenta, más bien, en relación con la agresión en la legítima defensa que, como ya se señaló, sigue el criterio de la inminencia[234]. El estado de necesidad abarcará, por lo tanto, periodos de tiempo sustancialmente más grandes que los ofrecidos por la legítima defensa[235]. La situación de peligro que autoriza un estado de necesidad exculpante puede presentarse de manera pasajera o duradera.

La gravedad del peligro es una cuestión que, aunque no está expresamente indicada en la ley, debe necesariamente tenerse en consideración. En relación con el bien jurídico "vida", la idea básica es que no se admite graduación[236], por lo que cualquier peligro deberá tenerse por grave. A la vida humana en formación no se le debería dar un tratamiento distinto. Frente a la opinión de los que sostienen que, en tanto el concebido no es persona, el peligro contra su vida no puede ser apartado mediante un estado de necesidad exculpante[237], cabe alegar que este parecer no resulta conciliable cuando menos con la Constitución que reconoce al concebido como sujeto de derecho y el propio Código Penal que reprime el aborto[238]. Respecto a la integridad corporal y la salud, la doctrina concuerda en requerir que el peli-

---

231 Vid., ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 133.

232 Vid., con mayor desarrollo, PAWLIK: *InDret* 4/2015, p. 21 y ss.

233 Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1805; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 6.

234 Vid., FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 391.

235 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 17.

236 Sin embargo, esta regla ha empezado a relativizarse en los casos en los que el peligro de muerte que se cierne sobre un número considerable de personas solamente puede apartarse con la provocación de la muerte de unos pocos. Esto se verá infra bajo el título de estado de necesidad estatal.

237 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 24; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1807.

238 A favor de incluir la vida del concebido como bien jurídico susceptible de un estado de necesidad exculpante, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 8. En contra, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 24.

gro no debe ser insignificante[239]. En este orden de ideas, la amenaza a la integridad corporal debe ser de cierta entidad, por lo que no bastará, por ejemplo, la amenaza de simples golpes. Por su parte, la afectación a la libertad que admite un estado de necesidad exculpante debe limitarse a sus expresiones más importantes como sería el caso de la libertad de movimiento a largo plazo[240].

Para la relevancia del peligro es indiferente que dicho peligro provenga de personas, fuerzas naturales o cosas[241]. En el caso del peligro creado por personas, sin embargo, sí es necesario que éstas no sean responsables de la situación de peligro, pues, de lo contario, se presentaría, más bien, una situación de legítima defensa (agresión ilegítima) o de estado de necesidad defensivo (peligro imputable objetivamente al destinatario de la acción lesiva de salvamento) que se resuelven con unas reglas distintas, como ya se tuvo oportunidad de explicar. Se discute si es posible un estado de necesidad exculpante si el peligro proveniente de una persona se encuentra objetivamente justificado, lo que no debería generar mayor problema. Así, si un náufrago ataca a otro náufrago para arrebatarle el tablón que tiene consigo, el que el agredido tenga derecho a defenderse legítimamente frente al agresor, no impide que la respuesta frente a la defensa necesaria pueda ser juzgada con las reglas del estado de necesidad exculpante[242].

Un punto de especial importancia es si se requiere alguna ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto. Está claro que al margen quedan los casos en los que el bien jurídico preservado resulta siendo preponderante sobre el sacrificado, pues se estará ante un estado de necesidad justificante. Así las cosas, solamente quedan para el ámbito de aplicación del estado de necesidad exculpante los casos en los que el bien sacrificado es de igual o de superior jerarquía que el bien preservado. El tenor legal no excluye ambas posibilidades. Sin embargo, esta apertura semántica no impide que materialmente se establezcan criterios materiales de restricción. En ese sentido, en la doctrina penal se habla de una limitada exigencia de proporcionalidad[243].

En nuestra opinión, la exigibilidad puede levantarse en caso de bienes de igual jerarquía, pero si lo sacrificado es mayor que lo preservado, entonces debe realizarse ciertas matizaciones. Si lo sacrificado es cuantitativamente mayor que lo preserva-

239 Vid., Pawlik: *InDret* 4/2015, p.21 y s. Sobre la significancia del peligro en el caso de la integridad física, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 25.

240 Vid., Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 390; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 14, n.m. 5. En la doctrina nacional, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 94.

241 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 16; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 5. En la doctrina nacional, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 95.

242 Así, Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 391.

243 En este sentido, Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 393.

do, no habrá problemas para aceptar un estado de necesidad, como sería el caso de la persona que preserva su vida sacrificando la vida de dos o más personas[244]. Sin embargo, en caso que la diferencia sea cualitativa, la situación se torna distinta. No se puede exculpar la afectación de intereses desproporcionadamente mayores a los preservados[245]. En este sentido, la preservación de la libertad o de la integridad física que lleve a la lesión de la vida de un inocente no puede levantar la exigibilidad de otra conducta, por lo que el amenazado tendrá que tolerar la afectación si es que quiere evitar una sanción penal[246]. La irreversibilidad de la afectación a la vida obliga a mantener la exigibilidad de otra conducta frente a alternativas de lesión reversibles como las referidas a la integridad corporal o a la libertad.

b.2) El peligro no puede evitarse de otro modo

El estado de necesidad exculpante requiere además que no haya otro modo lícito o, en todo caso, una injerencia menos lesiva para alejar el peligro que amenaza a los bienes jurídicos personalísimos[247]. En este sentido, si el peligro puede evitarse mediante una actuación conforme a Derecho o por medio de un comportamiento menos lesivo, la responsabilidad penal no se verá excluida[248]. Al igual que el estado de necesidad justificante, este requisito debe determinarse en función de las posibilidades de actuación de las que dispone el autor en el momento concreto de la realización del hecho antijurídico[249].

Discutido es hasta qué punto se le puede exigir al necesitado la realización de alternativas de comportamiento que sólo ofrecen una probabilidad de aplacar el peligro o hacerlo únicamente de manera parcial. La respuesta a esta cuestión depende de diversos factores. Si la probabilidad de éxito del comportamiento alternativo no es manifiesta, no se le podrá exigir al necesitado abstenerse de salir de la situación de peligro existencial por la vía de una actuación antijurídica. Por otro lado, debe considerarse también la gravedad de la conducta antijurídica que debe realizar el

244 Vid., PAWLIK: *InDret* 4/2015, p. 24; FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 393. En contra de este parecer, SILVA SÁNCHEZ: *Ius Puniendi* 2 (2015), p. 341 y ss., quien solamente admite el abandono de cualquier límite de proporcionalidad si es que se trata de situaciones excepcionales de conflicto que implican una vuelta al estado de naturaleza.

245 En el mismo sentido, PAWLIK: *InDret* 4/2015, p. 23, sostiene que es imposible invocar el estado de necesidad exculpante si el perjuicio de los intereses del destinatario de la intervención es esencialmente mayor que la exculpación que el autor logra con su intervención. Igualmente, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 393.

246 En el mismo sentido, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 393.

247 Vid., PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 95.

248 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 18.

249 Igualmente, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 96.

necesitado para salir de la situación de peligro, pues cuanto más grave sea dicha conducta, mayor será la exigibilidad de asumir riesgos o afectaciones parciales[250].

b.3) El círculo de personas privilegiado

El estado de necesidad exculpante no es una causa de exclusión de la responsabilidad penal abierta a cualquier persona. Solamente se exime de pena al que realiza la conducta antijurídica si el peligro alejado le afecta a sí mismo o a una persona con quien tiene una estrecha vinculación[251]. Por estrecha vinculación deben entenderse, en primer lugar, los familiares cercanos. En un sentido extensivo podría incluirse a los familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, mientras que uno más restrictivo lo limitaría a los abuelos, esposos, padres, hijos y hermanos. En segundo lugar, la estrecha vinculación puede determinarse también por situaciones puramente fácticas, de manera que podrían incluirse casos como las uniones de hecho o la estrecha amistad[252].

c. Efectos

El principal efecto del estado de necesidad exculpante es la exclusión de la culpabilidad del que actuó de manera antijurídica para alejar la situación de peligro amenazante. No obstante, debe tenerse en cuenta que la conducta de alejamiento del peligro constituye un hecho antijurídico, pero que, por las circunstancias excepcionales en las que se encontraba el autor, no se le exige actuar de una forma distinta y, por ello, no se le hace un reproche de culpabilidad. Bajo estas circunstancias, el hecho de que la conducta del que actúa en estado de necesidad exculpante sea antijurídica, produce ciertas consecuencias sistemáticas en la teoría del delito que resulta conveniente resaltar[253].

Por un lado, el que se ve afectado por el que actúa en estado de necesidad exculpante puede oponer perfectamente una legítima defensa o recibir incluso un auxilio necesario, pues si bien la actuación del necesitado no daría pie a una imputación culpable, su injerencia mantiene un carácter antijurídico[254]. En consecuencia, el afectado por la acción salvadora no tiene el deber de soportar o tolerar la agresión. Por esta misma razón, el afectado por la acción del que se encuentra en estado de necesidad está autorizado a solicitar el pago de una reparación civil por el daño producido. La exclusión de la culpabilidad por la situación de necesidad no

250 En el mismo sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 19.

251 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1808; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 97.

252 Vid., Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 392.

253 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 3.

254 Igualmente, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 100.

enerva la obligación jurídica de indemnizar por la producción de un daño ilícitamente causado.

Por otro lado, la antijuridicidad del acto de preservación de los bienes jurídicos personales en el estado de necesidad exculpante determina que los actos de auxilio de aquellas personas que no están estrechamente vinculadas con quien está en una situación de necesidad, constituyan actos de participación punible. Si bien el autor del hecho antijurídico de salvaguardia no responderá penalmente por estar en una situación de inexigibilidad, los intervinientes no vinculados al afectado podrán responder culpablemente por su contribución no permitida al hecho antijurídico[255].

d. Los deberes especiales de tolerancia

El propio Código Penal establece que no procede la exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias[256]. El texto punitivo señala, a modo de ejemplo, la causación por uno mismo del peligro[257] y los deberes derivados de una posición jurídica especial (policía, bomberos, etc.). Como puede verse, se trata de una cláusula general abierta que le permite al juez incluir supuestos especiales en los que surge un deber de tolerar el peligro por razones de organización (creación del peligro) o por competencias institucionales (posiciones especiales)[258]. Otras situaciones que las circunstancias obliguen a soportar los peligros podrían ser, por ejemplo, las posiciones de garantía o la sustancial desproporción entre lo amenazado y lo sacrificado (por ejemplo, matar para preservar la integridad física). Debe decirse, sin embargo, que estos deberes especiales de tolerancia no son absolutos, sino que solamente intensifican la exigibilidad, pues el acudir a la muerte segura no se le puede exigir ni siquiera al soldado[259].

B. Miedo insuperable

El miedo insuperable es una causal de exclusión de la responsabilidad penal regulada en el artículo 20 inciso 7 del CP. Según el texto legal, está exento de responsabilidad penal el que obra compelido por un miedo insuperable de un mal igual o mayor. La naturaleza del miedo insuperable ha sido muy discutida en la doctrina penal. Por un lado, existen voces que le niegan autonomía conceptual

255 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 66. En la doctrina nacional, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 100.

256 Vid., PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 97.

257 Al infringir su propia incumbencia, el autor no puede invocar luego un estado de necesidad exculpante como lo pone de manifiesto PAWLIK: *Das Unrecht*, p. 356.

258 Vid., con mayor detalle, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 12 y ss.

259 Así, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 394 y s. En la doctrina nacional, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 99.

al ordenarlo como un supuesto de inimputabilidad por afectar la lucidez mental que supone la vivencia del miedo, o como un estado de necesidad por la existencia de bienes jurídicos en conflicto[260]. Por el otro, un sector doctrinal sostiene que se trata de un supuesto de inexigibilidad con particularidades propias y que, por ello, tiene una naturaleza distinta al estado de necesidad y, por supuesto, también a la inimputabilidad[261].

En nuestra opinión, el miedo insuperable no es un supuesto de inimputabilidad, pues no precisa una situación de temor que nuble el juicio y, por lo tanto, la capacidad de orientar las acciones a lo jurídicamente debido. Tampoco comparte una similitud estructural con el estado de necesidad, pues no se exige una racionalidad de la defensa en el sentido de que la realización del hecho antijurídico sea la única alternativa para superar la situación de peligro. El carácter insuperable está referido, más bien, a la situación de miedo, de manera que se estará ante este supuesto de inexigibilidad precisamente cuando existen alternativas menos lesivas de alejamiento del peligro, pero que el afectado, por el miedo que padece, no puede apreciar.

El primer requisito del miedo insuperable es la existencia de un mal igual o mayor. Un mal es una situación de pérdida que produce aflicción en quien lo padece. No tiene que ser objetivamente antijurídico, sino que basta con que lo sea para el sujeto (por ejemplo, la extracción de sangre para hacer un dosaje etílico)[262]. La redacción asumida por nuestro Código Penal pone el requisito del "mal" como un dato objetivo, de manera tal que si el mal es solamente aparente o imaginario, no se podrá sostener esta causal de exención de la responsabilidad[263]. Lo que, en todo caso, podría hacerse es aplicar el artículo 21 del CP y tratar el supuesto de miedo insuperable por un mal imaginario como una eximente imperfecta que autorizaría la atenuación de la pena.

El texto legal dice que el mal debe ser igual o mayor, pero no precisa respecto de qué. Hay que entender que esta relación de comparación está referida a los males que amenazan a la persona que actúa compelida por la situación de miedo insupe-

260 Vid., al respecto, con mayores referencias doctrinales, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L24/18 y ss.

261 Así, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L24/20; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 641.

262 Vid., Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 28, n.m. 44.

263 De otro parecer, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1830; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 643; Paredes Vargas, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 758 y s. La situación es distinta en la actual regulación española que no establece, a diferencia de la regulación anterior, que exista un mal igual o mayor (vid., Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 28, n.m. 40).

rable y los que debe causar para superar la situación. Podría pensarse que si el mal amenazante es mayor al que realiza el que actúa con miedo insuperable, no tendría sentido recurrir a esta causal, pues bastaría con utilizar la causa de justificación del estado de necesidad justificante. No obstante, hay que tener presente que, como ya se dijo, el miedo insuperable no comparte la estructura del estado de necesidad, de manera que podrá desplegar sus efectos exoneratorios aun cuando no se cumpla con algunos de los requisitos del estado de necesidad, en especial la racionalidad de la defensa.

El Código Penal no establece expresamente si el mal amenazante puede estar referido también a personas estrechamente allegadas. Pero tampoco lo limita expresamente a aquél que recae sobre el agente. Lo único que establece es que el autor actúe compelido por miedo insuperable de un "mal igual o mayor". Dado que es perfectamente posible que una persona entre razonablemente en una situación de miedo por un mal que acecha a una persona con la que está estrechamente vinculada (la madre, por ejemplo, en relación con un mal que amenaza a un hijo menor de edad), no hay ninguna razón de fondo para excluir tales casos de la causa de inexigibilidad del miedo insuperable[264]. Está claro que no se trata de cualquier tercero, sino solamente de aquellos respecto de los cuales el agente asume una identificación con sus padecimientos.

En segundo lugar, el agente debe actuar compelido por una situación de miedo. No es necesario que la actuación esté exclusivamente motivada por el miedo, bastando con que sea el motor preponderante[265]. Hay que precisar que el miedo no es un estado psíquico equiparable al pánico en el que el agente pierde absolutamente control de sí mismo. En caso de pánico o temor podría discutirse un estado de demencia transitoria que permita excluir la imputabilidad del autor[266]. Por el contrario, en una situación de miedo el autor comprende lo que está haciendo, con la única particularidad de que se produce una reducción de su capacidad de análisis de la realidad y de las alternativas de actuación de las que dispone. La doctrina penal engloba el miedo dentro de los afectos asténicos que, a diferencia de los afectos esténicos, no son violentos o agresivos[267]. A nivel de la legislación penal a los primeros se les reconoce virtualidad para exonerar de responsabilidad penal, mientras

264 Acepta el miedo insuperable respecto de un mal para personas allegadas, LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 28, n.m. 43.

265 En este sentido, LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 28, n.m. 38; ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 135.

266 Así, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L24/25; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 642.

267 En este sentido, LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 28, n.m. 33.

que a los segundos se les atribuye, por lo general, un efecto atenuatorio (como, por ejemplo, la emoción violenta).

No cabe duda que el miedo es un estado interno, pero debe ser determinado con parámetros objetivos que permitan asumir la reducción de la capacidad de análisis antes mencionada. La situación interna de miedo debe pasar, además, por el filtro normativo de su insuperabilidad. En este sentido, no basta con que el agente alegue haber actuado compelido por una situación de miedo, sino que el juez debe determinar si esa situación de miedo no pudo ser superada por el autor, de manera que habría podido ponderar adecuadamente las alternativas de acción de las que disponía. Como criterio de valoración para determinar la insuperabilidad del miedo, el juez debe recurrir a la figura del hombre promedio en las circunstancias particulares del autor[268]. Si bien el miedo es una situación interna, la insuperabilidad que sustenta la exculpación no está definida en términos subjetivos, sino con base en parámetros de carácter objetivo[269].

C. Exceso en la legítima defensa

Un supuesto de inexigibilidad de otra conducta se presenta en el caso de reacciones excesivas realizadas en el contexto de una situación de legítima defensa[270]. Si la defensa del agredido se mueve en el marco de las condiciones de regularidad de la defensa, la acción defensiva se encontrará justificada, no siendo necesario entrar en el plano de la culpabilidad. No obstante, si el agredido recurre a una defensa excesiva (irracional), el exceso no podrá encontrar justificación alguna, por lo que no habrá más remido que calificarlo de un ilícito. Este exceso en la legítima defensa puede ser intensivo, cuando el agredido se defiende de modo desproporcional, o extensivo, cuando se defiende antes de que tenga realmente la agresión o después de que ésta ha cesado[271].

Pese al carácter antijurídico del exceso en la legítima defensa, la doctrina penal entiende que no se le puede exigir a una persona, sometida a las circunstancias de una agresión ilegítima, que realice una ponderación exacta de la racionalidad y la oportunidad de su defensa. En este orden de ideas, si el exceso en la legítima defen-

---

268 Recurren a la figura del hombre medio (generalidad de los hombres) en la posición del autor, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L24/25; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 643. Críticamente, Paredes Vargas, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 756 y s.

269 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14; n.m. 1832.

270 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 28; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 14, n.m. 16.

271 Vid., así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1812; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 14, n.m. 19 y ss., con matizaciones. Críticamente, respecto a la inclusión del exceso extensivo, Pawlik: *Das Unrecht*, p. 359.

sa se debe a un estado pasional asténico (ofuscación, miedo, temor[272]) que suscita la agresión ilegítima, no cabrá afirmar un injusto culpable. Al agredido no se le puede reprochar haberse excedido en su acto de defensa, sino que cabrá que el agresor asuma como riesgo de la vida el exceso en los estados generados por su actuación responsable[273]. Si bien la regulación legal de la legítima defensa no prevé expresamente esta situación de inexigibilidad, la misma puede ser aceptaba por medio de una aplicación analógica de la situación de inexigibilidad del miedo insuperable. La situación de agresión antijurídica provoca en el agredido una situación de miedo tal que no se le puede pedir una adecuada ponderación de la defensa necesaria.

Lo anteriormente indicado no debe llevar a la conclusión equivocada de que todo exceso en la legítima defensa constituye una situación de inexigibilidad de otra conducta. Si el agredido doblega completamente al agresor y procede a darle un escarmiento por su intento de agresión, no cabrá tratar este caso como un supuesto de inexigibilidad de otra conducta. Incluso si solamente omite auxiliarlo en la situación de desamparo en la que ha caído como consecuencia de la acción defensiva, podrá alcanzarle una responsabilidad penal por omitir el socorro[274]. Solamente en los casos en los que la situación excepcional de una agresión ilegítima no le permita al agredido ponderar adecuadamente la racionalidad de su defensa, podrá admitirse un supuesto de inexigibilidad y, por lo tanto, exonerarlo de responsabilidad penal por el exceso. Si, por el contrario, el agredido mantuvo en el caso concreto la capacidad de ajustar su defensa a la realidad de la agresión, entonces sí le será exigible actuar en el marco que le impone la racionalidad de la defensa.

D. La objeción de conciencia

El artículo 2 inciso 3 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia. Este derecho fundamental establece que a nadie se le puede obligar a actuar en contra de sus convicciones personales[275]. A partir de esta idea se ha desarrollado la llamada objeción de conciencia, según la cual la vinculatoriedad del ordenamiento jurídico se desvanece si una persona obje-

272 Vid., así, la diferenciación que hace JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 29, de los estados pasionales asténicos como la ofuscación, el miedo o el terror frente a los estados pasionales esténicos como la ira, el furor, etc. Sin embargo, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 71, precisa que no basta esta situación pasional especial, sino que hay razones de prevención general que fundamentan la inexigibilidad en caso de exceso en la legítima defensa.

273 Similarmente, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 28.

274 Vid., sobre esta cuestión, con mayores referencias, DOPICO GÓMEZ-ALLER: *LH-Mir Puig* (2017), p. 539 y ss.

275 Igualmente recurre a la disposición constitucional que reconoce la libertad de conciencia, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 102.

ta aspectos de conciencia que se oponen al cumplimiento de lo legalmente dispuesto[276]. Si la inobservancia del mandato legal trae como consecuencia la realización de un delito, surge entonces la discusión sobre si la objeción de conciencia puede eximir de la responsabilidad penal y, de ser así, en qué nivel analítico de la teoría del delito. Al margen de estas consideraciones queda la figura del delincuente por convicción, al que evidentemente no le alcanza la libertad de conciencia reconocida en la Constitución Política[277].

La invocación de la conciencia no puede exonerar de responsabilidad penal si el autor puede compaginar un comportamiento alternativo conforme a Derecho con su identidad, de forma tal que no se encontraría obligado imperativamente a hacer valer el mejor orden según su parecer[278]. Aunque no es el caso de nuestra legislación penal actual, en otros países existe un servicio civil sustitutorio para los que, por razones de conciencia, no quieren hacer el servicio militar obligatorio. Bajo estas circunstancias, el que incumple con el servicio civil sustitutorio no podrá alegar una objeción de conciencia en contra de la guerra para liberarse de la responsabilidad penal. Por otro lado, la conciencia tiene una incidencia estrictamente personal, por lo que su expresión no puede alcanzar a injerencias activas sobre los derechos de terceros[279]. Por ejemplo, el pro-vida no puede destruir las clínicas donde se practican abortos legamente permitidos, ni el ambientalista hacer lo mismo con las instalaciones de una fábrica que opera lícitamente.

Si el ejercicio de la libertad de conciencia en determinados ámbitos específicos se traduce en una norma de permisión excepcional, entonces la objeción de conciencia podrá tratarse sin mayores problemas como un caso de ejercicio regular de un derecho[280]. Lo que habrá que determinar es que se cumpla con los presupuestos legales que autorizan excepcionalmente la actuación en conciencia. Así, por ejemplo, en los países que admiten la realización de prácticas abortivas, se prevé, por lo general, una regla de objeción de conciencia para los médicos que consideran al feto un ser humano. En tal caso, la objeción de conciencia constituye claramente el ejercicio regular de un derecho por parte de estos profesionales de la salud que el mismo legislador ha ponderado y que habilita su invocación.

Una situación de exculpación se presentará, más bien, en aquellos casos especiales en los que si el autor no sigue lo que le dicta su conciencia, tendrá lugar un

276 Vid., FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 399; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 13, n.m. 29.

277 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 103.

278 Vid., así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 21; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 111.

279 Igualmente, OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 14, n.m. 31.

280 Igualmente FRISCH: *LH-Gimbernat*, I, p. 909.

daño en términos de una destrucción de la personalidad[281]. Se trata de un criterio ético que internamente es determinado por el autor como forzoso e incondicionalmente obligatorio, incluso en caso de ser inculpado por seguirlo[282]. Dado que el cumplimiento de lo legalmente dispuesto significaría una afectación a aspectos existenciales del autor, se levanta excepcionalmente la exigibilidad de otra conducta y, por lo tanto, la base para hacerle un juicio de reproche de culpabilidad. Sin embargo, la exigibilidad puede mantenerse en casos especiales, como sucede con el estado de necesidad exculpante. Así, no podrá objetar conciencia el que se opone por razones religiosas a recibir una vacuna para una enfermedad que pone en serio riesgo la salud pública.

E. El grave peligro para la vida o salud de la gestante

Un supuesto de inexigibilidad regulado en la Parte Especial del Código Penal se encuentra en el capítulo que regula los delitos de aborto. Concretamente, en el artículo 119 del CP se contempla la figura del aborto terapéutico, según el cual no es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente. Debe hacerse la precisión de que se hace alusión aquí a la acción que directamente está dirigida a eliminar la vida del feto. Por el contrario, los casos en los que el médico emprende una conducta salvadora de la vida de la madre, pero que produce indirectamente la muerte del feto, se estará claramente ante una colisión de deberes justificante. Si la acción del médico está dirigida a salvar la vida de ambas personas, aunque se produzca con ello la muerte del feto, no habrá ni una colisión de deberes, sino una conducta socialmente adecuada[283].

En relación con la naturaleza de la causa de exención de pena regulada en el aborto terapéutico, pueden encontrarse distintos pareceres en las exposiciones doctrinales. Algunos autores se mueven en el plano de la categoría de la antijuridicidad y, en esta línea, sostienen que el aborto terapéutico es un supuesto de estado de necesidad justificante[284] o, en todo caso, una causa de justificación específica[285]. Otros autores, por el contrario, parten del carácter antijurídico del aborto terapéutico, por lo que su falta de sanción penal lo explican, más bien, por tratarse de un

281 Así, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 400.

282 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 22; FRISCH: *LH-Gimbernat*, I, p. 905.

283 Así, VAN WEEZEL: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N° 1, p. 206.

284 SALINAS SICCHA: *Derecho Penal*, PE, p. 157.

285 CASTILLO ALVA: *El delito de aborto*, p. 198.

supuesto de estado de necesidad exculpante[286] o de una causa de exclusión de la punibilidad[287].

Si se analiza con mayor detalle las posturas antes mencionadas, podrá concluirse sin mayores reparos que la diferencia sustancial entre la postura de la justificación frente a las posturas de la exculpación o de la falta de punibilidad es que para la primera el aborto terapéutico no es un injusto penal (se trataría de una privación legítima de la vida del feto), mientras que para las segundas el aborto terapéutico constituiría una privación ilegítima de la vida de otro, pero que no resulta penalmente sancionada porque el responsable actuó en situación de inexigibilidad de otra conducta o porque no hay necesidad, en estos casos, de imponer una pena a pesar de ser merecida. Al respecto cabe señalar que no existe una razón científica para establecer una diferencia cualitativa entre la vida humana intrauterina y la vida humana extrauterina, y mucho menos para poner la salud de una persona nacida por encima de la vida de una persona no nacida[288]. Si bien se han recurrido a argumentos como la viabilidad o el mayor desarrollo de la vida humana independiente para sustentar una diferenciación, estos argumentos llevarían a consecuencias que no resultan socialmente asumibles.

A mi entender, el fundamento de la falta de castigo del aborto terapéutico sólo puede ubicarse en sede de culpabilidad, concretamente en la idea de que el ordenamiento jurídico no le puede exigir a una mujer embarazada que prosiga con el embarazo si su continuación le va a producir la muerte o un mal grave y permanente a su salud[289]. Se trata de una situación de inexigibilidad que levanta la posibilidad de hacer un juicio de culpabilidad a la persona a la que se le atribuye la realización del injusto (que, en este caso, está constituido por la muerte de un feto)[290]. Si se asume la idea de la inexigibilidad, se evita que la excesiva vaguedad y amplitud que tienen

286 Así, CARO JOHN: *Informe legal sobre los alcances del aborto terapéutico*, p. 14, no obstante luego (p. 18 y s.) considera correcta una regulación estandarizada del aborto terapéutico, de manera que entiende como plenamente lícito el aborto terapéutico practicado por el médico (*lex artis médica*). Como puede verse, existe una mezcla poco conciliable del estado de necesidad exculpante y la figura de las conductas neutrales.

287 BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO: *Manual*, PE, p. 94.

288 En este sentido, KAUFMANN, Arthur: *FS-Maurach*, p. 340; LESCH: *Zeitschrift für Lebensrecht*, 1 (2001), p. 2. A la debilidad del concepto de persona para abarcar a los concebidos, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *RECPC* 11-11 (2009), p. 11:16 y ss., propone dotarlos de fortaleza con el apoyo de los conocimientos científicos.

289 Vid., anteriormente, GARCÍA CAVERO: *Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura*, Vol. 1 (2010), p. 201.

290 Similarmente, TRÖNDLE/FISCHER: *StGB-Kommentar*, 51. Aufl., preliminares a los §§ 218-219b, n.m. 7. Por su parte, ESER: *Derecho penal, medicina y genética*, p. 56, reconoce que el principio de exigibilidad se encuentra en la base de las indicaciones.

las indicaciones en la legislación penal de muchos países[291], termine autorizando, en los hechos, una libre interrupción del embarazo, pues se requiere que el peligro ponga efectivamente en riesgo bienes jurídicos existenciales y no simplemente una vida más cómoda o sin mayores complicaciones.

Del tenor legal que regula el aborto terapéutico se desprende aspectos comunes con el estado de necesidad, pues se exige que el aborto sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave y permanente en su salud. Se ha dicho, sin embargo, que el aborto terapéutico no es un estado de necesidad por varias razones. Por un lado, se dice que el aborto terapéutico excluye la responsabilidad penal no sólo de la madre que está en situación de necesidad, sino también la del médico que no lo está. Esta afirmación no es concluyente, pues también en el estado de necesidad exculpante cabe la intervención de un tercero, siempre que esté estrechamente vinculado a la víctima. Por otro lado, se ha dicho que el riesgo no debe ser inminente en el aborto terapéutico, lo que tampoco habla en contra de considerarlo un estado de necesidad exculpante, pues la inminencia es un requisito de la agresión ilegítima en la legítima defensa, pero no del peligro en el estado de necesidad, el cual solamente debe ser actual. En tercer lugar, se ha señalado que el aborto terapéutico requiere del consentimiento de la madre o de su representante legal, lo que no es necesario en el estado de necesidad. Esta afirmación tampoco es decisiva para quitarle al aborto terapéutico el carácter de un estado de necesidad exculpante, pues el requisito del consentimiento puede interpretarse simplemente como el reconocimiento legal de la posibilidad de que una persona en situación de necesidad pueda asumir voluntariamente el riesgo, a pesar de que el ordenamiento jurídico no le exija hacerlo.

Lo anteriormente expuesto permite concluir que el aborto terapéutico es un supuesto de estado de necesidad exculpante. En este sentido, la determinación del alcance y los presupuestos establecidos en el artículo 119 del CP debe hacerse necesariamente en coordinación con los presupuestos generales del estado de necesidad exculpante establecidos en el artículo 20 inciso 5 del CP. La única particularidad del aborto terapéutico es la flexibilización del deber de tolerancia de la gestante, pues en la medida que ésta causó el peligro (al quedar embarazada) o tiene una relación jurídica particular[292] (es la madre), tendría que soportar los riesgos del embarazo. Sin embargo, la regulación del aborto terapéutico exime a la gestante de un deber de tolerancia del riesgo que produce el embarazo. Esta flexibilización podría encontrar sustento en el hecho de que el embarazo no es una consecuencia que necesariamente se pueda prever con certeza, por lo que no tiene que atribuirse

291 Como lo destaca, por ejemplo, ESER: *Estudios*, p. 245, nota 19.

292 Sobre la posición de garante de la embarazada, MERKEL: *StGB-NomosKommentar*, §218, n.m. 102 y ss.

necesariamente como un riesgo que forma parte del ámbito de competencia de la gestante. Por otra parte, la percepción sensorial de la vinculación institucional puede ser una condición para la exigencia del deber positivo de protección, o puede entenderse que el deber positivo frente a un tercero no puede exigirse a niveles que impliquen comprometer la propia existencia[293]. Con estas consideraciones podría explicarse, de alguna manera, por qué no existe, a pesar de todo, un deber jurídico de tolerancia de la madre respecto de los riesgos existenciales del embarazo.

La figura del aborto terapéutico requiere, en primer lugar, la existencia de un peligro de muerte o de un mal grave y permanente para la salud de la gestante. Este peligro debe ser actual, no simplemente posible. En este sentido, debe determinarse en cada caso concreto, mediante los exámenes médicos correspondientes, que la vida o la salud de la madre está realmente en grave peligro. Resulta pertinente poner de manifiesto que todo embarazo lleva consigo cierto riesgo habitual, como sucede con diversas actividades cotidianas (por ejemplo, conducir un automóvil, viajar en avión, etc.). Por esta razón, los riesgos propios del embarazo no pueden considerarse un peligro en los términos del aborto terapéutico, sino solamente aquellos que alcancen un carácter excepcional y que, por lo tanto, no cuenten con medios seguros para reducir su incidencia.

La situación de peligro antes descrita no basta para la afirmación de un aborto terapéutico, sino que es necesario que la muerte del feto sea el único medio para evitar el riesgo de muerte o de grave lesión. De lo anterior se desprende que el examen médico no sólo debe determinar la existencia del riesgo, sino que su conclusión más importante es que no hay otra manera, distinta a la interrupción abrupta del embarazo, de evitar el peligro de muerte o de grave afectación a la salud de la gestante. Si el riesgo para la vida o la salud de la madre pueden ser controlados con un tratamiento riguroso sobre la madre, ésta debe realizarlo y no ir por la vía fácil del aborto. El artículo 119 del CP es sumamente claro al señalar que el aborto debe ser el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave y permanente en su salud.

Para poder practicar un aborto terapéutico que sea impune es necesario que la gestante o, en caso de que ella no pueda manifestar su voluntad, su representante legal consientan en la práctica del aborto[294]. Este requisito particular pone de manifiesto que es perfectamente posible que la madre asuma los riesgos de llevar un embarazo riesgoso, lo que no puede sorprender a nadie por la natural protección maternal. Por esta razón, la madre debe expresar su voluntad de no exponerse a

293 Vid., Frister: *Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität-Düsseldorf*, 2003, p. 386.

294 Vid., García Cavero: *Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura*, Vol. 1 (2010), p. 204 y s.

sí misma para traer al mundo a su hijo a través del consentimiento de la práctica abortiva. Sin embargo, debe precisarse que el consentimiento de la madre solamente podrá ser válido si ella ha sido suficientemente informada sobre la entidad del riesgo y las probabilidades de reducirlo. Si se llega a determinar que el médico dio una información falsa o, en todo caso, incompleta, podrá hacérsele responsable como autor mediato del aborto, en la medida que ha utilizado a la madre como un instrumento en situación de error sobre la situación de inexigibilidad.

El principal escollo a una propuesta de interpretación del aborto terapéutico como un caso especial de estado de necesidad exculpante es que no se excluiría la responsabilidad penal del médico que practica el aborto, al no encontrarse éste en estado de necesidad[295]. Esta afirmación debe ser, sin embargo, relativizada, pues también en el estado de necesidad exculpante cabe la posibilidad de intervención de terceros, siempre que estén estrechamente vinculados a la víctima como lo dispone el artículo 20 inciso 5 del CP[296]. Por lo tanto, si bien no cualquier médico podrá calificar para gozar de la exención del aborto terapéutico, lo estará el médico que se encuentra estrechamente vinculado a la gestante, esto es, cuando exista una relación de confianza especial que explique su intervención en defensa de su paciente[297]. Por el contrario, un médico cualquiera que se dedique a practicar abortos por el solo pago de honorarios no podrá gozar de la situación de necesidad de la gestante, pues no hay una relación especial con la gestante que le dé acceso al círculo de sujetos a los que el Derecho Penal no les pueda exigir el respeto de la vida de un inocente.

F. La estrecha vinculación en los delitos de encubrimiento

En la Parte Especial del Código Penal se contemplan otros supuestos de inexigibilidad que se sustentan en una estrecha vinculación entre ciertas personas[298]. Por ejemplo, en los delitos de encubrimiento, el artículo 406 del CP considera exentos de responsabilidad penal a los que tienen relaciones tan estrechas con la persona favorecida como para excusar su conducta. Así, por ejemplo, no se le puede exigir a

295 Así, por ejemplo, Eser: *Derecho penal, medicina y genética*, p. 56.

296 Por el contrario, Laurenzo Copello: *El aborto no punible*, p. 328 y s., parte de entender que el médico no está en el círculo de allegados a la gestante, por lo que justifica su impunidad en el hecho de considerar al aborto terapéutico un supuesto de exclusión de la responsabilidad por el hecho (una categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad), que permitiría fundamentar el no castigo de los partícipes por una sustancial reducción de la ilicitud del hecho.

297 Así, García Cavero: *Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura*, Vol. 1 (2010), p. 205.

298 Como una causa de exculpación en el Derecho penal español, García Pérez: *El encubrimiento*, p. 147; Luzón Peña: *Derecho Penal*, PG, Cap. 28, n.m. 28. Por el contrario, como una exención de pena lo explica Sánchez Ostiz-Gutiérrez: *El encubrimiento como delito*, p. 169.

la madre que no oculte a su hijo prófugo de la justicia, por lo que la realización de esta conducta antijurídica por parte de la madre, no traerá consigo un castigo para ella como autora del delito de encubrimiento personal.

Un supuesto problemático en relación con la inexigibilidad por estrecha vinculación se presente cuando varias personas han intervenido en el delito y, por lo tanto, la acción de encubrimiento beneficia no sólo a la persona con la que existe la estrecha vinculación, sino también con otras con las no está estrechamente vinculada. Al respecto cabe señalar que si la acción está dirigida a eludir la persecución penal de la persona con estrecha vinculación, no interesa si además se favorece a otras personas[299]. La inexigibilidad estará presente mientras se consiga con el acto de encubrimiento impedir que la persecución penal alcance a la persona con la que existe la relación especial.

G. El estado de necesidad estatal

La elección del mal menor en el caso de pérdida de vidas humanas puede configurar, bajo determinadas condiciones, una situación de inexigibilidad[300]. En la actualidad, la discusión se ha intensificado a raíz del caso del derribo de aviones comerciales secuestrados por terroristas para ser utilizados como misiles humanos contra un sector de la población. En tales casos, se podría sostener una situación de inexigibilidad que excluya la culpabilidad del funcionario público que toma la decisión de derribar el avión antes de que se estrelle contra el objetivo civil. Esta situación de inexigibilidad podría conformarse jurídicamente mediante una aplicación analógica de la regulación del estado de necesidad a un estado de necesidad para preservar las condiciones básicas para la existencia del Estado mismo[301].

A la solución propuesta se le podría criticar que la naturaleza de la inexigibilidad es estrictamente personal, por lo que no se le podría aplicar al Estado. Sin embargo, el estado de necesidad exculpante no se encuentra ya definido por una situación de anormalidad psicológica activada por el instinto de conservación, sino por la preservación de condiciones existenciales del necesitado (perspectiva normativa). Bajo estas consideraciones, se podría sostener válidamente en el caso del avión capturado por los terroristas una situación de estado de necesidad estatal que levante la culpabilidad del funcionario público que toma la decisión, como último recurso y luego de haber agotado todas las posibilidades de salvación, de derivar el avión dirigido a estrellarse contra lugares civiles en situación de imposibilidad de una evacuación previa.

---

299 Similarmente, GARCÍA PÉREZ: *El encubrimiento*, p. 149.

300 Vid., anteriormente, WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, p. 185.

301 Así, PAWLIK: *JZ* 2004, p. 1051 y ss.

CAPÍTULO 17
LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

I. INTRODUCCIÓN

La intervención delictiva es un aspecto de la imputación penal que se establece a nivel del tipo penal[1], en la medida en que es allí donde se indica quienes son los que realizan la conducta típica. Por lo general, el tipo penal determina al sujeto activo del delito como un autor individual, sea de manera general ("el que..."), sea concretándolo en determinado contexto de actuación (por ejemplo: "el que ejerce funciones de representación o administración") o con una calidad especial (por ejemplo: ascendiente, juez, funcionario público, deudor, etc.)[2]. Sólo de manera excepcional el tipo penal hace referencia a una pluralidad de personas en la determinación de la conducta delictiva[3], dando lugar a lo que se conoce doctrinalmente como los delitos plurisubjetivos. Lo peculiar de estos delitos es que requieren obligatoriamente la intervención de varios sujetos, por lo que su comisión no sería posible por parte de un solo sujeto aislado[4].

El que la tipificación de los delitos se haga generalmente mediante una determinación de la conducta delictiva que realiza por completo un solo autor, no impide, en lo absoluto, que varias personas puedan intervenir en la realización de dicho delito. Así, por ejemplo, el delito de homicidio puede ser llevado a cabo por una sola persona que lo prepara y ejecuta, del mismo modo que también varias personas

---

1 En este sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, PG, II, p. 963.

2 Vid., BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 459; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2204; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 963.

3 Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2205.

4 En este sentido, CARRASCO ANDRINO: *Los delitos plurisubjetivos*, p. 1.

pueden intervenir en su realización. De hecho, lo usual es que una persona no actúe sola al cometer un delito, sino que lo haga en colaboración o coordinación con otras personas[5]. Cuando varios intervienen en la realización del delito, la pregunta lógica que se plantea es si todos los intervinientes deben responder penalmente de la misma manera.

Para los defensores de un concepto unitario de autor la respuesta es abiertamente afirmativa. En efecto, conforme a esta concepción de la intervención delictiva, toda contribución causal al hecho da lugar a una intervención en calidad de autor, con independencia de la importancia de dicha contribución[6]. El criterio de determinación sería fundamentalmente la vinculación causal, no existiendo ninguna relación de accesoriedad entre los diversos aportes al hecho delictivo[7]. Al concepto unitario de autor se le ha objetado, sin embargo, que si todas las contribuciones causales al hecho fuesen una lesión penalmente relevante del bien jurídico protegido, se perdería el injusto específico de la acción en cada tipo penal, abandonándose las fronteras legalmente establecidas y, por tanto, la función garantista del Derecho penal[8]. Así, por ejemplo, homicidio sería dar un arma a otro o defraudación tributaria el simple hecho de fabricar facturas. Por lo demás, bajo la lógica unitaria no se apreciaría ninguna razón para no castigar como delito la sola realización de un acto de preparación o de instigación[9], del mismo modo que se perdería también la restricción de algunos requisitos típicos como la propia mano o la calidad especial del autor, pues la responsabilidad penal del autor se sustentaría únicamente en la pura contribución causal[10].

Al concepto unitario de autor se le opone el sistema diferenciado de intervención en el delito. Este sistema se remonta a la discusión alemana del siglo XVIII que

---

5 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, PG, II, p. 963; GÓMEZ LUCANA, en *LH-Paredes Vargas*, p. 128.

6 Vid., al respecto, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 5; MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L14/10; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2213; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La autoría en derecho penal*, p. 64 y ss. Un concepto unitario de autor ha sido asumido en el Código Penal Austríaco, el Código Penal Italiano y el Código Penal Noruego en ciertos delitos contra la vida como lo ponen de manifiesto BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 460; PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito*, p. 351 y ss.

7 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 461 y s. Sobre las teorías causales de la autoría, ROXIN: *Autoría*, p. 21 y ss.

8 Vid., en este sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2214. En contra de esta crítica, sin embargo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La autoría en derecho penal*, p. 117.

9 Vid., sobre esta crítica, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La autoría en derecho penal*, p. 120 y ss.

10 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 6.

distinguía entre originante (*auctor*, Urheber) y cómplice (*socius*, Gehülfe)[11]. A lo largo del siglo XIX la originación física se convirtió en autoría (Täterschaft), mientras que la originación intelectual pasó a ser calificada de instigación (Anstiftung)[12], de la que se distinguió luego la llamada instigación aparente (cuando el ejecutor es un mero instrumento del hombre de atrás) que dio origen a la autoría mediata[13]. Como consecuencia de estas reformulaciones conceptuales la intervención en el delito asumió a lo largo del siglo XX un esquema de ordenación que parte de la distinción entre autor y partícipe.

Nuestra legislación penal no asume, en la actualidad, un concepto unitario de autor, sino que se alinea, más bien, con la tendencia legislativa hoy dominante que sigue un sistema diferenciado de intervención en el delito[14]. Bajo esta perspectiva, se regula, por un lado, la autoría como la figura principal del delito, englobando dentro de esta forma de intervención no sólo al que realiza directamente el delito, sino también a aquel que se vale de otro para cometerlo y a aquellos que lo realizan conjuntamente mediante una distribución funcional del trabajo (artículo 23 del CP)[15]. La llamada participación es, por otro lado, la otra forma de intervenir en el delito, a la que se le asigna un papel de carácter secundario y que puede presentarse bajo la forma de un acto de auxilio (la complicidad del artículo 25 del CP) o de un acto de instigación al delito (la instigación del artículo 24 del CP).

II. LA AUTORÍA

La determinación de la autoría del delito resulta muy sencilla cuando el hecho delictivo es completamente preparado, ejecutado y consumado por una única persona. Se trata de una autoría en solitario que no requiere mayor análisis en cuanto a la intervención en el delito. Los problemas surgen, más bien, cuando son

---

11 Originante no sólo era el que ejecutaba físicamente el delito (originación física), sino también quien hacía surgir en el ejecutor la decisión de cometerlo (originación intelectual). FEUERBACH: *Revision*, II, cap. 8, § 14, define al *Urheber* como "*aquél cuya acción es la razón directa de la existencia del delito*". Algunos incluyeron incluso al que prestaba una contribución, sin la cual el delito no hubiese podido cometerse. Vid., STÜBEL: *Ueber den Thatbestand der Verbrechen*, §§ 29 y ss., 121 y ss.

12 Vid., KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 499 y s.; DONNA: *La autoría y la participación criminal*, p. 122 y s.

13 Vid., HRUSCHKA: *Imputación y derecho penal*, p. 238.

14 Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2218; URQUIZO OLAECHEA, en *Dogmática actual*, Salazar Sánchez (coord.), p. 608.

15 Resulta sumamente llamativo que la Corte Suprema en la Casación N° 367-2011-Lambayeque sostenga que la inducción o instigación sea una forma de autoría, a la que califica de autoría intelectual. Esta interpretación es, más allá de su sustentabilidad dogmática, simplemente contraria al claro tenor del artículo 23 del CP.

varias las personas que intervienen en el hecho punible, suscitándose la cuestión de quiénes deben responder como autores del delito. La respuesta a este interrogante requiere identificar cuál es el criterio que utiliza el Derecho penal para determinar la autoría[16]. No se trata de un aspecto pacífico en la discusión doctrinal, más aún si, en nuestra legislación actual, no se cuenta con referentes que establezcan indiscutidamente cuál es dicho criterio[17]. Bajo estas circunstancias, resulta conveniente exponer brevemente las propuestas más importantes que se han esbozado en la doctrina penal, para luego optar por alguna de dichas propuestas. Solamente teniendo claro en qué se sustenta la imputación a título de autor, es posible llevar a cabo una adecuada interpretación del artículo 23 del CP.

1. Las teorías para determinar la autoría

A. El concepto restrictivo de autor

Para el concepto restrictivo de autor, autor solamente puede ser quien ejecuta la conducta típica. La sola contribución causal al resultado mediante alguna acción atípica no podría fundamentar una imputación a título de autor[18]. Sin embargo, la punibilidad se amplía a acciones contributivas que quedan fuera del alcance del tipo, dando lugar a las figuras de la participación como son la instigación y la complicidad[19]. Pero como se trata de una extensión de la punibilidad, los aportes de los partícipes solamente podrán penarse si existe una ley que contemple explícitamente dichos casos como una participación punible. Por el contrario, los actos de auxilio o contribución al hecho típico que no se encuentren abarcados por cláusula de extensión de la punibilidad, no podrán ser sancionados penalmente.

Si la realización de la acción típica da pie a la autoría y el favorecimiento mediante actos atípicos a la participación, habría que determinar cuál es el criterio que permite diferenciar a nivel del tipo penal ambos supuestos de intervención en el delito. Dado que se abandona el criterio causal en la determinación de la autoría, lo lógico entonces es que se acuda a un criterio de carácter valorativo para juzgar la relevancia de cada aporte. La búsqueda por parte de la doctrina penal de este criterio de determinación de la autoría ha dado lugar a dos teorías de base objetiva: La teoría objetivo-formal y la teoría objetivo-material.

16 Vid., Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p 463.

17 En este sentido, Carrión Díaz: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 64.

18 Así lo pone de manifiesto la exposición de Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L14/17.

19 Destacan esta idea del concepto restrictivo de autor, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 8; Díaz y García Conlledo: *La autoría en derecho penal*, p. 355; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 465.

La teoría objetivo-formal atiende a la literalidad de las descripciones típicas[20]. Autor del delito es aquel cuyo comportamiento se corresponde con la conducta nuclear de la descripción típica, mientras que el comportamiento del partícipe será un aporte causal, pero negativo, en la medida que no entra dentro de esa conducta[21]. Sólo quien realiza por sí mismo la acción típica (matar, apropiarse, privar de la libertad) responderá como autor del delito. A esta teoría de naturaleza formal, se le ha cuestionado, entre otras cosas, dejar fuera de la autoría los casos de autoría mediata[22] (por ejemplo, el sujeto que envía a su hijo de cinco años a que entregue los bombones envenenados a la víctima) y de los coautores que no realizan un hecho típico (por ejemplo, el jefe la banda que sólo dirige el asalto[23]). Este serio defecto ha sido determinante para dejarla de lado en la discusión penal[24].

La teoría objetivo-material recurre, más bien, a la perspectiva de la mayor importancia objetiva de la contribución del autor en comparación con la del cómplice[25]. Esta importancia se determina fundamentalmente en función del grado de peligrosidad del aporte[26]. Se trata de una teoría objetiva porque la mayor importancia de la contribución no depende de la posición interna del sujeto y se le asigna un carácter material porque no se remite al tipo penal para determinar cuál es el aporte del autor[27]. Sin embargo, de la sola peligrosidad del aporte resulta difícil, en muchos casos, determinar la mayor importancia que le corresponde a la que hace el autor, si no se tiene en consideración los aspectos que entran en el plano de la imputación subjetiva[28]. Así, por ejemplo, si A sirve un café a B que ha sido previamente envenenado por C, A será autor y C el cómplice. Por el contrario, si A no conociera el envenenamiento del café por C, C sería autor. Como puede verse, en ambos casos el aporte de C es objetivamente el mismo, pero en función del conocimiento de ciertos aspectos del hecho su calificación como autor o cómplice varía.

---

20 Vid., BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 397. Sobre las distintas variantes de la teoría objetivo-formal, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La autoría en derecho penal*, p. 385 y ss.

21 Vid., ROXIN: *Autoría*, p. 52; GIMBERNAT ORDEIG: *Autores y cómplices*, p. 21.

22 Vid., GIMBERNAT ORDEIG: *Autores y cómplices*, p. 35 y s.; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 465; GÓMEZ LUCANA, en *LH-Paredes Vargas*, p. 151.

23 Así, por ejemplo, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 465.

24 En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La autoría en derecho penal*, p. 403.

25 Vid., MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L14/22. Con mayor detalle sobre las formulaciones doctrinales que siguen el criterio objetivo-material, ROXIN: *Autoría*, p. 56 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La autoría en derecho penal*, p. 464 y ss.

26 Vid., CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder: *StGB*, preliminares a los §§ 25 y ss., n.m. 61.

27 Así lo resalta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La autoría en derecho penal*, p. 464.

28 Vid., en este sentido, la crítica de MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L14/24, en el sentido de desconocer la importancia de lo subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho. Igualmente, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 466.

B. El concepto extensivo de autor

Por los defectos acusados a la teoría del concepto restrictivo de autor –en especial, por la falta de un tratamiento adecuado de la autoría mediata–, un sector de la doctrina penal contrapuso el llamado concepto extensivo de autor[29]. El fundamento dogmático básico de esta teoría es, como en el concepto unitario de autor, la equivalencia de todas las condiciones del resultado[30], de manera tal que todo aquel que contribuye a causar el resultado típico es autor aunque no haya realizado una acción típica. Su particularidad radica, sin embargo, en que, si bien el instigador y el cómplice serían también autores bajo la perspectiva causal, su regulación expresa por medio de disposiciones legales específicas haría que se distingan de la autoría misma. Las normas que regulan la participación constituirían, por lo tanto, supuestos de restricción de la pena[31].

Si la autoría y la participación no pueden ser distinguidas objetivamente en un concepto extensivo de autor, en la medida que son causalmente equivalentes, el criterio de distinción sólo se podrá encontrar en el plano subjetivo[32]. Por esta razón, el concepto extensivo de autor va unido a una teoría subjetiva de la intervención delictiva, la que diferencia la autoría y la participación en función del *animus* del sujeto[33]. Si el *animus* es *auctoris* (o sea, querer el hecho como propio) el interviniente será autor; por el contrario, si el *animus* es *socii* (o sea, querer el hecho como ajeno), el interviniente deberá ser tratado como un partícipe[34]. Como puede verse, la distinción entre autoría y participación deja de ser una cuestión del tipo penal para convertirse en un problema de mayor reproche por las motivaciones internas de los intervinientes.

---

29 Vid., en este sentido, la exposición de Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 8; Díaz y García Conlledo: *La autoría en derecho penal*, p. 231 y s.

30 Así lo indican Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 8; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 463.

31 Vid., Díaz y García Conlledo: *La autoría en derecho penal*, p. 227: Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 464.

32 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 8. El carácter absoluto de esta afirmación es, sin embargo, puesto en tela de juicio por Díaz y García Conlledo: *La autoría en derecho penal*, p. 255 y ss.

33 Se considera máximo representante de esta teoría de la intervención delictiva a von Buri: *Theilnahme*, p. 1 y ss. Sobre los distintos desarrollos doctrinales de esta teoría y sus variantes, Roxin: *Autoría*, p. 69 y ss.; Díaz y García Conlledo: *La autoría en derecho penal*, p. 260 y ss.

34 Así, la exposición de Díaz y García Conlledo: *La autoría en derecho penal*, p. 260, quien destaca la discusión sobre el criterio para determinar cuándo un sujeto actúa con *animus auctoris* y cuándo con *animus socii*, en donde están en lisa la teoría del dolo (voluntad autónoma o dependiente) y la teoría del interés (interés propio o ajeno).

La teoría extensiva de autor ha sido sometida a las mismas críticas realizadas a la equivalencia causal del concepto unitario de autor[35]. Al seguir vinculado el concepto de autor a la idea del causante, su alcance semántico se extiende desmesuradamente a expensas de la participación[36]. En cuanto al complemento subjetivo, se le ha cuestionado que la sola animosidad pueda ser determinante, en todos los casos, para la calificación del aporte como de autor o de partícipe. Así, por ejemplo, en el famoso caso de la bañera[37], resulta inaceptable que a la persona que da muerte a un niño recién nacido ahogándolo en la bañera por solicitud y en interés de la madre, se le castigue solamente como cómplice del delito y no como autor. Del mismo modo, habría que concluir que la producción de la muerte por encargo de otro llevaría al ejecutor a responder solamente como cómplice del delito de homicidio[38], lo que resulta contrario al más elemental juicio de sentido común. En un Derecho penal del hecho, que alguien sea autor o cómplice no puede ser dependiente de lo que subjetivamente quiera[39].

C. *La teoría del dominio del hecho*

La exposición hasta ahora llevada a cabo parece conducirnos a la conclusión de que ni una teoría puramente objetiva, ni otra puramente subjetiva fundamentan convincentemente la autoría y la delimitan adecuadamente de la participación. Por esta razón, se ha intentado encontrar el criterio de determinación de la autoría en formulaciones que combinen satisfactoriamente ambos aspectos del hecho, siendo, sin duda, la llamada teoría del dominio del hecho la que mejor ha alcanzado ese objetivo[40]. A LOBE se le atribuye ser el fundador de esta teoría[41], aunque su principal difusor en los últimos tiempos ha sido Claus ROXIN[42].

El punto de partida de la teoría del dominio del hecho es un concepto restrictivo de autor y la conexión que supone con el tipo penal[43]. No toda contribución cau-

35 Vid., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La autoría en derecho penal*, p. 240 y ss.

36 Vid., GÓMEZ LUCANA: *LH-Paredes Vargas*, p. 142.

37 La referencia en ROXIN: *Autoría*, p. 73; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 30; GÓMEZ LUCANA, en *LH-Paredes Vargas*, p. 153 y s.

38 Vid., BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 466.

39 Así, KINDHÄUSER: *Infracción de deber y autoría*, pro manuscripto, p. 2.

40 Lo que, sin embargo, no permite calificarla de una teoría mixta, sino que se trata de una teoría objetiva que no tiene en cuenta la posición interna del sujeto como lo pone de manifiesto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La autoría en derecho penal*, p. 497.

41 Sobre el origen de la teoría del dominio del hecho vid., ROXIN: *Autoría*, p. 83 y ss.; GÓMEZ LUCANA, en *LH-Paredes Vargas*, p. 157 y ss.

42 Vid., ROXIN: *Autoría*, p. 149 y ss. Reconoce que el planteamiento de Roxin es la formulación más completa y clara de esta teoría, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La autoría en derecho penal*, p. 472 y s.

43 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 976; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2231.

sal puede fundamentar autoría, sino en principio sólo la realización de una acción típica. ¿Pero qué es realización de una acción típica? Para la teoría del dominio del hecho la realización de la acción típica no es sólo la ejecución material y objetiva del hecho, pues el hecho constituye una unidad objetivo-subjetiva[44]. El hecho es la obra de una voluntad que conduce el suceso, de manera que solamente podrá ser autor del delito quien domina el curso del hecho[45]. Este dominio es definido, en esencia, como la capacidad, conocida por el agente, de poder decidir sobre la configuración del hecho delictivo, por lo que solamente aquellos intervinientes que tienen ese poder de configuración del hecho podrán ser considerados autores del delito[46].

Conforme al planteamiento de ROXIN, posee el dominio del hecho y, por tanto, es autor del delito el que aparece como personaje central por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento[47]. Esta formulación no sólo ha gozado de la adhesión de buena parte de la doctrina penal nacional[48], sino que, en nuestro caso, la propia Corte Suprema se ha decantado por esta teoría para explicar las distintas formas de autoría expresamente reguladas en el artículo 23 del CP[49]. Así, ya en la Ejecutoria Suprema de 11 de marzo de 1999 (Exp. N° 5315-98-La Libertad), se señala expresamente que "*Toda forma de autoría dolosa en los delitos dolosos de resultado, sea en su modalidad directa, mediata o coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho*". De tiempos más recientes es la Casación N° 367-2011-Lambayeque de 25 de abril de 2014 que expresamente se adhiere a la teoría del dominio del hecho. Hasta el Tribunal Constitucional ha optado por esta teoría (STC Exp. N° 1805-2005-HC/TC-Lima de 29 de abril de 2005), lo que, con independencia de lo acertado de este posicionamiento, traspasa la razonable autolimitación que el máximo intérprete de la Constitución debe imponerse en relación con las materias sobre las que se pronuncia.

ROXIN entiende el dominio del hecho como un concepto abierto que requiere de una labor de concreción[50]. Esta concreción debe realizarse en las tres

---

44 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 976.

45 En este sentido, WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 99, señalaba que "*en los delitos dolosos autor solamente será el que es señor de la realización del tipo mediante la conducción final del acontecer causal hacia el resultado típico*".

46 Vid., BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 467.

47 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 25, n.m. 27.

48 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 469; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2234; URQUIZO OLAECHEA, en *Dogmática actual*, Salazar Sánchez (coord.), p. 609; TORRES JIMÉNEZ: *Temas controvertidos sobre autoría y participación*, p. 90; GÓMEZ LUCANA, en *LH-Paredes Vargas*, p. 191 y ss.

49 Aunque HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2232, resaltan el carácter confuso de la exposición.

50 Así, ROXIN: *Autoría*, p. 144.

formas de autoría: la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría. La autoría directa se presenta como un dominio de la ejecución, pues es el autor quien, de propia mano, realiza responsablemente todos los elementos del tipo penal. La realización del hecho por uno mismo de forma dolosa y libre constituye la manifestación más evidente de dominio del hecho[51]. Pero el dominio del hecho no se reduce solamente al dominio de su ejecución, en tanto hay otras formas de dominio que suscitan una consideración equivalente desde un punto de vista valorativo. Así, el dominio puede presentarse bajo la forma de un poder sobre la voluntad rectora del hecho, lo que tiene lugar en la llamada autoría mediata[52]. En este caso, la voluntad del ejecutor del hecho se encuentra subordinada a la de un hombre de atrás, a quien se le considera como el señor del hecho[53]. El dominio del hecho puede adquirir también un carácter funcional en el caso de una ejecución conjunta, dando lugar a lo que se conoce como coautoría[54]. Se habla de un dominio funcional del hecho en la medida que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo[55].

Pese al éxito de su propuesta, el propio Roxin reconoce que no en todos los delitos la autoría se puede determinar con base en el criterio del dominio del hecho. Existe un grupo de delitos, a los que llama delitos de infracción de un deber, en el que la autoría no se sustenta en el criterio del dominio del hecho, sino en la infracción de un deber específico extrapenalmente configurado[56]. En estos casos, autor del delito será el especialmente obligado por el tipo penal, con independencia de si su actuación en el hecho concreto tuvo lugar con un dominio del hecho o no. Así, el funcionario público será, por ejemplo, autor del delito de peculado tanto si se apropia directamente de los bienes (con dominio), como si no impide que otro se los apropie (sin dominio). Si el obligado especial tuvo el poder de configurar el hecho, no es algo que interese a efectos de determinar la autoría del delito, sino la infracción del deber (en el ejemplo planteado, el deber de custodia de los caudales públicos que están encargados al funcionario público).

---

51 Roxin: *Autoría*, p. 149.

52 Roxin: *Autoría*, p. 164.

53 Vid., Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 476.

54 Vid., Roxin: *Autoría*, p. 307.

55 Vid., Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 472. Hace mención a un dominio funcional positivo (capacidad del coautor de tomar la decisión fundamental del "si" de la realización típica) y un dominio funcional negativo (la posibilidad de hacer caer el plan criminal a partir de la no realización del aporte), Falcone: *Ius Puniendi* 7 (2018), p. 166 y ss.

56 Así, Roxin: *Autoría*, p. 385.

D. La autoría como competencia preferente por la configuración del hecho

En los últimos tiempos se ha comenzado a cuestionar la teoría del dominio del hecho como un criterio adecuado para determinar la autoría. Si por dominio del hecho se entiende, en resumidas cuentas, tener una influencia decisiva o determinante en el acontecimiento[57], un análisis detenido de los aportes de los distintos intervinientes en el delito permite comprobar que todos tienen, de alguna manera, cierto dominio del hecho[58]. Quizá el caso más patente sea el del cómplice primario, quien realiza un aporte que, conforme a lo establecido en el primer párrafo del artículo 25 del CP, es indispensable para la realización del delito. El carácter indispensable de este aporte pone de manifiesto una influencia decisiva en la configuración del hecho delictivo, pese a lo cual no se le considera un autor, sino un cómplice. A partir del análisis de la entidad de los aportes en la configuración del hecho punible, JAKOBS concluye que todos los intervinientes en el delito tienen cierto dominio del hecho (por lo menos, negativo), siendo la diferencia entre los distintos aportes de carácter meramente cuantitativa, es decir, de un grado distinto de dominio en la configuración del hecho[59].

En opinión de JAKOBS, la determinación de si una persona interviene en el delito debe dejar de lado una perspectiva de naturaleza total o parcialmente fáctica[60], para asumir, más bien, un criterio de corte absolutamente normativo: La competencia por el hecho[61]. Esta competencia se llega a definir en función de los parámetros de valoración social que se sistematizan fundamentalmente en la teoría de la imputación objetiva[62]. El punto de partida es que la competencia jurídico-penal no asume los mismos contornos normativos en todos los contactos sociales, sino que depende del tipo de rol infringido con el hecho socialmente perturbador que constituye el delito. Los roles atribuidos al sujeto que realiza el delito pueden clasificarse de dos formas.

Por un lado, se encuentra el rol general de ciudadano que autoriza a su titular a organizarse libremente bajo la observancia del deber negativo de no afectar a otros. El delito que se cometa como consecuencia de la infracción de este deber general negativo, se agrupa dentro de los llamados delitos de dominio. La competencia penal se determina en estos delitos por haber afectado a otra persona me-

57 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 27.

58 En este sentido, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 179.

59 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 3; EL MISMO, *RPDJP* 5, p. 235 y s. En la doctrina nacional sigue este planteamiento, CARO JOHN: *Manual*, p. 178 y s.

60 Vis., JAKOBS: *LH-Gimbernat*, I, p. 1071 y ss.

61 Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 193; JAKOBS: *RPDJP* 5, pp. 228, 240.

62 Vid., JAKOBS: *Sobre la normativización*, p. 37 y ss. Críticamente, sin embargo, ABANTO VÁSQUEZ, en *LH-Paredes Vargas*, p. 49 y ss.

diante una configuración prohibida de la propia esfera de organización[63]. Si en ese acto de organización prohibido participaron varias personas de manera socialmente vinculante, todas ellas serán penalmente competentes por el delito cometido. Sin embargo, sobre la base de una comprensión social de los hechos conjuntamente realizados, la regulación penal distingue dentro de los intervinientes en el delito entre el autor y el partícipe.

Para distinguir la autoría y la participación en los delitos de dominio, Jakobs no recurre a un criterio cualitativo de carácter objetivo, subjetivo o mixto. La única diferencia cualitativa se presenta respecto de aquellos que realizan un aporte penalmente irrelevante (prohibición de regreso) y los que actúan con una división vinculante del trabajo (actuar en conjunto)[64]. Todos los que actúan en conjunto son competentes por el delito, siendo el autor simplemente un competente preferente por la mayor cantidad de dominio en la configuración del delito, lo que evidencia una infracción del deber general negativo más grave (criterio cuantitativo)[65]. Esta configuración debe entenderse en un sentido normativo, no fáctico, por lo que puede ser que la ejecución fáctica del delito no necesariamente implique un mayor dominio del hecho, si es que el aporte esencial se encuentra en una etapa anterior (por ejemplo, el jefe de la banda que ha planeado hasta el último detalle y no participa en la ejecución del atraco)[66]. En este sentido, la ejecución del delito propia del autor debe ser configurada normativamente en función de la relevancia del aporte desde la valoración social y no de la cercanía espacio-temporal con la consumación del delito[67]. Desde estas consideraciones, autor será quien tenga una competencia preferente por el hecho, en la medida que realiza el delito con una infracción del deber general de mayor cantidad[68].

Frente al rol general de ciudadano se encuentran los llamados roles especiales que surgen por una institución social elemental que vincula de una manera especial a una persona con otra (p.e. la relación paterno-filial en la institución "familia") o con una situación socialmente deseable (p.e. la recta Administración de Justicia

63 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 3; Lesch: *Intervención delictiva*, p. 67 y s.; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 288 y ss.

64 Vid., con mayor detalle, Jakobs: *RPDJP* 5, p. 235; El Mismo, en *El sistema funcionalista*, p. 192; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 78 y s.; Lesch: *Intervención delictiva*, p. 58.

65 Vid., con mayor detalle, Lesch: *Intervención delictiva*, p.73 y ss.

66 Así, Jakobs: *RPDJP* 5, p. 236.

67 En este sentido, van Weezel: *LH-Jakobs*, (Colombia) II, p. 317.

68 Vid., Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 79.

de la institución "Estado")[69]. Estas vinculaciones se manifiestan mediante deberes positivos especiales, cuya infracción da lugar a los llamados delitos de infracción de un deber[70]. Competente por esta clase de delito solamente podrá serlo el que está vinculado institucionalmente por la posesión de un determinado rol especial (para seguir con los ejemplos: el padre o el juez), cuya competencia no admite cuantificaciones[71]. En este sentido, autor del delito de infracción de un deber será únicamente el institucionalmente obligado, con independencia de su poder de configuración respecto del hecho que ha dado lugar a la realización del delito[72].

2. Propuesta de interpretación

Pese a que el planteamiento de Jakobs sobre la intervención delictiva no cuenta con el mismo nivel de aceptación doctrinal y jurisprudencial del que se le prodiga a la propuesta de Roxin, no hay duda que muchas de sus críticas a la teoría dominante del dominio del hecho resultan certeras. Por ello, lo menos que debe suceder es que se proceda a una revisión crítica del planteamiento dominante de la teoría jurídico-penal de la autoría. Por nuestra parte, consideramos que la interpretación de Jakobs merece plena adhesión, aun cuando no goce de mayor aceptación en la jurisprudencia nacional, lo que, por cierto, no la hace menos válida. En este sentido, la exposición que sigue sobre la autoría y la participación va a corresponderse, en líneas generales, con la propuesta del Profesor Emérito de la Universidad de Bonn, con la esperanza razonable de que poco a poco sus planteamientos adquieran un mayor reconocimiento jurisprudencial.

El punto de partida de nuestra comprensión de la autoría es la distinción entre delitos de dominio (competencia por organización) y delitos de infracción de un deber (competencia institucional)[73]. A diferencia de la bipartición de carácter for-

69 Vid., Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 193; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 291 y ss.

70 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 2.

71 Así, Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber*, p. 39.

72 Vid., Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 193.

73 En la doctrina penal nacional, asumen esta bipartición, García Cavero: *La responsabilidad penal*, p. 37 y ss.; Caro John: *Manual teórico-práctico*, p. 181 y s.; El Mismo, *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 2; Vílchez Chinchayán: *Revista Jurídica del Perú*, T. 111 (mayo de 2010), p. 235 y ss; Pinedo Sandoval: *Imputación objetiva*, p. 74 y ss.; Vilcherrez Ato: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 16 (2010), p. 61 y ss.; Mendoza Váez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 126; Reaño Peschiera: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 74 y s. Igualmente, la Corte Suprema de la República en la Casación N° 558-2016 de 15 de enero de 2018 (punto III, Octavo). Si bien Salazar Sánchez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 11 y s., asume también la bipartición, hace luego la precisión de que ambas clases de delitos son delitos de infracción de un deber [*Actualidad Penal* 30 (2016), p. 150 y s.].

mal entre delitos comunes y delitos especiales, la bipartición planteada se sustenta en el criterio material del rol atribuido y, por lo tanto, en el deber infringido[74]. En el caso de los delitos de dominio, el autor infringe el deber negativo de todo ciudadano de no dañar a otro, por lo que su competencia penal se sustenta en el dominio preferente del riesgo prohibido que se realiza en el resultado lesivo, más allá de que pueda darse una anticipación de la tutela penal a la sola creación del riesgo prohibido por medio de la tentativa y los delitos de peligro. En el caso de los delitos de infracción de un deber, la competencia penal del autor se determina por la infracción de deberes positivos derivados de una vinculación institucional de carácter específico, más allá de que el tipo penal pueda exigir adicionalmente alguna condición más o resultado particular.

A. La autoría en los delitos de dominio: La competencia por organización

Un delito de dominio puede ser realizado por un hecho en el que intervienen organizativamente una o varias personas. En este último caso, la creación del riesgo prohibido y, si se trata de un delito de resultado, su realización en el resultado, tienen lugar gracias al aporte organizativo de los distintos intervinientes. Debe quedar claro que no se trata de una simple aportación causal al hecho o del incumplimiento de la posibilidad fáctica de impedir el resultado[75], sino que la competencia conjunta por el delito de dominio solamente se puede sustentar si el aporte de cada interviniente ha tenido lugar en un contexto social delictivo, es decir, que su significación social posee el sentido de haber configurado alguno de los aspectos del hecho concreto que le dan a éste relevancia delictiva. El aporte que no se realice en tal contexto social, no tendrá un carácter vinculante respecto del hecho delictivo[76], por lo que su aportante no podrá ser considerado un interviniente en un sentido jurídico-penal.

Dentro de los intervinientes en el hecho delictivo, los autores son aquéllos cuya competencia por organización resulta preferente[77]. La razón de esta preferencia no se sustenta en un aspecto cualitativo de su aportación como podría ser la realización

---

Críticos con la bipartición, Meini Méndez: *Lecciones*, p. 95; Mendoza Ayma/Mendoza Yana: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 62 y ss.

74 Vid., Reaño Peschiera: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 74 y s. Equiparan, sin embargo, los delitos de dominio a los delitos comunes y los delitos especiales a los delitos de infracción de un deber, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG p. 306 y s.; Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 109.

75 Así, claramente, Jakobs: *RPDJP* 5, p. 227.

76 Vid., en este sentido, Jakobs: *GA*, 1996, p. 253 y ss.; El Mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 78.

77 Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 3, nota 1a. En la discusión nacional, del mismo parecer, Vilcherrez Ato: *Gaceta Penal & procesal Penal* 16 (octubre de 2010), p. 62.

del verbo típico o la causación directa de la lesión del bien jurídico. Su competencia preferente se determina en función de un mayor dominio cuantitativo sobre aquello que es característico del delito de dominio concretamente realizado, lo que hace más grave la infracción del deber general negativo que sustenta la competencia por organización. Esta situación de mayor gravedad cuantitativa de la infracción del deber se puede apreciar sin mayor inconveniente en las tres formas de autoría reconocidas en el artículo 23 del CP, como se hará ver, a continuación, de manera más detenida.

a. La autoría directa

La autoría directa es la forma de autoría que tiene lugar a través de la ejecución del hecho delictivo. Dada la cercanía de la ejecución con la consumación del delito, parece ser que esta forma de autoría necesitaría únicamente que el sujeto que ejecute el hecho sea penalmente responsable[78]. No obstante, la propuesta normativa aquí asumida no se identifica con la perspectiva empírica que equipara la autoría directa con la ejecución de propia mano de la conducta típica[79]. La creación por propia mano del riesgo penalmente prohibido por parte de un sujeto responsable no autoriza, sin más, a asumir una autoría directa, sino que es necesario que ese sujeto sea competente preferente por la creación de dicho riesgo y, dado el caso, por su realización en el resultado.

En primer lugar, puede ser que el sujeto responsable no sea competente por el riesgo creado por su acción, sino otra persona que ha asumido el dominio de ese riesgo. Se trata de un caso de división restringida del trabajo, en donde el que aporta algo lo hace de forma fija sin tener que ocuparse de lo provechoso que resulte su inclusión en una obra global[80]. Así, por ejemplo, el trabajador de la fábrica que levanta las compuertas para verter los residuos tóxicos al río, no será autor del delito de contaminación medioambiental, sino el encargado de la empresa de llevar a cabo ese control, que le ordena al trabajador abrir las compuertas que dan al río. Aun cuando el trabajador sea un sujeto imputable y conozca incluso la aptitud lesiva de los residuos que envía al río, la competencia por el dominio de ese riesgo prohibido no recae sobre él, sino directamente sobre el jefe de la planta[81]. En consecuencia, no hay intervención delictiva del ejecutor y menos, por lo tanto, una autoría directa.

Pero aun asumiendo una competencia por organización del ejecutante, su aportación al hecho no necesariamente lo convierte en autor. Para determinar si el ejecutor directo de la conducta típica es autor del delito es necesario cuantificar su

78 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 469.

79 Como lo sostiene, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 38.

80 JAKOBS: *RPDJP* 5, p. 226.

81 Vid., JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 622 y s.; VAN WEEZEL: *LH-Jakobs*, (Colombia) II, p. 303.

competencia en función del dominio del riesgo prohibido. En este sentido, puede ser que las aportaciones en una etapa anterior a la ejecución resulten determinantes del hecho, de manera que habría que buscar la autoría, más bien, en esa fase del delito. Así, por ejemplo, puede ser que, en el caso del servicio secreto de un Estado, el dominio del espía que ejecuta el delito encargado sea cuantitativamente inferior al de los miembros que están en la cúpula de la organización y que únicamente ordenaron la ejecución del delito. En casos como el acabado de indicar, resultaría completamente factible que, en un plano normativo, se les impute el delito cometido a los dirigentes en calidad de autores y a los ejecutores en calidad de cómplices[82].

En atención a las consideraciones hechas, puede ensayarse la siguiente interpretación del artículo 23 del CP. Cuando este dispositivo legal establece que hay que sancionar con la pena prevista en el tipo penal al que "*realiza por sí el hecho punible*", la regulación legal no está referida a que simplemente el ejecutante haya actuado responsablemente, sino a que sea competente en un grado relevante por esa ejecución. Si ha ejecutado el delito de propia mano o no, no es lo normativamente decisivo, sino su competencia directa por lo ejecutado.

Una situación especial se presenta cuando varias personas ejecutan al mismo tiempo el hecho delictivo cada una independiente de la otra[83]. Por ejemplo: Dos personas incendian a la vez una misma casa desde una esquina distinta. A nivel de la doctrina penal, a esta constelación de casos se le ha calificado como autoría simultánea. Si bien algunos utilizan el término "accesoria", el uso de esta denominación no es conveniente, pues puede llevar al error de entender que existe una relación de principal y accesoria entre los distintos autores, cuando lo que tiene lugar es una autoría independiente de cada uno de ellos. La problemática particular de este supuesto de autoría se suscita a nivel de la imputación objetiva, en la medida que no siempre resulta sencillo determinar a cuál autor se le debe imputar el resultado producido, en especial, cuando se presenta una confluencia de riesgos[84].

b. La autoría mediata

b.1) Fundamento

El artículo 23 del CP regula la figura de la autoría mediata, la cual tiene lugar cuando quien realiza el tipo penal se sirve, para la ejecución de la acción típica, de

82 Vid., en este sentido, JAKOBS: *RPDJP* 5, p. 235 y ss.; EL MISMO, en *El sistema funcionalista*, p. 183. De otro parecer, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 42.

83 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 109; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1015.

84 Destaca esta problemática en la autoría accesoria, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 266.

otra persona. Así como el autor puede utilizar determinados instrumentos mecánicos para la realización del delito, también puede valerse, en algunos casos, de ciertos sujetos[85]. No obstante, no se trata de utilizarlos como objetos para cometer el delito (por ejemplo: empujar a un sujeto sobre una vitrina), pues en esos casos se estará ante una autoría directa, en el que simplemente se ha utilizado la corporeidad de una persona como objeto[86]. Una autoría mediata se presenta, más bien, cuando se utiliza el comportamiento de otra persona penalmente irresponsable para realizar un hecho delictivo.

Para fundamentar la imputación penal a título de autor del hombre de atrás, la teoría del dominio del hecho recurre al llamado dominio sobre la voluntad. Se dice concretamente que el autor mediato domina la voluntad rectora que lleva a la ejecución del delito por parte del hombre de adelante[87]. En la medida que el ejecutor es usado como un medio o instrumento, la voluntad criminal resulta dirigida por el hombre de atrás, quien, al dominar este aspecto del delito, debe responder como autor mediato. Por el contrario, en una comprensión normativa de la autoría mediata, el fundamento de esta forma de autoría no podría encontrarse en un aspecto subjetivo del hecho como lo es la voluntad. La razón por la cual el hombre de atrás responde como autor se debe, más bien, a su competencia normativamente configurada por lo realizado por el ejecutor. Esta competencia se alcanza cuando el hombre de atrás impide que el ejecutor inmediato pueda evitar la realización del delito[88]. El hombre de atrás no sólo es competente por el hecho ejecutado por otro, sino que además lo es en un grado tal que configura lo propio del delito, debiendo responder como autor.

La opinión dominante entiende que, en algunos casos, puede presentarse una autoría mediata con un ejecutor penalmente responsable[89], a lo que no se opone ciertamente el tenor de la regulación legal de la autoría mediata, pues no exige de forma expresa que el intermediario sea penalmente irresponsable, sino que el autor

85 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 62.

86 Así, correctamente, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 62; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2245; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 476.

87 Vid., ROXIN: *Autoría*, p. 164; EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 45.

88 Similarmente, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 63.

89 Vid., con diversas referencias doctrinales, BOLEA BARDÓN: *Autoría mediata*, p. 182. En la doctrina nacional existen diversos pronunciamientos expresos sobre la posibilidad de una responsabilidad penal del instrumento o intermediario. Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2249; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 474, para los casos de ejecutor con culpa consciente; REVILLA LLAZA, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 881; CALDERÓN VALVERDE: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 54.

mediato realice el hecho punible *"por medio de otro"*. Sin embargo, esta apertura del tenor legal no hace obligatoria la consecuencia de que el ejecutor pueda ser también penalmente responsable. En mi opinión, si se quiere establecer fronteras claras entre la autoría mediata y la instigación, debe recurrirse necesariamente al criterio de la responsabilidad penal del ejecutor como criterio de distinción. Para afirmar la existencia de una autoría mediata es necesario, por lo tanto, que el ejecutor sea penalmente irresponsable y el hombre de atrás competente por lo ejecutado[90]. Si, por el contrario, el ejecutor es penalmente responsable (aunque se trate de una responsabilidad culposa o atenuada), el hombre de atrás pierde el control absoluto del hecho y, por lo tanto, la competencia primaria. Una autoría mediata no puede presentarse cuando el ejecutor del delito está jurídicamente obligado a evitar su actuación y, en el caso de actuaciones imprudentes, claro que lo está.

La posición aquí asumida de limitar la autoría mediata a los casos de instrumentos irresponsables, posiblemente obligue a hacer algunos reajustes en la dogmática penal tradicional para dar una respuesta penal satisfactoria. En efecto, la admisión de una autoría mediata respecto de un ejecutor que actúa culposamente, podría haber tenido sentido en una dogmática penal que sigue un sistema unitario de autor en el delito culposo o que niega la posibilidad de integrar, en un injusto único, intervinientes con distinto grado de conocimiento. Sin embargo, la situación cambia completamente si se acepta una instigación dolosa en los delitos culposos[91], si cabe una actuación conjunta con dolo en unos y con culpa en otros, o si se utiliza la figura de los delitos de infracción de un deber para hacer responsable, como autor, al *intraneus* que convence al *extraneus* de realizar el delito especial. Estos planteamientos dogmáticos no sólo son absolutamente viables, sino que gozan ya de cierto predicamento en la doctrinal penal actual. Por eso, con los debidos ajustes conceptuales, no debería existir mayor objeción dogmática para limitar la autoría mediata a los casos en los que el ejecutante del delito resulta penalmente irresponsable.

b.2) Clases

En la doctrina penal se suelen exponer las formas de autoría mediata en función de la categoría del delito, en la que se ubica el defecto que incide en la responsabilidad penal del ejecutor. En este sentido, se habla de autoría mediata cuando el ejecutor actúa atípicamente, cuando el ejecutor actúa justificadamente o cuando el

90 Vid., VAN WEEZEL: *LH-Jakobs* (Perú), p. 617 y s.

91 JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 76, sostiene que se puede construir en los casos de un ejecutor imprudente una participación del hombre de atrás con independencia de cómo el derecho vigente regule la participación en un delito culposo. No se trata de una cuestión sistemática, sino práctica.

ejecutor actúa sin culpabilidad[92]. Otra ordenación es la que atiende a la causa de la situación de déficit del hombre de adelante, diferenciado los casos de dominio de la voluntad por coacción, error o la existencia de un aparato organizados de poder[93]. Sin negar la posibilidad de sistematizar de las maneras antes mencionadas los supuestos de autoría mediata, a nuestro entender resulta mucho más útil ordenarlos en función de la forma en la que surge la competencia del hombre de atrás que permite imputarle, a título de autor mediato, el delito ejecutado por el instrumento.

b.2.1) Competencia por la condición de instrumento

La competencia del hombre de atrás en calidad de autor mediato puede sustentarse primeramente en haber organizado la condición de instrumento del ejecutor para la comisión del delito[94]. La competencia penal no se centra directamente en la conducta realizada por el instrumento, sino, más bien, en la provocación de los defectos de imputación del ejecutor. Debe hacerse, sin embargo, la precisión de que no basta una mera causación de la condición de instrumento, sino que es necesario que la colocación en situación de instrumento sea consecuencia de un riesgo no permitido, lo que tiene lugar cuando se lesiona el derecho de la víctima a no sufrir tal configuración del mundo[95]. La condición de instrumento puede producirse por varias razones: por error, por una situación de justificación o por una situación de exculpación.

En caso de error, el hombre de atrás responderá como autor mediato si genera la situación de error o si no revoca una situación de error existente, estando obligado a hacerlo. Ejemplo del primer supuesto sería el caso la persona que mete en la maleta de un viajero objetos que deben ser declarados como mercancía afecta a tributos aduaneros (autor mediato del delito de contrabando). Ejemplo del segundo supuesto sería el médico que ordena a la enfermera suministrar cierta medicación al paciente, constándole que en el lugar de dicha medicación hay otra sustancia letal (autor mediato del homicidio). El error del ejecutor que permite fundamentar una autoría mediata del hombre de atrás no se reduce al error sobre algunos de los elementos típicos del delito que excluye el dolo, sino que también abarca el desconocimiento del carácter de autolesión de la conducta[96]. Por lo tanto, será autor mediato del delito de lesiones el que, mediante engaño, hace que una persona se autolesione

92 Así, por ejemplo, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 473 y ss.

93 Como lo hace, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 46.

94 Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 186 y s.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 75.

95 En este sentido, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 187.

96 Así, JAKOBS: *La autoría mediata*, p. 28 y s.

(por ejemplo, pidiéndole que recoja un cable de alta tensión que el ejecutor no sabe que está indebidamente aislado).

Tal como se ha dicho de manera general, no cabe una autoría mediata del hombre de atrás si la situación de error es evitable, pues hay un componente de responsabilidad que impide que la competencia preferente por el hecho pase al hombre de atrás. Lo que podrá existir es una determinación al hombre de adelante a cometer un delito culposo o imprudente (instigación)[97], pero no una autoría mediata dolosa del hombre de atrás por el delito imprudente del hombre de adelante. Por otro lado, debe indicarse que no todo engaño del hombre de atrás sobre el ejecutor configura autoría mediata por ausencia del tipo subjetivo. El engaño que no afecta el dolo del autor, mantendrá la responsabilidad del ejecutor como autor del delito, asumiendo el hombre de atrás, en todo caso, el papel de un instigador o cómplice. Así, por ejemplo, no existirá una autoría mediata cuando el engaño recae sobre el valor del objeto robado o cuando se refiera a la identidad sobre la persona a matar o lesionar[98].

La competencia del autor mediato por la condición de instrumento del ejecutor puede producirse también por la creación de una situación justificada de afectación de bienes jurídicos en la que el ejecutor del hecho lesivo actúa conforme a Derecho[99]. En estos casos, la situación de justificación no es fruto del azar, sino que ha sido organizada por una persona, la que debe asumir la competencia por el desenvolvimiento de los hechos[100]. La situación creada puede ser de legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular de un derecho, cargo u oficio, cumplimiento de un deber, etc. Así, por ejemplo, responderá como autor mediato de secuestro el que mediante una acusación falsa de delito flagrante hace que el funcionario

97 Vid., VAN WEEZEL: *LH-Jakobs* (Perú), p. 622 y s.

98 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2250. De parecer distinto, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 102, quien, en relación con el error sobre la identidad de la víctima, sostiene que, de lo contrario, el hombre de atrás no podría ser castigado como instigador por encontrarse el hombre de adelante decidido ya a cometer el delito. La imposibilidad de castigo como instigador no es, sin embargo, tan cierta. Si el hombre de atrás determina al hombre de adelante a ejecutar el hecho (engañándole sobre la identidad de la víctima), no hay duda sobre la existencia de una instigación. La situación es más complicada, si al momento de la ejecución del delito que ha decidido autónomamente cometer el hombre de adelante, el hombre de atrás le engaña sobre la identidad de la víctima; en tal caso no hay duda que no existe una instigación, pero sí un aporte (aunque erróneo) sobre quién es la víctima a la que el ejecutor quiere matar, lo que permitirá una imputación como cómplice del delito (vid., GÓMEZ RIVERO: *La inducción*, p. 241).

99 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 998; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 12, n.m. 42.

100 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 81.

policial, que actúa de buena fe, proceda a una detención. De la misma manera, responderá el que envía a un demente a agredir a otro, para que éste se defienda con daño para el incapaz.

La autoría mediata puede presentarse también por colocar al ejecutor en situación de falta de culpabilidad al cometer el hecho delictivo. Para la doctrina penal que asume la llamada accesoriedad limitada en el castigo de la participación, resulta problemático fijar las fronteras entre la autoría mediata y la participación en el injusto no culpable del autor[101]. Por lo general, recurren al grado de inculpabilidad del ejecutor para determinar el dominio del hecho del hombre de atrás. En consecuencia, si el incapaz de culpabilidad adopta autónomamente la resolución delictiva y el hombre de atrás se limita sencillamente a favorecerla de manera no esencial, no habrá una autoría mediata, sino una participación[102]. La situación resulta, por el contrario, menos complicada para los que exigen un injusto culpable del autor, pues los casos de ejecutor inculpable podrán reconducirse fácilmente a la figura de la autoría mediata.

La competencia del hombre de atrás por lo realizado por el ejecutor en situación de falta de culpabilidad incluye diversos supuestos. En primer lugar, podría mencionarse la generación de una situación de inimputabilidad, como sería el caso de embriagar al ejecutor para que realice un delito. En segundo lugar, la autoría mediata por un ejecutor no culpable puede tener lugar cuando se coloca al ejecutor en situación de inexigibilidad de otra conducta, como sería el caso, por ejemplo, de un estado de necesidad exculpante. Así, será autor mediato del delito de homicidio el novio que, mediante amenazas contra la vida, obliga a otro a disparar sobre la novia de la que está harto. Por último, cabe mencionar el caso, en el que se coloca al ejecutor en situación de error de prohibición invencible. Por ejemplo, será autor mediato de delito de contrabando el tripulante del avión que dolosamente le oculta al pasajero extranjero que por primera vez llega al país la hoja informativa sobre el equipaje inafecto. Por el contrario, si el error es vencible, habrá, en todo caso, una instigación a un sujeto responsable, pero no una autoría mediata[103].

b.2.2) Competencia primaria por el comportamiento

La autoría mediata puede presentarse también cuando alguien lleva a cabo una aportación específica a una persona penalmente irresponsable que le lleva a

101 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 999 y s.

102 En este sentido, ROXIN: *Autoría*, p. 261, respecto de inimputables con defectos volitivos.

103 De otro parecer JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 190 y s., con los supuestos que denomina condición parcial de instrumento.

ejecutar una determinada conducta lesiva[104]. Así, por ejemplo, será autor mediato de lesiones el que azuza a un ebrio a agredir a otra persona. Se trata de un caso de autoría directa disfrazada, pues la competencia no recae directamente sobre quien ejecuta fácticamente el delito, sino sobre quien ha configurado organizativamente dicha ejecución[105]. Para que lo ejecutado por el hombre de adelante pueda ser considerado competencia del hombre de atrás (autor mediato), es necesario que dicha contribución al sujeto irresponsable vaya más allá de lo socialmente adecuado[106]. Para explicarlo con un ejemplo: El que vende un producto sujeto a declaración aduanera a un viajero que desconoce la obligación de declaración, no será autor mediato del delito de contrabando.

La situación parecería tener una solución distinta si el ejecutor se lesiona a sí mismo, pues la autolesión no es una conducta delictiva, por la que se le pueda hacer competente al hombre de atrás. Sin embargo, no resulta razonable considerar autor mediato al que incita a un ebrio a lesionar a otro y negar tal condición al que incita al ebrio a autolesionarse. Si bien la autolesión responsable es un hecho atípico y, por lo tanto, sin sentido delictivo, lo cierto es que, en el caso de determinar a una persona irresponsable, sí existe la alteridad que los delitos precisan, pues quien realiza el tipo penal, a través del sujeto irresponsable, es un sujeto distinto (el autor mediato). En consecuencia, determinar a una autolesión a un sujeto que se encuentra ya en una situación de irresponsabilidad, alcanza también sentido delictivo y puede dar lugar, por lo tanto, a la comisión de un delito imputable al hombre de atrás como autor mediato.

b.2.3) Competencia independiente de la conducta

Existen supuestos en los que la competencia como autor mediato se sustenta en la sola posibilidad fáctica de facilitar la realización del hecho por parte de la persona penalmente irresponsable. Tal como ya lo indicamos, la competencia por una contribución específica al instrumento requiere, en principio, que dicha contribución vaya más allá de lo socialmente adecuado. Sin embargo, existen casos en los que no está admitido siquiera un aporte que pueda considerarse, en general, como adecuado, pues se trata de personas inimputables, cuya integración social solamente es posible si todos tienen en cuenta esa situación de inferioridad[107]. En este sentido, por ejemplo, será autor mediato de un delito de peligro común quien da fósforos a un niño que provoca un incendio[108].

104 Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 185; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 75 y s.

105 Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 184.

106 Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 185; EL MISMO, *La autoría mediata*, p. 17.

107 Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 188 y s.

108 Así, el ejemplo puesto por JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 188.

b.2.4) Un caso especial: ¿Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder?

En las exposiciones doctrinales, la autoría mediata se plantea respecto de la actuación de ejecutores que no son penalmente responsables por atipicidad, por justificación de su conducta o por su falta de culpabilidad. Por el contrario, si el ejecutor es penalmente responsable, la responsabilidad penal del hombre de atrás que influye sobre el ejecutor sólo podrá ser a título de instigación. No obstante, la teoría de los aparatos organizados de poder de ROXIN ha dado lugar a una excepción a esta regla general, pues, en caso de existir un aparato organizado de poder al margen del Derecho, el que da la orden de ejecutar un delito resulta penalmente responsable como autor, aun cuando el ejecutor también lo sea sin ninguna situación de inferioridad[109]. La autoría mediata se fundamentaría aquí en el dominio que tendría la cúpula dirigencial del aparato de poder sobre la ejecución de los delitos por los subordinados, los cuales podrían ser intercambiados en caso se nieguen al cumplimiento de la orden. Para poder afirmar el dominio propio del autor mediato en los dirigentes serían necesarias tres condiciones: La existencia de un aparato organizado de poder al margen del Derecho, el dominio de la organización y la fungibilidad de los ejecutores[110].

La teoría de los aparatos organizados de poder se formuló a partir del caso Eichmann, funcionario nazi de asuntos judíos capturado en la Argentina y juzgado en Jerusalén por las innumerables muertes de judíos durante la segunda guerra mundial. Aun cuando fueron los soldados alemanes los que exterminaron responsablemente a los judíos, esta teoría sostiene que la responsabilidad penal de Eichmann no sería a título de instigador, sino de autor mediato por el dominio de la voluntad a través del aparato de poder que constituía el régimen nacionalsocialista[111]. Esta teoría ha encontrado con posterioridad repetida aplicación jurisprudencial[112], tal como lo demuestra la imputación de responsabilidad penal a los mandos militares argentinos por las desapariciones durante la dictadura militar en la década de los setenta, la imputación penal a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana por las ejecuciones de los francotiradores del

109 Con mayores referencias, ROXIN: *Autoría*, p. 267 y ss.

110 Vid., el desarrollo del contenido de los presupuestos para una autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, ROXIN: *La teoría del delito*, p. 513 y ss. Vid., también la exposición de JIMÉNEZ MARTÍNEZ: *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 95 y ss.

111 Vid., ROXIN: *Autoría*, p. 271 y ss.

112 Vid., JIMÉNEZ MARTÍNEZ: *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 161 y ss.

muro del Berlín y la reciente imputación penal al ex Presidente Alberto Fujimori por los casos de Barrios Altos y la Cantuta[113].

Pese a la utilización jurisprudencial de la teoría de los aparatos organizados de poder, esta formulación artificiosa no parece ser el camino correcto para imputar responsabilidad penal en calidad de autor a los miembros con capacidad de decisión en un aparato organizado de poder[114]. Es cierto que la solución de la instigación no sólo es conceptualmente insatisfactoria (llamar partícipe a quien toma las decisiones en una organización), sino que requiere admitir una instigación en cadena que difícilmente puede ser castigada en nuestra regulación legal[115]. Sin embargo, eso no debe llevar a deformar la autoría mediata cuando lo razonable es atender, más bien, a una redefinición de los criterios de determinación de la autoría en los delitos de dominio o de infracción de un deber.

Si la responsabilidad penal se debe determinar a partir de una competencia por organización (delito de dominio), la figura de la coautoría es la que mejor resuelve el problema de la imputación en estructuras organizadas. En la medida que los dirigentes de la organización aportan la decisión y los ejecutores la ejecución, no tendría que haber problemas para sustentar una coautoría entre dichos intervinientes[116]. La exigencia de una contribución esencial en la ejecución del hecho tiene sentido en una teoría de la autoría de base naturalista que considera esencial para ser autor la intervención a nivel de la ejecución del delito[117]. Pero en una teoría normativa que sustenta la imputación en el sentido social del aporte, la participación en la ejecución del hecho no debe ser esencial para la fundamentación de la coautoría. En este sentido, no existe una razón de fondo para negar la posibilidad de sustentar una imputación en grado de (co)autor a quien se encarga de decidir sobre la realización de un delito ejecutado por un sujeto también responsable[118].

---

113 Vid., al respecto, con mayores referencias, García Cavero, en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, p. 189 y ss.

114 En este sentido, Caro John: *Manual teórico-práctico*, p. 207; Corcino Barrueta: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 82 y ss. De otro parecer, Meini Méndez: *El dominio de la organización*, p. 11 y ss.; Pariona Arana: *Autoría mediata por organización*, p. 21, con diferentes orientaciones.

115 Defiende, sin embargo, la tesis de la instigación Köhler: *Strafrecht*, AT, p. 510; Renzikowski: *Restriktiver Täterbegriff*, p. 88 y ss.; Díaz y García Conlledo: *LH-Mir Puig* (2017), p. 519 y ss. En la doctrina nacional, Bustamante Requena: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 82 y ss.

116 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 103; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1003; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 21, n.m. 92. En la doctrina nacional, Corcino Barrueta: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 95.

117 Así, Roxin: *La teoría del delito*, p. 519 y s.

118 Así, Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 189.

En caso que sobre el miembro del aparato organizado de poder recaiga una vinculación institucional, la infracción del deber positivo derivada de la institución lo hará autor del delito, con independencia de quién lo haya ejecutado. Así, los funcionarios públicos que, en el marco de un aparato organizado de poder, toman la decisión de cometer un delito que luego ejecutan otros ejecutores fungibles de la organización, responderán como autores del delito con base en una competencia institucional. Esa es la forma en la que debió fundamentarse la condena impuesta como autor al ex Presidente Alberto Fujimori y no, más bien, la innecesariamente compleja teoría de la autoría mediata por el dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder[119].

b.3) Límites

La posibilidad de sustentar una autoría (mediata) en el hombre de atrás no autoriza, sin embargo, a imputarle todo lo que ha realizado el ejecutor. Existen determinados límites a esta forma de imputación. En primer lugar, existen delitos en los que estructuralmente no cabe una autoría mediata, como sería el caso de los delitos de propia mano[120]. Así, por ejemplo, no cabrá un delito de bigamia en autoría mediata. Si esta restricción alcanza a todos los delitos especiales[121], es más discutible, pues en el caso de delitos especiales que están estructurados como delitos de domino no habría objeción dogmática alguna para imputar la autoría también a un no cualificado que domina como autor el hecho. Sin embargo, la limitación de la cláusula del actuar en lugar de otro a la actuación en lugar de las personas jurídicas, establece un serio obstáculo de legalidad para extender la imputación como autor a sujetos no cualificados en delitos especiales de dominio[122].

Por otra parte, al autor mediato no se le podrán imputar los excesos que el ejecutor pudiese cometer, como sería el caso en el que se utiliza a un menor de edad para matar a una persona y este menor procede, por propia iniciativa, a causar la muerte con gran crueldad[123]. Por lo demás, en el momento en el que el ejecutor comienza a actuar responsablemente, reasume la competencia penal por el hecho, limitando la competencia del hombre de atrás a la actuación no responsable. Así, por ejemplo, si el cartero se da cuenta que el paquete que lleva contiene una bomba y se lo entrega a su enemigo, el hombre que envió la bomba no responderá más como autor mediato de la muerte producida por la explosión, sino, en todo caso,

---

119 En este sentido, JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 85 y s.

120 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 994; MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L14/78.

121 Como lo sostienen JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 994.

122 Así, GARCÍA CAVERO: *El actuar en lugar de otro*, p. 117 y s.

123 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 168. En el mismo sentido, la Ejecutoria Suprema R.N. Nº 3840-1997-Ayacucho de 9 de octubre de 1997.

como autor mediato en grado de tentativa de la muerte planificada, pero no materializada conforme a su planificación.

b.4) La tentativa en la autoría mediata

Un punto discutible en la autoría mediata es cuándo se da inicio al delito y, por lo tanto, desde cuándo se puede responder por tentativa. En lisa se encuentran una perspectiva individualizadora que atiende a las específicas maniobras de influjo del autor mediato sobre el instrumento y una perspectiva generalizadora que entiende que la actuación del autor mediato y lo realizado por el ejecutor constituyen un hecho total[124]. Las insatisfacciones que provocan una y otra teoría, han llevado a que se formulen propuestas modificadas. Así, ROXIN sigue una teoría individualizadora modificada que diferencia dos supuestos distintos: Si el autor mediato pierde el dominio de la acción y deja el resto a la conducta del instrumento, aquí empezará la tentativa. Pero si continúa con el dominio, la tentativa comenzará cuando el instrumento empiece a actuar. Así, en el caso de una sopa que es envenenada por la esposa, el inicio de la tentativa cambia si ella se va o espera a que el marido la tome[125]. En el primer caso la tentativa empezará cuando deje la sopa para que el marido la tome cuando quiera. En el segundo supuesto, cuando efectivamente se la sirva. MIR PUIG ha criticado la propuesta interpretativa de ROXIN por considerarlo en cierta forma arbitraria, pues beneficia al autor mediato que trata de cerciorarse de la realización del resultado con una tentativa que comienza después[126].

Desde nuestro punto de vista, recurrir a una teoría generalizadora no resulta correcto, en la medida que la autoría mediata no admite una competencia conjunta entre el hombre de adelante y el hombre de atrás. El inicio de la tentativa debe buscarse, por lo tanto, en el comportamiento del autor mediato. En este orden de ideas, la tentativa del delito empieza cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el ejecutor de la conducta delictiva (en el ejemplo: darle la sopa, dejarla servida, etc.)[127]. Al terminar de realizar esta incidencia sobre el ejecutor, tendrá lugar ya una tentativa acabada[128]. La mayor o menor cercanía con la puesta en peligro del bien jurídico no es un dato que deba ser decisivo en una perspectiva normativa de la imputación penal.

---

124 Vid., ampliamente sobre ambas perspectivas, VAN WEEZEL: *LH-Jakobs* (Perú), p. 607 y ss.

125 Vid., ROXIN: *JuS* 1979, p. 9; EL MISMO, *La teoría del delito*, p. 407 y ss. Sigue este planteamiento VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 899.

126 MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L14/74 y ss.

127 Similarmente, REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 408 y ss.

128 En el mismo sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 105.

c. *La coautoría*

c.1) Fundamento

La coautoría tiene lugar cuando varias personas realizan un delito de manera conjunta, lo que se corresponde con lo establecido en el artículo 23 del CP en la parte que dice "*cometer conjuntamente*" el hecho punible. Son varias personas las que, de manera coordinada, llevan a cabo el hecho penalmente relevante. Como se puede ver, se trata de una forma de autoría que se caracteriza por una división del trabajo en la realización del delito[129], lo que no sólo posibilita su realización de manera más óptima, sino que reduce el riesgo de su evitación. A cada uno de los coautores se les considera autor del delito y, por lo tanto, la pena aplicable a cada uno de ellos será la prevista en el tipo penal correspondiente.

El fundamento para considerar a la coautoría una forma de autoría se ha intentado explicar, al igual que en la autoría mediata, con la teoría del dominio del hecho, afirmando la existencia de un dominio del hecho al que se califica de funcional[130]. Se dice concretamente que esta forma de dominio tiene lugar cuando los intervinientes toman la decisión común de realizar el delito y cada uno realiza un aporte esencial en su ejecución. Si se dan estas dos condiciones, cada uno de los intervinientes habrá tenido en sus manos el destino del hecho total, por lo que podrá afirmarse una situación de coautoría[131]. Sobre la base de esta idea se afirma que en la coautoría no rige el principio de accesoriedad de la participación, sino el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones[132].

La Corte Suprema de la República ha asumido en diversas ejecutorias la idea de la coautoría como dominio funcional. Así, por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema de 11 de marzo de 1999 (Exp. N° 5315-98-La Libertad) señala textualmente que: "*la coautoría requiere que quienes toman parte en la ejecución del delito obren con un dominio funcional*". De esta forma de dominio la propia jurisprudencia nacional ha derivado, siguiendo la propuesta de ROXIN, los tres elementos constitutivos de la coautoría. Así, la Ejecutoria Suprema de 18 de octubre de 2000 (Exp. N° 3005-2000-Lima) establece textualmente lo siguiente: "*La conducta de los encausados reúne los tres requisitos que configuran la coautoría, esto es, decisión común orientada*

---

129 Resaltan la división del trabajo en la coautoría, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 40; GEPPERT: *Jura* 2011, p. 30; PÉREZ ALONSO: *La coautoría*, p. 204; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 481.

130 Así, ROXIN: *Autoría*, p. 306 y ss.; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1008; PÉREZ ALONSO: *La coautoría*, p. 206 y ss.

131 Vid., ROXIN: *Autoría*, p. 307; PÉREZ ALONSO: *La coautoría*, p. 218 y ss.

132 Así, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L15/2; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1010.

al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado y el tomar parte en la ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer"[133].

El cuestionamiento general que se ha hecho aquí a la idea del dominio del hecho, nos lleva a asumir una teoría distinta de la autoría en atención al criterio de la competencia por el hecho. En este lugar no se va a reproducir la crítica general a la teoría del dominio del hecho, sino, más bien, a precisar cómo se determina la competencia del coautor de un delito. El planteamiento del dominio del hecho propuesto por Roxin apunta a trasladar el paradigma del autor solitario al ámbito del actuar en conjunto, en la medida que se parte de la idea de que cada coautor, por el dominio de su parte, dominaría el hecho total[134]. Por ello, en esta teoría es fundamental la imputación recíproca de todos los aportes esenciales, pues, de no ser así, no sería posible afirmar el dominio del hecho total en cada coautor. Se parte de una atribución del hecho a una especie de sujeto global para luego transferir la responsabilidad penal a cada uno de sus miembros, pero sin explicar cómo es eso posible[135]. En nuestra opinión, la coautoría es tan originaria como la autoría en solitario[136], de manera tal que no se trata de reproducir el paradigma de ésta en aquélla[137]. Lo que se hace en la coautoría no es imputar a cada coautor el hecho total, sino determinar una competencia común (mancomunada) por la realización del tipo penal[138].

Los coautores son competentes por el delito en razón de una realización parcial del tipo penal por medio de una conducta a la que, desde la semántica social, le alcanza un sentido delictivo[139]. Para afirmar esta competencia conjunta de los coautores no es necesario entrar en el plano de la imputación subjetiva de cada uno de ellos. El origen de la mancomunidad es únicamente la objetiva relación de sentido de cada comportamiento respecto de la realización del tipo[140]. En este punto,

133 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2293, con amplias referencias jurisprudenciales.

134 Así lo pone en evidencia van Weezel: *LH-Jakobs*, (Colombia) II, p. 292.

135 En este sentido la crítica de Kindhäuser: *Revista Penal* 11 (2003), p. 55.

136 Si bien esto podría suscitar la idea de un sujeto colectivo en la coautoría (Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 176), este concepto solamente tendría una utilidad didáctica y no sería un sujeto de imputación [vid., van Weezel: *LH-Jakobs* (Colombia), II, p. 300; Falcone: *Ius Puniendi* 7 (2018), p. 188].

137 Así, claramente Welzel: *Estudios*, p. 98.

138 Con propios matices, Lesch: *Intervención delictiva*, p. 51; Kindhäuser: *Revista Penal* 11 (2003), p. 64; van Weezel: *LH-Jakobs*, (Colombia) II, p. 301; Falcone: *Ius Puniendi* 7 (2018), p. 188 y ss.

139 Vid., van Weezel: *LH-Jakobs*, (Colombia) II, p. 312 y s.

140 En este sentido, Jakobs: *LH-Gimbernat*, I, p. 1072; van Weezel: *LH-Jakobs*, (Colombia) II, p. 314.

debe recordarse que, desde la perspectiva aquí adoptada, no existe una distinción cualitativa entre los aportes de los coautores y los partícipes, radicando la diferencia únicamente en el plano cuantitativo. El mayor domino de los coautores se presenta cuando configuran aquella parte del hecho que haría que a quien actúa en solitario se le haga responsable como autor. Por ejemplo, el que cumple la función de campana en un robo no debería responder como coautor, aunque exista un acuerdo común con los otros intervinientes en el hecho. Por el contrario, no hay ninguna razón para no considerar coautor al jefe de la banda que planea completamente la ejecución del delito por parte de sus compinches.

c.2) Elementos

Para el parecer dominante, que está informado por la teoría del dominio del hecho, la coautoría precisa de dos elementos esenciales: el acuerdo común y la realización de un aporte esencial en la ejecución del delito. Sin la presencia de ambos elementos no es posible sostener la existencia de un dominio funcional que permita considerar autores a los que realizan conjuntamente el hecho delictivo. Conforme a la naturaleza objetivo-subjetiva del dominio del hecho, el dominio funcional requeriría del elemento subjetivo del acuerdo común y del elemento objetivo del aporte esencial en la ejecución del delito.

Respecto del *acuerdo común* la teoría del dominio del hecho sostiene que mediante este elemento cada uno de los intervinientes asume una parte necesaria del plan general de cometer un delito, lo que permite la imputación recíproca del hecho[141]. No basta un consentimiento unilateral[142], sino que todos deben actuar en una cooperación voluntaria y consciente. No obstante, se ha aceptado la posibilidad de que haya un acuerdo común tácitamente contraído[143] (por ejemplo, dos hinchas de un equipo de fútbol se encuentran con un hincha del equipo contrario y comienzan a agredirlo conjuntamente). El acuerdo puede darse en diversos momentos del hecho: Antes de la ejecución del delito, como sería el caso de la conspiración, o durante la realización del hecho hasta su terminación o agotamiento, lo que daría lugar a una coautoría sucesiva[144]. Con posterioridad al hecho no es posible una especie de adhesión posterior, pues no habría dominio en la co-configuración del

141 Así, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L15/15. Críticamente, van Weezel, en *LH-Jakobs* (Colombia), II, p. 292 y ss.

142 Así, Roxin: *Autoría*, p. 314 y s.; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L15/17.

143 Vid., Geppert: *Jura* 2011, p. 32; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L15/16; Hurtado Pozo/ Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2274; Pérez Alonso: *La coautoría*, p. 286.

144 Vid., Geppert: *Jura* 2011, p. 32; Pérez Alonso: *La coautoría*, pp. 286, 292 y ss.; Falcone: *Ius Puniendi* 7 (2018), p. 172.

hecho. Si dos o más sujetos realizan un hecho común sin un acuerdo previo que los vincule, concurrirá una autoría simultánea (o accesoria), pero no una coautoría. El requisito del acuerdo común excluye, por otra parte, la imputación recíproca de los excesos, los cuales serían atribuibles sólo al sujeto que se excede (ejemplo, matar al vigilante en el atraco cuando el acuerdo era sólo lesionarlo)[145].

El segundo elemento de la coautoría para la teoría del dominio del hecho es la *ejecución de dicho acuerdo*. No obstante, no basta con cualquier intervención en la realización del hecho, sino que resulta necesario que esa intervención reúna un requisito de cualidad (que el aporte sea indispensable para la realización del plan de acuerdo a la valoración judicial de las circunstancias) y otro de temporalidad (que se haga durante la etapa de ejecución)[146]. En consecuencia, si el aporte no es indispensable aunque se haga en la etapa de ejecución o si se hace en la fase de preparación aunque sea indispensable[147], no podrá dar lugar a una coautoría, sino, a lo más, a una participación en el delito. La imputación recíproca a cada coautor de todas las contribuciones individuales al hecho global solamente podrá hacerse si el aporte indispensable tiene lugar en el momento de la ejecución del delito.

En la comprensión aquí asumida de la autoría como una competencia preferente por el hecho, la coautoría no precisa de los elementos antes indicados. La competencia conjunta por el delito se produce cuando varias personas han contribuido culpablemente a su realización mediante aportes prohibidos. En este nivel cualitativo no se diferencian los autores de los partícipes[148]. Para que la competencia por el hecho pueda alcanzar el grado de autoría es necesario que la medida cuantitativa de dominio permita considerar socialmente que se ha configurado lo característico del delito, mientras que en el caso de los partícipes solamente alcanza para considerarlo una facilitación del delito[149]. En la coautoría no se facilita el delito, sino que se comete conjuntamente. Para ello no es necesario ni un acuerdo común entre los coautores, ni una intervención en el momento ejecutivo del hecho[150]. Solamente se requiere una repartición objetiva del trabajo[151], en donde los

145 Vid., Roxin: *Autoría*, p. 315; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L15/20; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 485.

146 Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 473.

147 Roxin: *Autoría*, p. 323.

148 Vid. Jakobs: *RPDJP* 5, p. 235.

149 Vid., Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 179.

150 Así, Lesch: *Intervención delictiva*, p. 89 y ss. En la doctrina nacional, Torres Mendoza: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 60 y ss.; Alan Castillo/Mori Anto: *Actualidad Penal* 54 (2018), p. 84 y ss.

151 Lesch: *Intervención delictiva*, p. 98 y ss. En la doctrina penal nacional, Corcino Barrueta, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 397, sigue esta línea normativa

aportes de los coautores configuran conjuntamente, con base en esquemas sociales de interpretación, lo característico de la realización típica. Esta prescindencia de lo subjetivo para la configuración de la coautoría (sin perjuicio de la imputación subjetiva requerida para el castigo de cada interviniente), hace posible la realización conjunta con niveles distintos de imputación subjetiva (dolo-culpa).

c.3) Casos especiales

En la discusión doctrinal se han planteado ciertos supuestos de realización conjunta del delito que no se corresponde con el supuesto estándar de la coautoría, pero que igualmente se tratan como tales. El punto de divergencia de estos casos especiales es que la distribución del trabajo en el emprendimiento delictivo no se hace por medio de un reparto complementario de las realizaciones parciales del tipo penal (coautoría correlativa). Por un lado, cabe mencionar a la llamada coautoría aditiva, la cual se presenta cuando cada coautor lleva a cabo una conducta que, por sí sola, realiza completamente el tipo penal, sin saber cuál lesiona efectivamente el bien jurídico protegido[152]. Por otro lado, está la llamada coautoría alternativa, la que tiene lugar cuando varios sujetos deciden realizar varias acciones que, de forma disyuntiva, realizan el tipo penal, materializándose solamente una de ellas[153].

c.4) Límites

Los límites de la coautoría están en función de los elementos que lo constituyen. Si se exige un acuerdo común entre los coautores, será lógico entonces que no se pueda afirmar una coautoría en caso de una actuación culposa[154]. Por el contrario, si lo único que se requiere es una distribución vinculante del trabajo de lo que es característico del delito, entonces no habrá inconveniente alguno para admitir una coautoría culposa e incluso una actuación conjunta en el que unos actúen con dolo y otros con culpa. En la actualidad es fácilmente apreciable la tendencia doctrinal dirigida a flexibilizar el elemento subjetivo en la coautoría para habilitar

---

en la coautoría, pero agrega innecesariamente que, además del reparto vinculante del trabajo, tenga lugar "un acuerdo de carácter objetivo sobre el hecho, sobre la infracción de la norma". Tampoco se requiere adicionalmente un "dolo de acoplamiento o ajuste" como lo sostiene Torres Jiménez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (2014), p. 65, pues ese dolo es el mismo que se requiere a cualquier interviniente que sabe lo que está haciendo.

152 Vid., Herzberg: *Täterschaft und Teilnahme*, p. 56 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 229; Pérez Alonso: *La coautoría*, p. 312 y ss.

153 Vid., Rudolphi: *FS-Bockelmann*, p. 379 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 231; Pérez Alonso: *La coautoría*, p. 318 y ss.

154 Así, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1012.

su realización culposa[155], lo que está llevando a que se deje de lado el elemento del acuerdo común[156].

Otro límite de la coautoría es que el exceso de uno de los coautores no debe pesar sobre el resto de coautores. Los defensores de la teoría del dominio del hecho creen encontrar en el acuerdo común el criterio para limitar la responsabilidad conjunta de los coautores a aquello que acordaron realizar[157]. Tal razonamiento es, por decir lo menos, poco viable, pues el eventual acuerdo de los coautores difícilmente puede abarcar todas las posibilidades de realización del plan. Lo que realmente impide la imputación del exceso de uno de los coautores a los otros es el dolo[158], en la medida que dicho exceso no puede ser abarcado por el conocimiento de los otros coautores como una de las consecuencias derivadas del trabajo conjunto.

Limitaciones existen también para la aplicación de la coautoría a causa de la naturaleza de determinados tipos penales que exigen condiciones incompatibles con una realización conjunta del delito. Así, se niega la posibilidad de aplicar esta forma de autoría en el caso de los delitos de propia mano, en la medida que estos delitos deben ser realizados plenamente por el mismo autor[159]. Lo mismo se sostiene en relación con los delitos de intervención necesaria, pues el mismo tipo penal define la responsabilidad de cada interviniente por su propio aporte[160].

c.5) La tentativa en la coautoría

La caracterización de la coautoría como un supuesto de infracción conjunta de la norma permite asumir sin problemas la tesis de la solución conjunta en la determinación del comienzo de la tentativa. En este sentido, existirá una tentativa en caso de actuación conjunta cuando el hecho, si lo ejecutase en su totalidad un solo

155 Defienden una coautoría en los delitos culposos, con diferentes matices, Dencker: *Kausalität und Gesamttat*, p. 174 y ss.; Weisser: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 146 y ss.; Ransiek: *Unternehmensstrafrecht*, p. 67 y ss.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 242; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 21, n.m. 114 y s.; Kamm: *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 175 y ss. En la doctrina nacional, Huarcaya Ramos: *Actualidad Penal* 49 (2018), p. 59.

156 Vid., en este sentido, Heine: *SchwZStr* 119 (2001), p. 28; Seelmann: *Kollektive Verantwortung*, p. 9. Niega en general la necesidad de un acuerdo común en la coautoría, Jakobs: *Strafrecht*, AT, Apdo 21 n.m. 43; Lesch: *Intervención delictiva*, p. 89 y ss.; Van Weezel: *LH-Jakobs* (Colombia), p. 281 y ss.

157 Vid., Roxin: *Autoría*, p. 315.

158 Así, van Weezel, en *LH-Jakobs* (Colombia), II, p. 283.

159 En este sentido, Geppert: *Jura* 2011, p. 30 y s.; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1012.

160 Así, Geppert: *Jura* 2011, p. 31.

interviniente, llegaría al estadio de la tentativa[161]. Por lo tanto, la relevancia penal no depende del momento en que cada coautor realiza su prestación o aporte, sino que todos los coautores podrán responder desde el momento en que se comienza a realizar el hecho que infringe la norma penal[162].

B. La autoría en los delitos de infracción de un deber: La competencia institucional

En los delitos de infracción de un deber la autoría le corresponde a aquella persona que, estando institucionalmente obligada a cumplir con un deber positivo específico, lo incumple[163]. A diferencia de los delitos de dominio, lo que origina la competencia del autor en un delito de infracción de un deber no es un acto de organización, sino el incumplimiento de un deber especial derivado de una institución social específica[164]. En este punto resulta conveniente dejar claramente establecido que la categoría de los delitos de infracción de un deber, como se vio en el capítulo sobre la acción, es un criterio de imputación jurídico-penal que contrasta con el criterio de las competencias por organización de los llamados delitos de dominio. Por lo tanto, no es una categoría específica que repercute únicamente en el capítulo de la intervención delictiva, sino que es, en general, una forma de estructurar la imputación penal sobre la base de ciertas condiciones materiales[165].

De lo anterior se desprende que un delito no tiene que estar necesariamente configurado como un delito de infracción de un deber, sino que puede estar abierto a una realización por organización o por la infracción de un deber institucional (por ejemplo, el delito de lesiones)[166]. En algunos casos, sin embargo, el legislador decide positivizar la infracción del deber y estructura, por ello, el delito como uno de infracción de un deber[167]. El ejemplo más claro de la tipificación penal con

161 Vid., así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 61; van Weezel, en *LH-Jakobs* (Colombia), II, p. 307; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 21, n.m. 125; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 489.

162 Vid., van Weezel, en *LH-Jakobs* (Colombia), II, p. 308.

163 Vid., Salazar Sánchez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 13 y ss.

164 Vid., Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 193; Bacigalupo, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 168; Caro John: *Manual*, p. 198; Adrianzén Román: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 59.

165 Del mismo parecer, Caro John: *Normativismo*, p. 76. De otro parecer, Pariona Arana: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19 (enero de 2011), p. 71.

166 Muy importante es diferenciar, por tanto, cuando se habla de la infracción del deber como "tipo de delito" o como "realización típica", como lo pone de manifiesto Silva Sánchez, en Prólogo a *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, p. XIX.

167 Vid., Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 297.

base en el criterio de la infracción del deber son los delitos de funcionarios públicos.

Si la imputación penal se hace sobre la base de la infracción del deber, sea porque el delito está configurado típicamente sobre tal estructura de imputación o porque ésta concurre en el caso concreto, quien infringe el deber debe ser reputado como autor del delito. En la medida que el incumplimiento del deber institucional no admite graduaciones, no es posible una diferenciación cuantitativa de la competencia del obligado institucional que permita distinguir entre autoría y participación[168]. El obligado institucional responde siempre a título de autor por la comisión del delito[169]. En este sentido, por ejemplo, será autor de parricidio el padre tanto si acuchilla directamente al hijo, como si le entrega el cuchillo al asesino[170]. El *quantum* organizativo en el hecho no interesa a afectos de determinar la autoría, siendo lo relevante únicamente el incumplimiento del deber especial impuesto al poseedor de un estatus institucional[171]. Esta comprensión ha sido asumida en estos mismos términos por el Acuerdo Plenario N° 2-2011[172].

El cambio del criterio de imputación en los delitos de infracción de un deber repercute también en la admisión de las distintas formas de intervención delictiva[173]. Dado que el deber institucional es de carácter personal, no es posible una configuración conjunta del hecho, por lo que si un obligado institucional realiza el hecho conjuntamente con un *extraneus* (coautoría en términos organizativos), cada uno responderá como autor de su propio delito (*autoría simultánea o accesoria*)[174]. La solución no es distinta en el caso de dos obligados institucionales, por lo que

168 Así, Lesch: *Intervención delictiva*, p. 70. En la doctrina nacional, Caro John: *Ius Puniendi* 2 (2015), p. 34.

169 Vid., Caro John: *Manual*, p. 198.

170 Vid., Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber*, p. 43 y s. Sigue este razonamiento la Corte Suprema de la República en la Casación N° 558-2016-Lambayeque de 15 de enero de 2018.

171 Vid., Caro John: *Normativismo*, p. 74; Adrianzén Román: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 56.

172 El Acuerdo Plenario N° 2-2011 señala, respecto de los delitos de funcionarios públicos a los que califica de delitos de infracción de un deber, que "*la infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito*". Vid., con mayores consideraciones, Melgar Cáceres: *Actualidad Penal* 46 (2018), p. 76 y ss.

173 Así, radicalmente, la Casación N° 558-2016-Lambayeque (Fundamento Decimoquinto).

174 Vid., Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 307; Caro John: *Ius Puniendi* 2 (2015), p. 35 y s.; Mayhua Quispe, en *LH-Paredes Vargas*, p. 224 y ss.

también cada uno responderá por su propia infracción del deber positivo[175]. Para graficarlo con un ejemplo: Si dos funcionarios públicos que cuentan con un deber de custodia de determinados bienes se apropian coordinadamente de los mismos, cada uno será autor del delito de peculado. El mismo razonamiento debe utilizarse si el obligado institucional infringe su deber especial por medio de un instrumento. En este caso, el hombre de atrás deberá ser considerado autor directo del delito, pues si bien la autoría mediata puede encontrar sentido en los delitos de dominio, no es relevante en los delitos de infracción de un deber[176].

Lo anterior podría generar algunos problemas para determinar el inicio del delito en el caso de una ejecución conjunta. Por ejemplo: Si un funcionario público acuerda con unos particulares apropiarse conjuntamente de los fondos que custodia, no cometerá delito sino hasta que no incumpla con su deber institucional. Así, si el delito lo comienza a ejecutar un particular que, en ese momento, es descubierto, el funcionario público quedaría librado de responsabilidad penal, en la medida que no se haya materializado aún el acto de apropiación que debía impedir por su posición especial. Ese razonamiento no es, sin embargo, correcto, pues desde el momento en que empieza a ejecutarse la acción dirigida a la apropiación de los fondos[177], el funcionario público infringe su deber especial por no evitar su prosecución. No es que los actos de organización de los particulares no existan, sino que la competencia penal del funcionario público se determina en función del deber funcionarial y su infracción[178].

Un punto que merece finalmente ser aclarado es la errónea comprensión de algunos autores que sostienen que el delito de infracción de un deber se configura con la sola infracción del deber institucional, sin atender a la particular estructuración del tipo penal[179]. Esto no es exacto, pues la infracción del deber institucional

175 Vid., Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber*, p. 181 y ss.; El Mismo, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 307; Salazar Sánchez, en *Dogmática actual*, Salazar Sánchez (coord.), p. 573 y ss.; Caro John: *Normativismo*, p. 86 y s.; Vilcherrez Ato: *Gaceta Penal & procesal Penal* 16 (octubre de 2010), p. 66. De otro parecer, sin embargo, Roxin: *Autoría*, p. 389, quien la acepta en el caso de asuntos confiados a varias personas a la vez; Bacigalupo, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 122.

176 Igualmente, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 307 y s.; Caro John: *Ius Puniendi* 2 (2015), p. 35; Salazar Sánchez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 28.

177 Destaca acertadamente que la responsabilidad penal del funcionario público requiere, por lo menos, el inicio de la tentativa, Caro John: *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 15.

178 Por el contrario, Caro John: *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 14, considera el hecho conjuntamente realizado una unidad normativa.

179 En este sentido, Salinas Siccha: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 30 y s.; Mendoza Ayma/ Mendoza Yana: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 58.

debe producirse por medio de una conducta que reúna las exigencias del tipo penal, como el mismo JAKOBS lo ha precisado claramente[180]. En este orden de ideas, por ejemplo, el funcionario público que infringe el deber especial de resguardar los intereses patrimoniales del Estado en una licitación, solo cometerá el delito de colusión desleal si es que tal infracción se produce por una defraudación patrimonial al Estado acordada con el postor ganador. Lo mismo sucede con los tipos penales que no recogen la infracción del deber institucional como elemento típico, pero que se cometen igualmente por la infracción de un deber de esa naturaleza. Así, a la madre no se le sanciona penalmente por infringir el deber de proteger la integridad de su menor hijo, sino que se le hace responsable del delito de parricidio por infringir dicho deber con la acción de causar o no impedir la muerte del menor.

III. LA PARTICIPACIÓN

La palabra participación suele utilizarse en dos sentidos distintos. Por un lado, se entiende en un sentido amplio, de manera tal que se incluye a toda forma de intervención en el delito (por ejemplo, en el artículo 19 del CP). Por otro lado, es interpretada también en un sentido estricto, en el que sólo se incluye los actos de participación secundaria en un hecho delictivo y se contrapone, por tanto, a la autoría (por ejemplo, en el artículo 26 del CP)[181]. En nuestra exposición hemos decidido utilizar el término intervención para referirnos a la primera acepción[182], reservado a la segunda la calificación de participación. En lo que sigue vamos a abordar precisamente el estudio de este segundo grupo de intervinientes en el delito.

Si bien el partícipe responde penalmente al igual que el autor, tiene, a diferencia de este último, un papel secundario en la realización del delito[183]. A partir de esta idea, resulta lógico que no se pueda admitir una participación sin autoría[184], del mismo modo que se justifique, al menos en determinados casos, una pena para el partícipe menor de la que se contempla para el autor. No obstante, ambas consecuencias derivadas de admitir el carácter secundario de la participación presuponen

180 Vid., JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 84.

181 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 492; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 485.

182 Diversos autores nacionales utilizan también la expresión "intervención delictiva" como es el caso de MEINI MÉNDEZ: *Imputación y responsabilidad penal*. p. 181 y ss.; CARO JOHN, en *Estudios de Derecho penal*, LH-García Rada, Armaza (coord.), p. 85 y ss.; REAÑO PESCHIERA, en *Estudios de Derecho penal*, AAVV, p. 191 y ss.; GUILLERMO BRINGAS: *Revista Jurídica*, 1998, Colegio de Abogados de La Libertad, p. 204 y ss., REVILLA LLAZA, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 871; TISNADO SOLÍS: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 187 y ss.

183 Así, OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 22, n.m. 1.

184 Igualmente, VAN WEEZEL, en *LH-Jakobs* (Colombia), II, p. 320.

el hecho de que la participación resulta punible. Por lo tanto, antes de entrar en las particularidades de la participación, resulta necesario precisar cuál es el fundamento general de su castigo. Esta precisión permitirá no sólo definir adecuadamente cómo se configura la responsabilidad penal del partícipe, sino también dotar de un contenido coherente a las formas de participación reconocidas en nuestra legislación penal.

1. Fundamento

A. Teoría de la corrupción o de la culpabilidad

Conforme a la teoría de la corrupción, el partícipe es castigado por convertir a otra persona en delincuente o contribuir a hacerlo. De alguna manera, esta teoría parte de la idea de que el partícipe hace al autor culpable del delito[185]. La teoría de la corrupción fue abandonada en Alemania cuando legalmente se consideró que, para castigar al partícipe, bastaba con que el autor realice un hecho antijurídico, lo cual sucedió concretamente con la reforma de 1943[186]. Si bien el Código Penal Peruano no tiene la misma precisión conceptual que su homólogo alemán, algunos autores consideran que el término "hecho punible", utilizado en el texto punitivo peruano, no debe interpretarse como delito, sino solamente como conducta antijurídica[187], de manera tal que asumiría la misma orientación que la legislación penal alemana.

En nuestra opinión, parece una interpretación un tanto forzada entender el término "hecho punible" solamente como hecho antijurídico, pues un hecho mientras no sea culpable no será punible. El hecho antijurídico estará, en todo caso, sujeto a medidas de seguridad (de darse la peligrosidad criminal requerida), pero no a una pena en sentido estricto. Por esta razón, no consideramos que, en nuestro caso, sea el propio Código penal el que rechace expresamente una teoría de la corrupción con una accesoriedad extrema para el castigo de la participación. La teoría de la corrupción debe rechazarse, más bien, por fundamentar el castigo del partícipe en la corrupción personal del autor, olvidando que la participación, por definición, requiere necesariamente una intervención en el hecho realizado por el autor. Si se considera reprochable corromper a las personas, entonces habría que tipificar toda forma de corrupción moral como un delito autónomo[188].

185 Vid., MAYER, H.: *Strafrecht*, AT, § 49, II, 1 b, a'.

186 Vid., MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L15/29.

187 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 499; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2304.

188 Así la crítica de JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 2.

B. Teoría de la pura causación

Conforme a la teoría de la causación, el partícipe es sancionado por causar o favorecer la lesión de un bien jurídico por parte del autor[189]. No es el injusto del autor, por tanto, el que se le imputa al partícipe, sino la causación, ciertamente mediata, del resultado producido directamente por la acción del autor[190]. A esta teoría se le ha reprochado que, al centrarse en la pura causación, convertiría la participación en un delito autónomo, esto es, no habría una participación en el delito, sino un delito de participación[191]. No sería necesario, por lo tanto, exigir una relación de accesoriedad en la participación. Por otro lado, si el fundamento de la participación está en la causación, la tipicidad de la conducta desaparecería como requisito constitutivo del injusto[192], lo que afectaría el principio del hecho que exige una perturbación efectiva de los intereses penalmente protegidos.

Por lo demás, se ha alegado también que, si bien la formulación de la teoría de la pura causación podría ajustarse a la participación activa y a los delitos de lesión, tendría que necesariamente reformularse para abarcar la participación por omisión o los casos en los que no se requiere que el autor cause un resultado de lesión del bien jurídico. Así, si el delito se configura con la producción de un resultado de peligro (peligro concreto), con la sola realización de una conducta peligrosa (delitos de peligro abstracto), o si se trata de una tentativa, el fundamento de la causación de una lesión para sustentar la participación devendrá en inapropiado, pues no habría un resultado causalmente reconducible a la conducta del interviniente que permita afirmar la participación.

C. Teoría de la participación en el injusto

Para la teoría de la participación en el injusto, el fundamento del castigo de la participación se encuentra en el hecho de que el partícipe hace posible el injusto de otro[193]. El injusto ajeno sería el resultado de la acción de participación. Para este planteamiento, la prohibición de la participación estaría contenida en las disposiciones de la Parte General, no en los tipos penales de la Parte Especial[194]. Así, por ejemplo, el artículo 106 del CP, que contiene el mandato dirigido a los ciudadanos de no matar, sería infringido únicamente por el autor, respondiendo los partícipes en razón de las disposiciones generales de la participación que establecen la prohibi-

189 Vid., entre diversos autores, LÜDERSSEN: *Zum Strafgrund der Teilnahme*, p. 119 y ss.

190 Vid., la exposición de JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 3.

191 Vid., ROBLES PLANAS: *La participación*, p. 121.

192 Vid., BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 486.

193 WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 115; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, II, p. 1024 y s.

194 Vid., BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 486.

ción de inducir o contribuir a la realización de conductas infractoras de las normas penales de la Parte Especial.

La teoría de la participación en el injusto parte de un injusto propio del partícipe, pero lo vincula estructuralmente al injusto del autor, al colocarlo como el resultado de su injusto. De esta manera, se consigue darle a la participación un carácter accesorio, dependiente del hecho del autor. Este planteamiento tiene, sin embargo, el problema de vulnerar el principio de autorresponsabilidad[195], pues el injusto propio del partícipe estaría determinado por el hecho de otro (el hecho principal del autor). Pero, además, si el desvalor del resultado del injusto de participación es el hecho principal del autor, entonces se abriría la posibilidad dogmática de castigar la sola realización del acto de participación como una tentativa de participación (desvalor de la acción). Está claro que esta posibilidad dogmática no tiene cabida en la regulación penal actualmente vigente.

Las críticas a la teoría de la participación en el injusto han motivado intentos dirigidos a perfilar su punto de partida. Por ejemplo, la teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico, propuesta por ROXIN, constituye una posición ecléctica entre la teoría de la pura causación y la teoría de la participación en el injusto[196]. Si bien sustenta la responsabilidad penal del partícipe en un injusto propio, este injusto es determinado por el injusto del hecho principal conforme a una relación de accesoriedad[197]. El injusto del partícipe favorecerá la comisión del hecho principal, pero su desvalor no depende de que el hecho principal se cometa o no. El que el hecho principal deba por lo menos haberse ejecutado, es una condición objetiva de punibilidad para el castigo de la participación (accesoriedad cuantitativa). Por su parte, el hecho principal ejecutado basta con que sea antijurídico, pues la culpabilidad es una cuestión personal que afecta a cada sujeto y no rompe la relación del hecho con los otros sujetos (accesoriedad cualitativa).

No hay duda que la formulación de ROXIN intenta conciliar el injusto propio del partícipe con una relación de accesoriedad respecto del hecho principal del autor, pero lo hace al costo de hacer que el injusto del partícipe sea autónomo y derivado a la vez, lo que no parece, por lo menos, coherente[198]. Se termina uniendo en una teoría dos componentes heterogéneos (el ataque propio al bien jurídico y la accesoriedad) sin un principio que permita conciliarlos en una idea común y ofre-

195 Así, LESCH: *Intervención delictiva*, p. 57; REAÑO PESCHIERA, en *Estudios de Derecho penal*, AAVV, p. 195.

196 Vid., ROXIN: *La teoría del delito*, p. 485 y ss.

197 ROXIN: *La teoría del delito*, p. 490 y s.

198 Así, ROBLES PLANAS: *La participación*, p. 132.

cer, por lo tanto, soluciones claras. Como lo dice ROBLES PLANAS, "*una teoría puede ser ecléctica en sus fundamentos, pero nunca en sus soluciones*"[199].

D. El injusto único de intervención

Para sustentar el castigo de la participación, JAKOBS ha propuesto la variante de la teoría de la participación en el injusto referida al resultado[200]. En esta propuesta, el partícipe no realiza un injusto propio accesoriamente vinculado al injusto del autor, sino que toma parte, más bien, en el hecho del autor, aunque con un dominio cuantitativamente menor. Su punto de partida es que existe un injusto único de la intervención, no siendo procedente diferenciar entre un injusto principal del autor y un injusto accesorio del partícipe. La contribución hecha por el partícipe en un momento previo a la ejecución del delito es una incumbencia que se traduce en la infracción de un deber una vez que el autor inicia la ejecución del delito[201]. Sin la realización del hecho delictivo por parte de autor, no habría una infracción del deber por parte del partícipe con la que sustentar su responsabilidad penal[202].

En el planteamiento de JAKOBS sobre el fundamento de la participación, la realización del hecho delictivo no es competencia únicamente del que lo realiza en calidad de autor, sino también del que lo hace como partícipe. El reconocimiento del principio de autorresponsabilidad, conforme al cual cada interviniente responde por su propia aportación, no debe llevar necesariamente a la conclusión de que cada aporte constituya un injusto propio (principal o accesorio). Es perfectamente posible sostener, en términos de coherencia conceptual, que los distintos ámbitos de responsabilidad se funden en una única expresión de sentido mancomunada[203]. Esta unidad de sentido se alcanza con la realización del hecho penalmente relevante[204].

La competencia de cada interviniente surge por la configuración de alguno de los elementos del hecho delictivo en una división vinculante del trabajo[205]. En el caso del partícipe, esa vinculación se produce cuando su aporte, por la manera o el contexto en el que se realiza, expresa socialmente el sentido de posibilitar la materialización de un delito[206]. Este sentido social no depende de una especial

199 ROBLES PLANAS: *La participación*, p. 133.

200 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 6 y ss.

201 En este sentido, JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 79.

202 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 6.

203 Vid., VAN WEEZEL: *ZIS* 8/2009, p. 434. En la doctrina nacional, TISNADO SOLÍS: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 197

204 Vid., ROBLES PLANAS: *La participación*, p.177 y s.; VAN WEEZEL: *ZIS* 8/2009, p. 440.

205 Vid., JAKOBS: *RPDJP* 5, p. 228 y s.

206 Vid., JAKOBS: *RPDJP* 5, p. 229; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 78.

vinculación subjetiva entre los intervinientes[207], lo que no debe llevar a la falsa conclusión de que la imputación subjetiva no resulta necesaria para sancionar a los intervinientes en el delito. Si bien la mancomunidad se determina en función de una división vinculante del trabajo objetivamente definida, el castigo de cada interviniente requerirá que se cumpla además con el lado subjetivo típicamente exigido. Lo que no se requiere es una comunidad psíquica entre los intervinientes (acuerdo previo), por lo que la relación de mancomunidad puede presentarse incluso entre intervinientes con dolo e intervinientes con culpa[208].

Una vez que se ha determinado que varias personas resultan competentes por la realización de un delito, debe precisarse, con base en criterios puramente cuantitativos, si deben responder como autor o como partícipe[209]. Tanto uno como otro infringen el rol general de ciudadano que se les ha atribuido, encontrándose la diferencia dogmática únicamente en una mayor o menor gravedad de la infracción del rol en función de la mayor configuración del injusto penal[210]. Debe precisarse que las explicaciones precedentes resultan relevantes solamente para los delitos de dominio, pues, tal como ya se explicó, en los delitos de infracción de un deber no cabe distinguir a los intervinientes en función del peso cuantitativo de su aporte. Todos los que infringen el rol especial responden como autores, en la medida que no es posible graduar cuantitativamente las infracciones de los deberes de origen institucional[211].

E. Posición personal

En nuestra opinión, el planteamiento del injusto único de intervención es el que mejor recoge el sentido de la intervención delictiva[212]. Bajo este esquema conceptual, lo primero que debe determinarse es si el injusto común ha entrado en

---

207 Vid., LESCH: *Intervención delictiva*, p. 97.

208 JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 184.

209 Vid., JAKOBS: *RPDJP* 5, p. 235 y s.; EL MISMO, en *El sistema funcionalista*, p. 179 y s. En la doctrina nacional, CARO JOHN: *Manual*, p. 178.

210 Vid., JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 79.

211 Vid., LESCH: *Intervención delictiva*, p. 70.

212 A favor del injusto único de intervención, LESCH: *Intervención delictiva*, p. 57; PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito*, p. 463; ROBLES PLANAS: *La participación*, p. 178. En el Perú, REAÑO PESCHIERA, en *Tres estudios de dogmática penal*, p. 103 y ss.; MEZA FERNÁNDEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (2012), p. 121; PALOMINO RAMÍREZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (2014), p. 26; CARO JOHN: *Manual teórico-práctico*, p. 177 y ss.; MENDOZA VÁEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), pp. 122, 127; REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Derecho Penal*, PG, II, p. 953; TISNADO SOLÍS: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 104 (2018), p. 64 y s.

un estadio punible (tentativa o consumación)[213]. Luego de ello hay que determinar quiénes intervienen de manera penalmente relevante. No basta con una simple intervención fáctica en la etapa previa o incluso en la ejecución del hecho delictivo, sino que es necesario que normativamente se considere a los intervinientes competentes por el injusto común, esto es, por la lesión de la norma[214]. Esa competencia conjunta por el delito se produce cuando tiene lugar una división vinculante del trabajo en atención al sentido social atribuido a cada uno de los aportes realizados. Una vez determinada la competencia conjunta de los intervinientes, la distinción entre autores y partícipes dependerá de un criterio cuantitativo, pero no en función de la cantidad de intervención en el hecho, sino de la infracción del deber[215]. Dado que esta cuantificación de la infracción del deber solamente es aplicable a las competencias por organización (deber general negativo), la infracción de los deberes positivos dará lugar siempre a una autoría del institucionalmente obligado.

2. Los principios de la participación

La participación, como forma de intervención en el delito, se encuentra regida por varios principios que influyen al momento de decidir la competencia jurídico-penal. En unos casos se trata de una particularización de principios generales de la intervención delictiva, pero en otros casos responde a aspectos que son propios de la participación.

A. La mancomunidad de la participación

Lo primero que debe destacarse de la participación delictiva es que se sustenta en una mancomunidad respecto del hecho penalmente relevante. Este hecho se imputa a quienes, con su conducta, expresan jurídicamente que les pertenece, que es, por lo tanto, obra y realización de su autonomía[216]. Esta mancomunidad se determina a partir de los criterios de ordenación de los contactos sociales que se encuentran recogidos en la teoría de la imputación objetiva. Con este instrumental conceptual resulta posible determinar cuándo las contribuciones a un hecho se realizan de forma totalmente aislada y cuándo se hacen mediante una división del trabajo; y, en este último caso, cuándo la división del trabajo es restringida y cuándo es vinculante[217]. La mancomunidad tiene lugar por una actuación conjunta originada en una división vinculante del trabajo. El partícipe, al igual que los otros

213 Vid., Robles Planas: *La participación*, p. 160 y s.

214 Vid., Jakobs: *RPDJP* 5, p. 227 y s. En la doctrina nacional, Caro John: *Manual*, p. 177 y s.

215 Así, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 79.

216 Vid., van Weezel: *ZIS* 8/2009, p. 440.

217 Vid., con mayor detalle, Jakobs: *RPDJP* 5, p. 225 y s.

intervinientes en el delito, es mancomunadamente responsable por el hecho conjuntamente realizado.

En la doctrina penal, las exposiciones doctrinales no hablan, por lo general, de una mancomunidad de la participación, sino, más bien, del principio de convergencia[218]. A este principio se le asigna un contenido esencialmente subjetivo, pues se sustenta en una concordancia de voluntades entre el autor y el partícipe. Pero, como lo hemos precisado, la mancomunidad por el hecho no se mueve en el plano subjetivo de la convergencia de voluntades, sino, más bien, en el plano de la significación objetiva de cada aporte en la configuración del hecho típico. Este cambio de perspectiva explica que sea posible, a diferencia de la comprensión clásica de la participación, una participación en los delitos culposos, en tanto no se requiere que exista un dolo común entre los intervinientes para sustentar la mancomunidad.

B. La accesoriedad de la participación

La comprensión dominante de la participación parte de la idea de entender que la actuación del partícipe se encuentra en una relación de accesoriedad con la actuación del autor. Lo que tal relación de accesoriedad implica, no es algo, sin embargo, que se encuentre totalmente definido en la doctrina penal[219]. La posición mayoritaria se inclina por definirla sobre la base de distinguir entre el hecho del autor y hecho del partícipe, lo que, de alguna manera, se sustenta en un esquema conceptual que entiende el delito fundamentalmente como la infracción de una norma primaria que le dice al ciudadano lo que tiene que hacer u omitir para no lesionar un bien jurídico. Cada interviniente infringiría con su concreta actuación una norma primaria de conducta[220] y configuraría así un injusto propio, existiendo una relación de accesoriedad del hecho del partícipe con el hecho principal del autor. Esta relación de accesoriedad tendría dos formas de expresión: la accesoriedad cualitativa y la accesoriedad cuantitativa[221].

La llamada accesoriedad cualitativa exige que el hecho principal cuente con un sentido delictivo. En la doctrina penal existen diversas posiciones sobre cuándo la actuación del autor adquiere el sentido delictivo que la accesoriedad requiere. La teoría de la corrupción exige, por ejemplo, una accesoriedad completa, es decir, que

218 Así, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código Penal anotado*, p. 72; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 497 y s.

219 Así, PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito*, p. 9: "*El concepto de accesoriedad dista mucho de tener un contenido nítido*".

220 Destaca este razonamiento ROBLES PLANAS: *La participación*, p. 173.

221 Vid., BOLDOVA PASAMAR: *La comunicabilidad*, p. 132 y s.; PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito*, p. 349 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 499; ROSALES ARTICA, en *Estudios críticos*, p. 184.

el hecho principal sea típico, antijurídico y culpable[222]. Por su parte, a la teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico le basta únicamente con exigir una accesoriedad limitada, es decir, que el hecho principal sea típico y antijurídico[223]. Por último, resulta posible pensar en una accesoriedad mínima, para la que sería suficiente con que el hecho principal sea típico, así como también en una hiperaccesoriedad que exija incluso la efectiva punibilidad de la conducta del autor[224].

En la actualidad, la opinión dominante en la doctrina penal rechaza una accesoriedad mínima bajo la idea central de que la justificación del delito tiene que valer para todos los intervinientes en el mismo[225], así como también la hiperaccesoriedad por alcanzar a circunstancias personales de punición que no tiene sentido exigir para el castigo del partícipe[226]. La discusión se centra, por lo tanto, en optar por la accesoriedad limitada o por la completa, recibiendo la primera el mayor respaldo[227]. La razón de esta preferencia radica en que la culpabilidad, al tratarse de una categoría personal que está referida a cada interviniente[228], no debería formar parte de la relación de accesoriedad entre el hecho principal del autor y el hecho accesorio del partícipe. Algunos autores llegan a sostener incluso que el Código Penal ha optado por la accesoriedad limitada en el artículo 26 del CP[229].

La accesoriedad cuantitativa requiere, por su parte, que el hecho principal del autor haya sido cuando menos ejecutado para que el partícipe pueda ser sancionado penalmente[230]. No se exige, por lo tanto, que el autor haya consumado el delito,

---

222 Vid., Mayer, H.: *Strafrecht*, AT, § 49, II, 1 b, a'. Críticamente, Welzel: *Das Detsche Strafrecht*, p. 113.

223 Así, López Peregrín: *La complicidad en el delito*, p.71.

224 Sobre los distintos grados de la accesoriedad cualitativa, fundamental, Mayer, M.E.: *Versuch und Teilnahme*, p. 355.

225 Vid., Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 488; Peñaranda Ramos: *La participación en el delito*, p. 465.

226 En el mismo sentido, Boldova Pasamar: *La comunicabilidad*, p. 136, por ser incompatible con el principio de culpabilidad.

227 Vid., Boldova Pasamar: *La comunicabilidad*, p. 134; Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 488. En la discusión nacional, Calderón Valverde: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 61.

228 Así, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 499.

229 En este sentido, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 502, quien limita el ámbito de aplicación del artículo 26 del CP a los aspectos de la culpabilidad y los aspectos personales de la punibilidad. Esta interpretación no resulta, sin embargo, conciliable con su tenor literal, pues el artículo 26 del CP se refiere a circunstancias o cualidades que *afecten* la responsabilidad, lo que no puede estar referida a la culpabilidad que *fundamenta* la responsabilidad penal.

230 Vid., López Peregrín: *La complicidad en el delito*, p. 61.

sino que es suficiente con que haya iniciado actos ejecutivos que permitan un castigo en grado de tentativa (acabada o inacabada)[231]. Esta exigencia resulta relevante fundamentalmente para los partícipes que realizan actos de auxilio o facilitación del delito en la fase de preparación. Dichos aportes, por sí mismos, no bastarán para el castigo penal (un delito de participación), siendo necesario que el autor inicie la ejecución del delito para poder sancionar penalmente al partícipe por su intervención[232].

La compresión de la accesoridad de la participación asume unos contornos distintos, si el delito se entiende, más bien, como la negación de la vigencia de la norma[233]. Desde esta perspectiva de análisis, un suceso alcanzará la significación de un delito solamente si expresa el sentido comunicativo de una defraudación de la norma. Por lo tanto, si en la realización de esta defraudación intervienen varias personas, no se podrá hablar de varios injustos penales en función de los autores y los partícipes, sino de uno solo por el que todos los intervinientes deben responder penalmente. Esta responsabilidad mancomunada tiene lugar cuando ha habido una repartición del trabajo que vincula a los intervinientes y fundamenta, por tanto, que el injusto sea considerado, en términos jurídico-penales, una obra común.

Podría pensarse que la afirmación de un injusto único entre los distintos intervinientes haría innecesaria la idea de la accesoriedad, lo que significaría incluso admitir la posibilidad de una participación sin autoría. Esta deducción resulta, sin embargo, incorrecta, pues la realización del delito requiere de la configuración de los elementos constitutivos del delito por parte de un autor. El partícipe facilita la ejecución del delito, no lo ejecuta. En este sentido, no hay una renuncia a la accesoriedad, sino una comprensión distinta[234]. Concretamente: la conducta del partícipe es accesoria cuando significa preparación o continuación de la conducta de otro que deviene en una configuración de la conducta típica[235]. Si un aporte significa lo anterior, entonces quien lo realiza se involucra en la realización típica, siendo, por tanto, competente por ella, aunque con una configuración del hecho cuantitativamente menor respecto de la que lleva a cabo el autor.

Sobre la base de lo anterior, se puede dar a las manifestaciones de la accesoriedad antes mencionadas una dimensión adecuada. Si la competencia de quien facilita la realización del delito depende de que el autor lo ejecute efectivamente,

231 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 500.

232 Vid., CUERDA RIEZU: *LH-Mir Puig* (2017), p. 505.

233 Vid., ROBLES PLANAS: *La participación*, p. 173 y s.

234 En una línea de pensamiento similar, PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito*, p. 463 y s., como un factor de limitación de la responsabilidad.

235 Así, VAN WEEZEL: *ZIS* 8/2009, p. 441; FALCONE: *Ius Puniendi* 7 (2018), p. 189. En la doctrina penal nacional, TISNADO SOLÍS: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 212.

está claro que la participación requiere una accesoriedad cuantitativa de ejecución del delito, sin que sea necesaria la consumación. Si el autor no ejecuta el delito, el partícipe no puede ser penalmente competente. Pero debe quedar claro que no se trata de una accesoriedad en el sentido de una relación entre el hecho del autor y el hecho del partícipe, sino de un hecho común que solamente puede imputarse al partícipe si el delito se ha ejecutado[236]. El requisito de que el hecho haya entrado en fase ejecutiva no tiene nada que ver con una relación de dependencia entre partícipe y autor, sino con el principio general de un Derecho Penal del hecho típico[237].

La accesoriedad cualitativa adquiere, por su parte, contornos muy especiales, al punto que algunos han propuesto incluso dejarla de lado[238]. Sin embargo, se puede seguir manteniendo esta exigencia de accesoriedad, pero teniendo claro que no se trata de precisar en qué casos existe un aporte penalmente relevante del partícipe respecto del hecho principal del autor, sino de qué se necesita para afirmar su competencia penal por el hecho conjunto. Para que el partícipe responda penalmente, el hecho conjuntamente realizado debe expresar un sentido comunicativo de defraudación de la norma. Tal defraudación de la norma tiene lugar por medio de una infracción culpable del deber (general o especial) por parte del autor[239]. Desde estas consideraciones, la llamada accesoriedad cualitativa debe alcanzar a la culpabilidad[240], en la medida que el sentido defraudatorio del delito sólo puede ser expresado por un autor culpable.

Si quien ejecuta lo propio del delito es un sujeto inculpable, el hecho podrá reconducirse al que facilita la ejecución como una autoría mediata, siempre que se le asigne la competencia por lo que realice el inculpable[241]. Por ejemplo: Responderá como autor mediato y no como partícipe el que incita a un menor a agredir a otro. Por el contrario, el bodeguero que le vende a un menor una bebida gaseosa contenida en una botella de vidrio que luego utiliza este último para herir a otra persona, no es competente por las lesiones producidas, aun sospechando la utilización con fines lesivos de la botella. En este nivel no caben diferencias cualitativas de ningún género entre los intervinientes, pues la imputación responde al principio

236 Vid., Robles Planas: *Garantes y cómplices*, p. 29; Adrianzén Román: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 74; Tisnado Solís: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 212 y s.

237 Así, Robles Planas: *La participación*, p. 176. Igualmente, Tisnado Solís: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 104 (2018), p. 76.

238 Así, Caro John: *Normativismo e imputación jurídico-penal*, pp. 133, 158.

239 En este sentido, van Weezel: *LH-Jakobs* (Colombia), p. 304. En la doctrina penal nacional, Adrianzén Román: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 74.

240 Igualmente, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 77 y s. En la doctrina penal nacional, Vilcherrez Ato: *Gaceta Penal & procesal Penal* 16 (octubre de 2010), p. 63.

241 En este sentido, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 77.

de tercero excluido, esto es, o bien se puede imputar el hecho a una persona, o bien no es posible hacerlo[242].

C. *La incomunicabilidad de los elementos de naturaleza personal*

La mancomunidad de los intervinientes en el hecho delictivo no debe rebasar lo que permite imputarles el principio de autorresponsabilidad, por lo que una responsabilidad mancomunada solamente será posible respecto de aquellos aspectos del hecho en los que es posible una configuración conjunta. Tal posibilidad está negada si la imputación penal se fundamenta en elementos de naturaleza estrictamente personal, por lo que éstos no podrán ser comunicados a los intervinientes que no los reúnen[243]. Esta regla de la incomunicabilidad se extiende a los elementos personales que afectan (agravatoria o atenuatoriamente) la responsabilidad penal, como se desprende del artículo 26 del CP. Lo anterior no significa, sin embargo, que el partícipe que no reúna el elemento personal legalmente exigido deba quedar impune.

En el caso de elementos personales que *fundamentan* la responsabilidad penal, la posibilidad de castigo al interviniente que no los reúne requiere hacer una distinción de supuestos. Si se trata de un elemento altamente personal para responder penalmente como el dolo, queda claro que el partícipe que no lo tenga, quedará al margen de lo punible[244]. Si, por el contrario, el elemento personal es una cualidad o circunstancia personal para poder ser autor, entonces se suscita la duda sobre la posibilidad de comunicarlo al partícipe *extraneus*. La solución a esta problemática requiere utilizar la distinción entre competencia por organización y competencia institucional. Si la imputación penal se hace sobre la base de una competencia por organización, la cualidad o circunstancia personal es solamente un elemento de contextualización de la conducta delictiva, en el que cabe intervenir organizativamente. Así, en el delito bigamia, no hay problema para castigar como cómplice del delito al soltero que ayuda de manera prohibida al casado a contraer sus segundas nupcias. La situación es distinta si la calidad especial fundamenta una competencia institucional, cuya posición de deber especial no puede ser comunicada a los que no están institucionalmente vinculados. El castigo del *extraneus* se deberá sustentar en una relevancia penal definida por medio de un fundamento distinto a la infracción del deber.

Si los elementos personales *afectan* la responsabilidad penal, el artículo 26 del CP establece que no se pueden comunicar a los otros intervinientes[245]. Por ejemplo:

---

242 Vid., van Weezel: *ZIS* 8/2009, p. 441.

243 Vid., así, en relación con la imputación subjetiva, van Weezel: *ZIS* 8/2009, p. 443.

244 Igualmente, Robles Planas: *Garantes y cómplices*, p. 146.

245 Precisa la Corte Suprema de la República, en el Acuerdo Plenario N° 3-2016, que el artículo 26 del CP se circunscribe a las circunstancias y cualidades que *afectan* la responsabilidad

el que ayuda a una persona a que, por placer, mate a otro, responderá como cómplice del delito de homicidio simple, mientras que el autor lo hará por el delito de asesinato. La razón de la modificación punitiva es la presencia de un elemento personal especial en el autor, por lo que solamente deberá afectar a quien lo posea[246]. El ámbito de aplicación del artículo 26 del CP está referido exclusivamente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (agravantes cualificadas o atenuantes privilegiadas) y no a las causas de exclusión de la responsabilidad penal del artículo 20 del CP[247] o a las circunstancias de individualización de la pena del artículo 46 del CP[248]. No interesa si la circunstancia modificativa de la responsabilidad está prevista como una circunstancia genérica (por ejemplo, el prevalimiento del cargo del artículo 46 A del CP) o específica (el vínculo parental en el delito de parricidio del artículo 108 del CP)[249]. Tampoco se altera el sentido de la solución, si la competencia es por organización o institucional.

3. Formas de participación

En las exposiciones doctrinales se reconocen dos formas de participación en el delito: la instigación y la complicidad. Mientras la primera está referida a la generación de la decisión del autor de cometer el delito, la segunda abarca las distintas maneras de contribuir o ayudar a la realización del delito. En la tradición hispana se incluyó también al encubridor en determinado momento como una forma de participación, pero en la actualidad el encubrimiento, pese a tener cierta vincula-

---

penal, no que la *fundamentan* (punto 12). De igual parecer, Reaño Peschiera: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 76; Paz Panduro: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 119.

246 Siguen la tesis de que en un delito especial impropio el partícipe *extraneus* debe responder por el delito común, Peñaranda Ramos: *La participación en el delito*, p. 492 y s.; Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 490.

247 Por el contrario, Revilla Llaza: *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), art. 26, p. 961; García Aquino: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 46 y s.; Boldova Pasamar/Quinteros Camacho: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19 (enero de 2011), p. 60 y ss., incluyen en el artículo 26 del CP los casos de exclusión de la responsabilidad penal como un supuesto también de afectación de la responsabilidad penal. A nuestro entender la responsabilidad penal se afecta solamente cuando tiene lugar una agravación o atenuación de la pena, mas no cuando se excluye. La afectación presupone que la responsabilidad penal se mantiene, aunque con algunas circunstancias especiales que la modifican en términos de agravación o atenuación de la pena.

248 Por el contrario, el Acuerdo Plenario N° 3-2016 extiende la aplicación del artículo 26 del CP a las circunstancias de determinación de la pena concreta. De igual parecer, García Aquino: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 47 y s. Esta posición no es sistemáticamente aceptable, pues el artículo 26 del CP se enmarca en el capítulo sobre la autoría y participación, no en las disposiciones sobre la determinación de la pena.

249 Igualmente, Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 490.

ción con el hecho encubierto, se regula como un delito autónomo[250]. Así, el Código Penal Peruano tipifica en sus artículos 404 y 405 los actos de encubrimiento como delitos contra la Administración de Justicia.

A. La instigación (o inducción)

a. Definición

Conforme al artículo 24 del CP se castiga como instigador al que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible. Si se tiene en cuenta la sistemática utilizada por nuestro Código Penal, la instigación constituye una forma de participación junto con la complicidad[251]. No obstante, queda claro que el acto de instigación precede a la decisión de cometer un delito, por lo que podría cuestionarse válidamente si, en sentido estricto, se puede participar en un delito que ni siquiera existe aún en la cabeza del autor[252]. A diferencia de los cómplices, a los que cabe atribuir sin mayor problema el hecho delictivo como un hecho común, no parece plausible sostener lo mismo respecto del instigador. El hecho cometido por el instigado no es configurado por el instigador, por lo que este último realiza un hecho distinto al acto de instigación. Si bien podría resultar completamente razonable que el hecho del instigador sea pasible de un reproche penal, estructuralmente debe ser considerado un hecho distinto del realizado conjuntamente por los autores y cómplices[253].

Si se siguen las consideraciones precedentes, la instigación debe entenderse como un injusto distinto del injusto del autor. El artículo 24 del CP tendría que interpretarse, en consecuencia, como un "delito de instigación" que se encuentra referido a cualquier hecho punible previsto en la Parte Especial. Bajo esta comprensión, no habría mayor problema para castigar una co-instigación en el caso que varias personas determinen conjuntamente a otro u otros a cometer un delito[254] o

250 Vid., con mayor detalle, SÁNCHEZ OSTIZ-GUTIÉRREZ: *Los delitos de encubrimiento*, p. 41 y ss.

251 Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2309; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 511; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 77.

252 Llamativo es que el Prof. SILVA SÁNCHEZ, señale que la inducción (instigación) puede calificarse de participación sólo en un sentido figurado (Prólogo a *La responsabilidad a los "delitos especiales"*, p. XX).

253 Asume esta perspectiva, de manera correcta, la Casación N° 624-2017-Ucayali de 15 de diciembre de 2017.

254 Algo, por lo demás, admitido por la doctrina penal, vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 173; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1027. En la doctrina nacional, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 80.

incluso una instigación mediata cuando el instigador utiliza a un instrumento para determinar a otro a cometer un hecho penalmente relevante[255]. La instigación sería un injusto autónomo que podría ser cometido bajo cualquiera de las formas de autoría reconocidas.

A la interpretación propuesta podría objetársele, sin embargo, que haría innecesaria la llamada accesoriedad cuantitativa frente a la conducta del autor, por lo que podría sancionarse incluso si el delito que el instigado ha decidido cometer, no es ejecutado por alguna razón independiente del instigador. Aunque la descripción legal de la instigación no exige la realización del delito instigado, sino solamente determinar a otro a cometerlo, no es posible soslayar que la interpretación dominante del artículo 24 del CP no admite el castigo de la instigación si el delito instigado no ha sido ejecutado[256]. No obstante, esta limitación no está unida necesariamente al entendimiento de la instigación como una forma de participación en el delito del autor, pues también podría presentarse si a la ejecución del hecho delictivo por parte del instigado se le otorga el carácter de una condición objetiva de punibilidad o si se admite aquí una relación de accesoriedad con el injusto propio del autor. De esta manera, el injusto de la instigación mantendría su independencia, vinculándose con el hecho del autor únicamente a efectos del castigo.

b. Fundamento

Para poder precisar lo que debe castigarse como instigación, resulta necesario precisar cuál es el fundamento de dicho castigo. Sin entrar a discutir en detalle los distintos planteamientos que al respecto se han formulado en los escritos especializados[257], consideramos que, al menos desde una perspectiva de *lega lata*, el criterio de referencia para determinar el fundamento del castigo de la instigación lo ofrece la decisión, tomada por el legislador penal en el artículo 24 del CP, de sancionar al instigador con la misma pena establecida para el autor del delito. De ello se desprende, como idea central, que el acto de instigación debe ser de una relevancia tal en el originamiento de la decisión del autor de cometer el delito que, sin llegar a ser un autor mediato, justifique una pena que se corresponda con la prevista para el autor.

En razón de lo anterior, queda claro que no se puede aceptar el parecer de los que consideran instigación cualquier influjo intelectual sobre la decisión de co-

255 Admite la instigación mediata, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 175.

256 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 519; Cristóbal Támara: *Actualidad Penal* 36 (2017), p. 61.

257 Vid., la exposición de los distintos planteamientos sobre el fundamento de la instigación, Gómez Rivero: *La inducción a cometer el delito*, p. 56 y ss.

meter un delito, al punto de que ni siquiera el autor deba reconocerlo como tal[258]. Tampoco cabe admitir el planteamiento de los que sostienen que sería suficiente con la existencia de un simple contacto psíquico entre el determinador y el determinado para moverlo a tomar la decisión de cometer el delito[259]. El influjo del instigador sobre el autor debe ser la razón por la que éste decide llevar a cabo la acción criminal. Por ello, el parecer que recibe actualmente mayor reconocimiento es aquél que exige que la decisión del autor de cometer el delito se encuentre en una relación de dependencia con la voluntad del instigador[260] o que entre ambos exista un "pacto de injusto", al que se subordine la voluntad del instigado[261].

Nuevamente aquí debe reiterarse que al instigador no se le puede considerar competente por la voluntad que libremente exterioriza el autor del delito. No hay duda que las razones puestas por el instigador son factores que el autor toma en consideración al momento de decidir si comete un delito, pero lo que decide es cosa suya. Lo que se le reprocha al instigador es haber puesto a disposición del autor razones de peso para tomar una decisión criminal. Si bien, en el plano causal, la decisión criminal es el resultado de la conducta del instigador, la competencia por su contenido es del autor. El acto de instigación resulta penalmente reprochable porque pone en la cabeza del autor razones importantes para que tome la decisión de cometer el delito. Si bien se le puede imputar al instigador la decisión criminal como el resultado desvalorado de su actuación, la vinculación de esa decisión con su posterior ejecución le alcanza solamente al autor. Bajo estas consideraciones, puede decirse que el instigador es castigado por desempeñar un papel fundamental en la formación de la libre decisión del instigado[262].

c. Elementos

De la regulación legal contenida en el artículo 24 del CP se deduce la exigencia de tres elementos que deben necesariamente concurrir de manera conjunta para poder sostener la existencia de una instigación al delito: Un elemento objetivo, un elemento subjetivo y un elemento final.

---

258 HILLENKAMP: *JR* 1987, p. 256.

259 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1026.

260 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, nm. 22: "*El influjo psíquico constituye, pues, inducción solo si el autor –como en la antigua teoría subjetiva de la autoría– adopta su decisión y persevera en ella con dependencia de la voluntad del que influye*".

261 Así, PUPPE: *GA* 1984, p. 113. De manera similar, en la doctrina penal nacional, CRISTÓBAL TÁMARA: *Ius Puniendi* 7 (2018), p. 259, exige un "compromiso de ejecución".

262 Igualmente, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 76.

c.1) El elemento objetivo

El elemento objetivo consiste en hacer surgir en otra persona la decisión de cometer un delito. La decisión es del autor, pero el instigador pone a su disposición razones valederas que el autor evalúa y asume al tomar su decisión. No basta, por lo tanto, una simple invitación a delinquir, sino que resulta necesaria una incitación. En la doctrina penal existen posiciones que discuten sobre la intensidad que debe alcanzar la incitación. Para unos es suficiente con aconsejar la comisión del delito[263], mientras que otros llegan a pedir un compromiso del autor con el instigador respecto de la comisión del delito[264]. A nuestro modo de ver, la intensidad de la incitación debe alcanzar el nivel de una labor de convencimiento al autor de que existen poderosas razones para cometer el delito. Por lo tanto, no basta con el consejo de cometer un delito, ni se necesita tampoco llegar a una promesa del instigado de cometerlo.

La instigación debe estar dirigida a alguien en concreto, por lo que no es posible admitir un supuesto de instigación en masa[265]. Esto no significa negar la instigación a varias personas, lo que puede suceder si el acto de instigación se dirige a dos o más personas determinadas. Si bien lo usual es que el acto de instigación sea de carácter explícito, es posible también que tenga lugar a través de una forma de conducta que exprese concluyentemente la determinación a otro a cometer un delito[266]. Por ejemplo: si el pandillero que tiene rendido en el piso al miembro de una pandilla enemiga, mira en ese momento a su líder, quien baja el dedo pulgar, no hay duda del acto de instigación a darle una golpiza. En cuanto a su forma de realización, no interesa cómo se haya hecho la instigación, por lo que puede haberse producido apostando, persuadiendo, pagando, suplicando, etc. Tampoco se requiere la utilización de algunos medios especiales para tal fin[267]. En estos aspectos específicos el artículo 24 del CP tiene claramente una configuración abierta.

El elemento objetivo de la instigación no se satisface plenamente con el acto de instigación. Dicho acto debe vincularse objetivamente con la decisión de delin-

263 Así, Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 618 y s.

264 Vid., Puppe: *GA*, 1984, p. 111 y s.

265 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 76: "*la inducción (o instigación) tiene que impeler al autor directamente al delito*"; Cerezo Mir: *Derecho Penal*, PG, p. 963. En este sentido, niega la posibilidad de una instigación en masa la Casación N° 842-2015-Lambayeque. Con opinión favorable, Cristóbal Támara: *Actualidad Penal* 36 (2017), p. 61 y s.

266 Así, Frisch: *Comportamiento típico*, p. 359; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 74.

267 Así, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 516; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 81. Igualmente, Donna: *La autoría y la participación criminal*, p. 128.

quir del autor no sólo mediante una relación de causalidad psíquica[268], sino, sobre todo, por una relación de imputación objetiva definida en términos normativos. En este orden de ideas, a la conducta del instigador hay que imputarle objetivamente el hecho de que un sujeto penalmente responsable se haya determinado efectivamente a cometer un delito[269]. A esta vinculación objetiva, la doctrina penal mayoritaria agrega otra más que está referida a la ejecución del delito que ha decidido cometer el instigado[270]. Por lo tanto, el acto de instigación tendría dos resultados: la decisión criminal y el delito instigado. Por mi parte, considero que, sobre la base de la autonomía del injusto del instigador que se ha defendido aquí, el resultado de la instigación debe limitarse a la creación de la decisión de cometer un delito.

Para que se presente la vinculación objetiva entre el acto de provocación o incitación con la resolución criminal, la conducta del instigador debe ser objetivamente idónea para generar en otra persona la decisión de cometer un delito[271], por lo que no habrá instigación si la conducta no tiene el sentido social de procurar convencer a otra persona de cometer un delito[272]. Así, por ejemplo, no puede ser considerada una conducta de instigación una mera alusión elogiosa a un delincuente que motiva a otro a seguirle[273] o el deseo expresado en un momento de ofuscación de que alguien muera y que otro decide cumplir este deseo para agradarle. Pero además la conducta del instigador debe crear directamente una idea inexistente de cometer un delito o favorecer de manera determinante la decisión aún no tomada, pero pensada. Por lo tanto, no podrá considerarse instigación aquella conducta que sólo motiva a una persona a pensar en la posibilidad de cometer un delito como sería el caso de regalar un arma a un sujeto con un tremendo rencor sobre otro con la esperanza de hacer surgir en él el deseo de matarle, lo que efectivamente decide cometer[274].

En atención a lo anterior, queda claro que si la conducta del instigador recae sobre un sujeto que se encuentra ya determinado a cometer el delito (el llamado en la doctrina penal como el *omnimodo facturus*), entonces no será posible afirmar

---

268 VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 514, hace referencia a la causalidad en la instigación.

269 MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L15/55.

270 Vid., GÓMEZ RIVERO: *La inducción a cometer el delito*, p. 170 y ss.

271 En esta línea de pensamiento, la Corte Suprema de la República, en el R.N. N° 1015-2009-Puno de 17 de febrero de 2010, sostiene que el instigador incrementó de modo relevante la posibilidad, finalmente concretada, de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó.

272 Similarmente, FRISCH: *Comportamiento típico*, p. 360, al señalar que debe tratarse de comportamientos que ciertamente muestran la referencia de sentido de la motivación a resoluciones delictivas.

273 Vid., MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L15/56.

274 MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L15/58; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 22, n.m. 35.

una instigación[275]. No se puede convencer a alguien de cometer un delito si es que éste ya está determinado a cometerlo. Por ejemplo: el sujeto que cuando va a matar a su ofensor recibe una oferta de dinero de otro por hacerlo. No basta con reforzar la decisión de cometer un delito, ni dar ideas respecto de la forma de realización del delito, si no cambia la naturaleza del delito que el autor ya estaba decidido a cometer[276]. Estos supuestos podrán analizarse, en todo caso, como supuestos de complicidad moral o psíquica[277].

Si el elemento objetivo de la instigación se puede cumplir con una conducta omisiva es discutible. La doctrina penal entiende que, en principio, no es posible una instigación por omisión[278]. Tal parecer es evidente si se piensa en el caso de aquel que simplemente no impide que otro se decida a cometer un delito. Un garante para impedir que a una persona responsable le asalten deseos criminales, no existe en una sociedad que no admite la heteroadministración de personas responsables. Pero la situación es distinta si se trata de un deber de impedir que otra persona determine a otro a cometer un delito, pues en tal caso la omisión podría equipararse a la instigación activamente realizada. Roxin se pone precisamente en el caso del garante de impedir un acto de instigación[279]. En ese sentido, si un padre no impide que su hijo menor de edad instigue a otro a cometer un hurto, podrá responder como instigador del delito, aunque no le haya dirigido una palabra al instigado.

c.2) El elemento subjetivo

En segundo lugar, la instigación requiere de un elemento subjetivo que está constituido por el dolo del instigador ("dolosamente")[280]. Si bien es teóricamente posible instigar de forma culposa a otro a cometer un delito, el Código Penal limita claramente la instigación punible a los casos de actuación dolosa. En la doctrina

275 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 65, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 24; Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal*, PG, p. 493; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 514; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 80.

276 Al respecto, con mayores referencias y especificaciones, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 26.

277 Igualmente, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 22; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 65; Mazuelos Coello: *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), art. 24, p. 921; Calderón Valverde: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 64.

278 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 104; Jescheck/Wegend: *Tratado*, II, p. 1033; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 22, n.m. 39. En la doctrina penal nacional, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 81.

279 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 87.

280 Vid., Mazuelos Coello: *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), art. 24, p. 927.

penal se admite mayoritariamente que el dolo del instigador se pueda manifestar en la forma de un dolo eventual[281], pero eso no significa que baste con realizar un tipo de acción que eventualmente pueda llevar a una persona a decidirse a cometer el delito, pues debe recordarse que la instigación precisa objetivamente de una incitación de cometer un delito[282]. Que se tenga la intención de determinar al delito o que el instigador tenga por probable el convencimiento del autor es lo que, por el contrario, hace que se pueda distinguir entre una u otra clase de dolo.

En la doctrina penal se habla del doble dolo del instigador, uno referido a la provocación de la decisión del autor de realizar el hecho principal y el otro a la realización del hecho principal[283]. En nuestra comprensión de la instigación, esta partición del dolo resulta incorrecta[284]. El dolo del instigador se limita a saber que la conducta instigadora va a incidir de manera relevante en la decisión de otra persona de cometer un delito determinado. El que el dolo abarque la ejecución del delito instigado no es una exigencia razonable, pues al momento del acto de instigación no hay forma de saber cómo concretamente se va a ejecutar el delito. Es cierto que el dolo del instigador requiere la referencia a un hecho concreto, no siendo suficiente la comisión de hechos punibles imprecisos[285], pero eso en el plano de la decisión de cometer un delito, no en su ejecución. De hecho, eso explica que la doctrina penal coincida en señalar que el instigador no tiene que conocer todas las particularidades del hecho principal, pues esa pretensión resulta de imposible cumplimiento, sino que basta que se lo represente en sus rasgos esenciales[286].

En la falta del elemento subjetivo de la instigación la doctrina mayoritaria sustenta la impunidad del agente provocador, en la medida que éste no pretende atacar el bien jurídico protegido[287]. Tal solución no da en el clavo. Si el agente provocador actúa bajo la figura de un agente encubierto en los términos del ar-

281 Vid., FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 621; DONNA: *La autoría y la participación criminal*, p. 130. En la doctrina nacional, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 83.

282 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 130.

283 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 61, 132; MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L15/69; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2317; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 516; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 83.

284 Igualmente, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 621.

285 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 133; DONNA: *La autoría y la participación criminal*, p. 127.

286 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 136.

287 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 8; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 22, n.m. 42; DONNA: *La autoría y la participación criminal*, p. 131 y ss.; CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 964. De la misma perspectiva es la Corte Suprema en la Casación N° 13-2011-Arequipa.

tículo 341 del CPP, no habrá un acto de instigación por la sencilla razón que no se puede afirmar la comisión de un delito que desde un principio está controlado por el provocador[288]. En este caso, la provocación tiene como objetivo acreditar una actividad delictiva preexistente, no se hace para sancionar al intervenido por el delito provocado[289]. La situación es distinta en el caso de los particulares. Si bien éstos pueden contribuir a la persecución de los delitos, eso no les autoriza a ir provocando a otros a cometerlos para poder generar un registro y denunciarlos a las autoridades. El particular será un instigador del delito y el instigado autor del mismo con independencia de que pueda alegar una situación de necesidad[290]. Lo anterior no enerva ciertamente la posibilidad de que sea un colaborador eficaz, pero no hace que su acto de instigación sea penalmente irrelevante.

c.3) El elemento final

El castigo de la instigación requiere, además, como elemento final, que la persona instigada ejecute el hecho delictivo al que ha sido instigado[291]. No basta, por lo tanto, con que la conducta del instigador produzca la decisión de cometer un delito en otra persona. El instigado debe cometer un delito vinculado con el acto de instigación en el sentido de corresponderse con el hecho que ha sido objeto de instigación. Sin embargo, hay que precisar que no se trata de una relación de imputación objetiva, sino de la materialización del delito objeto de instigación por parte del instigado. Por lo tanto, se está ante una condición objetiva de punibilidad y no ante un resultado reconducible al instigador en términos de imputación. La exigencia de este elemento final encuentra explicación en lo difícil que sería probar el surgimiento de la decisión criminal sin un acto de exteriorización unívoco y en la necesidad de que se presente suficiente desvalor en el caso concreto como para justificar la imposición de una sanción penal (igual a la del autor).

La doctrina penal mayoritaria sostiene que el delito realizado por el instigado debe ser doloso, quedando excluida la posibilidad de una instigación para realizar un delito culposo[292]. Esta opinión no tiene un respaldo legal indiscutido, pues el artículo 24 del CP establece que el instigador debe determinar a otro a cometer un hecho punible. Es, más bien, un concepto unitario de autor en los delitos culposos

288 Similarmente, Yacobucci: *LH-Mir Puig* (2017), p. 899.

289 Vid., Azabache Caracciolo: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 63 (2014), p. 39 y s.

290 En la misma línea, Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 22, n.m. 43.

291 Esta ejecución se cumple no sólo con la consumación del delito instigado, sino también con la tentativa de este delito. Vid., así, Cristóbal Támara: *Ius Puniendi* 7 (2018), p. 261.

292 En la doctrina nacional, Villavicencio Terreros: *Código Penal Comentado*, p. 143; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 79.

lo que lleva a sostener que el delito final de una instigación no podría ser un delito culposo. Pero si no se sigue tal concepto de autor en los delitos culposos, como es nuestro caso, entonces no debería haber mayor problema para castigar a quien dolosamente instiga a otro a cometer un delito culposo. Por ejemplo: el que incita a otro a pasar rozando con su automóvil contra una persona a la que desea ver muerta. El incitador no puede responder como autor mediato de la muerte culposamente causada, pues el ejecutor no es un instrumento que esté sometido a su dominio, por lo que deberá castigársele como instigador del delito.

El elemento final de la instigación impone además una relación de correspondencia entre el delito instigado y el delito finalmente ejecutado. En este sentido, los excesos cometidos por el autor en la ejecución del delito instigado, serán de competencia suya, no del instigador[293]. Así, por ejemplo, si el instigador determina a otro solamente a hurtar unas joyas, no se le podrá imputar como instigador del delito de daños si es que dio muerte al perro guardián. En cuanto a las variaciones respecto del hecho instigado, las posibilidades de imputación son esencialmente dos. Si las variaciones del hecho mantienen el núcleo de lo instigado, se podrán tratar como excesos que modulan la imputación por instigación, pero que no la excluyen. Por ejemplo: El instigador determina a otro a matar a la víctima de un balazo, pero el instigado decide hacerlo cruelmente. Pero si el autor decide materializar finalmente un hecho sustancialmente distinto al instigado, entonces no se cumplirá con el elemento final para el castigo de la instigación. El instigador determina al autor a robar en una casa determinada, pero antes de llegar a esa casa ve otra más lujosa y decide perpetrar ahí el latrocinio.

d. Instigación en cadena

La instigación en cadena se presenta cuando una persona determina a otra a que ésta, a su vez, instigue a una tercera persona a cometer el delito. La cadena puede prolongarse más y, por lo tanto, contener mayores actos de instigación entre la instigación originaria y la realización del delito. Si la instigación en cadena puede ser pasible de una sanción penal, es un tema sumamente discutido en la doctrina penal, en donde se defienden posiciones encontradas. Por un lado, existe una posición que admite la punición de la instigación en cadena, al interior de la cual se hallan diversas orientaciones para sostener tal parecer[294]. Por otro lado, está el sector

293 En similar sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 29; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 519; MAZUELOS COELLO: *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), art. 24, p. 917 y s.; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 84.

294 Vid., las exposiciones de ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 176; JANSS: *Die Kettenteilnahme*, p. 21; GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal*, PG, p. 532.

doctrinal que defiende el parecer de que la instigación en cadena no resulta punible, pues solamente se criminaliza la instigación al autor, mas no la instigación al instigador. Con independencia del debate doctrinal suscitado al respecto, como se trata de un tema de incriminación, debe atenderse a lo establecido en la regulación de la instigación contenida en el Código Penal.

Si se revisa el tenor del artículo 24 del CP, se podrá comprobar que este dispositivo penal establece como elemento objetivo de la instigación punible que el instigador determine a otro a *cometer* el hecho punible. Como puede verse, la acción de determinación que configura la instigación debe recaer directamente sobre el autor del delito[295]. Por lo tanto, la regulación legal de la instigación no da margen suficiente para incluir el castigo de una instigación a la instigación del delito, por lo que admitir la figura de la instigación en cadena implicaría desbordar el tenor literal del artículo 24 del CP y, por lo tanto, autorizar una abierta infracción al principio de legalidad[296].

La imposibilidad de sortear el tenor legal para castigar la instigación en cadena, ha llevado a un sector de la doctrina penal a interpretarla no como un supuesto de instigación, sino de complicidad en el delito. Se sostiene concretamente que el instigador en cadena no es propiamente un instigador, sino un cómplice en el hecho del autor, pues su aporte, si bien no constituye un acto de instigación al autor, contribuye a la comisión del delito[297]. Esta habilidosa salida argumentativa no es, sin embargo, viable en términos dogmáticos. La complicidad en el delito solamente puede tener lugar una vez que el autor decide cometer el delito. Es conceptualmente imposible la realización de un acto de complicidad antes de que surja en el autor la decisión de cometer el delito. El acto de auxilio o asistencia solamente puede darse desde el momento que empieza a exteriorizarse la decisión de cometer un

295 Así lo entiende también la Ejecutoria Suprema R.N. Nº 1552-2003 de 9 de agosto de 2004, al señalar que "el instigador hace surgir en otra persona –llamado instigado– la idea de perpetrar un delito, siendo este último el que ejecuta materialmente el medio típico" (vid., SAN MARTÍN CASTRO: *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, Lima, 2006, p. 312). De manera más precisa la Sentencia en el Exp. AV-13-2003 de 10 de abril de 2008 señala que la inducción (instigación) es "*la provocación directa y eficaz* (...)". En la normativa española la indicación a que la acción de instigación sea "directa" ha llevado a que algunos autores sostengan que no es punible la instigación en cadena, pues no hay entre el primer instigador y el autor del delito un contacto directo. Vid., en este sentido, DEL ROSAL BLASCO: *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, p. 119; CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 963.

296 Por esta razón, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 921, señala que es dudoso el castigo de la instigación en cadena si es que no se prevé de manera especial su castigo.

297 Vid., así, GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, p. 331 y s.; MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L15/62; GÓMEZ RIVERO: *La inducción*, p. 128 y s.

delito, es decir, desde los actos de preparación. Si bien la instigación a la instigación está vinculada causalmente con el hecho del autor, no constituye un acto de auxilio ni de asistencia en algo que todavía no existe ni siquiera en la cabeza del autor, por lo que la instigación en cadena no cumple con las exigencias legales que establece el artículo 25 del CP para sancionarla como una conducta de complicidad.

A nuestro entender, los actos de instigación en cadena deben quedar impunes[298]. Por un lado, el tenor del artículo 24 del CP es muy claro al limitar la sanción penal a los actos de instigación al delito y no dar espacio, por tanto, a la instigación en cadena. Si el principio de legalidad exige una determinación legal previa del hecho que motiva la imposición de una pena, entonces el Código Penal debe contemplar expresamente el castigo de la instigación en cadena. En el texto punitivo no existe ninguna disposición que cumpla con esta exigencia de legalidad. Pero no son sólo razones de orden formal las que abogan por la impunidad de la instigación en cadena, sino que contaría también con una razón de carácter político-criminal. El castigo de la instigación es, en el fondo, una antelación de la tutela penal, pues sanciona una conducta que tiene lugar antes de que surja en el autor la decisión de cometer el delito. En sí misma, la instigación no pone en peligro el bien jurídico protegido, pues lo único que provoca es la resolución criminal del autor, sin que éste haya exteriorizado aún un acto que ponga en peligro un bien jurídico. Esta anticipación de la tutela penal permite explicar por qué la imposición de la pena al instigador requiere que el autor haya cuando menos ejecutado el hecho principal. Si la decisión de incriminar la instigación es ya un adelantamiento de la barrera punitiva, sostener que dicha incriminación debe alcanzar a quien instiga a una persona a instigar, implica un desborde de la protección penal que se anticiparía mucho antes de que se genere algún tipo de peligro para el bien jurídico.

e. Penalidad

Conforme al artículo 24 del CP, la pena que se prevé para el instigador es la que le corresponde al autor. Si se sigue el tenor literal, el dispositivo legal no se estaría remitiendo al marco penal abstracto del autor por el delito instigado, sino a la misma pena que le correspondería al autor, lo que significa que la pena del instigador sería igual a la pena concreta que se le imponga al autor. Esta equiparación punitiva no tiene ningún sentido, por lo que lo razonable es seguir el parecer doctrinal que interpreta que dicha equiparación tiene lugar solamente a nivel del marco

298 Niega la punición de la instigación en cadena, PEÑA CABRERA FREYRE: *Derecho Penal Peruano*, Primera Parte, p. 212. Considera discutible la figura de la instigación en cadena, VILLAVICENCIO TERREROS: *Código penal comentado*, 3ª ed., p. 148.

penal abstracto[299]. La pena concreta se deberá ajustar a la gravedad concreta de cada intervención. En la doctrina penal, existen voces que recomiendan incluso prever una atenuación de la pena para el instigador en relación con la pena del autor[300].

B. La complicidad (o cooperación)

a. Definición

La complicidad está constituida por las contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito[301]. La utilidad del aporte puede ser potencial o efectiva, bastando con que se haya incrementado el riesgo para la víctima o la oportunidad de éxito del autor[302]: por ejemplo, el cómplice le da al autor una ganzúa que no necesita utilizar porque la puerta de la casa estaba abierta. La contribución del cómplice debe darse en un contexto que le asigne sentido delictivo, pues de lo contrario quedará en el marco de lo socialmente permitido (prohibición de regreso). Cuando se contribuye a un delito en un contexto delictivo, el hecho delictivo pasa a ser una obra también del cómplice, quien tiene cierto grado de dominio del hecho, sobre todo en lo que respecta al "como" del delito[303]. La diferencia con el autor no se encuentra en la competencia por el hecho (el cómplice es tan competente por el delito como el autor), sino en una menor cantidad de dominio sobre el hecho que configura el delito[304].

Los actos de complicidad pueden presentarse en el momento de preparación del delito o durante su ejecución[305]. Una vez consumado el delito, sólo los actos que en unidad de acción con la ejecución del delito ayuden a su terminación podrían dar lugar a una complicidad punible (por ejemplo, ayudar a la comisión de un delito de contrabando, llevando a buen recaudo los bienes que se han introducido subrepticiamente al territorio nacional)[306], aunque la Corte Suprema niega apa-

---

299 En este sentido, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 520; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 88.

300 Similarmente, en relación con el Derecho Penal Alemán, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 31. En el Perú, mazuelos Coello: *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), art. 24, p. 933.

301 Así, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código Penal anotado*, p. 77.

302 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 210.

303 Les reconoce a los cómplices una cantidad de dominio del hecho, Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 179.

304 Vid., Jakobs: *RPDJP* 5, p. 235 y s.; Lesch: *Intervención delictiva*, p. 73.

305 Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código Penal anotado*, p. 77; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 21 y s.

306 Así, Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 22, n.m. 66; Wamers: *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 120. Por el contrario, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo

rentemente esta posibilidad en la Casación N° 363-2015-Santa, al sostener que la complicidad postconsumativa (en general) no merece reproche penal, lo que ha sido ratificado, de alguna manera, por el Acuerdo Plenario N° 3-2016, punto 15. En lo que no cabe mayor discusión es que los actos posteriores que tienden a favorecer la consecución de la finalidad del autor del delito (por ejemplo, ayudar a comercializar las mercancías procedentes del delito), no podrán ser considerados actos de participación, sino, en todo caso, otro delito si se encuentran tipificados como tal (como, por ejemplo, el delito de receptación).

b. Elementos

La complicidad requiere, como primer elemento, la prestación de un auxilio o asistencia a la realización del hecho delictivo. En la doctrina penal se discute si esta prestación debe ser causal del delito o no[307], existiendo, por el contrario, acuerdo en la necesidad de aplicar las reglas de la imputación objetiva para imputar responsabilidad penal al cómplice[308]. A nuestro entender la cuestión de la causalidad del aporte del cómplice no es dato relevante para el análisis jurídico-penal, sino solamente el sentido normativo que se le debe dar. En este orden de ideas, la prestación del cómplice debe tener un sentido tal que lo haga organizativamente competente por el delito cometido. En consecuencia, la prestación realizada por el cómplice no debe ser evaluada por sus efectos sobre el delito cometido, sino por ser parte del mismo[309].

El acto de complicidad puede tener lugar por medio de una acción o de una omisión[310]. La diferencia naturalista es a este respecto irrelevante, importando únicamente si el cómplice es competente por el riesgo prohibido que se realiza en el

---

22, n.m. 40; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 259 y ss., sostienen que nunca se responde por lo ya consumado. En la doctrina nacional, SÁNCHEZ MERCADO: *JuS Doctrina & práctica* 6 (junio de 2007), p. 26 y s., admite una complicidad postconsumativa si es que en la etapa preparatoria o de ejecución se hizo la promesa del aporte.

307 Sostiene que sí debe ser causal, entre otros, ROXIN: *La teoría del delito*, p. 537; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1037; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 521. En contra, GIMBERNAT ORDEIG: *Autor*, p. 168 y ss.; FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 624 y s.

308 Vid., con distintos matices, STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 12, n.m. 158; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 210 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 496; LÓPEZ PEREGRÍN: *La complicidad en el delito*, p. 225 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 522.

309 En este sentido, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 626.

310 Admiten esta posibilidad, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 635 y s.; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 496; ROBLES PLANAS: *Garantes y cómplices*, p. 74; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 524; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2349; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 23.

resultado. Así, por ejemplo, será cómplice del delito de contrabando el oficial del barco que tolera la introducción de mercancías al territorio nacional que, eludiendo el control aduanero, hacen otros miembros de la tripulación. En el caso de la complicidad realizada a través de una acción los medios utilizados pueden ser materiales o psíquicos[311]. Entre los primeros podrían contar el arma o el veneno suministrado, mientras que dentro de los segundos podrían incluirse las ideas sobre la ejecución del delito, el suministro de información relevante o cualquier refuerzo anímico[312].

El segundo elemento de la complicidad es el dolo. El artículo 25 del CP establece de manera expresa que el cómplice debe actuar dolosamente[313]. No son punibles, por lo tanto, los actos de ayuda o auxilio culposamente realizados[314]. Así, el policía que, por descuido, deja su arma en su escritorio, no será cómplice del homicidio que comete el detenido que la encuentra, cuando la utiliza contra otros policías para escapar de la comisaría. Lo que, por el contrario, no presenta ninguna objeción es el castigo de los actos de complicidad realizados con dolo eventual[315]. En consecuencia, podrá responder como cómplice del delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia el que le presta a un amigo su departamento para que lleve a una chica absolutamente ebria y poder continuar ahí con la "diversión".

En cuanto al objeto del dolo del cómplice, la doctrina dominante sostiene la tesis del doble dolo, lo que significa que el dolo del cómplice debe tener dos puntos de referencia: la prestación de la ayuda al hecho del autor y la lesión del bien jurídico protegido por parte del autor[316]. Este enfoque puede encontrar sentido en una concepción diferenciadora de los injustos, pero si se sigue la tesis del injusto único de intervención, el dolo del cómplice debe centrarse en su aporte y su relevancia en la realización conjunta. Dado que el elemento volitivo no es una exigencia indis-

311 Vid., Rosales Artica, en *Estudios críticos*, p. 192; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2336; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 23.

312 Sobre la complicidad psíquica, Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 12, n.m. 159; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 197 y ss.; Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 628 y ss. En la doctrina penal nacional, Chinchay Castillo: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 111 (2018), p. 40.

313 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2352.

314 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 268; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 524; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 24.

315 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 268; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1038.

316 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 270; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1038; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 22, n.m. 62. En la doctrina penal nacional, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 24.

pensable para afirmar el dolo[317], es el conocimiento del cómplice el que debe estar en referencia con el objeto del dolo. Este conocimiento no tiene que ser exhaustivo en relación con el aporte de los otros intervinientes, por lo que será posible admitir una complicidad, por ejemplo, de quien entrega un arma para matar a otro sin saber de qué manera o a quién dará muerte el autor[318].

c. Clases

Dentro de los cómplices, el artículo 25 del CP distingue dos clases de complicidad. Por un lado, está la llamada complicidad primaria o conocida también como cooperación necesaria. Por otro lado, se encuentra la complicidad secundaria o llamada también complicidad simple. Mientras que la primera constituye un aporte sin el cual el delito no se hubiera podido perpetrar, la segunda se refiere a cualquier otra forma de auxilio o asistencia a la comisión del delito[319]. Esta diferenciación de las formas de complicidad no es un puro ejercicio teórico, pues incide en la pena que se le impone al cómplice. De acuerdo a lo establecido en el artículo 25 del CP, al cómplice primario se le reprime con la pena prevista para el autor, mientras que al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. Esta importancia práctica de la distinción hace indispensable encontrar un criterio operativo para poder diferenciar un caso del otro.

GIMBERNAT propone recurrir al criterio de la escasez, en virtud del cual complicidad primaria será aquella prestación que es difícil de conseguir en relación con las circunstancias, mientras que complicidad secundaria lo será la contribución que se puede conseguir fácilmente[320]. Por su parte, RODRÍGUEZ MOURULLO acude al criterio de la sustituibilidad, afirmando una complicidad primaria solamente en los casos en los que el aporte es insustituible[321]. En una línea similar anteriormente RODRÍGUEZ DEVESA se refería al criterio de la intercambiabilidad para distinguir entre el cómplice primario y el secundario[322]. A nivel de la jurisprudencia nacional, se ha recurrido al criterio de la esencialidad, alegando que cómplice primario será

317 Por el contrario, la Casación N° 367-2011-Lambayeque, sostiene en el punto 4.8 que la voluntad es un elemento necesario del dolo del cómplice.

318 En el mismo sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 272; FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 635.

319 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2357; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 520; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código Penal anotado*, p. 78.

320 GIMBERNAT ORDEIG: *Autores*, p. 159.

321 RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal*, I, p. 873 y ss.

322 RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal*, PG, 14ª ed., p. 817.

aquel cuyo aporte es indispensable, lo que no será el caso del cómplice simple[323]. Con independencia de cuál criterio se siga, el hecho es que no se puede utilizar el criterio elegido ni en un plano puramente abstracto ni completamente pegado al hecho concreto. En el primer caso, la cooperación nunca sería indispensable, pues siempre es teóricamente posible sustituirla por otra prestación, mientras que en el segundo caso todos los aportes resultan esenciales para la realización concreta del delito.

El punto de partida es tener claro que el cómplice primario o también llamado cooperador necesario cuenta, como todo interviniente, con un dominio del hecho. Lo que caracteriza a los cómplices es que la cantidad de dominio que tienen del hecho común no es suficiente para poder imputarles la configuración de lo que es propio del delito correspondiente. Dentro de los cómplices es posible hacer una distinción cuantitativa adicional en atención a la esencialidad del aporte[324]. Para determinar esto el juez debe ubicarse en un plano de posibilidades de actuación, pero siempre en atención a las circunstancias concretas en las que se realizó el delito[325]. Si en este plano hipotético la prestación puede sustituirse por otra equivalente o simplemente prescindir de ella, entonces la complicidad será simple. De no ser posible, entonces la complicidad será primaria. Sobre la base de esta idea, puede calificarse de complicidad primaria, por ejemplo, abrir la puerta que, de otra manera, no hubiera permitido la realización del hurto o facilitar las facturas falsas con las que se realiza el engaño en la defraudación tributaria. Una complicidad simple cometerá, por el contrario, el que informa al atracador de un banco cuáles son las vías de tránsito más despejadas al momento de emprender la huida o quien le da la bolsa al ladrón para que lleve las cosas sustraídas de una casa.

d. Tentativa

En relación con la tentativa, la complicidad presenta dos situaciones diferenciadas. En primer lugar, debe mencionarse a la complicidad intentada, la que tiene lugar cuando el aporte realizado por el cómplice no es usado, ni tiene incidencia alguna en la ejecución del delito. Por ejemplo: el autor no utiliza en lo absoluto el instrumental que se le ha dado[326]. De acuerdo a nuestra regulación positiva, tal supuesto no es punible. En segundo lugar, se debe tener en cuenta la llamada

323 Casación N° 367-2011-Lambayeque, no existiendo un desarrollo amplio de lo que se considera esencial y en relación con qué (el plan del autor, el hecho producido, etc.).

324 Si es necesaria esta distinción cuantitativa adicional es evidentemente otra discusión. A favor de suprimir la figura de la complicidad primaria del Código Penal, Rosales Artica, en *Estudios críticos*, p. 209 y ss.

325 Igualmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2366.

326 Vid., Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 627 y s.

complicidad en la tentativa que aparece en escena cuando el autor intenta cometer sin éxito el delito con el aporte del cómplice y luego lo consuma de otra forma[327]. En este supuesto, el autor responderá por el delito consumado, mientras que el cómplice lo hará por el intentado.

e. Penalidad

El artículo 25 del CP, como ya lo indicamos, establece una penalidad diferenciada para los cómplices, dependiendo de la clase de complicidad. Para el cómplice primario se prevé una pena igual a la que el tipo penal del delito cometido prevé para el autor. Para el cómplice simple o secundario, en cambio, se contempla una disminución prudencial de la pena prevista para el delito realizado. La jurisprudencia nacional interpreta, por lo general, que el artículo 25 del CP hace mención a la pena abstracta o conminada, lo que permitiría la posibilidad de que, al momento de individualizar la pena, se le imponga al cómplice primario una pena concreta menor que la del autor[328]. No hay impedimento legal para que la pena del cómplice secundario pueda ser por debajo del mínimo legal previsto para el delito cometido.

4. ¿Participación en los delitos de infracción de un deber?

Un tema especialmente debatido en relación con los delitos de infracción de un deber es si su estructura admite participación. Un sector de la doctrina penal lo acepta sin mayores problemas, aunque reconoce que presenta algunas particularidades[329]. La participación se caracteriza, en estos casos, como una intervención sin infracción del deber especial respecto de un autor que, por su parte, no se define por el dominio del hecho. Esta especial configuración evade cualquier obstáculo dogmático para sancionar al que instiga o ayuda a un instrumento cualificado no doloso. Otro sector se pronuncia también por la viabilidad de una participación en los delitos de infracción de un deber, pero resalta especialmente la necesidad de atenuar la pena[330]. La falta del componente de infracción del deber en el par-

327 Vid., Frister: *Derecho Penal*, PG, p. 627 y s; López Peregrin: *La complicidad en el delito*, p. 285.

328 En este sentido, Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 526.

329 Vid., Roxin: *LK* § 26, n.m. 101; El Mismo, *Autoría*, p. 399; Bacigalupo, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 168. En la doctrina penal nacional Mayhua Quispe, en *LH-Paredes Vargas*, p. 233; Pariona Arana: *Derecho Penal*, p. 127; Salazar Sánchez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 49 y ss.; Salinas Siccha: *Actualidad Penal* 40 (2017), p. 112; Caro John: *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 17 y ss.

330 En este sentido, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 86; Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber*, p. 228 y ss.; Reaño Peschiera: *Formas de intervención*, p. 40; Abanto Vásquez: *Dogmática penal*, p. 405; Salinas Siccha: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 45 y ss.; Gómez Martín, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.),

tícipe sustenta tal incidencia en la respuesta punitiva. Finalmente, se encuentra la posición que niega la viabilidad dogmática de admitir una participación en los delitos de infracción de un deber[331]. Esa restricción no impide, sin embargo, que el legislador penal pueda tomar la decisión de criminalizar, por alguna razón, el acto organizativo del que no se encuentra institucionalmente obligado.

Si en el delito de infracción de un deber el criterio de imputación es la infracción del deber institucionalmente configurado, es lógico que dicho delito solamente pueda ser cometido por quien es titular de tal deber. Si alguien ayuda al obligado institucional a infringir su propio deber, tal actuación no puede tener relevancia penal a partir del delito de infracción de un deber. Si bien el acto de ayuda puede haber favorecido empíricamente la comisión del delito por parte del obligado institucional, normativamente no puede existir una competencia conjunta por la infracción del deber. Lo anterior no niega, sin embargo, la posibilidad de que el acto de ayuda pueda alcanzar incidencia penal por medio de un delito de dominio, en el que ese acto pueda subsumirse, o incluso por la decisión expresa del legislador de criminalizar la contribución organizativa al obligado institucional a infringir penalmente su propio deber positivo. En este último caso, el que ayuda al obligado institucional realizará un injusto de organización propio que requerirá, para su castigo, de la ejecución del delito de infracción de un deber por el institucionalmente obligado bajo la forma de una condición objetiva de punibilidad.

IV. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS ESPECIALES

La imputación penal a título de autor o partícipe presenta ciertas dificultades en el caso de los delitos especiales. Respecto a la autoría, se suscita la cuestión de si es posible castigar como autor a quien realiza la conducta típica, pero no reúne la calidad especial exigida por el tipo. La llamada cláusula del actuar en lugar de otro se ocupa precisamente de determinar en qué casos el *extraneus* puede lesionar la norma de la misma forma que el *intraneus*. En relación con la participación, se discute, por su parte, si cabe sancionar al participe *extraneus* con la pena prevista en el delito especial o si debe encontrarse otro fundamento para su castigo. De ambos supuestos problemáticos nos vamos a ocupar en detalle a continuación. Pero antes

---

p. 202. A la misma conclusión llega Silva Sánchez: *El nuevo escenario*, p. 71, en relación con los que llama delitos de infracción de un deber con componente de dominio. De acuerdo con el planteamiento de Silva Sánchez, Reaño Peschiera: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 76 y s.

331 Así, Lesch: *Intervención delictiva*, p. 70: "(...) *una intervención del extraneus en un delito de infracción de deber no es posible*". En la doctrina nacional igualmente, Vílchez Chinchayán: *Revista Jurídica del Perú*, T. 111 (mayo de 2010), p. 246; Adrianzén Román: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 86.

de hacerlo resulta conveniente hacer algunas consideraciones generales sobre las premisas conceptuales con los que se resolverán los puntos discutidos.

El punto de partida es la distinción antes desarrollada de delitos de dominio (o por organización) y delitos de infracción de un deber (o institucionales). Aquí no se va a reiterar la base dogmática de esta distinción, sino solamente señalar que esta bipartición no se identifica con la compuesta por los delitos comunes y especiales. Mientras que la primera responde al dato material del criterio de imputación, la segunda responde al dato formal de delimitación del círculo de autores del delito. Bajo esta consideración, es posible distinguir entre delitos especiales de dominio y delitos especiales de infracción de un deber[332]. En el caso de los delitos especiales de dominio, la delimitación del círculo de autores se debe a que el bien jurídico que se afecta por el acto de organización del autor se encuentra en un contexto social especial. Por lo tanto, no cualquiera puede afectar el bien jurídico, sino los que acceden a ese contexto social especial. En el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, la calidad especial exigida para ser autor responde a que solamente el vinculado institucional puede cometer el delito. Sin esa vinculación especial no es posible afectar la institución.

Un tema debatido es si un delito especial impropio se convierte en uno de infracción de un deber, desligado del delito base de dominio, si la pena se agrava por reunir el interviniente una posición institucional. Algunos afirman efectivamente que, en tales casos, se configura un delito de infracción de un deber autónomo y no derivado del tipo básico. Así, en relación con la calidad de funcionario público, por ejemplo, se sostiene que su consideración como circunstancia de agravación, convierte el delito agravado en uno de infracción del deber[333]. La validez de la afirmación precedente precisa distinguir los casos. Si la cualificación no se sustenta explícitamente en el incumplimiento de un deber institucional, la agravación de la pena podría también tener lugar por la mayor fidelidad al Derecho que se espera de un funcionario público. Por ejemplo: la agravación del delito de secuestro por la calidad de funcionario público del autor no se restringe al caso del abuso del cargo,

---

332 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 91; Bacigalupo, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 86.

333 En términos afirmativos, Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber*, p. 233 como delito de infracción de un deber impropio. Igualmente, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 86 y s. En el Perú, Caro John: *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 17. Crítico, por el contrario, Robles Planas: *Garantes y cómplices*, p. 126 y s., por entender que los delitos especiales impropios son delitos comunes con agravaciones de carácter personal. Igualmente crítico, Peñaranda Ramos, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 32 y ss.

sino que abarca también al realizado al margen de la actuación funcionarial[334]. En este último caso, el fundamento de la agravación sería el mayor reproche que cabe hacer a un funcionario público en razón de lo que se espera de él, pero su responsabilidad penal seguiría siendo de naturaleza organizativa y no institucional. Distinto es el caso si la agravante recoge específicamente la infracción del deber institucional como sucede en el delito de violación de la intimidad agravado por la calidad de funcionario público del autor, el que pasa a estar conformado como un delito de infracción de un deber[335].

1. El actuar en lugar de otro

En los delitos especiales, la observancia estricta del principio de legalidad impide que se pueda castigar como autor al que realiza la conducta típica sin reunir la calidad especial legalmente exigida. Si bien la responsabilidad penal podría alcanzar al que tiene la calidad especial por medio de la figura de la comisión por omisión, en caso de tratarse de una persona jurídica la impunidad es total[336], pues la responsabilidad penal de la persona jurídica no está prevista para delitos que exijan una calidad especial que recaiga sobre la persona jurídica. Por ejemplo: El administrador de una persona jurídica a cuyo favor se ha constituido una prenda, no podrá ser castigado como autor del delito de apropiación de prenda previsto en el artículo 193 del CP si se apropia de la prenda constituida a favor de la persona jurídica, en la medida que este delito requiere que el autor del delito se apropie sin las formalidades legales de la prenda constituida a *su* favor. La persona jurídica tampoco responderá por falta de capacidad delictiva.

En el caso de actuaciones en lugar de las personas jurídicas, el vacío de punibilidad se ha buscado cubrir con la regla contenida en el artículo 27 del CP[337]. Esta regulación dispone que el representante de la persona jurídica responderá como autor

334 Debe indicarse, sin embargo, que por Casación N° 738-2014-Cajamarca, la Corte Suprema de la República estableció que la sola posesión de un estatus especial no era suficiente para sustentar la agravación de la pena (concretamente la agravante del delito de tráfico de drogas por ser el autor un profesional sanitario), sino que era necesario que el delito se haya cometido en el ejercicio del estatus especial. Vid., comentario de Vega Llapapasca, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 367 y ss. Esta posición jurisprudencial llevaría a sostener que todo delito especial impropio sobre la base de una posición institucional, se convierte en un delito de infracción de un deber.

335 Vid., similarmente, Pinedo Sandoval, en *Estudios críticos*, p. 447 y ss.

336 Vid., Bruns: *JZ* 1954, p. 13; Octavio de Toledo y Ubieto: *ADPCP* 1984, p. 37; Castillo Alva: *Normas legales* 279 (1999), p. A62.

337 Vid., Abanto Vásquez: *Derecho penal económico*, p. 147; Castillo Alva: *Normas legales* 279 (1999), p. 62; Meini Méndez: *La responsabilidad penal*, p. 96; Vinelli Vereau/ Espadín Ventocilla: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (junio de 2011), p. 384.

por el delito (especial) realizado, aunque no reúna los elementos especiales que fundamentan la penalidad, siempre que éstos sí recaigan sobre su representada. Para seguir con el ejemplo: El administrador responderá por el delito de apropiación ilícita de prenda, aunque ésta no se haya constituido a su favor, sino de la persona jurídica representada. Lo que no queda claro es por qué el legislador se ha limitado a la actuación en lugar de las personas jurídicas y no ha incluido la actuación en lugar de personas naturales[338]. La razón es sencilla: Esta misma restricción la hacía la regulación penal española que sirvió de fuente legislativa al artículo 27 del CP. Sin embargo, en el actual Código penal español de 1995 se ha ampliado la norma del actuar en lugar de otro a la actuación en lugar de los particulares precisamente por lo ilógico de limitarla a la actuación en lugar de personas jurídicas, por lo que no se entiende por qué nuestra regulación penal se mantiene aún en el restringido ámbito de las personas jurídicas[339].

En la doctrina penal, el artículo 27 del CP es calificado como una cláusula de extensión de la autoría en los delitos especiales, pues permite considerar autor a una persona que no reúne la calidad especial exigida por el tipo[340]. Así se desprende también de la ubicación sistemática que le ha dado el legislador en el actual Código Penal, al incluirlo en el capítulo sobre autoría y participación. Una lectura del artículo 27 del CP permite identificar cuáles son los requisitos necesarios para que la persona individual que realiza el delito especial en lugar de la persona jurídica, pueda responder como autor de dicho delito, a pesar de no reunir la calidad especial legalmente exigida.

A. La relación de representación

Lo primero que se exige es que la persona que actúa en lugar de la persona jurídica, tenga la calidad de órgano de representación autorizado de una persona jurídica o socio representante autorizado de una sociedad. Se sigue, como puede fácilmente apreciarse, la llamada teoría de la representación[341]. Sin embargo, debe

338 La doctrina penal admite de manera mayoritaria un actuar en lugar de otro entre particulares; vid., así, Bruns: *JZ* 1954, p. 14; Gracia Martín: *El actuar*, II, p. 16; Octavio de Toledo: *ADPCP* 1984, p. 28; Bacigalupo Zapater, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dir.), p. 323 y ss.; Meini Méndez: *La responsabilidad penal*, p. 96.

339 Vid., García Cavero: *El actuar en lugar de otro*, p. 79.

340 En la doctrina penal nacional, Vargas Sandoval: *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 135. En este sentido, no es del todo correcta la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema en las sentencias N° 3963-96-Ancash de 24 de octubre de 1997 (Rojas Vargas: *Jurisprudencia penal*, T I, Lima, 1999, p. 84) y N° 3469-99 de 20 de diciembre de 1999 (Chocano/Valladolid: *Jurisprudencia penal*, p. 105 y s.) que entiende que el artículo 27 se limita a salvar el *societas delinquere non potest*.

341 Vid., Castillo Alva: *Normas legales* 279 (1999), p. A67; Vargas Sandoval: *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 135.

advertirse que el concepto de representación asumido por la cláusula del actuar en lugar de otro no se corresponde necesariamente con el utilizado en el ámbito jurídico-civil[342], por lo que será posible afirmar una relación de representación penalmente relevante aunque la actuación del representante no tenga efectos jurídico-negociales en el representado o se exceda de las facultades conferidas[343]. El Código Penal Alemán es explícito en esta idea al admitir expresamente la posibilidad de una actuación en lugar de otro, aunque el título que genera la relación de representación sea civilmente ineficaz[344]. Si bien nuestro Código Penal no asume expresamente tal posibilidad, una interpretación en este sentido tampoco se encuentra excluida, pues el artículo 27 no exige que se trate efectivamente de un órgano de representación autorizado de una persona jurídica o el socio representante de una sociedad debidamente acreditado como tal, sino que "actúe como tal"[345]. Así, pues, una persona cuyo nombramiento como representante adolece de algún vicio formal, pero que actúa, pese a todo, como tal, podrá estar dentro del ámbito de regulación del artículo 27 del CP y, por tanto, responder penalmente.

Debe destacarse también que el Código Penal no ha asumido una regulación amplia de la teoría de la representación, sino que la ha circunscrito a determinados tipos de representación[346]. Conforme al tenor legal, sólo podrá actuar en lugar de una persona jurídica en términos jurídico-penales su órgano de representación o el socio representante en el caso de sociedades. Por lo tanto, esta regulación reduce su ámbito de aplicación no sólo al actuar en lugar de personas jurídicas, sino que deja de lado el caso de los apoderamientos especiales[347]. El Código Penal parece

342 De parecer distinto, Meini Méndez: *Revista jurídica del Perú* (28 noviembre 2001), p. 131.

343 Vid., en este sentido, Schünemann: *LK* § 14, n.m. 44; Marxen: *NK* § 14, n.m. 38.

344 La doctrina penal alemana precisa que la inclusión de un supuesto de representación ineficaz en la regulación del actuar en lugar de otro del StGB no significa admitir una actuación en lugar de otro de cualquiera que pueda lesionar el bien jurídico con cualquier forma de dominio, sino que siempre se requiere un acto de representación, aunque éste no genere efectos jurídico-civiles o mercantiles por ciertos vicios o defectos de validez. Vid., en esta línea, Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 14, n.m. 42/43; Marxen: *NK* § 14, n.m. 43.

345 Así se esfuerza Meini Méndez: *Revista jurídica del Perú* (28 noviembre 2001), p. 137 y ss., por mantener esta interpretación respecto del artículo 27 del CP. En el mismo sentido, Mendoza Váez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 55. De opinión contraria, Mazuelos Coello: *Advocatus* (diciembre de 2001), p. 191.

346 Vid., en este sentido, Castillo Alva: *Normas legales* 279 (1999), p. 67; Mazuelos Coello: *Advocatus* (diciembre de 2001), p. 186; Vargas Sandoval: *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 136.

347 En nuestro país, resaltan este vacío, Castillo Alva: *Normas legales* 279 (1999), p. 71; Vinelli Vereau/Espadín Ventocilla: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (junio de 2011), p. 397.

no recordar que justamente fue la limitación formal del círculo de destinatarios de los delitos especiales la que motivó el desarrollo del instituto del actuar en lugar de otro y comete, por tanto, el mismo error formalista al establecer otras limitaciones formales en la regulación de la teoría de la representación.

A la exigencia de una relación de representación se le ha cuestionado ser demasiado restrictiva, pues dejaría liberado de sanción a los que se arrogan unilateralmente la administración de la persona jurídica. Esta crítica resultaría fundada si cabe que una persona actúe penalmente en lugar de una persona jurídica, aunque no tenga una relación de representación. Tal posibilidad es admisible en el caso de delitos especiales de dominio, en la medida que estos delitos se constituyen sobre la lógica del dominio de un riesgo que se da en un contexto especial (por eso, se trata de un delito especial). La competencia por el dominio de dicho riesgo lo puede asumir cualquiera que entre a dominar el ámbito de actuación de la persona jurídica en la que se incardina el riesgo que configura el delito especial[348]. En este sentido, por ejemplo, podrá retener indebidamente divisas el administrador que asume fácticamente la administración de la persona jurídica que tiene la obligación de entregarlas, aun cuando carezca de nombramiento como tal (artículo 260 del CP). Lo que interesa en este caso es que se domine el riesgo sobre el que configura el delito especial correspondiente.

La situación es distinta en el caso de los delitos de infracción de un deber. En estos delitos, la imputación penal no se produce por el dominio de riesgos especiales, sino por el incumplimiento de deberes específicos de origen institucional. Si estos deberes especiales se asignan a una persona jurídica, su cumplimiento solamente podrá ser transferido a quien ejerce formalmente la representación de la persona jurídica[349]. Los deberes institucionales tienen un alto nivel de formalización, de manera tal que la asunción fáctica de las labores de administración de una persona jurídica no justifica trasladar la responsabilidad penal por su incumplimiento al que asume de hecho la administración. En este sentido, la teoría de la representación resulta aceptable en el caso de los delitos de infracción de un deber. Así, por ejemplo, el delito tributario de falta de entrega de tributos percibidos o retenidos solamente podrá imputarse a quien tenga la representación de la persona jurídica que está constituida como agente de percepción o retención.

B. Actuar como órgano de representación o como socio representante

La regulación del actuar en lugar de otro exige además que el órgano de representación y el socio representante actúen como tales. La discusión doctrinal se cen-

348 Vid., GARCÍA CAVERO: *El actuar en lugar de otro*, p. 88 y s.

349 Vid., GARCÍA CAVERO: *El actuar en lugar de otro*, p. p. 89. Igualmente, VARGAS SANDOVAL: *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 139.

tra en la determinación de cuándo se entiende que ha actuado como representante de la persona jurídica. En disputa se encuentran la llamada teoría de los intereses y la llamada teoría de la función. La primera señala que el representante debe actuar en el círculo de tareas derivado de su relación de representación pero siempre en interés de su representado[350]. La segunda entiende, por el contrario, que el interés no juega ningún papel relevante, sino únicamente que el representante se encuentre en una relación funcional con el círculo de tareas y deberes que asume mediante la representación[351]. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representado[352].

Para resolver la disputa entre las teorías antes mencionadas, hay que partir del dato de que el tenor literal del artículo 27 del CP no excluye ninguna de las dos posibilidades de interpretación[353]. Por lo tanto, habría que optar por la propuesta de interpretación que más se ajuste a las necesidades de imputación. Desde este orden de ideas, nos inclinamos por una teoría de la función que incluye dentro del "actuar como representante" las actuaciones que se muestran objetivamente como un acto de organización del representado[354]. No interesa si tal acto de organización despliega efectos en el plano jurídico-negocial. Por el contrario, la relación funcional se pierde cuando el representante abusa de las facultades atribuidas con la finalidad de perjudicar al representado[355]. En este caso, el representante responderá de manera directa por el perjuicio patrimonial producido al representado (por un delito de fraude en la administración de personas jurídicas, por ejemplo).

El requisito de "actuar como representante" se muestra problemático en los casos, muy comunes en la práctica, de órganos de representación pluripersonales. Precisamente por ello la regulación alemana considera expresamente como posibles responsables también a "los miembros del órgano de representación", aunque debe indicarse que esto no significa que, en caso de un delito cometido desde la persona jurídica, todos ellos deban responder penalmente. La responsabilidad penal debe individualizarse en cada uno de los miembros, pues de lo contrario podría caerse

350 Posición defendida por mucho tiempo en los tribunales alemanes (vid. la referencia, LABSCH: *Wistra* 1985, p. 5). En la doctrina penal defienden esta teoría SCHÜNEMANN: *LK* § 14, n.m. 50; RODRÍGUES ESTÉVES: *El Derecho penal*, p. 345 y s.

351 Vid., en este sentido, LABSCH: *Wistra* 1985, p. 60; TIEDEMANN: *NJW* 1986, p. 1844 y s.

352 Vid., así, WEBER: *StV* 1988, p. 17.

353 Vid., similarmente, respecto de la regulación penal alemana, JORDAN: *Jura* 1999, p. 305. Por el contrario, MAZUELOS COELLO: *Advocatus* (diciembre de 2001), p. 188, señala que la regulación nacional se inclina por la teoría de los intereses.

354 Similarmente, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 13; MAZUELOS COELLO: *Advocatus* (diciembre de 2001), p. 188; VARGAS SANDOVAL: *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 136.

355 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 13.

en una proscrita responsabilidad por el hecho de un tercero. Si un miembro del órgano de representación comete el delito especial, resultará plenamente responsable, con independencia de la división interna de competencias entre los miembros del órgano de representación[356]. En este supuesto, una responsabilidad penal de los miembros restantes por vía del artículo 27 del CP solamente podrá tener lugar en caso de admitir una coautoría por la infracción de deberes de aseguramiento o salvamento. No obstante, en una distribución horizontal de competencias no es usual imponer deberes de control mutuo, pues de lo contrario la distribución de competencias al interior del órgano no tendría ningún sentido[357].

C. La realización del tipo penal

El artículo 27 del CP establece también que el representante realice el tipo penal del delito especial[358]. En virtud de esta exigencia de la cláusula del actuar en lugar de otro, resulta inadmisible que se le sancione e incluso que simplemente se le abra proceso penal a un gerente por el solo hecho de ser el representante orgánico de una persona jurídica, en cuyas actividades se ha cometido un delito especial. Hacerlo implicaría violentar el principio de que la responsabilidad penal es personal y que, por lo tanto, no es posible sancionar penalmente por el hecho de un tercero. La responsabilidad penal debe sustentarse siempre en un hecho propio debidamente definido y el caso del actuar en lugar de otro no constituye una excepción. La Corte Suprema de la República en la Casación N° 455-2017-Pasco ha asumido claramente esta idea, aunque ciertamente no en el contexto de un delito especial.

La exigencia de la realización del tipo penal significa que el delito especial se debe imputar objetiva y subjetivamente al representante de la persona jurídica[359].

---

356 Vid., LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 14, n.m. 18; LABSCH: *Wistra* 1985, p. 61; MARXEN: *NK* § 14 n.m. 46.

357 Similarmente, BLAUTH: *Handeln*, p. 136; SCHÜNEMANN: *Unternehmenskriminlaität*, p. 229; EL MISMO, *LK* § 14, n.m. 52; LOHMAR: *Steuerstrafrechtliche Risiken*, p. 87; PÉREZ CEPEDA: *La responsabilidad*, p. 185. Si bien NEUDECKER: *Verantwortlichkeit*, p. 171; MARXEN: *NK* § 14, n.m. 46, admiten esta solución, señalan que en caso de directivos que conocen casualmente el hecho habrá un deber de intervenir debido a la competencia general (*Allzuständigkeit*). Por el contrario, admite deberes de vigilancia y control en estructuras horizontales, DANNECKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (ed.), p. 224.

358 Sobre la necesidad de una realización del tipo por parte del representante o administrador BRUNS: *JZ* 1958, p. 463; SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 376; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO: *Derecho penal económico*, p. 101; RODRÍGUEZ ESTÉVES: *El Derecho penal*, p. 223 y ss. En la doctrina penal peruana, MENDOZA VÁEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 56.

359 En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (ed.), p. 214; MAZUELOS COELLO: *Advocatus* (diciembre de 2001), p. 187; VARGAS SANDOVAL: *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 136.

Lo primero significa que la creación del riesgo prohibido se debe reconducir a una acción u omisión del órgano de representación[360] y que el resultado producido, de requerirlo el tipo penal, sea la realización de ese riesgo. En el plano subjetivo, se debe cumplir en la persona del representante de la persona jurídica la forma de imputación subjetiva requerida por el delito especial correspondiente: dolo o culpa. En caso de exigirse por el tipo penal algún elemento subjetivo especial, el representante de la entidad deberá también reunirlo.

D. Los elementos especiales deben concurrir en la representada

El artículo 27 del CP requiere, por último, que los elementos especiales de autoría que no se dan en el representante, los reúna el representado. La primera cuestión que debe precisarse es qué se entiende por elemento especial en el contexto del "actuar en lugar de otro". Ya que el artículo 27 del CP se encuentra regulado en el capítulo referido a la autoría y participación, resulta sistemáticamente coherente considerar estos elementos como elementos especiales de autoría[361]. Esta indicación es, sin embargo, demasiado amplia, pues al interior de los elementos especiales de autoría se suele diferenciar los llamados elementos subjetivos de autoría (motivos especiales, tendencias internas, etc.) de los elementos objetivos de autoría. La opinión doctrinal mayoritaria niega la aplicación del actuar en lugar de otro para el caso de elementos subjetivos de autoría[362] y lo limita a los casos de elementos objetivos de autoría. No obstante, tampoco todos los elementos objetivos de autoría se encuentran abarcados por la norma del actuar en lugar de otro, sino que dentro de los mismos se procede a hacer una diferenciación.

En primer lugar, se excluyen del ámbito de los elementos especiales de autoría del artículo 27 del CP el caso de elementos objetivos de autoría personalísimos (por ejemplo, la calidad de funcionario público)[363], así como ciertas cualidades persona-

360 La posibilidad de que la realización pueda ser activa u omisiva, Mendoza Váez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 56.

361 En el mismo sentido, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 341; Schünemann: *LK* § 14, n.m. 35; Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 27, n.m. 85.

362 Vid., Blauth: *Handeln*, p. 109 y s.; Tiedemann: *NJW* 1986, p. 1843 y s.; Lenckner/Perron: en Schönke/Schröder: *StGB*, § 14, n.m. 8; Schünemann, *LK* § 14, n.m. 38; Octavio de Toledo Ubieto: *ADPCP* 1984, p. 61; Bacigalupo Zapater, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dir.), p. 330; Abanto Vásquez: *Derecho penal económico*, p. 148; Castillo Alva: *Normas legales* 279 (1999), p. A64; Vargas Sandoval: *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 137.

363 En este sentido, Tiedemann: *NJW* 1986, p. 1843 y s.; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 11; Octavio de Toledo y Ubieto: *ADPCP* 1984, p. 62; Bacigalupo Zapater, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dir.), p. 331; Abanto Vásquez: *Derecho penal económico*, p. 148.

les especiales (sexo, edad, etc.)[364], ya que, en tales casos, no es posible una representación[365]. Los elementos especiales de autoría que producen una actuación en lugar de otro se reducen, por lo tanto, a las relaciones personales especiales (deudor, contribuyente, comerciante, etc.)[366]. Las llamadas circunstancias personales especiales que hacen mención a una situación transitoria del autor[367], solamente podrían ser tenidas en cuenta si pueden expresarse como una relación personal especial (por ejemplo, el encontrarse en un procedimiento concursal, debe interpretarse como tener la posición de deudor concursado)[368].

2. La participación en los delitos especiales

El castigo de los partícipes *extranei* en los delitos especiales constituye un tema especialmente discutido en nuestro país[369]. En disputa se encuentran fundamentalmente dos teorías: La teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación[370]. Mientras la primera considera que la pena al partícipe se determina con base en el delito especial, la segunda sostiene que el delito especial solamente sirve para sancionar al autor. A partir de la modificación realizada al artículo 25 del CP por el D. Leg. N° 1351, algunos consideran que el legislador ha cerrado definitivamente la discusión doctrinal a favor de la teoría de la unidad del título de imputación[371]. Tal parecer no sólo constituye una reducción

364 SCHÜNEMANN: *LK* § 14, n.m. 40; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *ADPCP* 1984, p. 62; GRACIA MARTÍN: *El actuar*, II, p. 129.

365 Vid., en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *ADPCP* 1984, p. 62; GRACIA MARTÍN: *El actuar*, II, p. 129.

366 Vid., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *ADPCP* 1984, p. 62; GRACIA MARTÍN: *El actuar*, II, p. 129.

367 Vid., GRACIA MARTÍN: *El actuar*, II, p. 128.

368 En este sentido, SCHÜNEMANN: *LK* § 14, n.m. 40.

369 Vid., TORRES JIMÉNEZ: *Tema controvertidos sobre autoría y participación*, p. 119 y ss. Esta discusión se ha presentado también en Europa desde, por lo menos la baja edad media, como lo pone en evidencia PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito*, p. 1 y ss.

370 Vid., con mayores detalles sobre estas teorías en la discusión penal nacional, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, p. 505 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 48 y ss.; PEÑA CABRERA FREYRE: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 89 (2016), p. 97 y ss.; LEÓN TOMASTO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 103 (2018), p. 63 y ss.; ARISMENDI AMAYA: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 111 y s.; GARCÍA LEÓN: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 22 y s.

371 En este sentido, ARIZMENDIZ AMAYA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 68; VINELLI VEREAU/LOLI AUSEJO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 128; SALINAS SICCHA: *Actualidad Penal* 40 (2017), p. 113. En la misma línea el desarrollo argumentativo del Acuerdo Plenario N° 3-2016, punto 14. Crítico, por el contrario, ante esta posición VÍLCHEZ CHINCHAYÁN: *Actualidad Penal* 46 (2018), p. 96.

simplista de la solución que acude a la sola voluntad del legislador, sino que implica renunciar a la comprensión de la dogmática penal como lo único que le puede dar sustento racional a las regulaciones legislativas y ordenar adecuadamente las decisiones judiciales. El juez debe interpretar, por lo tanto, las disposiciones legales a la luz del planteamiento dogmático que resulte el más correcto.

Una posibilidad de interpretación es sostener que, por fuerza del principio de accesoriedad, el partícipe debe responder siempre por el delito cometido por el autor, de manera que tendría que seguirse, en todos los casos, la teoría de la unidad del título de imputación[372]. Así parece ser el razonamiento seguido por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2016[373]. Esta comprensión positiva de la accesoriedad no tiene nada que ver, sin embargo, con la accesoriedad en sentido estricto que establece, más bien, un límite a la responsabilidad del partícipe (accesoriedad negativa)[374]. Por lo tanto, la respuesta a la cuestión de si el partícipe debe ser castigado con el mismo delito que se le imputa al autor, no se puede dar bajo la invocación de la accesoriedad en sentido estricto, sino atendiendo, más bien, a los criterios materiales de imputación recogidos en los delitos especiales. Y aquí debe rentabilizarse nuevamente la bipartición material de los delitos en delitos (especiales) de dominio y delitos de infracción de un deber.

En el caso de los delitos especiales de dominio, hay que tener en cuenta que la imputación penal se hace por la violación del deber general negativo, común a todos los ciudadanos, de no dañar a otro en la configuración de la propia esfera de organización. En este sentido, el injusto penal puede ser realizado por cualquier ciudadano. La delimitación llevada a cabo por el delito especial de dominio incide únicamente en quién tiene, en principio, la competencia preferente, pero no deja al margen a los partícipes, pues el criterio material de imputación penal sigue siendo la competencia por organización que es común a todos los que han intervenido en el delito[375]. Tanto el autor como el partícipe infringen el deber general negativo de ciudadano, aunque normalmente con una posible menor intensidad cuantitativa en el caso del segundo. Por poner un ejemplo: El que ayuda al deudor sometido a un procedimiento concursal a cometer un fraude concursal responde con la pena prevista en el artículo 209 del CP, pues tanto el autor como el cómplice han infrin-

372 En este sentido, Peña Cabrera Freyre: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 89 (2016), p. 109.

373 Vid., el Acuerdo Plenario N° 3-2016, punto14. Vid., al respecto, Meza Fernández: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 96; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 103 (2018), p. 55.

374 Así, Peñaranda Ramos: *La participación en el delito*, p. 467.

375 Similarmente, Silva Sánchez: *El nuevo escenario*, p. 66; Adrianzén Román: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 78.

gido el deber negativo de no dañar patrimonialmente a los acreedores en el ámbito específico de un procedimiento concursal.

La regla general no resulta aplicable si se trata de un delito de dominio que está configurado formalmente como un delito especial impropio, esto es, cuando la calidad especial exigida simplemente modifica una responsabilidad penal existente. En este caso, se producirá necesariamente una ruptura del título de imputación respecto del interviniente que no reúne dicha calidad[376], en la medida que las calidades personales que *afectan* la responsabilidad penal no se comunican a los otros intervinientes en el delito (artículo 26 del CP). La mancomunidad alcanza solamente al delito común conjuntamente configurado. En este sentido, si una persona mata organizativamente a su padre (sin la existencia de una vinculación institucional efectiva), cometerá el delito de parricidio como autor, mientras que el vecino que lo ayuda a hacerlo responderá como cómplice con la pena del homicidio. Del mismo modo, el que ayuda al auxiliar de educación a violar sexualmente a una estudiante del centro educativo, deberá responder como cómplice del tipo básico del delito de violación sexual.

Si el delito especial está configurado como un delito de infracción de un deber, la solución no es igual a la prevista para los delitos de dominio. No es posible seguir aquí la teoría de la unidad del título de imputación, ya que al *extraneus* no se le puede imputar responsabilidad penal por una competencia institucional que no le alcanza[377]. La vinculación institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede atribuirse a los *intranei* al tipo. En nada cambia que el aporte del *extraneus* sea un elemento del tipo penal[378], pues la imputación se decide por la infracción del deber institucional. Si bien el *extraneus* puede haber favorecido, en términos organizativos, la realización del delito, la falta de una vinculación institucional lo hace incapaz de defraudar la específica expecta-

376 Igualmente, PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito*, p. 492.

377 Así, LESCH: *Intervención delictiva*, p. 70; ROBLES PLANAS: *Garantes y cómplices*, p. 136; ROBLES/RIGGI, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 75; VÍLCHEZ CHINCHAYÁN: *Revista Jurídica del Perú*, T. 111 (mayo de 2010), p. 246; ADRIANZÉN ROMÁN: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 75. De otro parecer, SÁNCHEZ VERA: *Delito de infracción de deber*, p. 221 y s.; BACIGALUPO, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 168; LA MISMA, *LH-Mir Puig* (2017), p. 443. En la doctrina nacional, aceptan el castigo de los *extranei* como partícipes de un delito de infracción de un deber, REAÑO PESCHIERA: *Forma de intervención*, p. 40 y s.; SALAZAR SÁNCHEZ, en *XVI Congreso Latinoamericano*, 2004, p. 446; MARCA ROMERO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (2012), p. 101 y s.; SALINAS SICCHA: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 45 y ss.; ESPINOZA MONTES: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 108 y s.

378 A diferencia de la importancia que la asigna a esta particularidad la Casación N° 841-2015-Ayacucho.

tiva normativa que configura el delito de infracción de un deber[379]. Esta conclusión dogmática no significa, sin embargo, que la posibilidad de sancionar al *extraneus* se encuentre absolutamente negada en estos casos. Lo único que implica es que dicho castigo deberá moverse en un escenario dogmático distinto al de la competencia institucional.

Una alternativa es sancionar al partícipe *extraneus* con el delito común de dominio en el que eventualmente pudiese subsumirse su concreta participación[380]. Así, el particular que sustrae caudales públicos en connivencia con el funcionario público obligado a custodiarlos, podrá responder como autor del delito de hurto. Esta posibilidad de castigo no se considera plenamente satisfactoria, pues el castigo del *extraneus* dependerá de su específica forma de actuación y la eventual existencia de un delito común de dominio[381]. Así, el que ayuda indebidamente a un juez a prevaricar, quedará, por lo general, al margen de lo punible por ausencia de un delito de dominio que pueda recoger este específico acto organizativo. Para evitar esta situación de parcial impunidad, lo que el legislador penal tendría que hacer es, de estimarlo necesario, castigar específicamente el aporte organizativo en la comisión de un delito de infracción de un deber por parte del obligado institucional. Este castigo se puede establecer mediante la configuración de tipos penales específicos en la Parte Especial o la inclusión de una cláusula general de incriminación de carácter subsidiario[382].

El legislador penal peruano ha realizado incriminaciones específicas con delitos de la Parte Especial, como es el caso del delito de cooperación en la tortura (artículo 322 del CP), la aceptación indebida de cargo público (segundo párrafo del artículo 381 del CP), el delito de cohecho activo (artículo 397 del CP) o el delito de tráfico de influencias (artículo 400 del CP)[383]. Pero adicionalmente ha incluido una cláusula general que incrimina subsidiariamente los actos de ayuda o auxilio del no obligado institucionalmente en la realización de un delito especial de infracción de un deber por parte del obligado institucional. En efecto, mediante la modificación operada por el por el D. Leg. N° 1351 se incluyó, como tercer párrafo del artículo 25 del CP, una cláusula general en la que se dispone que el cómplice responda

379 De otro parecer, sin embargo, Caro John: *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 17 y ss.

380 Similarmente, Lesch: *Intervención delictiva*, p. 71 y s.

381 Así, la crítica de Salinas Siccha: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 35.

382 Vid., Robles Planas: *Garantes y cómplices*, p. 137; Robles/Riggi, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 83 y s., aunque críticos con una cláusula general de incriminación por posible infracción al principio de legalidad (mandato de certeza).

383 Igualmente, en la legislación penal española, Robles/Riggi, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), p. 84.

siempre "en referencia" con el delito especial cometido por el autor[384]. Esta nueva regulación es aplicable únicamente a los delitos especiales de infracción de un deber, pues en el caso de los delitos especiales de dominio, el castigo se desprende directamente de lo dispuesto en los dos primeros párrafos del artículo 25 del CP[385]. Si se quiere respectar los distintos presupuestos materiales de los delitos especiales, no puede hacerse una incriminación de la participación a través de una misma regulación para los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber[386].

De lo anterior se desprende que el tercer párrafo del artículo 25 del CP no dispone que el *extraneus* que ayuda al obligado institucional a infringir su propio deber especial de manera penalmente relevante responda como cómplice del delito especial de infracción de un deber[387]. Tal interpretación es dogmáticamente inviable. Lo que este dispositivo legal establece es la criminalización, en general y de manera subsidiaria, de los actos de organización que ayudan al obligado institucional a infringir su propio deber. Se criminaliza, por lo tanto, un acto de organización "en referencia" con un delito de infracción de un deber. Lo que, sin embargo, el legislador penal peruano no ha previsto es una atenuación privilegiada de la pena para el partícipe *extraneus*,[388] lo que goza de pleno sentido si se tiene en cuenta el menor desvalor que, en principio, le corresponde a un aporte organizativo en relación con la infracción de un deber institucional especial. Jurisprudencialmente debe considerarse una atenuación privilegiada tal que baje el marco de determinación de la pena, por lo menos, en un tercio por debajo del mínimo legal.

La decisión adoptada por el legislador penal al incorporar el tercer párrafo del artículo 25 del CP, apunta a criminalizar los actos de organización que favorecen la infracción del deber del obligado institucional, pero al tener una naturaleza subsidiaria se aplicará solamente a los casos en los que no se pueda castigar con los tipos penales de la Parte Especial o las reglas ordinarias de participación (tipo penal de recogida). Así, si el acto de organización se encuentra específicamente tipificado como un delito en particular, habrá que aplicar, por especialidad, el tipo penal de la

384 Vid., ROSALES ARTICA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 11 y s., quien destaca que esta modificación legal se hizo como respuesta a la impunidad que generaba para el cómplice la doctrina jurisprudencial de la Casación N° 782-2015-Del Santa en relación con el delito de enriquecimiento ilícito (un delito de infracción de un deber).

385 Así, también, SALINAS SICCHA: *Actualidad Penal* 40 (2017), p. 113. Por el contrario, CALDERÓN SOTO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 84, considera que actual texto del artículo 25 del CP se decanta completamente por la teoría del dominio del hecho.

386 Similarmente, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN: *Revista Jurídica del Perú*, T. 111 (mayo de 2010), p. 243.

387 Por el contrario, ADRIANZÉN ROMÁN: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 77, considera que sí, pero limitado a los delitos de infracción de un deber con componente de dominio.

388 Igualmente la crítica de SALINAS SICCHA: *Actualidad Penal* 40 (2017), p. 114 y s.

Parte Especial. Por ejemplo, el médico que coopera en el acto de tortura realizado por un policía, responderá por el delito previsto en el artículo 322 del CP. En caso que el comportamiento se subsuma como autoría de un delito común organizativamente realizado, lo que corresponde también es aplicar el delito común de la Parte Especial. Por ejemplo, el particular que sustrae los caudales que custodia el funcionario público, responderá como autor del delito de hurto, mientras que el funcionario público lo hará como autor del delito de peculado. Si el acto de favorecimiento a la infracción del deber del obligado institucional se subsume como una forma de participación en un delito común subyacente, corresponde igualmente aplicar la regulación general de la participación en el delito común conforme lo establece el artículo 26 del CP[389]. Así, el que ayuda al padre a matar a su hijo menor de edad, responderá como cómplice del delito de homicidio. Solamente en los casos en los que el acto de organización que favorece la infracción del deber institucional de otro no se pueda castigar con las reglas antes mencionadas, será posible acudir subsidiariamente al tercer párrafo del artículo 25 del CP.

Si se atiende al tenor del último párrafo del artículo 25 del CP, las afirmaciones hasta ahora realizadas, en relación con el partícipe *extraneus*, no alcanzan a la figura de la instigación. Algunos han criticado esta situación legislativa como un olvido del legislador[390]. Sin embargo, guarda pleno sentido con lo que hemos explicado, pues esta "forma de participación" no constituye, en sentido estricto, una intervención en el delito, sino un injusto propio que se vincula sancionatoriamente al injusto del autor del delito instigado[391]. En este sentido, no habrá mayor inconveniente dogmático para hacer penalmente responsable por instigación al que determina a un obligado institucional a cometer un delito de infracción de un deber. Sin embargo, la remisión de la determinación de la pena del instigador a la pena del autor en los términos del artículo 24 del CP, no se ajusta a la gravedad de los deberes infringidos, por lo que debería considerarse también aquí una atenuación privilegiada de la pena para el instigador.

V. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS CULPOSOS

Un importante sector de la doctrina penal mayoritaria, que asume el criterio del dominio del hecho para determinar quién es el autor del delito, sostiene que

389 Así lo ha decidido también la Corte Suprema de la República en la Casación N° 558-2016-Lambayeque, aunque no ha precisado cómo se tratará los casos que ocurran luego de la incorporación del tercer párrafo del artículo 25 del CP. De otro parecer, García León: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 29.

390 Rosales Artica: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 13 y s.; Mayta Peña: *Ius Puniendi* 10 (2018), p. 165 y s.

391 Se plantea esta posibilidad interpretativa García León: *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 32.

tal criterio no es aplicable en el caso de los delitos culposos o imprudentes. En tales delitos debe regir, más bien, un concepto unitario de autor[392]. Este planteamiento se apoya en la idea de que, en la realización conjunta de una actuación culposa, no es posible hablar de un dominio del acontecimiento respecto de alguno de los intervinientes, con el que se pueda hacer la distinción entre un autor y un partícipe[393]. Cada interviniente sería autor de un delito culposo por la propia infracción de su deber objetivo de cuidado. Una autoría mediata o una coautoría no serían necesarias bajo el esquema conceptual del delito culposo, sino, a lo sumo, una autoría simultánea o accesoria que no sería más que una autoría única plural.

Lo anterior resulta razonable si es que se parte de un criterio que, como el dominio del hecho, cuenta con un componente subjetivo que, sin duda, no está presente en la actuación culposa. Pero si la intervención delictiva se determina por medio de una competencia que es definida desde el parámetro objetivo de la distribución vinculante del trabajo, entonces resulta lógico que también en la actuación culposa pueda encontrarse una diferencia cuantitativa que permita distinguir al autor del partícipe. Así, no debería haber mayor problema para afirmar una coautoría en el caso de dos albañiles que lanzan una viga desde el techo de un edificio a una avenida transitada, o una instigación cuando el pasajero de un taxi, para llegar rápido, determina al taxista a manejar a excesiva velocidad, o una complicidad psíquica si una chica hace comentarios favorables a la osada manera de conducir de su novio[394]. Si la lesión del bien jurídico es consecuencia de una organización conjunta de sujetos que actúan culposamente, se podrá sostener válidamente una competencia conjunta por el suceso y distinguir luego si unos configuraron aspectos del hecho más relevantes que otros. En cuanto a este último aspecto, debe tenerse en cuenta que la decisión legislativa de castigar solamente la participación que sea dolosa, trae como consecuencia necesaria que la intervención en el delito culposo que sea calificada de participación, quedará al margen de lo punible[395].

El panorama se vuelve más polémico si es que concurren en la configuración del hecho una actuación dolosa y otra culposa. Si los aportes tienen la misma incidencia en la configuración del hecho, no tendría que haber problema para consi-

392 Vid., STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 16, n.m. 78; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 27. Sobre esta posición con mayores referencias, PÉREZ MANZANO: *Autoría y participación imprudente*, p. 24 y ss.

393 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 979 y s.

394 Ejemplos mencionados por STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 16, n.m. 75.

395 Sobre la impunidad de la participación culposa igualmente en la legislación penal española, PÉREZ MANZANO: *Autoría y participación imprudente*, p. 81 y ss. Críticamente con que se deje esta cuestión a una pura decisión legislativa, HERNÁNDEZ BASUALTO: *LH-Mir Puig* (2017), p. 608.

derarlos autores. En caso de una actuación coordinada, se presentará una coautoría entre coautores doloso y culposo. Un ejemplo de este supuesto sería el caso de los miembros de un órgano colegiado de la empresa que toman una decisión penalmente relevante, uno con pleno conocimiento el otro con la sola posibilidad[396]. Si no existe un trabajo coordinado, el autor imprudente será uno accesorio o simultáneo a la autoría del agente doloso[397]. Por ejemplo, el dueño de una discoteca que bloquea algunas salidas para ahorrarse personal y varias personas mueren a raíz de la falta de evacuación ante un incendio dolosamente provocado por otro. El que el aporte se expresa fenomenológicamente por medio de una omisión, no tiene que cambiar la solución. Si uno de los aportes tiene una relevancia menor, entonces deberá ser considerada una complicidad que, en caso de ser culposa, no podría ser sancionada penalmente por decisión legislativa.

396 Similarmente, Ransiek: *Unternehmensstrafrecht*, p. 72.

397 En este sentido, Hernández Basualto: *LH-Mir Puig* (2017), p. 613 y ss.

CAPÍTULO 18
LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN

En un esquema ideal de actuación racional, todo comportamiento intencional tiene un conjunto de pasos claramente diferenciados[1]. Se empieza con la decisión de realizar determinada conducta, luego se prepara su realización, se pasa después a la ejecución de la conducta, se alcanza su plena realización y, finalmente, se satisface el interés perseguido. El delito no es ajeno a este esquema de interpretación, por lo que durante su realización pueden distinguirse las fases antes referidas: el propósito serio de cometer un delito, los actos preparatorios, los actos de ejecución, la consumación y el agotamiento del delito[2]. La pregunta que tal distinción suscita es si cabe una imputación jurídico-penal en cada una de las fases de desarrollo del hecho delictivo y, de ser así, en qué medida. En este capítulo nos ocuparemos precisamente de señalar cuáles son las fases de realización del delito y en cuáles de ellas existe fundamento para su castigo. Tal análisis permitirá además precisar cuándo dicho fundamento decae o procede una reducción de la pena correspondiente.

II. IDEACIÓN O PROPÓSITO SERIO DE COMETER UN DELITO

La fase de ideación o propósito serio de cometer un delito se presenta propiamente en la esfera de los pensamientos. Es el momento en el que el autor decide, luego de una deliberación interna, llevar a cabo la conducta delictiva. Esta fase de la realización del delito está al margen de lo punible en virtud del principio del he-

1 Vid., en este sentido, STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 2.

2 Igualmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, §19, n.m. 2060, lo que es denominado en la doctrina penal como el *iter criminis*.

cho que prohíbe el castigo de los simples pensamientos (*cogitationis poenam nemo patitur*)[3]. La impunidad de los pensamientos se sustenta fundamentalmente en dos razones: la dificultad de controlarlos (principio de evitabilidad) y su pertenencia al ámbito estrictamente interno (mandato de neutralidad del Derecho)[4]. Si mediante alguna fórmula se llegase a sancionar un suceso que tiene lugar en el ámbito interno de desarrollo, se estaría destruyendo el reconocimiento de la persona como sujeto libre y autónomo[5].

La impunidad del propósito serio de cometer un delito se mantiene incluso si dicho propósito es exteriorizado mediante una declaración que manifieste indiscutiblemente la voluntad de querer cometer el delito[6]. En ciertas legislaciones penales esta exteriorización podría dar pie, bajo determinadas condiciones, a un delito de amenazas, tal como sucedía con el artículo 224 del Código Penal de 1924. Pero debe quedar claro que la lesividad de este delito no residiría en la afectación al bien jurídico protegido por el delito, cuya realización se advierte con la amenaza, sino en una restricción a la libertad individual del amenazado o en una afectación a la tranquilidad pública. En cualquier caso, el Código Penal actual no sanciona la conducta que se limite, sin más, a amenazar a otra persona, sino que esa amenaza debe estar dirigida, por lo menos, a doblegar la voluntad de otro (delito de coacciones).

III. LOS ACTOS PREPARATORIOS

Los actos preparatorios integran la fase del delito que se encuentra ubicada entre el propósito serio de cometerlo y su ejecución[7]. Se trata de actos externos dirigidos a procurar las condiciones o los instrumentos necesarios para la realización del delito, sin entrar aún en su ejecución[8]. A pesar de haber salido ya del ámbito interno de los pensamientos, los actos preparatorios se mueven aún dentro de la esfera privada del ciudadano, lo que establece un límite a la intervención de un Derecho penal que no sea totalitario[9]. Por otro lado, los actos preparatorios se caracterizan por ser equívocos o aún ineficaces para conseguir, por sí mismos, la consumación del delito, por lo que no producen un cuestionamiento a la vigencia

3 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 1a. Similarmente, STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 3 y ss.

4 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 1a.

5 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 1a.

6 Igualmente, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 417.

7 Vid., FUENTES OSORIO: *La preparación delictiva*, p. 11.

8 Similarmente, FUENTES OSORIO: *La preparación delictiva*, p. 21.

9 Vid., MAÑALICH: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4 (2004), p. 139.

de la norma que justifique la imposición de una sanción penal[10]. De todo esto se deriva que la regla general en el tratamiento de los actos preparatorios sea la irrelevancia penal[11].

La regla general de la impunidad de los actos preparatorios admite, sin embargo, excepciones. La incriminación excepcional puede tener lugar por medio de la criminalización general de ciertas formas de preparación especialmente graves o a través de la tipificación de específicos actos de preparación en relación con la lesión de determinados bienes jurídicos[12]. Lo primero da lugar a los llamados actos preparatorios punibles como es el caso de la conspiración, la proposición y la provocación de delitos graves en el derecho penal español (delitos *sui generis*)[13]. Lo segundo lleva a la configuración específica de delitos de preparación en los tipos penales de la Parte Especial, como podría ser la tenencia de instrumentos peligrosos o la conformación de una organización criminal. El legislador penal peruano ha optado por esta segunda forma de incriminación excepcional de los actos de preparación, tal como lo pone de manifiesto la tipificación de delitos como la tenencia ilegal de armas, la organización criminal, el tráfico de precursores, la conspiración para el sicariato, entre otros delitos.

El fundamento para llevar a cabo la incriminación excepcional de determinados actos de preparación reside en una circunstancia significativa que expresa que el delito se va a cometer y pone en tela de juicio, por lo tanto, la vigencia de la norma[14]. Esta circunstancia especial puede expresarse de diversas formas. En unos casos, la incriminación se produce porque el acto preparatorio tiene el sentido inequívoco de estar claramente dirigido a una finalidad delictiva, como es el caso del delito de posesión de instrumentos para la falsificación de dinero o la conspiración para el delito de sicariato. En otros casos, la importancia del bien jurídico protegido justificaría el adelantamiento de la tutela penal a un nivel preparatorio, como es el caso de la conspiración contra el Estado o la conformación de una agrupación

10 Vid., similarmente, MEINECKE: *Gesetzsgebungssystematik*, p. 74 y s.; CEREZO MIR: *RDPC* 1 (1998), p. 13; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 418 y s. En la misma línea la sentencia de la Corte Suprema Exp. Nº 111-94-Lima de 18 de mayo de 1994 [*Diálogo con la jurisprudencia* 5 (1999), p. 179 y s.].

11 Vid., OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 14, n.m. 2.

12 Vid., FUENTES OSORIO: *La preparación delictiva*, p. 99 y s.; REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 279.

13 Vid., RODRÍGUEZ MOURULLO: *ADPCP* 1968, p. 277 y ss.; FUENTES OSORIO: *La preparación delictiva*, p. 183 y ss. En la regulación penal alemana se cuenta también con una regulación general que castiga ciertos actos de preparación en delitos graves, como lo indica ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 28, n.m. 2.

14 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 27, n.m. 2.

terrorista[15]. Puede ser también que la elevada probabilidad del uso de un bien peligroso con fines delictivos sea lo que justifique la incriminación de un acto de preparación como sucede con el delito de tenencia ilegal de armas de fuego o con delito de tráfico de precursores[16].

Al margen de la criminalización excepcional de los actos de preparación deben quedar aspectos referidos al ámbito personal interno. En un Estado de libertades, el ciudadano no debe ser visto por el Derecho penal como una mera fuente de peligro, sino como una persona capaz de decidirse por el derecho[17] y, por lo tanto, al que se le reconoce un espacio propio necesario para su realización personal. Este espacio del ciudadano constituye una expresión esencial de su personalidad que impide la criminalización de los asuntos que se muevan en dicho espacio[18]. Sólo en la medida en que se pierda el control de la actuación en cuanto a favorecer un hecho delictivo o esa actuación se torne objetivamente unívoca para acondicionar una afectación a terceros, se puede sostener que se desborda el ámbito estrictamente interno y se produce un hecho externo que puede alcanzar relevancia penal[19]. Dado que el legislador se mueve en el límite de lo legítimamente incriminable, la tipificación de estos supuestos debe observar de manera estricta el mandato de certeza[20], así como la proporcionalidad de la sanción en atención al delito de referencia[21].

IV. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN

Una vez superada la fase preparatoria, aparecen en escena los actos ejecutivos del delito, los que están referidos específicamente a la realización de la conducta delictiva. La regla general es que, a partir de ese momento, el Derecho penal se encuentra legitimado para intervenir por medio de la imposición de sus sanciones. Hasta antes de que ello suceda, el sistema penal, en principio, no reacciona. La impunidad de la preparación le da un margen de retractación al autor que, pese a haber exteriorizado su voluntad de cometer un delito, puede mantenerse en el ámbito de lo penalmente irrelevante, si no pasa a ejecutarlo.

---

15 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 1e; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 8; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 419.

16 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 86a.

17 Vid., DENCKER: *SV* 1988, p. 263.

18 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 303.

19 Estos dos aspectos que le dan carácter externo al hecho, permiten distinguir, en el plano de los delitos de peligro abstracto, los delitos de preparación y los delitos que tienen por objeto el control de la causalidad. Vid., al respecto, PUSCHKE: *InDret* 4/2010, p. 5 y s.

20 En este sentido, WOHLERS: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 335 y s.

21 Vid., FUENTES OSORIO: *La preparación delictiva*, p. 102.

Uno de los puntos de más difícil determinación es la frontera entre la fase de preparación y la fase de ejecución del delito[22]. En lisa se encuentra planteamientos subjetivos que se centran en el plan del autor y planteamientos objetivos que ponen la atención en el tipo penal o en el bien jurídico afectado[23]. Con el inconveniente de la falta de concreción que toda formulación general suscita, puede decirse que los actos de ejecución tienen lugar cuando se comienza la realización de la conducta que defrauda la norma[24]. A diferencia de los actos preparatorios, el inicio de la ejecución del delito tiene inequívocamente el significado comunicativo de ser una defraudación de la norma[25]. Que, en el caso de los llamados delitos de preparación, se produzca igualmente una defraudación de la norma, no es un argumento que ponga en tela de juicio el criterio de delimitación propuesto. Si bien en tales casos el comportamiento enjuiciado tiene virtualidad defraudatoria respecto del tipo penal de tutela anticipada, no lo tendrá respecto del delito a cuya realización apunta la preparación.

1. La tentativa: Fundamento del castigo

Cuando el emprendimiento de los actos ejecutivos no llega a consumar el delito por causas ajenas a la voluntad del autor, tiene lugar lo que se conoce como tentativa. Conforme a lo establecido en el artículo 16 del CP, la tentativa es punible, aunque con una atenuación prudencial de la pena prevista para el delito consumado. En la historia de la dogmática penal se han ofrecido una serie de fundamentos para el castigo de la tentativa[26]. Se han propuesto con tal propósito todas las formulaciones posibles: Teorías puramente objetivas que se centran en la peligrosidad de la conducta[27], teorías puramente subjetivas que se centran en la intencionalidad del

22 Así, REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 275.

23 Vid., la discusión doctrinal en Alemania, FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 171 y ss.

24 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 229. En el mismo sentido, VEHLING: *Abgrenzung*, p. 126 y ss. Críticamente sobre la posibilidad de esta delimitación, ROXIN: *La teoría del delito*, p. 386.

25 Vid., así, VEHLING: *Abgrenzung*, p. 87; REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 333. En la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema resolvió el caso de una chica que fue cogida del hombro por el imputado, quien, poniéndole un cuchillo en el pecho, le propuso ir al lugar llamado La Cruz (R.N. N° 2166-2008-Lima). En este caso, se negó la existencia de una tentativa con el argumento correcto de que el comienzo de la ejecución requiere actos demostrativos que pongan en evidencia su finalidad delictiva, pero rechazando incorrectamente que en el presente caso tales actos no se dieron. Poner en el pecho un cuchillo a una chica y decirle para ir a un lugar, en el que anteriormente ha habido violaciones, es indudablemente un acto objetivamente demostrativo de la ejecución de un delito de violación sexual.

26 Sobre esto, con detalle, ZACZYK: *Das Unrecht*, p. 41 y ss.; VEHLING: *Abgrenzung*, p. 1 y ss.

27 Vid., sobre la antigua teoría de la peligrosidad objetiva, ZACZYK: *Das Unrecht*, p. 41 y ss.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 13 y ss.; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 771

autor[28], teorías que combinan ambos aspectos[29], teorías que ponen el acento más en la parte objetiva[30], o teorías que hacen lo mismo con la parte subjetiva[31]. Como bien lo ha señalado STRATENWERTH, en ningún otro punto de la dogmática penal se ha mostrado tan fuerte la oposición entre teorías objetivas y subjetivas del delito[32].

La disputa sobre el fundamento de la tentativa entre las distintas teorías se encuentra actualmente inclinada a favor de las teorías subjetivas[33], en tanto la perspectiva de análisis de la tentativa ha ido del dolo a la conducta externa y no de la conducta externa hacia lo interno[34]. Sin pretender negar el papel de lo subjetivo (como atribución, por cierto) en el proceso de imputación penal, consideramos que el fundamento de la tentativa debe buscarse, más bien, en el plano de su repercusión social[35]. De lo contrario, no se podrá precisar aquello que justifica el castigo

---

y s.; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 17. Otras variantes de la teoría objetiva de la tentativa son: la teoría de la tentativa como injusto parcialmente realizado y la llamada teoría de la falta de tipo (vid., sobre estas variantes, ZACZYK: *op. cit.*, p. 53).

28 Vid., sobre las teorías subjetivas, vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 17; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 19; ZACZYK: *Das Unrecht*, p. 76 y ss.; SANCINETTI: *Teoría del delito*, p. 374 y ss.; FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 14 y ss.

29 Vid., así, las llamadas teorías dualistas defendidas por SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, 11/2; ALWART: *Strafwürdiges Versuchen*, p. 182 y ss. Igualmente constituye una teoría objetivo-subjetiva de la tentativa, la teoría de la voluntad ejercida contraria al Derecho (sobre esto, vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 772 y s., MURMANN: *Versuchsunrecht*, p. 3) y la llamada teoría de la unión defendida por ROXIN: *La teoría del delito*, p. 376 y ss. En España predominan las teorías mixtas, como lo señala con mayores referencias, FARALDO CABANA: *Las causas*, p. 105 y s.

30 Así la teoría de la impresión, vid., al respecto, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 773; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 21; MEINECKE: *Gesetzgebungssystematik*, p. 29 y s.; FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 30 y ss.

31 Así la llamada teoría del autor, vid., al respecto, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 19; ROXIN: *La teoría del delito*, p. 384; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 774.

32 Vid., STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 16.

33 Vid., en este sentido, la indicación de ZACZYK: *Das Unrecht*, p. 230. Por su parte, FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 39, sostiene que actualmente predominan planteamientos mixtos o intermedios

34 Vid., así, por ejemplo, la comprensión de STRUENSEE: *GS-Armin Kaufmann*, p. 531; ALCÁCER GUIRAO: *Tentativa y formas de autoría*, p. 37; FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 73. Críticamente frente a estas comprensiones de la tentativa, JAKOBS, en *Estudios*, p. 301. Si bien JAKOBS, en *Estudios*, p. 235, resalta la representación del autor, no significa que reconozca ahora que el proceso interpretativo vaya de lo interno a lo externo, sino que este proceso no debe depender de fantasías, sino de la determinación comunicativamente relevante (externa) de la representación del autor.

35 Vid., en este sentido, también, VEHLING: *Abgrenzung*, p. 126 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 128.

de la tentativa a diferencia de la mera exteriorización de la voluntad de cometer un delito que se considera unánimemente impune. La relevancia jurídico-penal de la tentativa no reside en la interioridad de la persona, sino en su sentido comunicativo conforme a los parámetros sociales de interpretación[36].

Para ser punible, la tentativa requiere ser un fenómeno externo socialmente perturbador que infrinja la norma penalmente garantizada[37]. El carácter perturbador de la tentativa no debe entenderse en función del peligro para un objeto que representa el bien jurídico[38], pues ello dificultaría no sólo la delimitación con los actos preparatorios[39], sino también la fundamentación de la punibilidad de cualquier forma de tentativa inidónea[40]. El desvalor de la tentativa debe encontrarse en el plano del sentido comunicativo. En efecto, como lo hemos precisado en el capítulo sobre la imputación objetiva, la actuación de una persona resulta penalmente relevante sólo si constituye la infracción de un rol jurídicamente atribuido[41], lo que sucede si tal actuación ha creado un riesgo prohibido mediante el incumplimiento de los deberes que se derivan de la libertad de organización o de vinculaciones de naturaleza institucional[42]. Sin esa infracción objetiva de tales deberes no podrá fundamentarse la imputación de la conducta en grado de tentativa, aun cuando el autor posea la voluntad de causar un daño o no favorezca una situación socialmente deseable[43].

De lo anterior se desprende que la tentativa no es solamente una conducta punible, sino que es un delito y, por lo tanto, requiere reunir sus elementos constitutivos. No es correcta, por lo tanto, la posición, ciertamente minoritaria, que entiende que la tentativa es una figura atípica, aunque sancionada por ley[44]. Pero

---

36 En la misma línea, Reyes Alvarado: *El delito de tentativa*, p. 65.

37 Sobre la perturbación social de la tentativa, Jakobs, en *Estudios*, p. 302; Frisch: *ZStW* 101 (1989), p. 610, nota 229. Destaca que se trata de una infracción perfecta de la norma, Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 70.

38 Como modernamente lo han intentado fundamentar, Kratzsch: *JA* 1983, p. 578; Zaczyk: *Das Unrecht*, p. 308; Alcácer Guirao: *Tentativa y formas de autoría*, p. 42.

39 Vid., sobre ello, Meinecke: *Gesetzgebungssystematik*, p. 79.

40 Vid., en este sentido, Kindhäuser: *Gefährdung*, pp. 113, 135. La única alternativa posible sería, pues, recurrir a criterios subjetivos para fundamentar la punibilidad relativa de la tentativa inidónea, vid., así, Albrecht: *Der untaugliche Versuch*, p. 42 y ss.; Rudolphi, en *El sistema moderno*, p. 91, o en criterios puramente preventivos basados en la peligrosidad del autor, Burkhardt: *Der „Rücktritt"*, p. 99 y s.

41 Vid., similarmente, Vehling: *Abgrenzung*, p. 87.

42 Vid., en este sentido, Vehling: *Abgrenzung*, p. 111 y ss.; Jakobs, en *Estudios*, p. 326.

43 Vid., así, Jakobs, en *Estudios*, p. 304; Frisch: *Verhalten*, p. 46.

44 Vid., sobre este planteamiento defendido en España por Rodriguez Devesa, Farré Trepat: *La tentativa del delito*, p. 48 y ss.

debe hacerse además la precisión adicional de que la tipicidad de la tentativa no es cualitativamente distinta a la tipicidad del delito consumado, pues en ambos se produce la defraudación de la misma norma[45]. No son, por tanto, de recibo los planteamientos que entienden que la tentativa constituye una tipicidad independiente del tipo penal de la Parte Especial e incluso los que consideran que es una ampliación de la tipicidad[46]. La tipicidad de la tentativa está incluida en el tipo penal de la Parte Especial. La diferencia en cuanto al desvalor del resultado en la consumación lo único que hace es agregar un plus cuantitativo a la defraudación de la tentativa, pero no constituye una infracción cualitativamente distinta[47].

2. El alcance de la tentativa

Al centrarse el fundamento del castigo de la tentativa en la perturbación social que defrauda la norma, quedarán fuera de su ámbito de aplicación los actos ejecutivos que sean *per se* irrelevantes[48]. Bajo tal consideración, los comportamientos supersticiosos no podrán dar lugar a una tentativa, pues la estabilidad de la norma no se encuentra condicionada por las creencias personales (por ejemplo, el procurar matar a alguien dándole pinchazos a un muñeco que lo representa)[49]. El carácter estrictamente individual de las actuaciones supersticiosas se refleja claramente en el hecho de que nuestra sociedad no está dispuesta a admitir que los deberes de salvamento, por ejemplo, puedan cumplirse realizando plegarias a los espíritus[50]. En consecuencia, los supuestos de tentativa irreal no pueden considerarse una tentativa penalmente relevante[51]. Tampoco alcanza relevancia social las interpretaciones muy personales de la realidad, ya que una infracción de la norma por parte de un individuo solamente puede ser considerada tal si expresa razonablemente un sentido social infractor[52]. La llamada tentativa burda queda, por ello, igualmente fuera

45 Vid., VEHLING: *Abgrenzung*, p. 125; JAKOBS, en *Estudios*, p. 326. En la tentativa existe una infracción perfecta de la norma que podría haber sido más intensa, si el delito se hubiese consumado, como lo destaca JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 70.

46 Vid., sobre estos planteamientos, FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 53 y ss.; REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 98 y ss.

47 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 222 y s.

48 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 303.

49 Similarmente, VEHLING: *Abgrenzung*, p. 124; REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 192 y s.

50 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 231.

51 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 22; FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 471. En el Perú, igualmente, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8 (febrero de 2010), p. 56.

52 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 23; EL MISMO, en *Estudios*, p. 232 y s.

del ámbito de la tentativa punible (por ejemplo, intentar darle dolores de cabeza al vecino colocando imanes en la pared medianera)[53].

Discutida es la punibilidad del llamado delito imposible, el cual tiene lugar cuando se realiza una acción delictiva contra un objeto absolutamente inapropiado (llevar azúcar impalpable en la maleta creyendo que es cocaína) o mediante medios absolutamente inidóneos (intentar disparar con una pistola que es de juguete). Siguiendo la lógica de la tentativa irreal o burda, el delito imposible no debería ser castigado penalmente, pues la ausencia objetiva de toda posibilidad de daño deja intacta la identidad normativa de la sociedad. Solamente aquello que produce una perturbación social, esto es, una afectación a la identidad normativa de la sociedad, puede dar lugar a una sanción penal, y ciertamente aun cuando nadie haya salido realmente perjudicado por ello. En esta línea de pensamiento, el artículo 17 del CP deja fuera de lo punible el delito imposible, es decir, aquellas conductas que resultan absolutamente inidóneas para producir un resultado lesivo[54].

En el ámbito de la tentativa punible se encuentran, por el contrario, las conductas que, desde una valoración *ex ante*, son idóneas para producir el resultado, pero no lo llegan a producir[55]. Esta falta de consumación *ex post* de la tentativa punible puede presentarse sustancialmente de dos formas. Por un lado, puede suceder que la conducta sea idónea en el caso concreto para producir el resultado, pero éste no tiene lugar por simple causalidad (p.e. la víctima se agachó a amarrarse los zapatos justo en el momento que pasaba la bala disparada por el autor). O puede ser, por otro lado, que una conducta, en general idónea para producir el resultado, no lo sea en el caso concreto y, por ello, no se produce el resultado (p.e. por razones anómalas de constitución, la víctima es inmune al veneno utilizado por el autor). Esta falta de idoneidad en el caso concreto, hace que a esta segunda forma de tentativa *ex ante* idónea se le conozca también, bajo una lógica inversa, como tentativa relativamente inidónea.

A partir de la conceptualización precedente, es posible diferenciar la tentativa absolutamente inidónea (o delito imposible) de la tentativa relativamente inidónea[56]. Mientras que la primera es impune conforme al artículo 17 del CP por las

---

53 Sobre la tentativa burda, vid., Kühl: *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 86.

54 Vid., así, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8 (febrero de 2010), p. 48; Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 17, p. 559.

55 Sobre la absoluta unanimidad de la doctrina penal del castigo de la tentativa idónea, Reyes Alvarado: *El delito de tentativa*, p. 129 y s.

56 Vid., la referencia a la distinción entre inidoneidad relativa e inidoneidad absoluta, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 19, n.m. 2175 y s.; Alcácer Guirao: *ADPCP* 1996, p. 499 y s.; Cerezo Mir: *RDPC* 1 (1998), p. 20. Por el contrario, Mir Puig: *Derecho penal*, PG, L13/81 equipara el delito imposible con la tentativa inidónea.

razones precedentemente explicadas, los supuestos de inidoneidad relativa podrán aún castigarse con base en el artículo 16 del CP[57]. Este castigo se fundamenta en el hecho de que la conducta realizada, pese a su inidoneidad en el caso concreto, se muestra como comunicativamente relevante para cuestionar la vigencia de la norma[58]. Lo que decide la relevancia penal de un comportamiento no es su potencialidad lesiva causal[59], sino el sentido comunicativo que despliega.

3. Tentativa y delito putativo

Si es que se admite, como se ha visto en el apartado anterior, la posibilidad de castigar ciertos casos de tentativa inidónea, resulta necesario precisar cuál es la frontera entre esta clase de tentativa y el delito putativo que es, en general, impune[60]. Como lo ha puesto de manifiesto Farré Trepat: "(...) *transcurre entre ambas instituciones una difícil línea de delimitación. La doctrina alemana se ha dedicado durante más de cien años a la tarea de establecer una frontera precisa entre ambas figuras, y, a pesar de ello, puede afirmarse que continúa existiendo una considerable inseguridad al respecto. Las claras formas que a menudo ofrecen los manuales y comentarios no sirven sino para delimitar precisamente los supuestos indiscutibles, que a nadie inducen a confusión, y esconde, en ocasiones, la verdadera problemática que el delito putativo encierra*"[61]. En efecto, nadie discute el caso de delito putativo en el que el autor cree que existe una norma penal que prohíbe penalmente una conducta (p.e. la corrupción privada o el falso testimonio del imputado)[62], sino el caso en el que el autor extiende erróneamente el ámbito de aplicación de la norma penal y cree,

---

Observaciones fundamentales también desde la perspectiva *ex ante* para la distinción entre la tentativa inidónea y la tentativa absolutamente inidónea (delito imposible), se encuentran en Baldó Lavilla: *Estado de necesidad*, p. 117, nota 250. Críticos frente a la distinción, León Alva: *Actualidad Jurídica*, T. 155 (octubre de 2006), p. 123 y s.; Vega Vásquez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 316 y s.

57 En el mismo sentido, Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 17, p. 570 y ss. De otro parecer, por el contrario, Vega Vásquez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 313.

58 Consideran fundado el castigo de la tentativa inidónea con base racional porque constituiría también una actuación socialmente relevante Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 23; Vehling: *Abgrenzung*, p. 131; Silva Sánchez, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 130.

59 Como parece entenderlo, Vega Vásquez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 313.

60 Sobre esta discusión en la doctrina penal alemana, Cancho Espinal: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (julio de 2010), p. 48 y ss.; Farré Trepat: *La tentativa del delito*, p. 491 y ss.

61 Farré Trepat: *La tentativa del delito*, p. 491 y s.

62 Así, Reyes Alvarado: *El delito de tentativa*, p. 212.

por lo tanto, que su conducta está prohibida[63]. En tal supuesto, la frontera con la tentativa inidónea no es nada sencilla de determinar.

Un sector de la doctrina penal ha pretendido responder a la cuestión planteada, recurriendo a una distinción a contrario en relación con la teoría del error. Sobre la base de la bipartición del error en error de tipo y error de prohibición, se obtiene la conclusión a contrario de que los casos de error sobre la existencia de aspectos del tipo penal deben fundamentar una tentativa (error de tipo invertido), mientras que la creencia errónea del carácter prohibido del hecho solamente un delito putativo impune (error de prohibición invertido)[64]. A este planteamiento se le objetado, sin embargo, que la relación interna de la que parte no constituye propiamente una contraposición lógica[65], sino simplemente un postulado de simetría en el tratamiento del error[66]. Esto significa que la corrección de la conclusión a contrario depende solamente de una determinada comprensión del injusto y del error, pero no de una conclusión forzosa para la teoría del delito. Pero además esta propuesta presenta soluciones no siempre convincentes cuando el error invertido está referido a elementos normativos del tipo, tal como sucede con la ajenidad en el hurto o la existencia de un documento en la falsificación documental. ¿Comete una tentativa inidónea de hurto el trabajador de un crematorio que se apropia de los dientes de oro de los cadáveres que crema al pensar erróneamente que le pertenecen al fallecido?[67]

Otro sector de la doctrina penal aborda la discusión buscando resolver precisamente los casos problemáticos de error sobre aspectos jurídicos previos al tipo penal. En esta línea, considera que la distinción entre una tentativa inidónea y un delito putativo depende de si el error está referido a un campo jurídico previo de la tipicidad o a la decisión fundamental del legislador de incriminar una determinada conducta[68]. En el primer caso se estará ante una tentativa inidónea y en el segundo caso ante un delito putativo. A este planteamiento se le ha opuesto aquel que entiende que también el error sobre el estadio previo a la tipicidad es un delito

63 Esta situación se presenta, especialmente, respecto del alcance de los elementos normativos del tipo o cuando se sobrevalora los deberes especiales que el tipo penal impone para tener la condición de autor. Vid., con detalle, Reyes Alvarado: *El delito de tentativa*, p. 217 y ss.

64 Vid., al respecto, Engisch: FS-*Heinitz*, p. 186 y ss.

65 Concluyente, en este sentido, Puppe, en *El error*, p. 121 y s., en tanto que, de la fijación de una condición necesaria singular de la punibilidad de un caso, no puede derivarse positivamente la punibilidad de otro caso. En la misma línea, Roxin: *La teoría del delito*, p. 452 y s.

66 Vid., Puppe, en *El error*, p. 122.

67 Ejemplo discutido en la jurisprudencia alemana que utiliza Cancho Espinal: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (julio de 2010), p. 49 para abordar la problemática.

68 Así, Blei: *JA* 1973, p. 601 y ss. En la misma línea, Herzberg: *JuS* 1980, p. 469 y ss.

putativo, en la medida que los errores sobre valoraciones jurídicas previas al tipo penal repercutan en el ámbito de la protección penal[69]. En consecuencia, todos los errores en el campo previo también llevan al delito putativo. Una posición que alterna diferenciadamente los dos planteamientos antes referidos es la que asume ROXIN, al sostener que el campo jurídico previo al que se remite el tipo penal no tiene siempre la misma naturaleza[70]. Si se trata de un elemento típico colectivo que abarca diversas circunstancias particulares en el tipo penal (por ejemplo, tributos, autoridad competente, etc.), entonces cabrá seguir la tesis del delito putativo, pues esos ámbitos previos pertenecen al tipo penal. Pero si se trata de elementos normativos que está situados fuera del tipo como la ajenidad o el perjuicio patrimonial, entonces habrá dolo y, por lo tanto, una tentativa inidónea.

En nuestra opinión, el criterio de delimitación entre el delito putativo y la tentativa inidónea no debe encontrarse en la esfera interna del autor, sino en el sentido que expresa socialmente su actuación[71]. Bajo este punto de partida, el delito putativo no es una simple ampliación de lo punible en la cabeza del autor, sino fundamentalmente un acto que expresa una extensión del ámbito de regulación del ordenamiento jurídico-penal que, al haberse realizado de manera unilateral por el autor y al margen de los procesos institucionalizados para configurar los contornos normativos de la sociedad, no puede tener relevancia penal alguna. Lo que el autor pone de manifiesto con su actuación es que el delito está configurado de una manera distinta a como realmente lo está. En este sentido, el delito putativo no puede constituir un acto comunicativo penalmente relevante y, por ello, debe quedar impune.

Una tentativa inidónea tendrá lugar, por el contrario, cuando el autor yerra solamente sobre la relevancia delictiva de su concreta actuación. El autor conoce el verdadero alcance de la norma penal, pero cree erróneamente encontrarse en él[72]. Esta afirmación podría recibir la crítica de llevar a cabo una ampliación excesiva de la tentativa y permitir la punibilidad en supuestos en los que la pena no resulta necesaria. Ante esta objeción cabe replicar que la afirmación de una tentativa no decide aún sobre la punibilidad de la misma. Fuera del ámbito de lo punible se encuentran, como ya lo indicamos, los casos en los que el hecho delictivo no hubiese podido materializarse de ninguna manera (delito imposible). Solamente los casos

69 En este sentido, BURKHARDT: *JZ* 1981, p. 685; FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 520. Críticamente, ROXIN: *La teoría del delito*, p. 449.

70 Vid., ROXIN: *La teoría del delito*, p.454 y ss.

71 Anteriormente, GARCÍA CAVERO: *Derecho penal económico*, PG, I, p. 806. Similarmente, JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 71: "*el comportamiento del autor en el contexto por él conocido, carece de significado delictivo*".

72 Vid., FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 525.

de tentativa inidónea en sentido estricto podrán ser penalmente sancionados, pues si bien la actuación en el caso concreto no ha sido idónea para realizar el delito, en otras circunstancias lo hubiese sido. La perturbación social que fundamenta la punición de la tentativa tiene lugar sólo en estos casos.

> Ejemplo: Aquél que recibe una herencia y no la indica en su declaración jurada de impuesto a la renta para evitar pagar impuestos, no yerra sobre el delito de defraudación tributaria, sino sobre la relevancia delictiva de su concreta actuación[73]. No obstante, debido a que de ninguna forma la omisión de declaración de herencias puede configurar el delito de defraudación tributaria, se trata de un delito imposible impune. La situación cambia si una persona no realiza la declaración anual, pensando que con ello oculta determinados ingresos al Fisco, pero resulta que en ese año tal declaración para él no era obligatoria[74]. En estos casos, se tratará de una tentativa inidónea en sentido estricto.

4. Los elementos de la tentativa

Conforme al artículo 16 del CP, se castiga penalmente como tentativa el caso en el que el agente, que ha decidido cometer un delito, comienza a ejecutarlo sin llegar a consumarlo. De esta definición legal de la tentativa se desprenden con suficiente claridad sus dos elementos constitutivos. Un elemento objetivo constituido por el comienzo de la ejecución del delito sin lograr consumarlo y un elemento subjetivo consistente en la decisión de cometer el delito ejecutado[75].

A. La imputación objetiva: El comienzo de la ejecución sin consumación

A diferencia de la legislación alemana que considera tentativa el hecho de disponerse a realizar inmediatamente el tipo penal, nuestra regulación legal califica como tentativa la efectiva ejecución del delito sin llegar a consumarlo[76]. Si lo que

---

73 Por el contrario, considera que este supuesto no debería ser considerado tentativa, Burkhardt: *Wistra* 1982, p. 180.

74 Así fue en esencia el caso juzgado por el tribunal de cámara del 9.09.1981 y que calificó este hecho como una tentativa de defraudación tributaria. Vid., sobre esta sentencia críticamente, Burkhardt: *Wistra* 1982, p. 178 y ss.

75 Por su parte, Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 530, entiende que los elementos del artículo 16 del CP son, en realidad, tres: decisión de cometer el delito, inicio de la ejecución y no consumación del delito. Igualmente, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* (90), 2016, p. 60.

76 De ello, en la doctrina nacional concluyen que a nivel objetivo la tentativa tiene dos aspectos (comienzo de ejecución y ausencia de consumación), Reyes Tello: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 73 (2015), p. 110; Bustamante Requena: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 75 (2015), p. 56 y s.

marca la existencia de la tentativa es la ejecución no consumada de la conducta tipificada como delito, su delimitación con la preparación, por un lado, y con la consumación, por el otro, se deberá determinar con base en el tipo penal correspondiente[77]. Tal perspectiva de análisis aboga claramente por una comprensión formal de la tentativa[78]. Las acciones preparatorias serían aquéllas que tienen lugar antes del inicio de la ejecución de la conducta típica, mientras que la consumación será la realización completa del tipo penal[79]. En este contexto de ideas, una tentativa podría tener lugar incluso en delitos de preparación[80] o en delitos de peligro abstracto en general[81], en la medida en que se realice algunos elementos, pero no todos, del tipo penal correspondiente. Esta posibilidad se encuentra incluso respaldada por nuestro sistema abierto de incriminación de la tentativa.

La comprensión formalista de la tentativa no es completamente satisfactoria, pues podría degenerar en un Derecho penal de la sospecha. Por poner un ejemplo: Se podría llegar a castigar como tentativa de un delito de conducción en estado de embriaguez a quien, encontrándose bajo la influencia de bebidas alcohólicas, coge las llaves del carro para volver a su casa. Para evitar esta excesiva ampliación de lo punible, resulta indispensable dotar a la regulación legal de una base material que permita decidir cuándo efectivamente tiene lugar una tentativa penalmente relevante[82]. En nuestra opinión, este punto de apoyo material se encuentra en la imputación objetiva con base en roles jurídicamente relevantes. Bajo este esquema de interpretación, el acto de ejecución no sólo debe corresponderse con la conducta típica, sino fundamentalmente constituir una defraudación de la norma por la infracción del rol (general o especial) jurídicamente atribuido[83].

La determinación material de la tentativa con base en la teoría de la imputación objetiva, requiere definir el contexto de actuación[84]. Mediante este proceso de contextualización será posible fijar si el ciudadano correspondiente ha infringido

---

77 Similarmente Tiedemann: *JR* 1973, p. 412; Sancinetti: *Teoría del delito*, p. 461.

78 Por eso Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 56, obtiene la conclusión contraria para el Derecho penal alemán. Igualmente, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 105, considera que la teoría objetivo-formal en su forma pura no resulta defendible.

79 En este sentido, Farré Trepat: *La tentativa del delito*, p. 283.

80 Rechaza esta posibilidad, Meinecke: *Gesetzgebungssystematik*, p. 78.

81 Vid., en principio, en contra de la punibilidad de la tentativa en delitos de peligro abstracto, Meinecke: *Gesetzgebungssystematik*, p. 70 y ss.

82 En este sentido también se encuentra la línea de desarrollo de Zaczyk: *Das Unrecht*, p. 300 y ss., aunque con fundamentos distintos a los que sostenemos.

83 Similarmente, Reyes tello: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 73 (2015), p. 110, al requerir la creación de un riesgo jurídico-penalmente no permitido.

84 En este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 63.

sus deberes de organización o institucionales. El plan subjetivo del autor juega un papel secundario, a diferencia de la regulación positiva alemana que lo contempla expresamente en su definición de tentativa. La defraudación de expectativas no puede quedar a merced de la representación interna del autor, sino que se trata de un aspecto definido por las estructuras sociales[85]. Si en la infracción de la norma han intervenido varias personas, el comienzo de la tentativa deberá determinarse con base en la solución conjunta de una infracción colectiva de competencias, es decir, como si el hecho hubiese sido realizado en su totalidad por un solo interviniente[86]. En consonancia con las ideas expuestas, sólo en caso que se pueda afirmar una infracción individual o colectiva de tales competencias, podrá decirse que ha comenzado la ejecución del delito.

La exigencia de la infracción del rol hace, por otro lado, que sea difícil una tentativa diferenciada de la consumación en los delitos de peligro abstracto[87]. La infracción del rol que sustenta materialmente el castigo de la tentativa, no se alcanza por lo general en estos delitos sino hasta el momento de la realización plena del tipo penal. El que se sienta en su automóvil después de haber bebido, no puede ser sancionado por el delito de conducción en estado de ebriedad en grado de tentativa. En el caso de los delitos de emprendimiento, tampoco es posible una tentativa, pero tal imposibilidad no se debe a la falta de una infracción del rol, sino a que la especial configuración del tipo penal hace que dicha infracción se sancione ya como si fuese un delito consumado[88]. El solo emprender los actos ejecutivos del delito consuma formalmente el tipo penal sin dejar espacio para la tentativa.

La situación es distinta en los delitos de mera conducta o en los compuestos de dos actos. En los primeros, la ausencia de un resultado diferenciado de la acción en la configuración del tipo penal, no impide que la realización parcial de la conducta típica pueda defraudar ya la vigencia de la norma[89]. Por ejemplo: el que es encontrado con una ganzúa intentando abrir la chapa de la puerta del domicilio en el que quiere entrar sin autorización del titular, podrá ser perfectamente sancionado por tentativa del delito de violación de domicilio. Lo mismo puede decirse respecto

85 Igualmente, REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 127. De otro parecer, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 5.

86 Vid., VAN WEEZEL: *LH-Jakobs* (Colombia), p. 307. Sobre la discusión entre la solución individual y la global, REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 362 y ss.

87 Vid., en este sentido, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 421. De otro parecer, REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 512.

88 Vid., FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 607; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 345; REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 500 y s. De una opinión distinta, BURKHARDT: *JZ* 1971, p. 353 y ss.; BERZ: *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 128 y s.

89 Acepta la tentativa en los delitos de mera conducta, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 788; REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 461 y ss.

de los delitos compuestos de dos actos, cuando se realiza solamente un acto de los dos que componen su estructura típica. Si bien no parece posible afirmar en tal supuesto una plena infracción del rol jurídicamente atribuido y, por tanto, una imputación del comportamiento, la situación cambia si cada acto configura por sí mismo un hecho penalmente relevante[90].

El uso del instrumental conceptual de la imputación objetiva para definir materialmente lo que debe entenderse por el comienzo de la ejecución de un delito en la regulación de la tentativa, permite, por otra parte, superar el problema interpretativo de la doctrina nacional que, por el tenor literal, limita dicho comienzo a conductas activas y las niega, por el contrario, en el caso de omisiones[91]. Hoy la opinión en los escritos especializados es prácticamente unánime en el sentido de que la tentativa en un delito de omisión (impropia) es perfectamente posible[92]. Y, en efecto, no hay razón para hacer tal limitación, si se tiene en cuenta que la omisión del garante se equipara normativamente a una conducta activa. Al final, la imputación de la creación de un riesgo prohibido que aún no se ha realizado en un resultado, no se determina en función de si se actúa o se omite, sino de la competencia penal que tiene lugar por la infracción de los roles jurídicamente atribuidos.

B. La imputación subjetiva: La decisión de cometer el delito

En la tentativa, al autor debe imputársele subjetivamente la decisión de realizar el delito correspondiente ("decidió cometer")[93]. Por lo tanto, no basta que el autor simplemente considere la posibilidad de cometer un delito, sino que debe imputársele normativamente la decisión de cometerlo[94]. Si el tipo penal aplicable exige la presencia de un especial elemento subjetivo del tipo (por ejemplo, el ánimo de lucro), entonces será necesario que también se le impute este elemento especial al autor[95]. La imputación de la decisión de cometer el delito requiere una exteriorización concluyente, de forma tal que no podrá tener lugar si el hecho se muestra

90 Vid., en este sentido, por ejemplo, la argumentación de Tiedemann: *JR* 1973, p. 413 y s.

91 Así, excluye las omisiones Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 90 (2016), p. 62.

92 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 29, n.m. 266; Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 40 y ss.; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Manual de Derecho Penal*, PG, § 17, n.m. 2017; Villa Stein: *Derecho Penal*, PG, p. 340.

93 En el mismo sentido, pero con base en la idea de bien jurídico, Murmann: *Versuchsunrecht*, p. 8.

94 En el mismo sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 29; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 775.

95 En este sentido, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 776; Farré Trepat: *La tentativa del delito*, p. 81; Mañalich: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4 (2004), p. 163.

ambivalente. La imputación penal no comienza de lo interior para pasar a lo exterior, sino de lo exterior para luego determinar lo interior.

Si la exigencia de la decisión de cometer el delito en la tentativa se corresponde con el dolo de la tentativa y si, en uno u otro caso, este dolo es el mismo que el dolo del delito consumado, son cuestiones doctrinalmente discutidas. A lo primero debe responderse afirmativamente, pues la decisión de cometer un delito es consecuencia de haberle imputado subjetivamente al autor el conocimiento de la situación específica en la que actúa y la aptitud lesiva de tal actuación. No se requiere de ningún *plus* subjetivo. En cuanto a lo segundo, la respuesta es también afirmativa en el sentido de que la imputación subjetiva en la tentativa se presenta igual que en el delito consumado[96]. El dolo de la tentativa reúne los mismos elementos constitutivos que están presentes en el dolo del delito consumado[97].

Un debate especial suscita la cuestión de si la tentativa puede ser cometida con dolo eventual. Un sector de la doctrina penal sostiene la punición de la tentativa con dolo eventual en todos los casos[98]. Este planteamiento es considerado una lógica consecuencia de sostener la plena identidad subjetiva entre la tentativa del delito y el delito consumado. Un sector minoritario de la doctrina penal defiende la posición contraria, en el sentido de la impunidad general de la tentativa con dolo eventual. Tal rechazo parte generalmente de la idea de que el dolo eventual

96 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 24; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 71; Farré Trepat: *La tentativa del delito*, p.74; Reyes Alvarado: *El delito de tentativa*, p. 248 y s. Similarmente en la doctrina nacional, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 19, n.m. 2095; Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, I, Castillo Alva (coord.), p. 535; Bustamante Requena: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 75 (2015), p. 60 y s. De una opinión contraria, Struensee: *Revista de Política criminal y Ciencias penales* (agosto de 1999), número especial 1, p. 21; Murmann: *Versuchsunrecht*, p. 9; Sancinetti: *Teoría del delito*, p. 417 y s.; Cuello Contreras, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 253 y ss. Si bien Frisch: *Comportamiento*, p. 638 y s., habla también de un dolo de consumación distinto del dolo de tentativa, precisa que la diferencia no se debe a la esencia del dolo, sino al objeto del dolo.

97 Hay que recordar que para la imputación subjetiva dolosa se exige solamente la imputación subjetiva del conocimiento de los aspectos referidos a la imputación del comportamiento, pero no los referidos a la realización del resultado. En el mismo sentido, la interpretación de Frisch: *Vorsatz*, p. 57 y ss.; Murmann: *Versuchsunrecht*, p. 8 y s. No obstante, la especial regulación de la tentativa en el StGB alemán hace que estos autores consideren que el dolo en el delito consumado no sea igual al del intentado. Pero como lo reconoce el propio Frisch: *Comportamiento*, p. 638 y ss., esta diferencia se debe no a una diferencia esencial en el dolo, sino a los distintos objetos del dolo, esto es, a lo que según la legislación alemana debe abarcar la representación del autor en la tentativa (que incluye determinados actos preparatorios).

98 Vid., la exposición sobre este sector doctrinal, Farré Trepat: *La tentativa del delito*, p. 94 y ss.

es o comparte dogmáticamente aspectos comunes con la culpa, por lo que debería quedar al margen de lo punible como tentativa[99]. Finalmente, se defiende también una posición intermedia que admite el castigo de la tentativa con dolo eventual en algunos casos. El castigo se presentará en aquellos casos en los que el conocimiento eventual se corresponde con una situación objetiva de peligro (incertidumbre sobre la producción del resultado). A nuestro entender, salvo que el tipo penal restrinja su comisión a una forma cualificada de dolo, no debería haber ninguna objeción dogmática para castigar la actuación con dolo eventual que ponga de manifiesto una decisión de cometer el delito[100].

La configuración de la imputación subjetiva en la tentativa bajo la exigencia de la "decisión de cometer el delito", lleva a la obvia conclusión de que la figura de la tentativa no es aplicable a los delitos culposos[101], a pesar de que resulte teóricamente imaginable una realización imperfecta[102]. Este rechazo de la punibilidad de la tentativa en los delitos culposos se extiende también a los delitos culposos cualificados por el resultado, pero no, más bien, a los delitos dolosos cualificados por el resultado[103]. Ahora bien, si se considera conveniente que, en ciertos ámbitos especialmente sensibles, se castigue ya las acciones capaces de lesionar culposamente el bien jurídico, se podrá recurrir para ello a la figura de los delitos de emprendimiento o a los delitos de peligro abstracto como formas de incriminación anticipada de la conducta peligrosa[104].

---

99 Así, BUSTOS RAMÍREZ: *RJC* 1984, p. 309 y ss. En la doctrina nacional, BUSTAMANTE REQUENA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 75 (2015), p. 65.

100 Igualmente, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 775; REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 249 y s.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 77.

101 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 28; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 776; MEINECKE: *Gesetzgebungssystematik*, p. 100 y s.; FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 465. Igualmente, para el Derecho penal peruano, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 428.

102 Sobre la posibilidad teórica de una tentativa culposa, REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 254. En esa línea, JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 73, sostiene que la impunidad de la tentativa en los delitos culposos no se debe a la naturaleza de las cosas, sino a una decisión político-criminal.

103 FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 466. En el caso de los delitos cualificados por el resultado cuyo tipo básico es doloso, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 318, destaca que se pueden presentar dos supuestos distintos: Uno es el caso del autor que intenta causar dolosamente el resultado cualificado sin lograrlo (la cualificación por el resultado en grado de tentativa); el otro sucede cuando el autor no dirige su conducta a la producción del resultado cualificado, pero se produce con la tentativa del tipo básico (tentativa cualificada por el resultado). Mientras que en el primer supuesto la posición mayoritaria asume el castigo sin mayor problema, en el segundo supuesto solamente será posible si el resultado cualificado está vinculado a la acción y no al resultado del tipo básico.

104 Vid., así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 4; REYES ALVARADO: *El delito de tentativa*, p. 255.

Un punto especialmente debatido en relación con el lado subjetivo de la tentativa es lo que se conoce como "determinación condicionada". Con este término se engloba los casos, en los que el autor condiciona la ejecución del delito al cumplimiento de determinado suceso[105]. Por ejemplo, el ladrón que entra al patio de la casa, pero al ver que hay gente, decide esperar una hora a que salgan para, en tal caso, proceder con el latrocinio. Dejando los casos limítrofes de la propensión al delito (impune) y la decisión con reserva de desistimiento (punible)[106], el caso de determinación condicionada constituye una decisión de cometer el delito con la única particularidad de que su ejecución permanece condicionada[107]. La punición de este supuesto particular dependerá de si la condición es previa al inicio de ejecución o si se espera durante la ejecución. En el primer caso, no hay un hecho penalmente relevante aún que pueda generar responsabilidad[108], a no ser que se haya realizado un acto de preparación punible. En el segundo caso, se presentará una tentativa punible si es descubierto antes de verificarse la condición, quedando, por el contrario, en un desistimiento si deja de emprender la acción por la falta de verificación de la condición.

5. La penalidad de la tentativa

La legislación penal peruana asume un sistema de criminalización abierta de la tentativa, a diferencia de la alemana que requiere, al menos para los delitos menos graves, que el tipo penal de la Parte Especial contemple expresamente el castigo de la tentativa[109]. Esta incriminación abierta no significa, sin embargo, que la figura de la tentativa sea aplicable a todos los tipos penales de la Parte Especial, pues, como ya se dijo, hay delitos en los que no es posible su aplicación, como el caso de los delitos culposos o los delitos de peligro abstracto.

La segunda parte del artículo 16 del CP señala que, en caso de tentativa, la pena será disminuida prudencialmente por el juez, lo que, conforme a una extendida opinión en la doctrina penal nacional, implica una pena siempre por debajo del mínimo legal previsto para el delito consumado[110]. Como se desprende de la redacción del mencionado artículo, no se trata de una reducción facultativa, sino

105 Vid., Reyes Alvarado: *El delito de tentativa*, p. 258.

106 Sobre las diferencias entre estos supuestos, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 82.

107 En este sentido, Reyes Alvarado: *El delito de tentativa*, p. 260 y s.

108 Vid., Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 234.

109 Vid., Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 784.

110 Vid., Prado Saldarriaga: *Determinación judicial de la pena*, p. 142; Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 449; Rojas Vargas: *El delito*, p. 462 y ss. De otro parecer, Castillo Alva: *Derecho Penal*, PE, p. 257 y s.

impuesta por el legislador[111]. Dentro de la facultad discrecional del juez se encuentran, más bien, los criterios para establecer la pena concreta a imponer. Tal decisión sobre la entidad concreta de la pena debe tomarse sobre la base de los criterios previstos en el artículo 46 del CP y también de consideraciones particulares sobre la tentativa como, por ejemplo, si la tentativa es inacabada o acabada.

6. El desistimiento

El desistimiento puede ser definido como la conducta voluntaria del autor, por medio de la cual deja de proseguir con los actos de ejecución del delito o impide que éste se consume. De tal definición se desprende lógicamente que el desistimiento presupone una tentativa punible, por lo que no puede hablarse de un desistimiento si el autor simplemente se abstiene de emprender el hecho delictivo[112]. Conforme al artículo 18 del CP, el desistimiento del interviniente en un delito se privilegia con la impunidad por los actos ejecutivos realizados, siempre y cuando lo efectivamente realizado no constituyan ya otro delito. En la doctrina penal se ha discutido sobre el fundamento de esta exención de la responsabilidad penal y, a partir de ello, de las particularidades que asume dicha figura en el *iter* delictivo.

A. Fundamento

Como lo ponen de relieve JESCHECK/WEIGEND, la decisión legislativa de dejar impune el desistimiento voluntario de la tentativa del delito no puede considerarse un acto de generosidad del legislador, sino que requiere de una fundamentación[113]. Precisamente a esta labor se han dedicado numerosos trabajos doctrinales, sin que se haya alcanzado al respecto un consenso dominante[114]. Sin entrar en las particularidades de cada una de las propuestas de fundamentación, puede decirse que existen tres modelos para fundamentar la impunidad del desistimiento: Un modelo externo al Derecho penal, un modelo interno al Derecho penal, pero externo a la tentativa, y, finalmente, un modelo interno al Derecho penal referido a la tentativa[115].

---

111 Así, ROJAS VARGAS: *El delito*, p. 461. Se opta por seguir, entonces, el modelo español frente al modelo alemán de carácter facultativo. Vid., sobre ambos modelos, FARRÉ TREPAT: *La tentativa del delito*, p. 572 y ss.

112 Vid., en este sentido, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 18, p. 585 y ss.

113 *Tratado*, II, p. 808.

114 Sobre las distintas fundamentaciones de la impunidad en caso de desistimiento de la tentativa, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 808 y ss.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 5 y ss.

115 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 326. Existen otras propuestas de clasificación de las teorías sobre el fundamento del desistimiento como la planteada por DAVID: *El desistimiento de*

Dentro del primer modelo de fundamentación se encuentra la llamada teoría político-criminal o del puente dorado, según la cual la impunidad del desistimiento se justifica como un estímulo al autor para evitar la consumación del delito y mantener ileso el bien jurídico[116]. Con el segundo modelo se corresponden, por su parte, la llamada teoría del premio (gracia, recompensa o merecimiento) que recompensa el mérito del desistimiento voluntario con la concesión de la impunidad[117], la llamada teoría del fin de la pena que se sustenta en la falta de necesidad de imponer una pena[118] e incluso las teorías de la culpabilidad en su versión de exclusión de la culpabilidad[119] o de satisfacción de la culpabilidad[120], en tanto todas estas teorías fundamentan la renuncia a la pena en razones jurídico-penales ajenas a la estructura de la tentativa. También el tercer modelo de fundamentación es interno al Derecho penal, pero, a diferencia del modelo anterior, recurre a la tentativa misma para poder precisar la razón que permite liberar de pena al que realiza un desistimiento[121]. Este último modelo de fundamentación es el que consideramos más adecuado, ya que no abandona la solución a factores ajenos a la dogmática penal, ni utiliza fórmulas de compensación al interior del sistema penal que puedan romper la estructura del sistema de imputación. Solamente a partir de lo que es la tentativa, es posible encontrar el fundamento de la ausencia de pena en caso de desistimiento[122].

La propuesta de fundamentación asumida sigue la última vertiente indicada bajo la idea de la modificación del hecho. Como lo hemos señalado líneas más arriba, la tentativa constituye un acto con sentido comunicativo pleno, esto es, una perturbación social. El autor ha infringido su rol y abre, con ello, la posibilidad al sistema penal de realizar una imputación jurídico-penal. No obstante, para que esta imputación proceda es necesario que el hecho esté separado del autor por una

---

la tentativa, p. 25: Mañalich: *Revista de Estudios de la Justicia,* N° 4 (2004), p. 165 y ss., quienes diferencian entre teorías jurídicas, teorías político-criminales y teorías del fin de la pena.

116 Sobre esta teoría que se remonta a Feuerbach, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 809.

117 Vid., Bockelmann, *NJW* 1955, p. 1421. Sobre este planteamiento, vid. Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 809 y s.; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 22 y ss.

118 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 4 y ss.; Silva Sánchez, en *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, p. 142; Faraldo Cabana: *Las causas*, p. 112.

119 Vid., Ulsenheimer: *Grundfragen*, p. 90 y ss.

120 Vid., Herzberg: *NStZ* 1989, p. 49 y ss.

121 Vid., en este sentido, la teoría de la unidad [Lang-Hinrichsen: *FS-Engisch*, p. 372; Muñoz Conde: *ZStW* 84 (1972), p. 778; Roxin: *la teoría del delito*, p. 372 y ss.] y la teoría de la fundamentación de la modificación [Jakobs, en *Estudios*, pp. 326, 331, Reaño Peschiera: *LH-Jakobs* (Perú), p. 364].

122 Vid., en este sentido, Alcácer Guirao: *¿Está bien lo que bien acaba?*, p.51 y s.

pérdida de influencia sobre el mismo[123], de manera tal que mientras esto no suceda la posibilidad de una reversión del sentido comunicativo del hecho resulta todavía posible[124]. En tanto solamente el presente puede ser modificado, y no el pasado, cabe siempre un desistimiento sobre una conducta que, si bien comenzó en el pasado, se encuentra todavía en el presente[125]. Por el contrario, si el hecho ya se separó del autor, es decir, forma parte de pasado, entonces sólo cabrá una rectificación, un arrepentimiento, pero no un desistimiento[126]. La modificación todavía posible del hecho mantiene la vigencia de la norma y, por lo tanto, no existe una defraudación que deba ser restablecida por medio de la imposición de una pena. En este contexto de ideas puede comprenderse el trato privilegiado que el artículo 18 del CP otorga al desistimiento[127].

B. Las formas de manifestación del desistimiento

El artículo 18 del CP establece que el que desiste voluntariamente de proseguir los actos ejecutivos del delito o impide que se produzca el resultado, será reprimido sólo cuando los actos practicados constituyan delito. Como puede verse, nuestra regulación penal reconoce dos formas de manifestación del desistimiento con base en la diferencia entre la tentativa acabada e inacabada[128]. En la tentativa acabada el autor ha realizado todos los actos dirigidos a la producción de la con-

---

123 Esta pérdida de influencia puede tener lugar por una renuncia consciente a las posibilidades de modificación del hecho o por una pérdida objetiva del control sobre el hecho. Vid., de manera más detallada, JAKOBS, en *Estudios*, p. 328 y s.

124 Vid., en este sentido, JAKOBS: *JZ* 1988, p. 520; EL MISMO, en *Estudios*, p. 328. Por el contrario, considera que el injusto de la tentativa es inmodificable, MURMANN: *Versuchsunrecht*, p. 31.

125 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 2; EL MISMO, en *Estudios*, p. 330.

126 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 330 y s.: "*modificación del hecho versus comportamiento general posterior al hecho*". Igualmente, JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 73 y s.

127 No obstante, REAÑO PESCHIERA: *LH-Jakobs* (Perú), p. 374 y s., considera que los casos de desistimiento voluntario no deben ser distinguidos con la impunidad, sino con una pena más benigna que la correspondiente a la tentativa no desistida. Esta argumentación olvida, sin embargo, que la responsabilidad penal se mantiene en caso que los hechos materializados constituyan ya otro delito, de manera que no se le niega el efecto social perturbador de los hechos hasta entonces cometidos, sino que solamente excluye la responsabilidad por aquello que el autor oportunamente ha podido revocar.

128 Vid., REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 18, p. 594. Sobre la importancia de la diferencia entre tentativa acabada e inacabada para los casos de desistimiento, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 4; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 1; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 811; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 140; CEREZO MIR: *RDPC* 1 (1998), p. 18; MAÑALICH: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4 (2004), p. 165.

sumación del delito, por lo que el desistimiento debe impedir en estos casos la producción del resultado[129]. Por el contrario, en la tentativa inacabada el autor no ha realizado todos los actos que llevan al resultado, de manera que un desistimiento tiene lugar cuando voluntariamente no se prosigue con los actos ejecutivos del delito[130]. La doctrina penal reconoce un tercer supuesto de tentativa, la llamada tentativa fracasada, la cual se presenta cuando el autor no puede alcanzar el objetivo planteado[131]. Si bien se concluye que no es posible un desistimiento de la ejecución fracasada[132], se discute qué relevancia le correspondería a la renuncia a un nuevo emprendimiento inmediato aún posible.

a. El desistimiento en la tentativa acabada

Para poder admitir un desistimiento en la tentativa acabada, debe tratarse de un hecho que todavía pueda ser susceptible de modificación, es decir, que el hecho se mantenga aún bajo el dominio del autor[133]. Si el hecho, como tal, resulta ya irreversible, esta situación deberá entenderse simultáneamente como la renuncia a la posibilidad de modificación. Una vez que el hecho deja de estar bajo el dominio del autor, la posibilidad de emprender cursos salvadores abierta por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, no permiten fundamentar un desistimiento sobre el primer hecho[134], lo que, en todo caso, no excluye una atenuante en caso de reversión. Por ejemplo: Una persona dispara directamente a la cabeza de otra para producirle instantáneamente la muerte. La víctima mueve la cabeza, produciéndole una herida grave que le producirá la muerte en caso de no ser inmediatamente atendida. Si el agresor lleva a la víctima a la clínica y le salva la vida, eso no podrá considerarse un desistimiento de la tentativa de homicidio con un disparo dirigido a la cabeza, aunque su conducta constituye un hecho post-delictivo que generará sin duda efectos atenuatorios.

La posibilidad de modificación de una tentativa acabada que está fuera del dominio del autor se niega incluso si éste considera una posibilidad insegura de

129 Vid. Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 812.

130 Vid. Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 812.

131 Vid., sobre la tentativa fracasada, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 77.

132 Vid., así, Jäger: *Der Rücktritt*, p. 27; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 815; Murmann: *Versuchsunrecht*, pp. 34, 37; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 36.

133 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 335. Por el contrario, Benlloch Petit, en *Entre el funcionalismo y el principialismo*, Sánchez Herrera (coord.), p. 339 y s., considera que en estos casos el autor ya no controla el peligro. En el mismo sentido, Alcácer Guirao: *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 9; Yvancovich Vásquez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 53 (2013), p. 65.

134 Vid., en este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 19; El Mismo, en *Estudios*, p. 334 y s.; Burkhardt: *Der „Rücktrit"*, p. 93.

reversión, pues la posibilidad de revocación no se ha encontrado bajo su dominio, sino que ha sido la casualidad la que le ofrece la posibilidad de un curso salvador[135]. Ejemplo: Si una persona envenena a otra, asumiendo que eventualmente puede haber un intervalo de tiempo que permitiría salvarle la vida, el salvamento que se emprenda en una situación como esa no dará pie a un desistimiento, pues esa posibilidad no ha estado bajo el dominio del autor, sino que se ha dado por circunstancias fortuitas del caso concreto.

b. El desistimiento en la tentativa inacabada

En la tentativa inacabada, el desistimiento se manifiesta por medio del abandono voluntario de la prosecución del hecho aún no consumado[136]. Si bien a la ejecución parcial del delito se le puede atribuir ya el sentido comunicativo de cuestionar la vigencia de la norma (tentativa), la interrupción voluntaria de los actos ejecutivos por parte del autor corrige el sentido perturbador de lo parcialmente ejecutado, haciendo desaparecer la defraudación de la norma. La regla general es que si el delito se encuentra todavía en proceso de ejecución, la reversión de su sentido comunicativo es siempre posible mediante el desistimiento de su prosecución[137]. No obstante, si el hecho se le ha escapado de las manos al autor, esta forma de desistimiento no podrá tener lugar, aun cuando la tentativa fracase y sea posible emprender nuevamente la conducta defraudatoria, de lo que luego el autor desiste. En estos casos, tiene lugar la llamada tentativa fracasada que, por sus particularidades, merece un análisis más detenido.

c. El desistimiento en la tentativa fracasada

Una encendida discusión motiva en la doctrina penal los casos en los que el desistimiento se produce luego de una tentativa fracasada. Por ejemplo: el autor dispara sobre la víctima y no le da, desistiendo de realizar un nuevo disparo[138]. La antigua jurisprudencia alemana resolvió estos supuestos con base en la llamada teoría del plan del autor, en la que el criterio decisivo para solucionarlos se encontraba en el plan del autor, en caso de haberlo tenido[139]. No obstante, las críticas que se

135 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 19a; EL MISMO, en *Estudios*, p. 335. Sobre la exclusión de la casualidad en la configuración (objetiva) del desistimiento, JÄGER: *Der Rücktritt*, p. 93.

136 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 816.

137 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 340.

138 Vid., JÄGER: *Der Rücktritt*, p. 43.

139 Según esta teoría, si el plan del autor se limitaba a un acto concreto y este acto fracasaba, un distanciamiento del autor respecto de otros actos que asegurarían el resultado, no se tenía como desistimiento. Si el plan del autor no se limitaba a ningún acto concreto y quedaba

hicieron a esta teoría por favorecer a los autores con planes alternativos y por asumir un criterio puramente psicológico, llevaron a su completo rechazo[140]. La propia jurisprudencia alemana ha abandonado en la actualidad esta perspectiva de análisis y ha asumido, en su lugar, la llamada teoría de la comprensión global defendida por la doctrina dominante[141].

Para la teoría de la comprensión global, lo decisivo se encuentra en la representación del autor, después de terminar el último acto de ejecución (el llamado horizonte del desistimiento), de manera que una tentativa fracasada solamente existirá si, según la representación del autor, una inmediata actuación resulta imposible para impedir el resultado[142]. Por el contrario, si luego de una actuación sin éxito el autor desiste de un nuevo emprendimiento que considera idóneo para producir el resultado no alcanzado, entonces este desistimiento alcanzará a todo el hecho[143]. A la teoría de la comprensión global se le opone la llamada teoría del acto individual[144], conforme a la cual cada acto considerado idóneo para producir por sí mismo el resultado constituye una tentativa independiente, de manera que, en caso de fracaso, no cabe un desistimiento[145]. Sin pretender entrar en las particularidades del debate entre estas teorías, debemos señalar que nos inclinamos por la propuesta de solución ofrecida por la teoría del acto individual, aunque resulta conveniente que hagamos algunas precisiones.

Cada acto individual no debe entenderse en un sentido natural, sino en un sentido normativo, es decir, como una acción con el sentido comunicativo de defraudación de las expectativas normativas institucionalizadas[146]. Para que un hecho pueda alcanzar este sentido comunicativo, resulta necesario poder imputar al autor la infracción de la norma. Esta imputación solamente puede tener lugar si el hecho

---

su tentativa inacabada aún después de ciertos actos fracasados, un desistimiento resultaba posible mediante la renuncia a continuar los actos ejecutivos. Si consideraba que los actos ya emprendidos eran suficientes para la producción del resultado, un desistimiento solamente podía tener lugar mediante una acción de salvamento. Sobre esta teoría, vid., Jäger: *Der Rücktritt*, p. 44.

140 Sobre las críticas a esta perspectiva, vid., Jäger: *Der Rücktritt*, p. 45; Murmann: *Versuchsunrecht*, p. 38 y s.; Otto: *Manual de Derecho Penal*, § 19, n.m. 13.

141 Vid., así, Otto: *GA* 1967, p. 148 y ss.; El Mismo, *Jura* 1992, p. 427 y ss.; Roxin: *La teoría del delito*, p. 419; Streng: *JZ* 1990, p. 213 y s.; Schall: *JuS* 1990, p. 625.

142 Vid., en este sentido, Niemeyer: *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 32.

143 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 187.

144 Vid., así, Baumann: *Strafrecht*, AT, p. 516; Maiwald: *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 92 y s.; Jakobs, en *Estudios*, p. 340.

145 Vid., Jakobs: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 561 y s.

146 Similarmente, Jakobs: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 563

se ha separado del autor, de manera que no exista posibilidad de modificación. Si se pierde el dominio sobre una primera tentativa fracasada (riesgos extintos) y respecto de una segunda acción se impide la realización del resultado, no podrá admitirse un desistimiento sobre los riesgos extintos del primer acto, pues éste forma parte ya del pasado. Un acto voluntario de salvamento posterior al hecho podrá entenderse solamente como una rectificación del primer riesgo fracasado, pero no como un desistimiento[147]. Por el contrario, si el riesgo creado se detiene y se abre nuevas posibilidades de lesión (desplazamiento de riesgos), un desistimiento resulta posible respecto de estos nuevos riesgos, siempre que el riesgo inicial se haya mantenido bajo el dominio del autor[148].

Ejemplo: El asesino le sirve en el vaso de la víctima la bebida envenenada, la cual se le cae al piso, por lo que la víctima se agacha a limpiar, dándole la oportunidad al victimario de golpearle mortalmente en la cabeza con la jarra que tiene entre sus manos, de lo cual sin embargo desiste.

C. *Requisitos del desistimiento*

Para que el desistimiento del autor pueda desplegar sus efectos exoneratorios de la responsabilidad penal son necesarios dos requisitos: La eficacia del acto de modificación y la voluntariedad del desistimiento. Siguiendo a la jurisprudencia española, la Corte Suprema de la República ha señalado, en la Casación N° 539-2017-Lambayeque, que el desistimiento necesita de cuatro requisitos: voluntario, positivo, eficaz y completo. Sin embargo, el requisito del carácter positivo solamente podría predicarse del desistimiento en tentativa acabada, pero, aun así, no hay duda de que se trata de un aspecto relacionado con la eficacia del desistimiento. Lo mismo sucede con el requisito del carácter completo del desistimiento, pues si no es completo, resultará ineficaz. Por ello, en estricto, el desistimiento precisa solamente de los requisitos de eficacia y voluntariedad.

a. La eficacia

Se discute primeramente si, en el plano objetivo, el desistimiento debe ser eficaz o no, es decir, si el agente debe impedir efectivamente la realización del delito o basta con que se esfuerce seriamente en impedirlo, aunque el resultado finalmente se produzca. En la medida que el desistimiento se sustenta en una reversión todavía posible del sentido comunicativo perturbador de lo ejecutado por el autor, parece lógico exigir que el esfuerzo serio de impedir la consumación del delito se mate-

147 Vid., en este sentido, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 19; El Mismo, en *Estudios*, p. 334 y s.; Burkhardt: *Der „Rücktrit"*, p. 93.

148 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 335 y s.

rialice en una reversión efectiva[149]. Esta eficacia debe entenderse, sin embargo, en un sentido normativo, no como una simple relación de causalidad natural entre el comportamiento del autor y la falta de consumación del delito. Para determinar normativamente la eficacia del desistimiento se encuentran en disputa la teoría del incremento de la probabilidad de salvación y la teoría de la prestación óptima[150]. Sin entrar en las particularidades de cada una de ellas, la segunda es la que debe ser utilizada como criterio de determinación, en la medida que la injerencia del autor exige un comportamiento que no sólo ofrezca una probabilidad de salvación, sino que acuda a la prestación más óptima de las posibles.

El carácter óptimo del desistimiento, para ser eficaz, tiene dos formas de manifestación distintas en función de si se trata de una tentativa acabada o de una tentativa inacabada. En el caso de una tentativa acabada, el autor tendrá que llevar a cabo una acción óptima para evitar el resultado lesivo. Para ello, tendrá que eliminar todos los riesgos prohibidos creados, de manera tal que, si el acto de modificación deja todavía riesgos residuales prohibidos, no podrá liberarse de responsabilidad penal, aun cuando este riesgo residual pueda no realizarse. Un desistimiento sobre sólo algunos riesgos o que únicamente produzca una disminución del riesgo creado, no resulta suficiente. No obstante, si el autor emprende una modificación completa de los riesgos y éstos se eliminan por otras razones, podrá admitirse un desistimiento. Por ejemplo: El que tira a un niño al río, se lanza luego a salvarlo, pero este niño, que sabía nadar, consigue salir del agua ileso. En el caso de la tentativa inacabada, la prestación óptima del desistimiento se presenta bajo la forma de una renuncia a la continuación de la ejecución del delito, en la medida que la falta de prosecución de los actos de ejecución impida la materialización del delito.

La exigencia de la eficacia del acto de reversión no implica que, en los hechos, la afectación al bien jurídico nunca se produzca, sino que, de darse dicha afectación, no se le podrá atribuir al que se desistió óptimamente. Tal situación se ve con claridad cuando el autor realizó una prestación óptima de desistimiento, pero el resultado igualmente se produce por razones no imputables al autor. Por ejemplo: A apuñala a B para matarlo, pero cambia de opinión y llama a una ambulancia para transportarlo hasta el hospital y salvarle la vida, siendo que se produce un accidente automovilístico en el que el herido fallece[151].

---

149 Sobre el principio de eficacia en el desistimiento, Silva Sánchez, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 142 y ss.; Martínez Escamilla: *El desistimiento*, p. 73; Alcácer Guirao: *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 1 y s.

150 Vid., sobre ambos planteamientos, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 221 y ss.; David: *El desistimiento de la tentativa*, p. 150 y ss.

151 Ejemplo propuesto por Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 126.

La comprensión normativa de la eficacia del desistimiento se puede apreciar con claridad cuando en el delito intervienen responsablemente varias personas. El artículo 19 del CP señala que no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado[152]. Esta regulación confirmaría lo hasta ahora afirmado, en general, para el autor individual que se desiste, en tanto debe prestar una prestación eficaz para revertir el sentido del hecho que todavía está bajo su dominio. No obstante, el mismo dispositivo legal admite que también cabe aceptar un desistimiento si el interviniente se esfuerza seriamente en impedir la ejecución del delito[153], aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación. Parecería ser entonces que, si los partícipes prosiguiesen con la ejecución o consumación del hecho, el desistimiento del partícipe no tiene que ser eficaz, bastando únicamente con su esfuerzo serio para impedirlo[154]. Desde una perspectiva naturalista es posible hacer tal interpretación de lo legalmente dispuesto. Sin embargo, en un entendimiento normativo del desistimiento, si el partícipe retira su aportación al hecho conjunto y los demás intervinientes prosiguen con el hecho o no lo impiden, se tratará ya de un hecho distinto[155]. Su desistimiento será normativamente *eficaz* frente al primer hecho proyectado, mientras que respecto del segundo no habrá una participación que lo incrimine.

Pese a lo anteriormente afirmado, hay que señalar que el legislador penal exige al interviniente que desiste que no solamente retire su aporte del hecho conjunto, sino que se esfuerce en evitar, de ser el caso, el hecho posterior de los otros intervinientes. Aunque esta exigencia pudiese parecer excesiva[156], resulta plenamente justificada, en la medida que, de alguna forma, el interviniente que desiste contribuyó, en un primer momento, a la formación de la voluntad criminal de los otros intervinientes. Si bien la prosecución del delito ya no constituye normativamente un hecho del partícipe que se desiste, hay una cierta competencia residual por el mismo que solamente puede ser revertida con un esfuerzo serio en impedir la realización del delito, aunque finalmente no se consiga (dar parte a la policía, por ejemplo). Está de más decir que el desistimiento del partícipe no alcanzará al

152 Vid., igualmente en la regulación penal alemana, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 826; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 27.

153 Sobre el esfuerzo serio de impedir el hecho, vid., BOTTKE: *Rücktritt*, p. 59 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 147.

154 Vid., en este sentido, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 19, p. 611.

155 De otro parecer, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 347.

156 Así la crítica de REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 19, p. 623 y s.

resto de los intervinientes que continúen con la materialización de su intención criminal[157].

Debe advertirse, por otra parte, que la posibilidad de reversión que le alcanza al partícipe que se desiste no debe ser comprendida en un sentido naturalista, pues ello llevaría a afirmar que, en el caso de los partícipes que realizan su aporte en la fase preparatoria, un desistimiento no podría tener lugar durante la ejecución del delito. La capacidad de influencia sobre el hecho debe entenderse también en un sentido normativo, esto es, que la acción ejecutiva no sólo es una acción del autor, sino también del partícipe[158], de manera tal que mientras exista la posibilidad de reversión del hecho global, un desistimiento del partícipe sigue siendo posible[159]. Por el contrario, tras la consumación y la pérdida de una posibilidad de reversión, un desistimiento no resulta posible, sino solamente una rectificación posterior.

En el caso de los delitos de peligro, la acción de reversión tiene ciertas particularidades que inciden en la aplicación de la exención de la pena prevista para el desistimiento. Si se trata de un delito de peligro abstracto que adelanta las barreras de protección al ámbito previo a la lesión, la acción de impedir que la conducta peligrosa lesione finalmente el bien jurídico, no exonera de responsabilidad penal, a pesar de girar en torno a un mismo interés de protección, pues en estos casos la norma ha sido ya quebrantada y, por tanto, un desistimiento no puede alcanzarse[160]. En el caso de un delito de peligro concreto, solamente cabrá admitir un desistimiento si se trata de una conducta que aún no ha generado el peligro concreto y que puede ser todavía revertida[161].

b. La voluntariedad

Para que la modificación del hecho por medio del desistimiento tenga efectos eximentes, el artículo 18 del CP exige que se trate de un acto voluntario. Esta exigencia legal tiene evidentemente una justificación material, la cual debe ser debidamente aclarada para poder dimensionar el alcance de este elemento del desistimiento. Para entender la necesidad del requisito de la voluntariedad es necesario atender al fundamento del desistimiento. Si lo que produce la revocación del hecho por

157 Vid., REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 19, p. 622.

158 Igualmente, GILI PASCUAL: *LH-Vives Antón*, I, p. 737 y s.

159 Vid., así, fundamentado en la llamada accesoriedad cuantitativa, JAKOBS, en *Estudios*, p. 336 y s.

160 En el mismo sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 50; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 825.

161 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 50. Una liberación general en estos delitos admite, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 825.

medio del desistimiento es una minimización del quebrantamiento de la norma, entonces resulta comprensible que tal minimización solamente pueda alcanzarse a través de un comportamiento voluntario. Únicamente una revocación voluntaria del sentido delictivo del propio comportamiento puede desplegar los efectos de una confirmación de la validez de la norma[162].

Un punto especialmente importante es determinar cómo debe manifestarse la voluntariedad en el desistimiento. En la doctrina penal se defienden fundamentalmente dos líneas de interpretación. Un sector de la doctrina entiende la voluntariedad como un dato psicológico, en el sentido del grado de influencia del motivo sobre la decisión del autor[163]. Un desistimiento es involuntario si la influencia sobre la voluntad alcanza el grado de motivación forzosa, mientras que si deja un espacio de libre decisión, entonces se tratará de un desistimiento voluntario[164]. A esta comprensión de la voluntariedad se le opone la llamada interpretación normativa[165], la cual se centra, más bien, en una valoración del cambio de motivación del delincuente[166]. Si el autor abandona irrazonablemente la continuación del delito desde la lógica del delincuente, entonces su desistimiento es voluntario[167]. Una posición intermedia asume un sector de la doctrina que entiende que la voluntariedad describe un estado psicológico que constituye el presupuesto de una exención de pena que debe ser interpretado desde una norma[168].

La comprensión normativa constituye la línea de interpretación correcta de la voluntariedad del desistimiento. Sin embargo, el entendimiento mayoritario de este planteamiento se equivoca al usar como punto de referencia de la valoración la motivación interna del autor[169]. Para determinar correctamente la voluntariedad

---

162 Similarmente, AMELUNG: *ZStW* 120 (2008), p. 220.

163 Vid., en este sentido, las interpretaciones de FRANK: *Das Strafgesetzbuch*, § 46, II; WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 198; SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, 11/71; JESCHECK/WEIGEND: *Lehrbuch*, AT, p. 544. En parte, también JÄGER: *Der Rücktritt*, p. 109 y ss., quien intenta vincularlo a la ley por medio de la diferencia entre la pérdida de sentido de la acción referido al bien jurídico (involuntario) y la pérdida del sentido de la acción referido a la modalidad de ejecución (voluntario).

164 Vid., sobre la interpretación psicológica de la voluntariedad, con mayores referencias, ULSENHEIMER: *Grundfragen*, p. 283 y ss.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 355.

165 Vid., en esta línea, ROXIN: *La teoría del delito*, p. 433 y ss.; BOTTKE: *Rücktritt*, p. 35 y ss.; ULSENHEIMER: *Grundfragen*, p. 314 y s. Critica en bloque estos planteamientos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 332 y s.

166 Vid., en este sentido, la indicación de JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 34.

167 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 383.

168 En este sentido, AMELUNG: *ZStW* 120 (2008), p. 208.

169 Vid., así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 34a; ALCÁCER GUIRAO: *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 158.

del desistimiento, no interesa la motivación interna como tal[170], sino simplemente que el autor se haya apartado del hecho concreto de una manera imputable al mismo[171]. Bajo esta perspectiva de análisis, la voluntariedad del desistimiento tendrá lugar cuando el autor se aparta del hecho puesto en práctica antes de que le haya venido un fracaso a su actuación y tenga todavía el hecho entre sus manos[172]. La intención del autor de cometer luego otro delito, constituye otro objeto de valoración que no debe incidir en la validez del desistimiento de lo hasta entonces ejecutado[173].

D. Efecto del desistimiento

El artículo 18 del CP establece que el que desiste voluntariamente de proseguir los actos ejecutivos del delito o impide que el resultado se produzca será reprimido sólo cuando los actos practicados constituyan, en sí mismos, un delito. Por ejemplo: Si la mujer que ha envenenado a su esposo se arrepiente y lo lleva al hospital más cercano, en donde le salvan la vida, pero no evitan una severa lesión en el sistema digestivo, responderá únicamente por las lesiones producidas, pero no por tentativa de parricidio[174]. A esta situación de castigo por lo ejecutado se le conoce en la doctrina penal como tentativa cualificada[175].

En la doctrina penal se discute acerca de la naturaleza jurídica de la exención de pena que provoca la figura del desistimiento. Unos sostienen que esta rectificación del autor produce una exclusión posterior del injusto[176]. Otros ubican el desistimiento a nivel de la categoría de la culpabilidad, como una causa de exclusión de la culpabilidad[177] o como una causa de disculpa[178]. La doctrina dominante lo considera una causa (personal) de exclusión de levantamiento o supresión de la

170 De un parecer contrario, la formulación normativa de Ulsenheimer: *Grundfragen*, p. 315 y ss. Este rechazo de lo interno ha llevado a Volk: *RPDJP* 3 (2002), p. 424, a afirmar que se ha procedido a una objetivización de la voluntariedad del desistimiento.

171 Vid., en este sentido, Jakobs: *JZ* 1988, p. 520; El Mismo, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 36; El Mismo, en *Estudios*, p. 344 y s.

172 Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 345.

173 Igualmente, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 381.

174 Un caso parecido fue resuelto en estos términos por la Corte Suprema en el R.N. N° 815-2013-Lima Sur de 21 de enero de 2014. Vid., con comentario, Salinas Zavala: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 102 y ss.

175 Vid., así, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 48; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 824; Silva Sánchez, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 140.

176 En este sentido, Amelung: *ZStW* 120 (2008), p. 245.

177 Así, Rudolphi: *ZStW* 85 (1973), p. 121 y s.; Ulsenheimer: *Grundfragen*, p. 94 y ss.

178 Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 30, n.m. 29, bajo su terminología de causa de exclusión de la responsabilidad penal.

punibilidad[179]. Al margen de la teoría del delito algunos lo consideran simplemente un criterio de medición de la pena[180]. Desde nuestro punto de vista, tales planteamientos no son correctos o, en todo caso, no engloban completamente la naturaleza jurídico-penal del desistimiento. En la medida que el desistimiento se mueve en el plano de un hecho delictivo aún revocable, su naturaleza jurídica debe ubicarse en el plano del injusto culpable[181]. Por ello, el desistimiento incide en todos los escalones del delito.

V. LA REALIZACIÓN DEL HECHO: LA CONSUMACIÓN

1. El concepto formal y material de la consumación

La pena prevista en el tipo penal es aplicable al autor del delito consumado. La consumación debe entenderse formalmente, en el sentido de una completa realización del tipo penal[182]. Esta realización típica puede presentarse de formas diversas según la estructura del tipo penal. En el caso de los delitos de emprendimiento y de peligro abstracto, la tentativa y la consumación se identifican normativamente, pues la imputación del comportamiento por la creación del riesgo prohibido satisface los requerimientos formales del tipo penal. Por el contrario, en los delitos de resultado, la consumación del delito requiere además la realización del riesgo prohibido en el resultado. En estos delitos, la diferencia objetiva entre la tentativa y la consumación es puramente cuantitativa[183]. Una situación particular se presenta en los delitos de mera conducta, pues si bien la imputación objetiva se satisface con la sola imputación del comportamiento, tal imputación puede alcanzarse con la realización parcial del comportamiento y, por lo tanto, se abre la posibilidad dogmática de una tentativa diferenciada de la consumación.

Junto con el concepto formal de consumación, en la doctrina penal se maneja también un concepto material, al que se le denomina terminación del delito[184]. Con este término se alude a la plena realización del injusto del delito que sirve a la conformación del tipo penal[185], por lo que abarcará aquellos actos que, estando

179 Vid., STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 30; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 823 y s. Como un elemento negativo de merecimiento de pena lo considera LANG-HINRICHSEN: *FS-Engisch*, p. 373.

180 Vid., vid., BURKHARDT: *Der „Rücktrit"*, p. 184 y ss.

181 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 2.

182 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25 n.m. 1g; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 778; MAÑALICH: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4 (2004), p. 138.

183 Vid., JAKOBS: *JZ* 1988, p. 519.

184 Así, FARALDO CABANA: *Las causas*, p. 49.

185 Vid., en este sentido, HAU: *Die Beendigung*, p. 36.

fuera del tipo penal, forman una unidad de acción con la conducta típica. Por ejemplo, la plena disposición del bien ajeno en los delitos patrimoniales de apropiación o la obtención de la ventaja indebida en la extorsión. Si bien la terminación del delito no incide en su consumación formal[186], puede desplegar efectos a nivel de la participación delictiva, la agresión ilegítima en la legítima defensa o la configuración de algunas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal[187].

En relación con la participación delictiva, se discute si puede castigarse como complicidad punible el acto de colaboración que tiene lugar en la terminación del delito. Aunque el acto de colaboración se produzca luego de la consumación formal del delito, esta especial situación temporal no tiene por qué impedir que se le trate como un supuesto de complicidad[188]. En el caso de delitos que anticipan la tutela penal a la preparación o a la tentativa, tal posibilidad se muestra incluso como absolutamente razonable. Así, en el delito de emprendimiento como el contrabando, por ejemplo, no debería haber inconveniente para castigar como cómplice a quien guarda las mercancías introducidas ilegalmente al país en un local ubicado al lado de la frontera a la espera de la persona encargada de transportar la mercancía a un lugar más seguro. La redacción del artículo 25 del CP no se opone a esta posibilidad, en la medida que en el caso de la cooperación necesaria se hace referencia a la *realización* de un hecho punible, mientras que la complicidad simple se constituye con la sola prestación de asistencia sin indicar un momento específico.

La terminación del delito debe ser tenida en cuenta también en la configuración del requisito de la agresión ilegítima en el marco de la legítima defensa. En efecto, el carácter actual de la agresión debería poder mantenerse luego de la consumación formal del delito que configura la agresión ilegítima, si el delito aún no ha terminado y es posible evitar la total afectación del bien jurídico protegido[189]. Esta situación se aprecia con claridad en los delitos permanentes, en los que, si bien el delito se encuentra ya consumado, la situación antijurídica se mantiene y puede ser, por tanto, considerada una agresión actual. Pero también es perfectamente posible sostener una actualidad de la agresión en el caso de delitos de estado que se encuentren ya formalmente consumados, como sería el caso del ladrón al que se le dispara en la pierna cuando huye para evitar que escape con el botín[190].

186 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 12; Faraldo Cabana: *Las causas*, p. 50 y s.; Borja Jiménez: *ADPCP* 1995, p. 91.

187 En este sentido, Mañalich: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4 (2004), p. 162.

188 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 257.

189 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, I, § 15, n.m. 27; Mañalich: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4 (2004), p. 162 y s.

190 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, I, § 15, n.m. 27.

En el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, la terminación del delito también puede ser tenida en cuenta como el momento en el que se puede presentar alguna circunstancia que agrava o atenúa la pena[191]. Por ejemplo, en el delito de secuestro agravado, una de las circunstancias que agrava la pena es el abuso o trato cruel del secuestrado, lo que tiene lugar en el momento de la terminación del delito. Igual situación se presenta en el delito de secuestro extorsivo cuando se agrava la pena por durar la privación de la libertad del rehén más de 24 horas. En ambos ejemplos, la circunstancia de agravación de la pena sucede después de la consumación del delito, en el marco de su terminación por parte del autor.

2. El arrepentimiento activo

Con la denominación de "arrepentimiento activo" la doctrina penal hace mención a dos grupos de casos distintos. Por un lado, esta denominación se emplea para referirse a los actos dirigidos a impedir la consumación del delito en caso de una tentativa acabada, mientras que, por el otro, se utiliza también para hacer alusión a los actos de reversión que emprende el autor luego de la consumación formal del tipo penal (reparación del daño, entrega de información relevante, etc.)[192]. Del primer grupo de casos nos hemos ocupado líneas más arriba bajo el título del desistimiento en tentativa acabada, lo que tiene pleno sentido si es que se parte de la idea de que una situación de arrepentimiento solamente puede admitirse una vez que el delito se ha consumado[193]. Los actos de reversión realizados durante la tentativa deben englobarse, más bien, en la categoría del desistimiento. En consonancia con este punto de partida, nuestra exposición sobre el arrepentimiento activo se limitará al segundo grupo de casos.

El arrepentimiento activo constituye un instituto jurídico-dogmático ubicado a nivel de la consumación (formal) del delito[194]. Esta concreta ubicación sistemática explica que no se le pueda aplicar las reglas generales del desistimiento[195], pues

191 En este sentido, BORJA JIMÉNEZ: *ADPCP* 1995, p. 171 y ss.

192 Vid., así la indicación de FEDDERS: *Tatvorsatz*, p. 55. Vid., en referencia al Derecho penal español, ALONSO FERNÁNDEZ: *Las atenuantes*, p. 21 y ss.

193 En esta línea de pensamiento, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 819, considera que la utilización del término arrepentimiento para los casos de desistimiento en la tentativa acabada resulta incorrecto, pues el arrepentimiento resulta pocas veces el motivo del desistimiento. Igualmente, sobre este uso incorrecto del término arrepentimiento activo, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 18, p. 587.

194 Vid., en este sentido, FEDDERS: *Tatvorsatz*, p. 55.

195 Vid., así, FEDDERS: *Tatvorsatz*, p. 55. Igualmente, en relación con la voluntariedad del arrepentimiento, ALONSO FERNÁNDEZ: *Las atenuantes*, p. 44. De otro parecer, FARALDO CABANA: *Las causas*, p. 114 y s.

sería abiertamente inconsistente que el tratamiento jurídico-penal de un comportamiento posterior a la consumación del delito se corresponda con los criterios que se aplican a un comportamiento que precisamente evita la consumación. Es, en todo caso, a nivel de la individualización de la pena, en donde el arrepentimiento activo podría ser tenido en cuenta como un criterio para determinar la pena concreta a imponer. El que el autor de un delito exprese, luego de su consumación, que se arrepiente de lo que ha hecho, puede justificar una respuesta punitiva de menor intensidad, pero no revocar el sentido perturbador del delito cometido.

Un sector de la doctrina penal no descarta, sin embargo, que una conducta de reversión posterior a la consumación del delito pueda llegar a desplegar efectos de exoneración punitiva como el desistimiento, aunque reconoce que tal posibilidad se encuentra supeditada a una decisión específica del legislador en el marco de determinados tipos penales de la Parte Especial o de leyes penales especiales. En lo que no existe suficiente claridad es en el criterio material que sustentaría tal decisión. Unos entienden que no es posible encontrar un criterio general que lo justifique, por lo que afirman que aquí opera un "principio de casualidad"[196]. Otros intentan identificar grupos de casos en los que, por alguna razón, se encuentra justificada la equiparación del arrepentimiento con el desistimiento. En este último caso, sin embargo, no resulta tan claro si realmente opera tal equiparación o si simplemente lo que se está haciendo es una regulación especial de un criterio de determinación de la pena. Para resolver esta duda, lo más conveniente es entrar en estos grupos de casos y determinar en cada uno de ellos si realmente se produce una equiparación con el desistimiento.

A. La criminalización en el estado previo a la lesión y reparación del daño

El arrepentimiento activo expresado en actos de reparación puede equipararse al desistimiento en el caso de delitos que anticipan la tutela penal[197]. Esta situación se presentaría, por ejemplo, en delitos como los llamados atentados contra el sistema crediticio (artículo 212 último párrafo del CP) que protegen intereses colectivos con un trasfondo de intereses individuales. Se dice que si bien estos delitos resguardan, en primera línea, un bien jurídico colectivo (en el ejemplo, el sistema crediticio), su fin de protección apunta finalmente a bienes jurídicos individuales (en el ejemplo, el patrimonio de los acreedores)[198]. De esta particular estructura típica se

196 Vid., así, Eser, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 24, n.m. 116; Krack: *NStZ* 2001, p. 505.

197 Vid., en este sentido, en relación con la regulación penal alemana, Otto: *ZStW* 96 (1984), p. 367; Krack: *NStZ* 2001, p. 505.

198 En este sentido, Krack: *NStZ* 2001, p. 505 y s. En concreto sobre los delitos contra el sistema crediticio, vid., esta indicación en INDECOPI, *Fortalecimiento del sistema de rees-*

desprende que tales figuras delictivas pueden ser consideradas materialmente un adelantamiento de las barreras de protección respecto de los bienes jurídicos individuales, por lo que su consumación formal con base en la lesión del bien jurídico colectivo no niega aún una posible reversión de la afectación respecto del bien jurídico individual. Esta reversión se produciría por medio de un arrepentimiento activo.

Para la doctrina penal mayoritaria, el tratamiento especial que se le concede al arrepentimiento activo en supuestos como los antes referidos, se encontraría fundamentado en la función de protección de bienes jurídicos. Se parte de la idea de que, a pesar de existir una consumación formal de aquellos delitos que adelantan las barreras de protección penal, el mantenimiento de la indemnidad del bien jurídico individual resulta todavía posible mediante actos posteriores de reparación[199]. Por lo tanto, resulta político-criminalmente razonable que esta forma de arrepentimiento del autor sea tratada de manera similar a un acto de desistimiento. Amparados en esta lógica, algunos autores se muestran incluso a favor de una aplicación analógica de esta regulación especial del arrepentimiento activo a todos los tipos penales que adelantan igualmente las barreras de protección punitiva[200].

Pese a la plausibilidad del razonamiento precedente, un acercamiento del arrepentimiento activo a la figura del desistimiento en delitos que anticipan la protección penal del bien jurídico, no resulta compatible con nuestra comprensión de los delitos de peligro abstracto, en los que existe una perturbación social que no puede ser ya revertida mediante actos de reparación[201]. El arrepentimiento activo tiene lugar en un momento en el que el hecho penalmente relevante tiene ya una existencia jurídica que no puede ser borrada con buenas acciones posteriores del autor. En este sentido, no puede ser tratado como un acto de revocación del sentido comunicativo del delito cometido, sino simplemente como una causa de exclusión de la punibilidad o un criterio de medición de la pena establecidos por el legislador para los casos en los que la conducta reparatoria del autor reduce o elimina la necesidad de restablecer la norma defraudada con la imposición de una

---

tructuración patrimonial, Documento de trabajo N° 002-1999, publicado el 17 de marzo de 1999, p. 12.

199 Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 117; CALDERÓN SUSIN: *Arrepentimiento espontáneo*, p. 298, respecto de los delitos de falsificación de moneda.

200 Vid., en este sentido, FEDDERS: *Tatvorsatz*, p. 63, mediante una interpretación de los tipos penales concretos. Por el contrario, BERZ: *FS-Stree/Wessels*, p. 331 y ss., considera que una aplicación analógica no resulta posible mientras no haya una regulación general del legislador. En esta última dirección discurre también el parecer de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 243.

201 Similarmente, ALONSO FERNÁNDEZ: *Las atenuantes*, p. 67, quien excluye los delitos de riesgo del ámbito de la reparación del daño posterior.

pena[202]. Siguiendo con el ejemplo de los atentados contra el sistema crediticio: La reducción de la penalidad, que en el caso de los partícipes llega hasta la exclusión de penal, se encontraría fundamentada en el impedimento o en la reparación del daño patrimonial que el delito produce o puede producir en los acreedores.

B. La escasa reprochabilidad y la reparación del daño

Lo señalado en el apartado precedente resulta igualmente aplicable a los delitos de escasa reprochabilidad[203]. El arrepentimiento activo por medio de actos de reparación del daño no elimina la perturbación social producida por el delito cometido, aunque sea de escasa gravedad, sino que, en todo caso, reduce e incluso puede excluir la necesidad de imponer la pena legalmente prevista. No es que el acto de reparación anule la perturbación social producida por el delito. Lo que hace, más bien, es restablecer la confianza en la norma defraudada por el delito, por lo que la imposición efectiva de la pena deviene en innecesaria. Una condición esencial del acto de reparación del daño es que sea total, por lo que no bastará con una simple disminución del daño[204].

En la legislación penal nacional, se encuentra regulados diversos supuestos de reparación del daño con efectos atenuantes e incluso eximentes de pena. Puede mencionarse, por ejemplo, el pago del monto total del cheque girado sin fondos en el delito de libramientos indebidos (artículo 215 último párrafo del CP). En este caso, el reproche al autor se reduce debido a su arrepentimiento activo posterior y hace que la necesidad de restablecer la norma defraudada por el delito de giro de cheque sin provisión de fondos se elimine. Dogmáticamente hablando, este comportamiento posterior a la consumación del delito excluiría la necesidad de imponer una pena, es decir, excluiría la punibilidad[205]. Si bien el principio de oportunidad está configurado como una figura procesal que incide en el ejercicio de la acción penal, no hay duda que también canaliza casos en los que existe una reparación del daño en relación con delitos que no afectan gravemente el interés público.

C. La contribución al esclarecimiento del delito

El primer párrafo del artículo 212 del CP, así como el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 815 que regula supuestos de exclusión o reducción de pena en los delitos tributarios, establecen otros supuestos de arrepentimiento activo en el De-

202 Como circunstancia de atenuación de la pena, ROIG TORRES: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 485 y s.

203 Vid., en este sentido, KRACK: *NStZ* 2001, p. 509 y s.

204 Vid., CALDERÓN SUSIN: *Arrepentimiento espontáneo*, p. 220.

205 Igualmente, en la anterior regulación penal española, CALDERÓN SUSIN: *Arrepentimiento espontáneo*, p. 304 y s.

recho penal. En estos casos, los intervinientes en el delito contribuyen eficazmente al esclarecimiento del delito con el suministro de información a la que no habrían podido acceder los órganos de persecución penal. La doctrina penal cuestiona la legitimidad de estos dispositivos, en la medida que no se aprecia ninguna razón dogmática similar al desistimiento[206]. Si bien a esta apreciación crítica no le falta razón, no afecta su inclusión en los supuestos de arrepentimiento activo, pues, como ya lo señalamos, el arrepentimiento activo no constituye una figura análoga al desistimiento, sino simplemente una causa de reducción o exclusión de la pena. Se trata de una participación activa del autor o partícipe en el proceso de restabilización de la norma defraudada, lo cual viene unido, en algunos casos, a una reparación del daño. Esto hace posible que los tribunales renuncien a la imposición de la pena o a un grado mayor de pena para restablecer la norma defraudada.

VI. EL AGOTAMIENTO DEL DELITO

La fase de agotamiento abarca la actividad realizada por el autor luego de consumado el delito, para conseguir los fines por los que lo perpetró[207]. La idea básica es que esta etapa del *iter criminis* carece de relevancia penal, en la medida que no es considerada al momento de hacerse la tipificación de la conducta delictiva[208]. La pena prevista en el tipo penal se aplica al autor que consuma el delito con independencia de si alcanza los fines por los que se propuso cometerlo. Lo anterior no impide, sin embargo, que la acción dirigida a materializar el propósito del autor puede llegar a configurar otro delito que estaría en una relación de concurso con el delito precedentemente consumado[209]. La manera como debe ser tratada esta situación concursal, dependerá precisamente de si el acto posterior es un agotamiento del delito precedente o no.

Si el acto posterior realizado por el mismo autor constituye una consecuencia lógica del delito precedentemente cometido, lo razonable es entender que, aunque esta conducta posterior puede subsumirse en otro tipo penal, se trata de un acto de agotamiento, cuyo desvalor se encuentra abarcado por la pena prevista por el delito precedente. Se tratará de un acto posterior copenado que, bajo las reglas del concurso de leyes o aparente de delitos, debe quedar al margen de lo punible[210]. Tal situación se presenta, por ejemplo, con el acto de negociación llevado a cabo por el

206 Vid., así, KRACK: *NStZ* 2001, p. 510.

207 Sobre la figura del agotamiento del delito de origen italiano, BORJA JIMÉNEZ: *ADPCP* 1995, p. 101 y ss.

208 Vid., FARALDO CABANA: *Las causas*, p. 51.

209 Vid., BORJA JIMÉNEZ: *ADPCP* 1995, p. 104 y s.; MAÑALICH: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4 (2004), p. 162.

210 Vid., sobre esto, VIDALES RODRÍGUEZ: *Delitos de receptación*, p. 111.

autor del hurto para obtener el beneficio procurado con el bien mueble sustraído. Si bien su actuación posterior calza con la conducta prevista en el tipo penal de receptación, al autor del hurto no se le podrá imputar este delito, en la medida que la pena por el hurto consume el desvalor del acto posterior de negociación realizado para agotar el delito.

El tratamiento concursal resulta completamente distinto, si el acto posterior realizado por el autor del delito no puede ser considerado la materialización de los fines que le impulsaron a cometerlo. Si ese acto posterior reúne los elementos constitutivos de una figura delictiva, entonces se habrá lesionado un bien jurídico distinto al delito precedente, lo que deberá ser tratado como un concurso de delitos. Así es como se presenta la situación, por ejemplo, con la posterior comisión de un delito de lavado de activos. La opinión dominante en la doctrina penal e incluso la propia voluntad expresa del legislador penal peruano, van en la línea de aceptar la posibilidad de que también puedan responder por el delito de lavado de activos, los que intervinieron en la realización del delito previo o fuente (el llamado autolavado)[211]. El lavado de activos no es un acto de agotamiento del delito, sino un emprendimiento delictivo distinto que se suma al anteriormente cometido.

211 Vid., con mayores referencias, GALVEZ VILLEGAS: *El delito de lavado de activos*, p. 67 y ss. En contra, BRAMONT-ARIAS TORRES: *Actualidad jurídica* 105 (2002), p. 64.

CAPÍTULO 19
EL CONCURSO DE DELITOS

I. INTRODUCCIÓN

La realización de un comportamiento (o de varios) puede caer dentro del ámbito de regulación de diferentes tipos penales de la Parte Especial. Ante esta situación se tiene que decidir cómo se presenta la relación entre las infracciones penales a afectos de determinar no sólo la imputación penal por el hecho o los hechos, sino también la pena aplicable al caso concreto[1]. La doctrina penal ha agrupado las formas de concurso en dos grupos generales. Por un lado, se encuentra el concurso aparente de delitos (o, también llamado, concurso de leyes), en el que la aplicación de un tipo penal desplaza al resto de los tipos concursantes; y, por el otro, está el concurso propio de delitos, en donde diversos tipos penales resultan aplicables[2]. En lo que sigue, vamos a ocuparnos de exponer las particularidades de las distintas relaciones concursales, así como los criterios para determinar la pena correspondiente.

II. EL CONCURSO DE LEYES O CONCURSO APARENTE DE DELITOS

En el concurso de leyes, la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales, pero sólo uno de ellos resulta suficiente para determinar lo que lo hace un hecho delictivo[3]. Si bien la conducta juzgada puede

---

1 Vid., así, STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 1; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 1.

2 Vid., MITSCH: *JuS* 1993, p. 471 y s.; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 1; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.: *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 19.

3 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 11. En nuestro país, BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 121 y s.; ESCOBAR ANTEZANO: *Gaceta Penal & Procesal*

subsumirse en varias formulaciones típicas, una de ellas engloba completamente el sentido jurídico-penal de la conducta del autor y desplaza, por ello, al resto de los tipos penales concurrentes[4]. Por ejemplo: la conducta de quien mata a su padre, puede subsumirse en la formulación típica del delito de homicidio simple y del delito de parricidio, pero basta solamente esta última para abarcar el desvalor total de la actuación concreta. El delito de parricidio es castigado con una pena que tiene en cuenta el hecho de matar a otro, a lo que se suma la circunstancia de que ese otro es además una persona con la que el autor tiene una estrecha vinculación familiar.

La caracterización precedente explica por qué un sector de la doctrina penal califica también al concurso de leyes como concurso aparente de delitos, pues entiende que no existen propiamente varios delitos por los que el autor deba responder[5]. Lo que se presenta, más bien, es una unidad de ley[6], en el sentido de que solamente una ley asume el desvalor de las otras[7]. A este parecer le asiste, en principio, toda la razón, especialmente porque permite hacer una clara delimitación con los concursos de delitos propiamente dichos[8]. Sin embargo, debe reconocerse que también en el concurso de leyes existe un concurso, en la medida que el comportamiento del autor calza en diversos tipos penales[9]. La diferencia reside en que en el concurso de leyes existe un único delito pluralmente formulado, mientras que en los concursos de delitos tiene lugar, en sentido estricto, una pluralidad de delitos[10]. Si bien una parte de la doctrina penal diferencia al interior del concurso de leyes el concurso ideal aparente y el concurso real aparente, lo cierto es que ambas formas de concurso responden a la idea de la unidad de ley. Por esta razón, resulta totalmente indiferente si se trata de una doble valoración de un hecho delictivo idéntico (concurso real aparente) o de acciones parcialmente idénticas (concurso ideal aparente)[11].

Penal 24 (2011), p. 67; GARCÍA AQUINO: *Actualidad Penal* 34 (2017), p. 96. De manera similar, el R.N. N° 2308-2015-Junín.

4 Similarmente, VOGLER: *FS-Bockelmann*, p. 718; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1093; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 170.

5 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 156 y s.; ALCÓCER POVIS: *Introducción*, p. 191.

6 Vid., VOGLER: *FS-Bockelmann*, p. 715; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 421; SEIER: *Jura* 1983, p. 226; MITSCH: *JuS* 1993, p. 471; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 173.

7 En este sentido, PEÑARANDA RAMOS: *Concurso de leyes*, p. 185.

8 Vid., así, la apreciación crítica de PEÑARANDA RAMOS: *Concurso de leyes*, p. 182 y s.

9 En este sentido, STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 2; PEÑARANDA RAMOS: *Concurso de leyes*, p. 182; MATUS ACUÑA: *El concurso aparente de leyes*, p. 303 y s.; PAREDES VARGAS: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12 (junio de 2010), p. 79.

10 Vid., con mayor detalle, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 11, 38. Sigue este planteamiento en España, PEÑARANDA RAMOS: *Concurso de leyes*, p. 184 y s.

11 Vid., SEIER: *Jura* 1983, p. 228. Sobre la discusión entre las teorías de la unidad y la diferenciación en el concurso aparente de delitos, vid., WEGSCHEIDER: *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 165 y ss.

1. Fundamento dogmático

En la doctrina penal existen diversos intentos por encontrar el fundamento del concurso de leyes y establecer, en este sentido, sus consecuencias dogmáticas. Unos consideran que se trata de una cuestión de culpabilidad que permite precisar si un tipo penal formalmente aplicable también lo es materialmente[12]. Otros se centran en el contenido del injusto que el tipo penal desplazante agota[13]. Una comprensión intermedia defienden los que consideran que en el concurso de leyes tanto el contenido del injusto, como de la culpabilidad, se encuentran comprometidos[14]. Fuera del ámbito de la teoría del delito y en un nivel más vinculado con las consecuencias jurídicas, están los que manifiestan que lo que buscan las reglas del concurso de leyes es evitar una doble o múltiple valoración, en tanto solamente un tipo penal resulta necesario en estos casos para determinar el delito[15]. En el mismo nivel de argumentación puede colocarse a los que sostienen que el desplazamiento de los tipos penales también aplicables se debe a que el tipo penal desplazante cumple todos los fines jurídicamente relevantes o hace innecesario el fin perseguido por los tipos desplazados[16]. Finalmente, en una zona de transición se ubica el parecer de los que afirman que el concurso de leyes constituye un instituto independiente de paso entre la teoría del delito y la teoría de las consecuencias jurídicas del delito[17].

Para poder determinar el fundamento dogmático del concurso de leyes se requiere partir de la idea de que la función del Derecho penal es restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito. En algunos casos, esta defraudación puede estar formulada por el Derecho penal de distintas maneras en función de un mayor o menor grado de abstracción[18], por lo que, de darse tal situación, no puede afirmarse la existencia de varias defraudaciones, sino de la misma defraudación. Ya que una restabilización plena requiere atender a la formulación más exacta de la defraudación, deben ofrecerse un conjunto de criterios que ayuden a precisar cuál de las formulaciones legales de la norma defraudada resulta la más exacta. Los principios jurídicos desarrollados por la doctrina penal para el concurso de leyes

12 Vid., así, Geerds: *Zur Lehre*, p. 229.

13 Vid., Graf zu Dohna: *ZStW* 61 (1942), p. 138.

14 Vid., en este sentido, Wegscheider: *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 201 y s.; Bornemann: *Das Zusammentreffen*, p. 75.

15 Vid., Wegscheider: *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 211 y s.; Vogler: *FS-Bockelmann*, p. 721; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 12; Puppe: *Idealkonkurrenz*, p. 313 y ss.; Matus Acuña: *El concurso aparente de leyes*, p. 302 y s.

16 En este sentido, Mitsch: *JuS* 1993, p. 473.

17 Vid., Seier: *Jura* 1983, p. 226.

18 Resalta el aspecto de la mayor o menor concreción, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 11.

atienden justamente a esta determinación. La problemática del concurso de leyes, sin embargo, no termina con ello, sino que requiere además determinar la medida de pena necesaria para la restabilización de la norma defraudada más específica. Las consecuencias jurídicas en el concurso de leyes deben permitir alcanzar la medida de pena que posibilite también la especialización de la sanción.

2. Los criterios de vinculación en el concurso de leyes

El Código Penal actual no contiene una regulación expresa para resolver los casos de concurso de leyes[19]. Ante esta situación, es la doctrina penal la que se ha encargado de identificar los criterios con los que se pueda precisar cuál de los tipos penales en concurso resulta aplicable frente a los otros que reclaman también su aplicación[20]. Al respecto, las propuestas formuladas recurren a perspectivas diversas que van desde planteamientos de lógica formal[21] hasta la asunción de criterios materiales de proporcionalidad (en especial, la prohibición de doble valoración)[22]. A nuestro entender, en la solución de los casos de concurso de leyes confluyen aspectos formales, como también de proporcionalidad.

Si la relación conceptual entre los tipos penales concurrentes es de inclusión, el concurso se debe resolver con el criterio de la especialidad. Si esta relación se presenta como una de interferencia con un tipo penal de recogida, entonces lo que corresponde es seguir un criterio de subsidiariedad entre los tipos penales concurrentes. Si la relación de interferencia entre los tipos penales concurrentes no tiene una regla de preferencia, entonces por alternatividad debe aplicarse el tipo penal del delito que prevé la pena más grave. Si uno de los tipos penales concurrentes con-

19 Pese a que los proyectos de 1984 y 1985 previeron reglas para resolver el concurso de leyes (vid., al respecto, Paredes Vargas: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12 (2010), p. 79), el Código Penal de 1991 no las recogió. En el Derecho comparado, existen legislaciones que han decidido no regular el concurso de leyes (como Alemania), mientras que otras han optado por hacerlo (como España). En contra de la regulación expresa se han alegado, entre otros argumentos, que se trata de un tema de interpretación para determinar la aplicación de una sola ley o que no tendría sentido una regulación específica debido a las inabarcables posibilidades de vinculación entre las leyes (así, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1094; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 172; Bornemann: *Das Zussamentreffen*, p. 42; Sanz Morán, en *Reincidencia y concurso de delitos*, Maldonado (coord.), p. 8). Por el contrario, a favor de una regulación expresa del concurso de leyes básicamente por razones de seguridad jurídica, Geppert: *Jura* 1982, p. 421; Cuerda Riezu: *ADPCP* 1991, p. 861.

20 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 712. Por el contrario, García Aquino: *Actualidad Penal* 34 (2017), p. 109 y s., considera que la solución al concurso de leyes no es encontrar la ley aplicable, sino elaborar constructivamente una nueva regla jurídico-penal aplicable al caso (*lex tertia*).

21 Fundamental, Klug: *ZStW* 68 (1956), p. 399 y ss.

22 Así, García Alberó: *Non bis in idem*, p. 321 y ss.; Matus Acuña: *ADPCP* 2005, p. 466.

templa una pena que abarca el desvalor del hecho que configura el otro tipo penal, entonces lo que tiene lugar es una relación de consunción que levanta la necesidad de pena del segundo delito.

A. El principio de especialidad

Existe una relación de especialidad entre las leyes penales concurrentes si una contiene todos los elementos de la otra y un componente adicional que, por extensión o adición, regula el supuesto de hecho desde un particular punto de vista[23]. En caso de presentarse este tipo de relación, debe aplicarse la ley penal que regula más específicamente la integridad del hecho delictivo cometido: *lex specialis derogat legi generali*[24]. Si bien algunos autores sostienen que con el principio de especialidad podrían resolverse todos los supuestos de concurso de leyes[25], lo cierto es que su aplicación se limita a los casos de mayor intensidad o precisión en la descripción típica.

La mayor intensidad descriptiva de la ley penal especial se presenta usualmente en los siguientes casos:

- El tipo penal que adiciona un elemento más a los previstos en otro tipo penal, lo desplaza. Si bien el delito con el componente adicional puede adquirir un desvalor autónomo, sigue siendo una ley especial frente al tipo penal con el que comparte una base común[26]. Por ejemplo: el delito de suspensión fraudulenta de la exigibilidad de las obligaciones en un procedimiento concursal (artículo 211 del CP) constituye una ley especial en relación con el delito de uso de documento falso del artículo 427 del CP, pues al uso de documento falso le adiciona el contexto de un procedimiento concursal.
- El tipo penal *privilegiado* excluye la aplicación del tipo penal sobre el cual ha operado el privilegio[27]. Así, por ejemplo, el delito de infanticidio del artículo 110 del CP desplaza al delito de homicidio simple del artículo 106 del CP. Los tipos penales *agravados* y los *compuestos* excluyen, por su parte, la aplicación del tipo penal básico o de los tipos penales simples respectiva-

23 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1095; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 177; ALCÓCER POVIS: *Introducción*, p. 192 y s.

24 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 180; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.: *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20. En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema N° 1052-97 de 31 de agosto de 1998 (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal*, I, p. 192 y ss.).

25 Así, PUPPE: *Idealkonkurrenz*, p. 355; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 12.

26 En este sentido, OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 23, n.m. 32.

27 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, pp. 195, 198 y s.; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1095; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 19.

mente[28]. Ejemplo del primer caso sería el delito de asesinato que desplaza al delito de homicidio simple. Un supuesto de delito compuesto se presenta en el artículo 257-A inciso 4 del CP que sanciona al que falsifica billetes o monedas y luego los mezcla con billetes y monedas genuinas para facilitar su circulación. En este caso, este delito complejo desplaza el delito simple de falsificación de monedas del artículo 252 del CP.

- Una aplicación preferente por especialidad tienen también los tipos penales que sancionan supuestos graves, recurriendo a la comisión de un delito como agravación[29]. Así está configurada, por ejemplo, la circunstancia agravante del delito de contrabando del artículo 10, literal d) de la Ley N° 28008, en el sentido de utilización de violencia o intimidación para evitar el descubrimiento del hecho o la incautación de los bienes.
- En contra de la opinión dominante que enfoca la relación entre la realización dolosa y culposa de un mismo delito bajo el criterio de la subsidiariedad[30], este supuesto específico de concurso de leyes debe resolverse conforme al principio de especialidad[31]. En la medida que el delito doloso implica la imputación de un conocimiento mayor de la lesividad de la conducta, resulta lógico que el conocimiento menor de la culpa sea considerado una regulación típica más general. Así, por ejemplo, la comisión dolosa del delito de contaminación medioambiental previsto en el primer párrafo del artículo 304 del CP, desplazará a la realización culposa de ese mismo delito previsto en el segundo párrafo.
- La especialidad está presente también en los llamados delitos cualificados por el resultado[32]. La situación de concurso puede presentarse de dos maneras: Por un lado, respecto del delito básico y, por el otro, respecto del tipo penal que sanciona directamente la producción del resultado más grave. En cuanto al primer supuesto, puede decirse que el delito cualificado por el resultado es una ley penal especial respecto del delito básico, en la medida que el resultado cua-

---

28 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, pp. 193, 195; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1095; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 20; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 6 y s.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 186.

29 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 196; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 21.

30 En este sentido, STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 17; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1097 y s.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 211.

31 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 22.

32 En este sentido, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 197; HRUSCHKA: *GA* 1967, p. 42; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 25. Por el contrario, OEHLER: *ZStW* 69 (1957), p. 519, considera que se trata de un concurso de delitos, en la medida que el delito básico en los delitos cualificados por el resultado constituye además un delito de peligro frente al resultado cualificante.

lificante no es más que un elemento adicional especializante[33]. Los problemas interpretativos se suscitan, más bien, respecto del concurso con los tipos penales que tipifican directamente la realización culposa o dolosa del resultado más grave. Si el delito cualificado por el resultado exige la producción culposa del resultado cualificante, el tipo penal culposo que sanciona la realización directa del resultado será una ley general que queda desplazada[34]. En caso el resultado cualificante se produzca dolosamente, el tipo penal doloso será especial (en la parte subjetiva) respecto del delito cualificado por el resultado, aunque si el delito doloso no abarca valorativamente el delito básico que se cualifica por el resultado, lo que se producirá es un concurso de delitos[35]. Si el delito cualificado por el resultado exige que dicho resultado sea producido dolosamente, entonces el delito que tipifica directamente la producción dolosa del resultado quedará desplazado por ser la ley general[36].

- Problemático es el caso en el que concurren varios tipos penales derivados (atenuados o agravados) de un mismo tipo base con sus propios marcos penales abstractos. Si es posible establecer una relación general-especial entre estos tipos penales derivados, no habrá mayores problemas para aplicar el más específico[37]. Por el contrario, si se trata de tipos atenuados o agravados independientes, debería procederse a una acumulación de los mismos[38]. Un sector de la doctrina ha propuesto, en esta línea, considerar todos los delitos en una relación de concurso ideal[39]. Sin embargo, en el caso de tipos agravados debe reconocerse que solamente hay un concurso entre las agravantes, pero no respecto del tipo básico común, por lo que un concurso de delitos llevaría consigo el peligro de una doble valoración[40]. La solución debe operar, a nuestro entender, mediante la aplicación del tipo penal agravado con el mayor marco penal correspondiente[41], considerando las agravantes desplazas en la determinación de la pena. Por ejemplo: el sicario que mata con gran crueldad, será

33 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 197.

34 En el mismo sentido, HRUSCHKA: *GA* 1967, p. 48; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 22.

35 Señala, sin embargo, la posibilidad de una doble valoración en estos casos, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 25.

36 En el mismo sentido, HRUSCHKA: *GA* 1967, p. 49.

37 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31 n.m. 19, nota 21, n.m. 23.

38 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31 n.m. 19, nota 21, n.m. 24.

39 Vid., en concurso de tipos cualificados GEERDS: *Zur Lehre*, p. 200; VOGLER: *FS-Bockelmann*, p. 722 y ss.; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 422; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1096. En concurso de tipos cualificados y privilegiados, HÖPFNER: *Einheit*, p. 116.

40 Vid., GARCÍA ALBERÓ: *Non bis in idem*, p. 418.

41 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 24.

sancionado por el delito de sicariato (artículo 108-C del CP), considerando el juez la gran crueldad al momento de individualizar la pena. En caso de concurso de un tipo agravado con otro atenuado, la solución tampoco puede ir por el concurso ideal[42], pues afectaría igualmente la prohibición de doble valoración respecto de los elementos constitutivos del tipo básico[43]. Ante esta situación, habría que recurrir al principio de alternatividad, aplicando el delito agravado sin negar la posible influencia en la medición de la pena de los tipos penales privilegiados desplazados. Por ejemplo: al feminicida que mata bajo una situación de emoción violenta, se le deberá aplicar el tipo penal de feminicidio, considerando la emoción violenta al momento de individualizar la pena.

B. El principio de subsidiariedad

La relación de subsidiariedad entre leyes penales se presenta cuando el recurso a una ley penal solamente procede si el hecho no se encuentra abarcado por otras leyes penales normalmente con una pena mayor[44]. La ley penal subsidiaria está configurada como un tipo penal de recogida que retrocede ante la que se aplica principalmente: *Lex primaria derogat legi subsidiariae*. Desde el punto de vista lógico, este principio se expresa como una relación de interferencia (intersección)[45].

La relación de subsidiariedad puede estar expresamente dispuesta en las disposiciones legales (subsidiariedad formal)[46]. Así se presenta, por ejemplo, la relación de subsidiariedad entre el delito de actos contra el pudor y el delito de violación sexual. En efecto, en el artículo 176 del CP se tipifica el delito de actos contra el pudor de manera subsidiaria a la violación sexual del artículo 170 del CP en grado de tentativa. La misma situación tiene lugar con el delito de falsedad genérica del artículo 438 del CP en relación con los otros delitos contra la fe pública. Debe hacerse aquí la precisión de que la subsidiariedad no debe entenderse como una relación de género-especie, pues, de ser así, no habría ninguna diferencia con el principio de especialidad[47]. Se trata, más bien, de tipos que comparten un elemento jurídico-penal común en la protección del mismo bien jurídico, y si bien ciertos

42 Así lo hace, GRACIA MARTÍN: *Delitos*, p. 144 y ss.

43 Vid., así, GARCÍA ALBERÓ: *Non bis in idem*, p. 379 y s.

44 Vid., así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1096; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 13; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 190. En la doctrina penal nacional, vid., ESCOBAR ANTEZANO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 69.

45 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 190.

46 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 180 y ss.; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 423; SEIER: *Jura* 1983, p. 228; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1097; BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 134.

47 Así, MATUS ACUÑA: *El concurso aparente de leyes*, p. 309.

casos pueden subsumirse en ambos tipos penales, hay otros casos que se subsumen solamente en uno o en otro[48].

La relación de subsidiariedad puede deducirse también del contexto sistemático de las leyes penales (subsidiariedad material)[49]. Es el caso de los llamados tipos penales subsidiarios. Por lo general se menciona como ejemplo al delito de coacciones en relación con los delitos contra la libertad más específicos, pero en realidad la relación entre estos tipos penales es de especialidad. Una relación propiamente de subsidiariedad tiene lugar, más bien, con el delito de enriquecimiento ilícito en relación con el peculado o el cohecho pasivo, pues estos delitos afectan igualmente la función pública, pero no hay entre los mismos una relación de género-especie, sino solamente un elemento común, a saber: el ser delitos de funcionarios públicos que provocan un enriquecimiento. Si la conducta sólo puede subsumirse en el tipo penal subsidiario, un concurso de leyes no tendrá lugar en sentido estricto[50]. Solamente en caso que el tipo subsidiario no pueda ser aplicado debido a que el hecho puede castigarse también con los tipos penales principales, se presenta una situación de concurso de leyes que se resuelve a favor de los tipos penales principales.

La relación de subsidiariedad no se manifiesta únicamente en los tipos penales de la Parte Especial como hasta ahora se ha ejemplificado, sino que puede presentarse también en torno a diversas formas o modalidades de actuación penal en general. En este sentido, se ha afirmado la existencia de una relación de subsidiariedad en los grados de realización del delito, en la intervención delictiva y en el nivel de lesividad del comportamiento típico. Veamos estos supuestos de manera más específica:

- La responsabilidad penal por un delito consumado resulta preferente a la responsabilidad por tentativa del mismo delito y ésta, a su vez, preferente frente a la responsabilidad por el acto preparatorio en caso de encontrarse penalmente sancionado[51]. Por ejemplo, el delito de marcaje del artículo 317-A del CP es desplazado por el delito de robo cometido por el "marca". La relación de subsidiariedad decae, sin embargo, si las fases previas contienen aspectos que el hecho consumado no desarrolla. Por ejemplo: La constitución de una

48 Similarmente, MATUS ACUÑA: *El concurso aparente de leyes*, p. 313.

49 Vid. GEERDS: *Zur Lehre*, p. 183 y ss.; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 423; SEIER: *Jura* 1983, p. 229; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1097; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 199; BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 134.

50 Vid., así, en general, VOGLER: *FS-Bockelmann*, p. 726.

51 Vid., en este sentido, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 184 y ss.; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 423; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 26; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 15; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1098; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 200; BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 134.

organización criminal para cometer delitos de robo no es subsidiario de un delito de robo cometido por la organización, pues la organización no agota su existencia en la comisión de un solo delito. En consecuencia, no cabe hablar de un concurso de leyes, sino que deberá procederse a aplicar las reglas del concurso de delitos[52].

- La responsabilidad penal por autoría se muestra preferente a la responsabilidad por cooperación necesaria en el mismo hecho y ésta, a su vez, preferente frente a la responsabilidad por complicidad simple[53]. En nuestra comprensión de la instigación, no es posible afirmar una relación de subsidiariedad con base en las reglas de la intervención delictiva, pues, tal como se ha indicado, se trata de un injusto autónomo. Sin embargo, este punto de partida no debe necesariamente llevar a la conclusión de que tiene lugar un concurso de delitos si el instigador actúa luego como coautor o cómplice del delito. En este supuesto, debe utilizarse el principio de consunción que se verá inmediatamente, en la medida que el castigo al autor o al cómplice contiene, como hecho anterior igualmente sancionado, el que se haya determinado a los otros intervinientes a cometer el delito. Como puede verse, la instigación debe ser tratada de la misma forma con se hace con la receptación.
- La responsabilidad penal por la lesión de un objeto valorado positivamente resulta preferente a la puesta en peligro de ese mismo objeto en concreto[54]. Por ejemplo, el delito de venta de alimentos en mal estado para animales del artículo 207 del CP es desplazado por el delito de daños si el animal muere a consecuencia del consumo del alimento. No obstante, si el tipo penal de peligro protege algo más que el objeto finalmente lesionado, una relación de subsidiariedad no podrá ser afirmada[55]. En este sentido, los delitos de peligro abstracto que no estén referidos a la lesión de objetos específicos, no pueden ser subsidiarios frente a un delito de lesión concreta, sino que darán lugar a una situación de concurso ideal de delitos[56]. En la doctrina penal española se

52 Vid., en este sentido, VOGLER: *FS-Bockelmann*, p. 726 y s.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 27.

53 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 188 y ss.; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 425; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 28; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1097 y s.; BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 134.

54 Vid., GEPPERT: *Jura* 1982, p. 424; SEIER: *Jura* 1983, p. 229; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1098; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 17; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 208; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *El caso colza*, p. 237 y s.

55 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 29; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1098.

56 Vid., en este sentido, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 213; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 29; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 209; CARO CORIA: *RPCP* 9, p. 219. Un

ejemplifica esta situación con los delitos de responsabilidad por el producto y los delitos de homicidio o lesiones en los consumidores[57]. En la legislación penal peruana puede utilizarse como ejemplo el delito de tráfico o tenencia ilegal de armas y las lesiones o muertes que se pueden producir como consecuencia de su uso[58].

C. *El principio de consunción*

El principio de consunción se aplica en aquellos casos en los que la sanción prevista en una ley penal engloba el supuesto de hecho de otra ley penal bajo la lógica de un solo suceso conjunto[59]. En tal caso, la ley penal que consume el supuesto de hecho de la ley penal consumida, desplaza a esta última en su aplicación: *Lex consumens derogat legi consumptae*. En concreto, la consunción permite considerar dentro de la pena prevista para un delito determinado la pena que le correspondería a los hechos concomitantes (delito acompañante)[60] o posteriores (delito posterior copenado)[61] a la realización del tipo penal correspondiente. Es decir, se trata de actos vinculados al delito que, aunque pueden por sí mismos dar pie a un delito distinto, se consideran abarcados por la sanción penal prevista para el delito central. No obstante, si el hecho acompañante o posterior desborda lo necesario para

---

parecer más extensivo de la solución del concurso de leyes, Hernández Plasencia: *ADPCP* 1994, p. 111 y ss.

57 Vid., en este sentido, Corcoy Bidasolo: *ADPCP* 1989, p. 336, nota 21.

58 Por ello, no puede compartirse la posición de la Corte Suprema de la República en el R.N. N° 325-2016-Lima que sostuvo un concurso de leyes entre el delito de tenencia ilegal de armas y el delito de marcaje, cuando el espectro de afectación es distinto: la tenencia ilegal de armas está referida a una situación de peligro colectivo, mientras que el marcaje es un delito de preparación de un delito contra un bien jurídico de carácter individual.

59 Considera que el principio fundamental del concurso de leyes es el de consunción, Peñaranda Ramos: *Concurso de leyes*, p. 186.

60 Vid., Geerds: *Zur Lehre*, p. 216 y ss.; Geppert: *Jura* 1982, p. 425; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 30; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1100 y s.; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 10.

61 Vid., Geerds: *Zur Lehre*, p. 205 y ss.; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1099 y s.; Bramont Arias: *La ley penal*, p. 137; Urrutia Oré: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 71 y ss. Abordan el supuesto de delito posterior fuera del principio de consunción, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 34 y ss.; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 18. Por su parte, Vogler: *FS-Bockelmann*, p. 735, señala que la ausencia de pena para el hecho posterior se debe a consideraciones de merecimiento y necesidad de pena (pretensión penal). Sigue esta última línea de pensamiento en la doctrina nacional, Pariona Arana, en *Derecho Penal y Modernidad*, Reyna Alfaro (coord.), p. 185. Un concurso ideal entre el hecho posterior y el hecho principal sostiene Puppe: *NK* preliminares al § 52, n.m. 33.

cometer el delito o asegurar el fin delictivo, entonces podrá surgir una situación de concurso de delitos[62].

Hay que tener presente que la consunción no resuelve el concurso de leyes con base en la mayor penalidad del delito más grave, sino mediante el criterio de inclusión del desvalor de un delito en otro[63]. Si el delito que consume a otro prescribe una pena menor, estaremos igualmente ante un supuesto de consunción que se asemeja a las circunstancias atenuantes del principio de especialidad[64]. Una consunción similar a la atenuación se presenta, por ejemplo, en el delito de falsos informes sociales del artículo 198 inciso 2 del CP respecto del delito de falsificación de documento privado del artículo 427 del CP. Debido a la relación de consunción, solamente se podrá aplicar el delito de falsos informes sociales, aunque el delito de falsificación de documentos contenga un marco penal mínimo más grave y además una pena de multa. La consunción puede incluso liberar de responsabilidad por un hecho acompañante punible respecto de un hecho liberado de pena[65], como sería el caso, por ejemplo, del delito de falsificación de documento cometido por el autor de un delito de defraudación tributaria que luego se somete a un proceso de regularización de la deuda tributaria conforme al artículo 189 del Código Tributario[66].

D. ¿Principio de alternatividad?

El principio de alternatividad ha sido considerado anteriormente por la doctrina penal como una forma de concurso de leyes[67]. Para decidir si la alternatividad de los tipos penales configura efectivamente un concurso de leyes, debemos primeramente precisar cómo tiene lugar una relación de alternatividad. Si esta relación

62 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 207; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 30, 35; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1101.

63 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 207.

64 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 31. En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1100; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 12; URRUTIA ORÉ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 77.

65 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1100; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 33, quien, sin embargo, en el caso del delito posterior niega la liberación de pena del hecho principal en caso de exclusión del injusto o culpabilidad (n.m. 37).

66 En este artículo se señala además de forma expresa que "la improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización".

67 Vid., el planteamiento original de BINDING: *Handbuch*, p. 224. Para supuestos de concurso real aparente HONIG: *Straflose Vor- und Nachtat*, p. 96 y ss.

se presenta entre dos tipos penales cuando ambos se excluyen recíprocamente[68], no tiene sentido hablar de un concurso de leyes, ya que una unidad de leyes solamente existe si los tipos penales se cubren siquiera parcialmente[69]. Un concurso de leyes se reconoce, por el contrario, cuando la relación de alternatividad se entiende como la concurrencia de dos tipos penales de igual rango[70]. Para solucionar este concurso de leyes equivalentes la doctrina penal recurre, por lo general, al criterio de la mayor penalidad[71]. No obstante, antes de establecer el criterio de solución es necesario hacer una exposición diferenciada de los supuestos de alternatividad.

La alternatividad puede presentarse de dos formas: como relación de identidad o como relación de interferencia[72]. En caso de alternatividad como relación de identidad[73], no existe concurrencia de leyes. Si se considera que la ley posterior es sólo una repetición de una ley anterior, se le atribuirá no más que un carácter declarativo y se sancionará el hecho con la ley anterior[74]. Si, por el contrario, se le atribuye a la ley posterior un carácter autónomo, se aplicará entonces el principio de que la ley posterior deroga a la anterior y, por tanto, se sancionará el hecho con la segunda ley[75]. Por el contrario, cuando la alternatividad se presenta como interferencia entre tipos penales, hay que discutir si lo que existe es un concurso ideal de delitos o realmente un concurso de leyes. Si se trata de tipos penales que no se sustentan en bienes jurídicos distintos, no podrá hablarse de un concurso de delitos. Por eso, si, por ejemplo, los tipos penales que concurren constituyen agravaciones diferentes de un mismo delito básico, solamente podrá hablarse de un concurso de leyes. El legislador no ha previsto un tipo intermedio, por lo que habrá que elegir uno solo de ellos. Como la elección del tipo no se puede resolver por especialidad, consunción o subsidiariedad, no quedará más remedio que elegir alternativamente un tipo penal. A diferencia del Código penal español, nuestro Código penal no ha establecido un criterio para elegir uno de los tipos penales. La necesidad de que el

68 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1096; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 12, nota 13.

69 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1096. No obstante, PUPPE: *Idealkonkurrenz*, p. 344, señala que cabe tratar este problema en las reglas del concurso para evitar una doble valoración.

70 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 224.

71 Vid., así, la referencia de GEERDS: *Zur Lehre*, p. 225; BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 129; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.: *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20.

72 Vid., así, GARCÍA ALBERÓ: *Non bis in idem*, p. 403.

73 Así, MATUS ACUÑA: *El concurso aparente de leyes*, p. 321.

74 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 12, nota 13.

75 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 12, nota 13; GARCÍA ALBERÓ: *Non bis in idem*, p. 406.

legislador ofrezca al juez un mayor marco penal para individualizar la pena, aconsejaría seguir la regla del delito con la pena más grave.

3. Consecuencias jurídicas del concurso de leyes

El Código Penal no contiene, como ya se dijo, una regulación específica sobre cómo debe resolverse el concurso de leyes penales. Esta falta de una regulación legal no impide, sin embargo, que se pueda definir el tratamiento jurídico que debe recibir el concurso de leyes penales, pues se trata de una cuestión de interpretación de las leyes que concluye con la aplicación exclusiva de una de ellas y el desplazamiento de las otras[76]. Esta afirmación no presentaría mayores problemas si el marco punitivo del tipo penal desplazante se mantuviese intacto (absorción plena)[77] y sólo se pudiese castigar con este tipo penal. No obstante, la doctrina penal se inclina cada vez más a admitir excepciones a este punto de partida a partir del llamado efecto oclusivo de la ley penal más benigna o más grave[78]. Así, se reconoce, por un lado, que el marco penal del tipo penal desplazante puede sufrir alguna modificación en supuestos especiales[79], mientras que, por el otro, no se niega la posibilidad de recurrir a un tipo penal desplazado si no resulta posible aplicar el tipo penal desplazante[80]. Veamos con mayor detenimiento si estas excepciones se encuentran realmente justificadas.

A. La modificación de las consecuencias jurídicas del tipo penal desplazante

El parecer doctrinal predominante se inclina a aceptar, en ciertos supuestos, la modificación del marco penal del tipo penal desplazante en atención a ciertas particularidades del tipo penal desplazado[81]. En primer lugar, se presenta el caso en el que el tipo penal desplazante es un tipo penal privilegiado, pero el tipo penal desplazado permite consecuencias jurídicas más leves (marco penal mínimo menor, por ejemplo). La finalidad del legislador de tratar más benignamente estos supues-

---

76 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 230; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 426; SEIER: *Jura* 1983, p. 232; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 20.

77 Vid., así, MEZGER: *Strafrecht*, AT, 6. Aufl., p. 253.

78 Vid., GEPPERT: *Jura* 1982, p. 426.

79 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1102.

80 Vid., SEIER: *Jura* 1983, p. 232; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 41; PEÑARANDA RAMOS: *Concurso de leyes*, p. 59 y ss.

81 Vid., así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1102; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 39, n.m. 39; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 20. Críticamente, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 231; PUPPE: *Idealkonkurrenz*, p. 355 y ss.; MATUS ACUÑA: *El concurso aparente de leyes*, p. 323 y ss.

tos, aconseja que se modifique el marco penal del tipo penal desplazante hasta el mínimo establecido por el tipo penal desplazado[82]. Una infracción del principio de legalidad (determinación del marco penal abstracto) no puede atribuirse a este proceder, en la medida que no perjudica al autor, sino que, más bien, le favorece.

El cuestionamiento a la modificación del marco penal se produce en el segundo supuesto reconocido por la doctrina penal. Este supuesto tiene lugar cuando el tipo penal desplazante constituye un tipo penal agravado, pero el tipo penal desplazado tiene un marco penal mínimo más grave. En este caso, se debe proceder a modificar el marco penal del tipo penal desplazante hasta alcanzar el establecido por el tipo penal desplazado, pues, de lo contrario, se pondría de alguna manera al autor que comete el delito más grave en mejor posición que el que realiza el delito más leve[83]. De la misma manera debería procederse con las penas accesorias que pudiesen contemplar los tipos penales desplazados[84]. Si bien podría argumentarse que esta manera de configurar las consecuencias penales atentaría contra el principio de legalidad, cabe negar este cuestionamiento en la medida que se cumple solamente con una especialización realizada por el legislador. Esta especialización no debe reducirse a los presupuestos de las consecuencias jurídicas, sino que debe tener lugar también en las propias consecuencias jurídicas[85].

B. La recuperación de la aplicabilidad de los tipos penales desplazados

Uno de los puntos discutidos en relación con el tratamiento jurídico del concurso de leyes es si el tipo penal desplazado conforme a las reglas del concurso de leyes puede volver a tenerse en cuenta en caso no resulte posible aplicar el tipo penal desplazante por razones materiales o procesales. Para determinar si este proceder es posible, debe atenderse al fundamento del concurso de leyes. Si la solución del concurso de leyes se basa en la idea de que solamente respecto de un tipo penal existe una legitimación de pena, tendría que negarse la posibilidad de volver a recurrir a los tipos penales desplazados[86]. Si se considera, por el contrario, que todos los tipos penales han sido lesionados, pero la necesidad punitiva requiere solamente aplicar

82 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 39; PEÑARANDA RAMOS: *Concurso de leyes*, p. 56.

83 Vid., STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 20. En el mismo sentido, GEPPERT: *Jura* 1982, p. 426; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 39; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1102; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 244.

84 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 247.

85 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 39.

86 Vid., así, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 155. Considera, sin embargo, que desde este punto de partida también puede fundamentarse el recurso a tipos penales desplazados, BORNEMANN: *Das Zusammentreffen*, p. 45 y ss.

el tipo penal desplazante[87], la imposibilidad de sancionar con base en este tipo penal no impide que pueda recurrirse a los tipos penales desplazados.

En relación con la discusión precedente, consideramos que es la segunda propuesta de interpretación la que merece respaldo, en tanto el restablecimiento de la norma defraudada se realiza solamente con el recurso a un tipo penal. En este sentido, si por alguna razón material o procesal el tipo penal desplazante no puede ser aplicado, podrá recurrirse a los otros tipos penales desplazados en caso de mantenerse la situación de perturbación social por la defraudación de la norma[88]. Por el contrario, si la inaplicación del tipo penal desplazante se debe a la ausencia de necesidad de restablecer normativamente la expectativa defraudada, los tipos penales desplazados no tendrán fundamento para recuperar su aplicabilidad. Ejemplo: Si el delito de uso fraudulento de procedimiento concursal del artículo 211 del CP no se castiga por ausencia de denuncia de parte (artículo 213 del CP), el delito de fraude procesal del artículo 416 adquiere aplicación. Por el contrario, el cuentacorrentista que gira un cheque sin fondos, pero que paga dentro del tercer día del requerimiento de pago, no necesita ser sancionado penalmente por delito de estafa, pues el conflicto se soluciona completamente mediante la reparación del daño que contempla el artículo 215 del CP.

III. EL CONCURSO DE DELITOS

A diferencia del concurso de leyes, en donde concurren formulaciones legales pero sola una ley penal resulta aplicable, en el concurso de delitos concurren efectivamente varias leyes penales y, por lo tanto, todas ellas deberían ser aplicadas al caso concreto[89]. En la doctrina penal se debate si el tema de los concursos pertenece a la teoría del delito o si su ubicación dogmática se halla, más bien, en la determinación de la pena[90]. Pese a que la regulación de los concursos apunta sin lugar a dudas a decidir la pena que finalmente se le debe imponer al autor, lo cierto es que su conceptualización se enmarca en la teoría del delito como una forma especial de aparición del hecho punible. Con acierto ROXIN señala que la regulación de los concursos es una especie de contrapartida a la regulación de la intervención delictiva: mientras que en la intervención delictiva se aborda el caso de varias personas que realizan un

87 Vid., así, VOGLER: *FS-Bockelmann*, p. 719 y s.

88 Vid., GEPPERT: *Jura* 1982, p. 426 y s.; SEIER: *Jura* 1983, p. 236; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 41; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1101; MITSCH: *JuS* 1993, p. 475. Como un grupo de casos del llamado efecto oclusivo, SEILER: *Die Sperrwirkung*, p. 131 y ss. Como supuestos de concurso ideal (hecho posterior y hecho previo copenados), PUPPE: *NK* preliminares al § 52, n.m. 33 y ss.

89 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 256; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 1.

90 La referencia a esta discusión, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 6.

tipo penal, en la teoría de los concursos se trata del caso de una persona que realiza varios tipos penales[91].

La regulación legal del concurso de delitos diferencia dos clases de concurso en función de si existe un hecho (el concurso ideal de delitos previsto en el artículo 48 del CP) o una pluralidad de hechos (el concurso real de delitos previsto en el artículo 50 del CP), estableciendo un tratamiento punitivo distinto[92]. Del tenor legal se desprende que, para poder distinguir ambas clases de concurso de delitos, resulta necesario responder a la cuestión de bajo qué condiciones se presenta una unidad de hecho o una pluralidad de hechos. En la doctrina penal alemana se discute intensamente esta cuestión, pero bajo la denominación de "unidad de acción" [93]. La razón de esta diferencia nominal encuentra explicación únicamente en el dato de que el Código Penal Alemán no utiliza el término hecho, sino acción (*Handlung*).

El punto de partida casi unánime es que la unidad de acción no se identifica con el concepto de acción desarrollado a nivel de la teoría del delito[94], en la medida que no se busca definir el presupuesto mínimo para llevar a cabo una imputación penal. De lo que se trata, más bien, es de encontrar el punto de vista que permita a un observador objetivo percibir una acción como una sola[95]. En la discusión doctrinal, se encuentran descartados de plano el criterio fisiológico de las inervaciones musculares y también el criterio del resultado que sostiene la unidad de acción en función de si se produce un solo resultado[96]. Mientras el primero llevaría a una división del comportamiento humano en fracciones minúsculas carente de todo sentido jurídico, el segundo resulta prácticamente inconciliable con el dato jurídicamente indiscutible de los múltiples efectos que puede desplegar una misma acción. Por ello, el debate actual se centra fundamentalmente entre dos posiciones que se encuentran enfrentadas en la perspectiva utilizada para identificar la unidad

91 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 6.

92 Discutido es el fundamento de ese tratamiento diferenciado, en especial, la mayor intensidad criminal que tendría el concurso real de delitos por la pluralidad de acciones. Vid., al respecto, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 7.

93 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 1; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1059 y s., con referencias históricas. Por su parte, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 257, prefiere utilizar la distinción unidad de aplicación de pena y pluralidad de aplicación de pena.

94 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 254 y s.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 2; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1060; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 10; SANZ MORÁN, en *Reincidencia y concurso de delitos*, Maldonado (coord.), p. 11. De opinión distinta, SOWADA: *Jura* 1995, p. 246. Por su parte, PUPPE: *NK* § 52, n.m. 42, señala que el concepto de acción tiene distintas funciones.

95 En este sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1061; ALCÓCER POVIS: *Introducción*, p. 182.

96 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1060.

de acción: El llamado concepto natural de acción y el llamado concepto jurídico de acción[97].

La llamada unidad natural de acción se sustenta en criterios previos al Derecho (penal), lo que significa que ubica su perspectiva de análisis fuera del Derecho (penal). Al margen de toda consideración está una visión puramente naturalista, en la medida que no es posible encontrar en el plano empírico una solución de continuidad de los movimientos fisiológicos del autor[98]. Por esta razón, el concepto natural de acción acude a criterios valorativos no jurídicos, entre los que destacan los que se basan en el dato antropológico de la voluntad[99], en el plan del autor[100] o en una perspectiva puramente sociológica[101]. Sin entrar en las particularidades de cada uno de estos criterios, a ellos se les ha hecho la crítica común de la indeterminación de sus contornos conceptuales[102]. Pero hay que reconocer que esta crítica se podría hacer a cualquier comprensión valorativa que no precise suficientemente sus puntos de partida, incluida la jurídica, por lo que el cuestionamiento no estaría en la incorrección del punto de partida asumido, sino en la falta de concreción del criterio utilizado.

En lo que respecta a la perspectiva, en sí, asumida por el concepto natural de acción, se le ha reprochado no asegurar la pretendida neutralidad del observador al momento de determinar cuándo hay una unidad de acción[103]. Pero, sobre todo, se le ha cuestionado que una perspectiva ajena al Derecho no permite una fácil

---

97 Debe señalarse, sin embargo, que la doctrina penal dominante considera que la unidad de acción se determina en un doble sentido, en un sentido natural y en uno jurídico [vid., sólo, SCHMITT: *ZStW* 75 (1963), p. 46]. No obstante, consideramos que al final de cuentas se asume o un concepto ajeno al Derecho, o un concepto propiamente jurídico.

98 Así, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L27/3; ALCÓCER POVIS: *Introducción*, p. 180.

99 Vid., BÜNGER: *ZStW* 8 (1888), p. 523 y ss., a partir del actuar (acto de voluntad) y la vinculación de este actuar con un resultado; MAYER, H.: *Strafrecht*, AT, p. 407, a partir de la decisión de voluntad; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.: *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 19. Destaca la interpretación doctrinal que afirma la unidad de acción con base en la unidad de voluntad, RISSING-VAN SAAN: *LK* preliminares al § 52, n.m. 12 y s.

100 Vid., así, SCHLOSKY: *ZStW* 61 (1942), p. 257. En el mismo sentido apuntaba también una interpretación jurisprudencial del RG alemán; vid., la referencia, MAIWALD: *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 68 y s.

101 Vid., HELLMER: *GA* 1956, p. 68. En la misma línea se encuentra la jurisprudencia del RG alemán al afirmar que, en determinados casos, puede afirmarse una unidad natural de determinados actos del autor por medio del contexto social. Vid., sobre este parecer jurisprudencial, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 286 y ss.; MAIWALD: *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 13; SOWADA: *Jura* 1995, p. 246; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 9. Críticamente, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 37; PUPPE: *NK* § 52, n.m. 32 y s.

102 Vid., así, MEZGER: *Strafrecht*, AT, p. 460; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 10.

103 En este sentido, KINDHÄUSER: *JuS* 1985, p. 103.

adaptación del concepto a su contexto normativo, sin contar con el hecho de que resulta sumamente discutible que existan unidades de acción pre-jurídicas a las que la perspectiva jurídica pueda recurrir sin más[104]. Por estas razones, sólo una comprensión de la unidad de acción que utilice una perspectiva estrictamente jurídica[105] (más exactamente, jurídico-penal[106]) resulta adecuada para resolver la problemática del concurso de delitos.

Desde consideraciones jurídico-penales, la unidad de acción tiene lugar cuando existe una unidad en la ejecución de un comportamiento típicamente relevante por medio del enlace directo entre los distintos actos realizados[107]. Por ejemplo: existirá unidad de acción en la seguidilla de golpes que el autor propina a la víctima para lesionarla o en caminar rayando con un clavo una fila de autos aparcados. El plan del autor no es un componente decisivo de esta unidad[108], pero eso no significa la irrelevancia de la imputación subjetiva, pues la ejecución cuenta con una faceta objetiva y otra subjetiva. Lo particular del planteamiento aquí propuesto es que ese lado subjetivo debe determinarse normativamente y no ser tratado como una simple realidad psicológica que debe ser descubierta para determinar si hay unidad de ejecución o no. En ese sentido, la unidad de ejecución requiere imputar el conocimiento al autor de que entre los distintos actos realizados existe un enlace directo. Que ese conocimiento alcance para una imputación dolosa o culposa es irrelevante: Por ejemplo, hay unidad de acción si el autor lanza desde la ventana varios maceteros sabiendo en unos casos que impacta con transeúntes y en otros sin que le pueda constar.

Algunos autores entienden que la unidad de ejecución debe incluir también el resultado típicamente relevante, de manera tal que, bajo esta perspectiva, podría hablarse de varios hechos, si la misma acción produjese varios resultados[109]. A este planteamiento se le cuestiona dejar prácticamente vacío de contenido el concurso

104 Así, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1061 y s.

105 Vid., Geerds: *Zur Lehre*, p. 253; Kindhäuser: *JuS* 1985, p. 105; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 6.

106 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2407 y ss.; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L27/6.

107 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 10 y s., respecto de lo que llama unidad de la ejecución. Defienden un concepto de unidad típica de acción, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1062 y ss.; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 2 y ss.; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2407 y ss.

108 De otro parecer, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 10.

109 Así, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L27/11; Joshi Jubert: *ADPCP* 1992, p. 617 y ss.; Suárez López: *El concurso real de delitos*, p. 83 y ss.; Roig Torres: *El concurso ideal de delitos*, p. 136 y ss.

ideal de delitos[110]. Más allá de esta inaceptable consecuencia, lo cierto es que resulta a todas luces evidente que, pese a la pluralidad de resultados, la acción, desde el punto de vista de la relevancia típica, ha sido única, por lo que dicha pluralidad no puede llevar a afirmar razonablemente una pluralidad de acciones. En consecuencia, el concepto jurídico de unidad de acción debe limitarse a la conducta típica ejecutada, sin una referencia necesaria a las diversas consecuencias que se pudieran derivar de la misma.

1. Concurso ideal de delitos

A. Concepto

Conforme al artículo 48 del CP, existe un concurso ideal de delitos cuando varias disposiciones penales resultan aplicables al mismo hecho (unidad de acción). Como ya lo hemos adelantado, la unidad de acción no se determina con criterios naturalistas[111], sino con criterios normativos de carácter jurídico-penal. En el concurso ideal de delitos, por lo tanto, la misma acción penalmente relevante realiza varios tipos penales. Estos tipos penales pueden ser de la misma o de distinta naturaleza, lo que permite diferenciar los casos de concurso ideal de delitos homogéneo (infracciones a la misma ley penal) de los casos de concurso ideal de delitos heterogéneo (infracciones a distintas leyes penales)[112].

Un aspecto puntual, necesitado de especial aclaración en el concurso ideal de delitos, es la relación que se presenta entre la acción y el delito. Un parecer defendido en la doctrina penal alemana, ciertamente dejado ya de lado, afirmaba que, al igual que en el concurso real, también en los casos de concurso ideal de delitos se presenta una pluralidad de acciones y de delitos[113]. Según este planteamiento, el único aspecto particular residía en la simultaneidad de las acciones que producían los resultados típicamente relevantes[114]. Como puede desprenderse fácilmente de lo antes expuesto, esta teoría no parece encontrar cabida en el actual contexto dogmático del concurso de delitos, pues el concurso ideal de delitos parte de una sola acción, y no de una pluralidad de acciones, que realiza varios delitos[115]. La tesis de la pluralidad de acciones en el concurso ideal se basa en una comprensión puramente

110 Vid., Sanz Morán: *LH-Mir Puig* (2017), p. 869.

111 Afirma en estos casos una unidad natural de hecho, Schmitt: *ZStW* 75 (1963), p. 47; Sowada: *Jura* 1995, p. 246.

112 Vid., Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1074 y ss.; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 35. En la doctrina penal nacional, por todos, Alcócer Povis: *Introducción*, p. 183.

113 Binding: *Handbuch*, I, p. 564 y ss.; von Buri: *Einheit*, p. 1 y ss.

114 Vid., así, von Buri: *Einheit*, p. 10 y s.

115 Vid., en este sentido, Maiwald: *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 62.

conceptual de la acción (cada tipificación sería una acción), lo que difícilmente resulta compatible con la regulación legal del concurso ideal de delitos que se refiere a un "mismo hecho". Por esta razón, el concurso ideal de delitos presupone necesariamente una unidad de acción.

En cuanto a los delitos realizados por la única acción, hay dos posturas en la discusión doctrinal[116]. Por un lado, la llamada teoría de la unidad sostiene que cada delito constituye necesariamente una acción[117], lo cual lleva a los defensores de esta teoría a admitir un solo delito combinado en los casos en los que una acción realice varios tipos penales (unidad de delito)[118]. Frente a esta teoría se opone la llamada teoría de la pluralidad, la cual señala que una acción puede dar lugar perfectamente a varios delitos[119]. Esta comprensión parte de la idea de que una acción puede ser apreciada jurídicamente desde distintas perspectivas y dar lugar, por ello, a consecuencias jurídicas distintas. La teoría de la pluralidad es la que mejor se ajusta a la regulación positiva del concurso ideal de delitos, por lo que una teoría de la unidad sólo podría resultar relevante en determinados supuestos especiales de concurso de delitos, como es el caso, por ejemplo, del delito continuado.

Un concurso ideal de delitos se puede presentar, sin problemas, entre un delito doloso y otro culposo[120]. Por ejemplo, el que lanza intencionalmente una piedra contra una ventana que, luego de romperla, lesiona a una persona que se encontraba dentro de la vivienda. También es posible una relación de concurso ideal entre un delito permanente y otro que asegure el mantenimiento de la situación antijurídica[121]. Por ejemplo, si el secuestrador lesiona a otra persona que pretende liberar al secuestrado. Discutido es el caso de concurrencia ideal de un delito omisivo con otro de naturaleza comisiva. La posición mayoritaria sostiene que entre acción y omisión no puede existir un solapamiento siquiera parcial, por lo que sólo coincidirían en el tiempo[122]. Sin embargo, no se aprecia la razón por la que acción y omi-

116 Vid., la exposición general, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1073 y s. Por su parte, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 71, considera improductiva esta discusión.

117 Vid., HÖPFNER: *Einheit*, I, p. 159 y ss.

118 Así lo destacan MAIWALD: *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 62 y s.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 13, con apreciaciones críticas.

119 Vid., BINDING: *Handbuch*, p. 569 y s. Actualmente, siguen esta perspectiva, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 326, aunque reconoce que la discusión es más terminológica que real; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 15.

120 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1078.

121 Igualmente, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1078 y s.; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 32.

122 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1080; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 32.

sión no puedan alternarse en una unidad jurídica de comportamiento[123]. Existen actividades que tienen lugar por medio de acciones y omisiones sin que eso afecte su unidad como es el caso de conducir un automóvil.

B. Formas de manifestación de concurso ideal de delitos

a. Identidad completa

La doctrina penal reconoce como una forma de manifestación del concurso ideal de delitos la llamada identidad completa, en la que los diversos tipos penales concurren plenamente en la misma acción[124]. Hay que precisar, sin embargo, que nunca puede hablarse de una plena identidad de las acciones típicas, sino solamente de la identidad de la acción mediante una apreciación más general[125]. Así, el que vende como propios bienes ajenos que ha recibido para su distribución gratuita, realiza al mismo tiempo el delito de estelionato del artículo 197 inciso 4 del CP y el delito de venta ilegal de mercancías del artículo 237 del CP. Una identidad en el nivel de la descripción típica no puede tener lugar, pues una cosa es vender como propios bienes ajenos y otra vender bienes recibidos para su distribución gratuita. No obstante, puede afirmarse una identidad de la acción en un nivel más abstracto, es decir, como venta de bienes.

b. Identidad parcial

Para afirmar un concurso ideal de delitos basta que exista una identidad parcial de las acciones típicas[126]. A estos supuestos se les conoce como de identidad parcial, planteándose la discusión respecto de la determinación de los límites para dicha clase de identidad. Al respecto cabe seguir a la doctrina alemana mayoritaria que entiende que una identidad parcial puede darse hasta la fase de agotamiento de un delito[127], siempre y cuando se trate de conductas de aseguramiento del ataque sobre un bien[128]. En este sentido, puede hablarse de una identidad parcial de las conductas típicas si un empresario utiliza la cantidad de dinero recibido como

123 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 33.

124 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 276; SCHMITT: *ZStW* 75 (1963), p. 47; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 80.

125 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 5.

126 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 277; SCHMITT: *ZStW* 75 (1963), p. 47; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1076; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 5; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 31; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 70.

127 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 279; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 31; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 89.

128 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 7.

crédito promocional para adquirir bienes personales en lugar de insumos para la empresa, lo que oculta con una falsificación de los documentos de compra. Un delito de desvío fraudulento de crédito promocional del artículo 251 del CP concurrirá idealmente con el delito de falsificación de documentos del artículo 427 del CP. Por el contrario, la preparación común de varios delitos que luego se ejecutan separadamente, no puede configurar un concurso ideal de delitos[129]. Por ejemplo: El acecho común que el asesino hace a sus tres víctimas, no permite sostener un concurso ideal de delitos si luego las mata una por una.

Es importante destacar que la mera simultaneidad de las acciones ejecutivas no es suficiente para sostener la existencia de un concurso ideal de delitos[130]. Es necesario que la acción ejecutiva de un delito coincida siquiera parcialmente con la acción ejecutiva del otro. Bajo estas consideraciones, por ejemplo, se presentará un concurso real de delitos y no uno ideal, si el que viola el domicilio ajeno, procede a abusar sexualmente de la persona que encuentra en el interior de la vivienda. Por el contrario, sí se tratará de un concurso ideal de delitos si el que viola el domicilio, lesiona al dueño de la vivienda que busca impedir el ingreso ilegal. Un caso especialmente discutido es si los delitos cometidos por los miembros de una organización criminal están en concurso ideal con el delito de organización criminal. Un sector de la doctrina penal sostiene que la relación concursal es la de un concurso ideal de delitos, pues la participación en la organización se manifiesta precisamente en la actividad delictiva de la organización[131]. Adhesión merece, sin embargo, el parecer contrario que sostiene que se trata de un concurso real de delitos, en la medida que la pertenencia a la organización se limita a la membresía, sin que ello abarque la comisión de los delitos al servicio de la organización[132].

c. *Identidad por vinculación* (Verklammerung)

Si puede hablarse de un concurso ideal de delitos en caso de dos acciones independientes que se vinculan mediante una tercera acción, resulta muy discutido en la doctrina[133]. Un ejemplo típico de este supuesto es el delito de ejercicio ilegal de la profesión del artículo 363 del CP que vincularía los delitos de falsificación de

129 En el mismo sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 92.

130 En ese sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 93.

131 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 100. Igualmente, en la doctrina penal nacional, León Alva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 127 y ss.

132 En tal sentido, Vogler: *LK*, 10. Aufl., preliminares al § 52, n.m. 23.

133 Admiten esta posibilidad, Geppert: *Jura* 1982, p. 370; Geerds: *Zur Lehre*, p. 280 y ss.; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1077. Críticamente, Schmitt: *ZStW* 75 (1963), p. 48; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 11; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 33 y s.; Sanz Morán, en *Reincidencia y concurso de delitos*, Maldonado (coord.), p. 11 y s

documento (título profesional) y los distintos delitos de estafa sobre los clientes[134]. La jurisprudencia alemana se ha pronunciado a favor de considerar en estos casos una unidad de acción y aplicar, por tanto, las reglas del concurso ideal de delitos[135]. Tal solución se muestra, sin embargo, discutida por terminar beneficiando con una determinación de la pena menos gravosa (exasperación) que la establecida para el caso del concurso real de delitos (acumulación). Por ello, un sector importante de la doctrina se ha mostrado a favor de considerar un concurso real de delitos si es que, al menos uno de los delitos vinculados, tiene un contenido de injusto sustancialmente mayor que el del delito que los vincula[136]. Un sector minoritario de la doctrina penal defiende incluso una generalización de esta solución, en tanto señala que, en ningún caso, los delitos vinculados concurren idealmente[137].

Por nuestra parte, consideramos que en los llamados casos de identidad por vinculación se presenta conjuntamente una situación de concurso real (de los delitos vinculados) y una situación de concurso ideal (del delito vinculante con cada uno de los delitos vinculados). Por esta razón, el tratamiento de la relación concurrencial entre todos estos delitos solamente puede decidirse con base en el siguiente procedimiento sucesivo: a) en primer lugar, se debe determinar, siguiendo la regla del concurso real de delitos, la pena concreta para cada uno de los delitos vinculados; y b) en segundo lugar, debe colocarse la pena resultante de a) en concurso ideal con el marco penal del delito vinculante.

C. Consecuencias jurídicas

El artículo 48 del CP señala que, en caso de existir un concurso ideal de delitos, el juez lo reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarla hasta en una cuarta parte, sin que, en ningún caso, pueda exceder de treinta y cinco años[138]. Como puede verse, la regulación legal opta por seguir el principio de asperación o exasperación, el cual se caracteriza por autorizar la imposición de una pena más severa que la prevista para el delito más grave, pero inferior

134 Vid., Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 33.

135 Vid., la referencia, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1077; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 33.

136 Vid., así, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1077.

137 Vid., así, Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 34; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 108; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 12, quien señala además la posibilidad de incluir las reglas de concurso ideal en la pena determinada conforme a las reglas de concurso real. En esta línea, aunque admite la posibilidad muy excepcional de una identidad en el injusto y la culpabilidad, Brähler: *Die rechtliche Behandlung*, p. 58 y s.

138 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2436.

a la sumatoria de las penas de los delitos cometidos[139]. Aunque el tenor actual del artículo antes citado no hace referencia a la posibilidad de aplicar las penas accesorias y medidas de seguridad de los delitos que prevén un marco penal menos grave, como sí lo hacía, por el contrario, la regulación anterior, no hay ninguna razón para excluir una aplicación combinada de las consecuencias jurídicas, más aún si tal proceder se corresponde con el sentido propio de lo que es un concurso de delitos.

a. El principio de exasperación

Hasta hace algunos años nuestro sistema penal asumía en el tratamiento punitivo del concurso ideal de delitos el principio de absorción, en la medida que disponía la aplicación de la pena del delito más grave[140]. No obstante, a raíz de la reforma del Código Penal del año 2006, llevada a cabo con la finalidad de reprimir con mayor severidad la criminalidad violenta, se dejó de lado el principio de absorción y se optó, en su lugar, por el principio de exasperación. Este cambio legislativo se tradujo en la facultad asignada al juez penal de incrementar la pena por encima del máximo previsto para el delito más grave de los concurrentes. En concreto, la regulación actual del concurso ideal de delitos establece que este supuesto de concurso de delitos se podrá reprimir hasta con el máximo de la pena del delito más grave, con la posibilidad de incrementarla hasta en un cuarto, sin superar, en ningún caso, los 35 años. La determinación de la pena se debe hacer entonces en dos pasos.

El primer paso está constituido por la determinación del delito que cuenta con el marco penal más grave, lo que se deberá hacer únicamente con los que puedan ser aplicados material y procesalmente al caso concreto[141]. Un punto que precisa ser esclarecido es que el marco penal de los delitos concurrentes deberá tener en cuenta, de ser el caso, las circunstancias agravantes cualificadas y las atenuantes privilegiadas[142] Si los tipos penales concurrentes cuentan con un marco penal igual de grave, entonces deberá optarse por el marco penal del delito que concretamente

139 Sobre esta particularidad del principio de asperación o exasperación en el concurso de delitos, Oliver Calderón: *Revista de Derecho*, Vol. XXVI (2013), p. 168.

140 Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2435. El principio de absorción es seguido en el Derecho penal alemán, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1; Geerds: *Zur Lehre*, p. 329; Schmitt: *ZStW* 75 (1963), p. 54; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1081 y s.

141 Vid., en la determinación de la pena global, aunque aplicable en la legislación alemana al concurso real de delitos, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 3; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1082.

142 Vid., la consideración de las circunstancias agravantes y atenuantes en la doctrina penal alemana, Geerds: *Zur Lehre*, p. 329; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 2; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1082; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 38.

ha sido más grave[143]. La absorción que realiza el marco penal más grave no impide, en todo caso, que los delitos absorbidos sean considerados en la individualización de la pena[144].

Una vez establecido el marco penal del delito más grave, el juez penal podrá incrementar la pena concreta hasta en un cuarto, sin exceder, en ningún caso, los treinta y cinco años, si es que, evidentemente, se trata de una pena privativa de libertad. En el caso de otras clases de pena, se deberá considerar el máximo legalmente previsto de pena que se puede imponer, en general, para cualquier delito. Es un tema abierto a la discusión doctrinal y a los desarrollos jurisprudenciales determinar los criterios para decidir incrementar la pena por encima del máximo previsto para el delito más grave. Lo más razonable es acudir a los criterios de determinación de la gravedad concreta que se regulan en el artículo 46 del CP.

Una problemática que no cuenta con solución legal es la determinación de la pena en un concurso ideal entre un delito y dos delitos que están, a su vez, en concurso real (identidad por vinculación). Como se dijo, se tendría que aplicar las reglas del concurso ideal a partir de una pena concreta derivada del concurso real de los delitos vinculados y del marco penal abstracto del delito vinculante. Nuestra propuesta sería la siguiente: Si el marco penal máximo del delito vinculante es mayor a la pena producto de a), entonces ese marco penal será el nuevo mínimo y el nuevo máximo la pena incrementada en un cuarto. Si la pena producto de a) es mayor que el marco penal máximo del delito vinculante, entonces esa pena será el nuevo mínimo y el nuevo máximo la pena incrementa en un cuarto.

b. El principio de combinación

En cuanto al principio de combinación, debe señalarse que este principio se manifiesta de dos maneras en el concurso ideal de delitos. Por un lado, se encuentra el llamado efecto oclusivo, según el cual el marco penal mínimo debe corresponderse con el marco penal mínimo más grave de los delitos concurrentes[145]. Por otra parte, la combinación de las consecuencias jurídicas permite también que se pueda recurrir a las penas accesorias y medidas de seguridad establecidas en los tipos penales absorbidos por el tipo penal con la pena más grave[146]. En este sentido,

143 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1.

144 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 4; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1082; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 41; PUPPE: *NK* § 52, n.m. 72.

145 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 331 y s.; SCHMITT: *ZStW* 75 (1963), p. 54; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 113; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1081; PUPPE: *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72.

146 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 332; SCHMITT: *ZStW* 75 (1963), p. 54; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1; PUPPE: *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1082.

el espectro de consecuencias jurídicas no puede reducirse al establecido por el tipo penal absorbente, sino que debe incluir las de los otros tipos penales absorbidos.

2. Concurso real de delitos

A. Concepto

En el concurso real de delitos se presenta, a diferencia del concurso ideal, una pluralidad de acciones que configuran varios delitos[147]. Se trata, por lo tanto, de una imputación acumulada al autor de todos los delitos realizados en un determinado espacio de tiempo[148]. Bajo esta perspectiva, no le falta algo de razón a los que afirman que el concurso real de delitos se vincula a reglas de carácter procesal, pues lo que regula finalmente es la posibilidad de un juicio conjunto por una pluralidad de acciones punibles[149]. Cada delito concurre en el mismo proceso penal con su pena individual[150]. Lo anterior no debe, sin embargo, olvidar que el concurso real de delitos se apoya en una estructura material: La pluralidad de acciones. Por ello, aunque la regulación del artículo 33.2 del CPP, por ejemplo, impida que los delitos de acción privada puedan ser procesados en un mismo proceso con otros delitos de acción pública, ello no es óbice para considerar las reglas punitivas del concurso real de delitos al momento de determinar la pena concreta. En consecuencia, la sumatoria de penas impuestas en cada proceso penal deberá tener en cuenta el doble límite establecido en el artículo 50 del CP.

En cuanto a los requisitos que deben necesariamente presentarse para poder afirmar la existencia de un concurso real de delitos, el Acuerdo Plenario N° 4-2009 ha establecido como criterio jurisprudencial vinculante que son los siguientes: 1) pluralidad de acciones, 2) pluralidad de delitos independientes y 3) unidad de autor. El primer requisito constituye la base material del concurso real de delitos y aquello que lo diferencia del concurso ideal de delitos. El segundo requisito, por su parte, marca la frontera con los supuestos de unidad de delito, es decir, de aquellos casos en los que, pese a existir una pluralidad de acciones, se configura un solo delito (por ejemplo: el delito continuado). El tercer requisito es una exigencia básica de toda situación de concurso, pues de lo que se trata finalmente es de decidir cómo se

147 Vid., Geerds: *Zur Lehre*, p. 334; Geppert: *Jura* 1982, p. 418 y s.; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 43.

148 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 13; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1085. Como lo precisan Geerds: *Zur Lehre*, p. 335; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 44, solamente deben concurrir los delitos que aún puedan sancionarse material y procesalmente.

149 Vid., Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1085 y s.

150 Vid., Schmitt: *ZStW* 75 (1963), p. 56; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 13.

sanciona a una persona que ha cometido varios delitos o varias acciones que configuran un solo delito. En cuanto al sujeto pasivo, éste puede ser el mismo u otro[151].

Al igual que en el concurso ideal de delitos, al interior del concurso real de delitos es posible distinguir un concurso homogéneo de otro heterogéneo[152]. En el primer caso, el autor comete varias veces el mismo delito (por ejemplo: el delincuente serial comete varios homicidios de las mismas características en momentos distintos). El concurso real heterogéneo se presenta, por su parte, cuando una persona comete en diversos momentos delitos distintos (por ejemplo: el maleante que primero asalta un banco, luego mata a su cómplice para quedarse con todo el dinero y luego procede a lavar el botín por medio de actos de conversión). Esta distinción es puramente conceptual, pues el tratamiento punitivo que le corresponde a ambas clases de concurso real es el mismo.

Por Ley N° 29407 de 16 de septiembre de 2009 se incorporó dentro de las disposiciones sobre los concursos de delitos la figura del concurso real de faltas (artículo 50-A del CP), refiriéndose específicamente a la realización de una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que infringen el mismo precepto penal o preceptos penales de semejante naturaleza y que perjudican a varias personas. Resulta sumamente discutible que la regulación de esta figura concursal se haya hecho en las normas generales del delito, pues, de haberse estimado necesaria una regulación particular para este caso de concurso de faltas, debió haberse hecho en el Libro Tercero del Código Penal dedicado a las faltas, concretamente en las disposiciones fundamentales. Al parecer la decisión del legislador de utilizar como referencia la pena del "delito correspondiente" para determinar la pena aplicable a este supuesto de concurso de faltas, sería la justificación para haberlo regulado en las normas generales del delito. Sin embargo, esta remisión penológica no convierte el concurso de faltas en un tema de la teoría del delito.

B. Consecuencias jurídicas

Hasta hace algunos años la regulación penal del concurso real de delitos prevista en el artículo 50 del CP, no aceptaba una acumulación de las penas de los diversos delitos cometidos, sino que establecía la aplicación de la pena del delito más grave. Incluso ni siquiera se contemplaba la posibilidad de una pena global que permitiese aumentar la pena concreta por encima del límite máximo previsto para el delito más grave (principio de asperación o exasperación)[153]. Se seguía, pues, el

151 En este sentido, ALCÓCER POVIS: *Introducción*, p. 186.

152 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1085; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 120. Igualmente, el Acuerdo Plenario N° 4-2009.

153 Aunque distinto era el parecer señalado por la Corte Suprema en la sentencia Exp. 2041-99-Lima de 12 de julio de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia* 3 (2000), p. 295 y s.].

principio de absorción, al establecerse que debía sancionarse con la pena del delito más grave. Esta particular situación legislativa hizo que la doctrina penal nacional se mostrara poco de acuerdo con la respuesta punitiva prevista para el concurso real de delitos[154]. Las cosas cambiaron radicalmente con la reforma al Código Penal del año 2006, pues las modificaciones hechas a la regulación del concurso real de delitos llevaron a abandonar el sistema de absorción y a sustituirlo por un sistema de acumulación de penas[155].

El sistema de acumulación de penas es bastante cuestionado. Algunos recurren al argumento de que el padecimiento de la pena no aumenta lineal, sino progresivamente[156]. A este argumento se le ha reprochado basarse en una especulación hasta ahora no comprobada. Otros afirman que la acumulación hace que la pena privativa de libertad pierda precisamente su carácter temporal[157], lo que, en todo caso, ofrecería un argumento que no podría hacerse extensivo a las penas que no son privativas de libertad. La renuncia a la acumulación ha intentado fundamentarse también en una reducción de la culpabilidad que se produce paulatinamente en cada delito, mientras el autor no sea condenado[158]. Esta fundamentación deja muy difusa la idea de culpabilidad y parecería llevar, más bien, a una comprensión psicológica del poder querer actuar distinto[159]. En un factor ajeno a la dogmática penal quieren fundamentar la renuncia a la acumulación, aquéllos que sostienen que el juzgador, en beneficio del autor, tiene una visión reducida del injusto cometido (lo ve en perspectiva)[160], pero su punto débil se encuentra precisamente en otorgar relevancia normativa a un dato empírico.

La discusión sobre si resulta procedente una acumulación de penas, se debe enfocar, a nuestro entender, en la función de restabilización de la pena, en el sentido de si es necesario sumar todas las penas individuales para restablecer la vigencia de la norma defraudada o si el sentido comunicativo de la pena puede alcanzarse con la pena del delito mayor o necesita de una pena incrementada[161]. La decisión legislativa, que compartimos, es que no basta la pena (más grave o incrementada)

154 Así, destacaba la falta de proporcionalidad de la regulación nacional de la pena en el concurso real de delitos, Bramont-Arias Torres, Luis A.: *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20.

155 Vid., Alcócer Povis: *Introducción*, p. 185.

156 Así, la antigua jurisprudencia alemana, como lo refiere Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 14.

157 Vid., Montenbruck: *JZ* 1988, p. 332.

158 Vid., Schoreit: *FS-Rebmann*, p. 453 y ss.

159 Así, Frister: *NK* § 53, n.m. 5.

160 Vid., Bohnert: *ZStW* 105 (1993), p. 859 y ss.

161 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 14; Frister: *NK* § 53, n.m. 9.

de uno de los delitos en concurso, sino que la respuesta punitiva debe ser expresión de todos los delitos cometidos por medio de los distintos hechos. Para evitar, en todo caso, la desproporción de la pena a la que se podría llegar con el sistema de acumulación, lo razonable es establecer algunas limitaciones.

Conforme a la actual redacción del artículo 50 del CP, en el concurso real de delitos, las penas de cada delito se acumulan, teniendo esta acumulación un doble límite: el doble de la pena más grave y finalmente el tope máximo de los treinta y cinco años. Como puede verse, no se trata de una acumulación material que determina una pena como consecuencia de la sola suma de las penas, sino de una acumulación jurídica que tiene un límite relativo y otro absoluto[162]. En cuanto al límite relativo del doble de la pena del delito más grave, debe quedar claro que se trata de la pena concreta del delito más grave. Si las penas concretas concurrentes son iguales, lo lógico es que esa cuantía sea la que se tome como referente para el límite y no entender, por el contrario, que en estos casos no habría limitación[163]. En la doctrina penal se cuestiona que el límite relativo realmente controle la desproporcionalidad de la acumulación de penas, pues termina beneficiando a quien comete numerosos delitos de menor gravedad y perjudica a quien comete solo un delito grave[164]. El límite absoluto tiene pleno sentido, en la medida que impide la imposición de penas incompatibles con el principio de resocialización.

El Acuerdo Plenario N° 4-2009 señala cómo debe llevarse a cabo por el juez el proceso de determinación de la pena en el concurso real de delitos. De manera esquemática, señala que este proceso consta de dos momentos: en primer lugar, se debe establecer la pena concreta para cada delito conforme a las reglas generales de determinación de la pena; en segundo lugar, se deben sumar las penas concretas de cada uno de los delitos concurrentes, sin que la sumatoria pueda superar el doble límite antes indicado. Si la pena prevista para uno de los delitos cometidos en concurso real es de cadena perpetua, el artículo 50 del CP establece que solamente se aplicará esta pena. Lo que, por el contrario, no prevé el dispositivo legal antes mencionado es cómo se deben acumular las penas en caso de concurrencia de otras clases de penas. En consonancia con la lógica regulativa, se pueden establecer las siguientes reglas. Si las penas concurrentes, distintas a la pena privativa de libertad, son de la misma naturaleza, entonces debe entenderse que estas penas se acumularán sin que la sumatoria pueda superar el doble de la pena más grave, ni el límite

162 Vid., sobre la acumulación jurídica, Sanz Morán, en *Reincidencia y concurso de delitos*, Maldonado (coord.), p. 19. En la doctrina nacional, Mendoza Ayma: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 107 (2018), p. 53.

163 Así, Mendoza Ayma: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 107 (2018), p. 54 y ss.

164 En este sentido, respecto del límite del triplo que contiene la regulación penal española, Cardenal Montraveta: *LH-Mir Puig* (2017), p. 918.

máximo previsto para cada clase de pena en los artículos 34.5, 35.3, 38 y 42 del CP respectivamente. Si las penas concurrentes son de distinta naturaleza, entonces lo que corresponderá es su imposición conjunta.

Un supuesto especialmente discutido es el caso de si es posible suspender la ejecución de la pena en uno de los delitos cometidos en relación de concurso real[165]. En la práctica judicial lo que se hace es negar la suspensión de la ejecución de la pena en todos los delitos concurrentes y proceder, por lo tanto, a la acumulación de las penas concretas. Este razonamiento parece sustentarse en la lógica de que solamente se puede suspender la pena si la pena acumulada no supera los cuatro años. Eso significa que, si la sumatoria de las penas no supera los cuatro años, entonces sí podría suspenderse la ejecución de la pena acumulada. Un sector de la doctrina penal entiende que nada obsta a que el juez pueda suspender la ejecución de la pena en alguno de los delitos concurrentes, en cuyo caso esa pena no se sumaría a la de los otros delitos[166]. Si se sigue fielmente este razonamiento, entonces será posible incluso que se pueda suspender la pena de todos los delitos en relación de concurso real, a pesar de que la sumatoria de las penas supere los cuatro años. En nuestra opinión, la suspensión de la pena no se debe decidir por cada delito, sino en función de la pena acumulada, pues el artículo 57 del CP no se refiere a la pena por delito, sino a la condena.

La regulación anterior del concurso real de delitos admitía, al igual que para el concurso ideal de delitos, la posibilidad de combinación con las consecuencias jurídicas de los otros delitos concurrentes[167]. La actual regulación, sin embargo, no dice nada explícito al respecto, por lo que le corresponderá a la doctrina penal y, sobre todo, a la jurisprudencia nacional llenar este vacío de la regulación legal. En nuestra opinión, al igual que lo dicho respecto del concurso ideal de delitos, no hay razón material para negar la vigencia del principio de combinación en caso de un concurso real de delitos[168]. Por lo tanto, tanto las penas accesorias como las medidas de seguridad de los tipos penales que no prevén la pena más grave podrán aplicarse también al autor de los diversos delitos.

---

165 Vid., al respecto, Mendoza Ayma: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 107 (2018), p. 57.

166 En este sentido, Mendoza Ayma: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 107 (2018), p. 57.

167 Así, Bramont-Arias Torres, Luis A.: *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20, sostenía que la regulación positiva del concurso real de delitos obligaba a la combinación de sanciones.

168 Igualmente, Schmitt: *ZStW* 75 (1963), p. 56; Frister: *NK* § 53, n.m. 32; Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 139, aunque en el marco de la pena global que es la que, conforme al principio de exasperación, se establece en el Derecho penal alemán para sancionar el concurso real de delitos.

En el caso del concurso real de faltas, el artículo 50-A del CP establece, con un tenor ciertamente poco feliz, que si las faltas concurrentes de igual o semejante naturaleza, perjudican a varias personas, se deberá sancionar con la pena del delito correspondiente, graduando la pena concreta en función del perjuicio total causado. Aunque el tenor legal no es muy claro, cabe interpretar que, entre las faltas concurrentes y el delito usado para determinar la pena, debe existir una relación en cuanto al bien jurídico y la forma de ataque. Así, por ejemplo, si se trata de faltas de hurto sobre bienes que no superan el valor de una remuneración mínima vital, la pena prevista para el delito de hurto simple será la que se tenga que utilizar para determinar la pena global. Por Acuerdo Plenario N° 4-2009, sin embargo, la Corte Suprema de la República ha establecido que "*solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34° CP (ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales) y 440°.4 CP (ciento ochenta días-multa), respectivamente*".

3. Supuestos de unidad de delito

Dentro de la teoría del concurso se hace mención también a los supuestos en los que, pese a presentarse una situación de concurso de varios delitos, se afirma la existencia de un solo delito[169]. Se niega la posibilidad dogmática de admitir una situación de concurso de delitos, siendo de aplicación únicamente la pena establecida por un tipo penal englobante[170]. Esta unidad de delito puede ser consecuencia de la interpretación de determinados tipos penales o de la prescripción de disposiciones penales específicas que se sustentan en alguna razón político-criminal.

A. Unidad de delito con base en la interpretación de los tipos penales

Una unidad de delito puede afirmarse primeramente en virtud de la propia estructuración de los tipos penales, aun cuando no exista, en sentido estricto, una sola acción, sino una pluralidad de acciones[171]. No se trata, por lo tanto, de supuestos en los que se presenta una unidad de acción[172], sino una unidad de delito. Esta situación particular tiene lugar concretamente en los casos de realización típica iterativa,

169 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 263 y s.

170 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 264.

171 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 26.

172 De otra opinión parece ser ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 32 y ss.

de realización típica sucesiva, en los delitos de actividad, en los delitos permanentes y en los delitos compuestos.

a. La realización típica iterativa

La realización iterativa del tipo penal no se considera como varias realizaciones equivalentes del tipo penal, sino como una sola realización del tipo penal[173]. En tales casos, el tipo penal engloba las distintas acciones como actos de intensificación que no fundamentan una unidad de valoración jurídica diferente[174]. La equivalencia de las realizaciones del tipo penal se determina por la misma estructuración del tipo penal concretamente realizado que comprende claramente su realización reiterada[175]. Para que se pueda considerar una unidad de delito, debe tratarse de una realización homogénea que permita considerar la continuación como parte de un resultado global del hecho[176]. En este sentido, para explicarlo de la mano de un ejemplo, el beneficiario de un préstamo promocional que en distintos momentos destina parte del préstamo a la compra de distintos bienes personales, responderá solamente por un delito de desviación fraudulenta de créditos promocionales del artículo 251 del CP. La conducta típica de desvío no se agota con una disposición indebida del crédito, sino que abarca las distintas disposiciones. Debe advertirse, sin embargo, que esta interpretación de los tipos penales no autoriza a considerar la realización consecutiva de conductas típicas siempre un solo delito, sino que la interpretación del tipo penal respectivo debe dar cabida a la globalidad de la acción.

Un grupo importante de delitos que forman parte de los supuestos de realización típica iterativa son los llamados delitos de actividad (*Veranstaltungsdelikte*). En estas figuras delictivas, el comportamiento típico consiste en una intervención cuantitativamente indeterminada en una actividad antijurídica ya existente o iniciada por el mismo autor[177]. Cada actuación del autor no configura un nuevo delito, sino que forma parte de la actividad antijurídica organizada. Un ejemplo de delito de actividad podría ser el delito de contaminación del medio ambiente (artículo 304 del CP), en tanto se castiga la realización de vertidos, descargas, emi-

173 Vid., Maiwald: *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 72; Schmitt: *ZStW* 75 (1963), p. 46; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1064; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 7.

174 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 33.

175 Vid., Rissing-van Saan: *LK* preliminares al § 52, n.m 32.

176 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 17.

177 Vid., Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 28. Hacen referencia a una unidad de valoración, Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 5; Puppe: *NK* § 52, n.m. 14. Por su parte, Geerds: *Zur Lehre*, p. 266 y ss., denomina a estos delitos "tipos con conceptos agrupantes" (*Sammelbegriffe*), mientras que Brähler: *Die rechtliche Behandlung*, p. 50 y ss., recurre a la denominación de descripciones globales de la acción y delitos de actividad.

siones, filtraciones o radiaciones que afecten o puedan afectar el medio ambiente o sus componentes[178]. Especialmente discutido se presenta, por el contrario, el delito de falsificación de moneda (artículo 252 del CP), en tanto algunos lo consideran como un delito de actividad[179], mientras otros le niegan tal calidad[180]. La razón de tal rechazo se encuentra en la autonomía que adquiere la realización de una falsificación de moneda frente a su utilización posterior. Esta última argumentación resulta plenamente convincente y traslada el tratamiento de estos supuestos, más bien, al ámbito del delito continuado.

b. La realización típica sucesiva

En el caso de tipos penales con una realización típica sucesiva, el autor continúa con una realización del hecho delictivo que atraviesa por diferentes etapas para llegar al resultado finalmente pretendido[181]. Esta unidad de delito solamente puede ser afirmada si es que existe una ejecución uniforme de las actuaciones sucesivas. La doctrina penal denomina a estos supuestos también como tipicidad aglutinada (*verdickte Tatbestandsmäßigkeit*)[182]. Su principal característica reside en que el mismo tipo penal autoriza a tratar el nuevo acto ejecutado por el autor como una continuación de la misma realización típica y no como una nueva realización del tipo penal. Por ejemplo, la configuración del tipo penal del delito de defraudación tributaria a partir der la conducta de "dejar de pagar", permite considerar un solo delito las sucesivas declaraciones falsas realizadas por el contribuyente ante el órgano recaudador del tributo para reducir cada vez más la misma deuda tributaria[183].

La regla anterior no resulta aplicable cuando la realización típica sucesiva recae sobre bienes jurídicos personalísimos de sujetos distintos. Dada la imposibilidad de someter a una ponderación cuantitativa los aspectos de naturaleza estrictamente personal[184], las lesiones de bienes jurídicos personalísimos de distintas personas nunca podrán ser consideradas como una sola infracción con un resultado global, aunque pueda existir entre dichas lesiones una clara relación de sucesión[185]. Así,

178 Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ: *Delitos contra el medio ambiente*, p. 51 y ss.

179 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1063; PUPPE: *NK* § 52, n.m. 14; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 28.

180 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 28.

181 Vid., HELLMER: *GA* 1956, p. 65; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 42.

182 Vid., KINDHÄUSER: *JuS* 1985, p. 103; PUPPE: *NK* § 52, n.m. 17.

183 Supuestos presentados en los tribunales alemanes (BGHSt., 36, p. 105, 116; 38, p. 37, 39 y s.); vid., la referencia, RISSING-VAN SAAN: *LK* preliminares al § 52, n.m 33.

184 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 38.

185 Vid., KINDHÄUSER: *JuS* 1985, p. 103; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 19 y s.; PUPPE: *NK* § 52, n.m. 17.

por ejemplo, si una persona ofende a un grupo racial con insultos a varios de sus integrantes, no comete un solo delito de injuria, sino varios delitos por cada uno de los integrantes ofendidos. La doctrina penal es prácticamente unánime en cuanto a lo acertado de este parecer[186], planteándose la discusión, más bien, en la cuestión de si se trata de un concurso ideal de delitos o de un concurso real de delitos[187].

c. Los delitos permanentes

Una unidad de delito tiene lugar también en el caso de los llamados delitos permanentes, esto es, de delitos cuyo resultado lesivo permanece en el tiempo por medio de una acción voluntariamente mantenida por el autor[188]. Durante la permanencia de la situación antijurídica, el tipo penal se sigue realizando ininterrumpidamente[189]. Si bien podrían presentarse en tal prolongación varias acciones penalmente relevantes, la configuración del tipo penal como un delito permanente llevaría a considerar las acciones permanentemente realizadas como un solo delito. Ejemplos de delitos permanentes son el secuestro o la conducción en estado de ebriedad. Por graficar lo dicho con el delito de secuestro: Si una persona encierra a otra en una habitación poniendo llave a la puerta y luego cierra la ventana por donde la víctima intenta inmediatamente escapar, esas dos acciones serán consideradas un solo delito de secuestro.

En los delitos permanentes, la unidad de delito se pierde cuando la situación antijurídica mantenida por el autor cesa y se vuelve posteriormente a iniciar nuevamente. No es el caso de una breve interrupción de la conducta lesiva que mantiene la unidad del delito[190]. De darse efectivamente un quiebre de la situación de permanencia, no se podrá sostener la realización de un solo delito permanente, sino que se deberá admitir la comisión de dos delitos permanentes diferenciados[191]. Ejemplo:

186 No obstante, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1064.

187 Sobre las particularidades de esta discusión, HELLMER: *GA* 1956, p. 66 y ss.; MAIWALD: *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 80 y ss.; MITSCH: *JuS* 1993, p. 388; SOWADA: *Jura* 1995, p. 252 y s.; PUPPE: *NK* § 52, n.m. 17 y ss.

188 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 266; SCHMITT: *ZStW* 75 (1963), p. 46 y s.; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 362; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 27; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1063; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 8; PUPPE: *NK* § 52, n.m. 60. En el pleno jurisdiccional de 1998, acuerdo N° 2, se acordó por unanimidad que sólo debe estimarse el hecho como delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período, cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente.

189 En este sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1063.

190 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 23.

191 Vid., en este sentido, GEPPERT: *Jura* 1982, p. 363; BRÄHLER: *Die rechtliche Behandlung*, p. 48 y ss.

Si una persona priva injustificadamente de la libertad personal a otro que consigue luego escaparse, su recaptura ocurrida con posterioridad deberá ser considerada un nuevo delito de secuestro que estará en una relación de concurso con el secuestro inicialmente cometido. Por el contrario, lo que habrá es un solo delito de secuestro si es que la víctima logra zafarse de su captor, pero es inmediatamente atrapada.

d. Los delitos de varios actos: En especial los delitos compuestos

En los tipos penales de los delitos compuestos se exige necesaria o facultativamente la realización de varios actos[192]. Cada acto puede incluso estar recogido por separado como un tipo penal autónomo, lo que da lugar al llamado delito compuesto[193]. Pese a existir una secuencia de acciones, la interpretación del tipo penal correspondiente permite afirmar la unidad de delito y excluir la posible consideración de un concurso de delitos[194]. Un delito de varios actos es, por ejemplo, de omisión de provisiones específicas del artículo 250 del CP en el que se sanciona la omisión de realizar las provisiones para créditos dudosos o pérdida y la inducción posterior al órgano social pertinente a repartir dividendos o distribuir utilidades.

B. Supuestos de unidad de delito legalmente determinados

Los supuestos de unidad de delito legalmente determinados no se fundamentan en una interpretación de los tipos penales que regulan el delito correspondiente, sino que responden a una decisión del legislador de considerar, por alguna razón político-criminal, la realización de varios delitos como un solo delito global. En nuestra legislación penal actual se encuentran reconocidas dos figuras legales de unidad de delito: el delito continuado y el delito masa. En los escritos especializados se incluye, como un tercer supuesto de unidad de delito legalmente determinado, al delito colectivo, el que, si bien no cuenta en nuestra legislación penal actual con una regulación específica, conviene ocuparse también de sus particularidades de cara a determinar si resultaría recomendable también reconocerlo legalmente.

a. El delito continuado

Conforme al artículo 49 del CP, un delito continuado tiene lugar cuando un sujeto realiza con una misma resolución criminal actos ejecutivos constitutivos de varias infracciones de una misma o similar ley penal en un mismo momento o en

192 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 265; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 362; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 29; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1062 y s.; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 3.

193 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 265; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 362; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 29; BRÄHLER: *Die rechtliche Behandlung*, p. 48.

194 Vid. STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 4.

diversos momentos[195]. Como puede verse, la regulación penal trata como un solo delito varias violaciones a la ley penal de un mismo agente en virtud de una relación de continuidad que se sustenta en una vinculación interna (misma resolución criminal) y una externa (leyes penales iguales o de semejante naturaleza), pese a que cada una de estas violaciones a la ley penal debería configurar un injusto típico independiente[196]. El delito continuado tendría, en consecuencia, la siguiente estructura: Actos ejecutivos que configuran varias violaciones a la misma o similar ley penal, pero que se tienen como un solo delito por una relación de continuidad[197].

a.1) Fundamento

Los orígenes del delito continuado se remontan a la ciencia jurídico-penal italiana de la edad media[198]. Su razón de ser estuvo informada entonces por la idea de benignidad[199], pues se trataba de evitar la aplicación de la pena de muerte con la que se castiga, en el Derecho intermedio, el tercer hurto cometido por un mismo autor. Con la afirmación de un solo delito continuado de hurto se eludía la aplicación de la pena de muerte al autor que era descubierto o atrapado luego de haber cometidos tres o más hurtos. La existencia de una relación de continuidad entre los delitos cometidos suscitaba la apreciación de un desvalor menor con el que se justificaba la imposición de una pena como si se tratase de la comisión de un solo delito[200].

El fundamento de la benignidad se encuentra aún presente en la regulación actual del delito continuado, en la medida que se sostiene que esta figura delictiva evitaría la aplicación desproporcional del régimen de acumulación de penas que se prevé para el concurso real de delitos, imponiéndose únicamente la pena por un solo delito: el más grave de los cometidos en relación de continuidad[201].

---

195 El Pleno Jurisdiccional de Ica de 1998 señala que el delito continuado consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución (tema 2).

196 Vid., Geerds: *Zur Lehre*, p. 294 y s.; Geppert: *Jura* 1982, p. 363; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 12. En la doctrina nacional, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 46.

197 Destaca la valoración jurídica unitaria de la pluralidad de acciones, Castiñeira: *El delito continuado*, p. 15.

198 Vid., Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 12; Brähler: *Die rechtliche Behandlung*, p. 72 y ss.

199 Así, Castiñeira: *El delito continuado*, p. 20; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 46.

200 Vid., Mantovani: *Los principios del Derecho penal*, p. 415.

201 Vid., Timpe: *JA* 1991, p. 12 y s.; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 12; Brähler: *Die rechtliche Behandlung*, p. 82 y s.; Choclán Montalvo: *El delito continuado*, p. 151.

Para evidenciar la desproporcionalidad que significaría la aplicación del régimen de acumulación de penas al caso del delito continuado, se alega que la relación de continuidad traería consigo una menor culpabilidad o una disminución del injusto y de la culpabilidad[202]. A esta justificación material se le suma el argumento procesal de que la aceptación de un solo delito continuado limitaría también denuncias posteriores por otros eslabones delictivos de la relación de continuidad y mantendría estable el carácter de la cosa juzgada[203].

La doctrina penal actual cuestiona fuertemente la justificación material de la benignidad para sustentar la existencia de un delito continuado. Un grupo importante de autores sostiene que se trata no más que de una figura jurídica que lo único que hace es evadir injustificadamente las reglas del concurso de delitos y beneficiar con una menor penalidad al autor de varios delitos individuales[204]. En el plano procesal, se le critica también que la simplificación procesal que produce, resulta finalmente perjudicial para el mismo procesado, al no tener que probarse detalladamente en el proceso penal cada uno de los hechos individualmente cometidos[205]. Por esta razón, en Alemania, por ejemplo, no sólo ha sido la doctrina penal la que ha expresado sus reservas frente al uso de la figura del delito continuado, sino que la misma jurisprudencia ha decidido dejarla de lado por Resolución en Sala Plena de Asuntos Penales del BGH de 3 de mayo de 1994[206].

En la regulación anterior del concurso de delitos en la legislación penal peruana, que recogía un sistema de absorción de las penas por el delito más grave, la razón para admitir la figura del delito continuado se reducía a consideraciones puramente procesales. Pero con la actual regulación penal, que ha asumido un sistema de acumulación de penas en el concurso real de delitos, se podría invocar también el fundamento material de la benignidad frente a la excesiva reacción que supondría aplicar el tratamiento punitivo del concurso real de delitos[207]. Sin embargo, no queda clara la razón por la que no deberían aplicarse al delito continuado las reglas de determinación de la pena del concurso real de delitos. ¿Merece menos pena el

202 Así, Choclán Montalvo: *El delito continuado*, p. 175.

203 Vid., Geppert: *Jura* 1982, p. 366; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 38; Puppe: *NK* § 52, n.m. 25 y s. Destaca las razones puramente procesales Timpe: *JA* 1991, p. 14.

204 Vid., Schmitt: *ZStW* 75 (1963), p. 60; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 50; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1067; Puppe: *NK* § 52, n.m. 27; Sanz Morán, en *Reincidencia y concurso de delitos*, Maldonado (coord.), p. 7.

205 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 260.

206 Vid., con detalle, Rissing-van Saan: *LK* preliminares al § 52, n.m. 46 y ss.

207 Considera, sin embargo, que incluso en la actual regulación penal el fundamento de la figura del delito continuado es solamente de carácter procesal, Gallegos Mejía: *Actualidad Penal* 33 (2017), p. 108 y s.

dependiente de un negocio que decide apropiarse durante un tiempo de una parte de las ventas del día que el dependiente que lo hace cada vez que puede? Aunque este cuestionamiento pudiese estimarse como plenamente justificado[208], debe tenerse en cuenta que nuestra legislación penal regula expresamente la figura del delito continuado, de manera que un parecer crítico no elimina su reconocimiento legal y, por lo tanto, tampoco libera de la labor de tener que precisar cuáles son sus elementos constitutivos. Pero lo que corresponde es proponer una interpretación de la regulación legal del delito continuado que alcance solamente a los casos que realmente merecen un tratamiento punitivo diferente al previsto para el concurso real de delitos.

a.2) Naturaleza jurídica

En la doctrina penal se ofrece fundamentalmente tres teorías para responder a la cuestión de cuál es la naturaleza jurídica que corresponde asignarle al delito continuado[209]. En primer lugar, la teoría de la ficción sostiene que esta figura delictiva constituye, en realidad, un concurso de delitos que a través de una ficción jurídica se trata como uno solo. Una unidad real de acción defiende, por su parte, la teoría realista en virtud de la existencia de un solo designio criminal. Finalmente, la teoría de la realidad jurídica entiende que la unidad es proporcionada por la ley a partir de una razón fundamentalmente consuetudinaria. En algunos casos, se defiende también una combinación de algunos de estos criterios de definición o se desarrolla una variante de alguno de ellos[210].

Del tenor utilizado en el artículo 49 del CP, se desprende que el delito continuado estaría configurado como una ficción jurídica construida sobre la base de la misma resolución criminal con la que actúa el agente[211]. En efecto, la regulación legal establece que se debe considerar como un solo delito continuado las diversas violaciones de la misma ley penal o de semejante naturaleza que se hubieran cometido en el momento de la acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal. Lo que tiene lugar, por lo tanto, es un concurso de delitos, pero que, a efectos jurídico-penales, se trata, en razón de una misma resolución criminal del agente, como un solo delito. Esa misma resolución criminal con

208 Por el contrario, Gallegos Mejía: *Actualidad Penal* 33 (2017), p. 114 y s., defiende el uso de esta figura

209 Vid., al respecto, Castiñeira: *El delito continuado*, p. 17 y ss.; Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 27/18 y ss.

210 Vid., Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 5 y ss.

211 Así, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código Penal Anotado*, p. 256; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2466. Por el contrario, Villa Stein: *Derecho Penal*, PG, p. 540, sostiene que se sigue la teoría de la realidad jurídica.

la que procede el agente en los diversos actos ejecutivos constitutivos de diversas violaciones de una misma ley penal o similares, reduciría la gravedad de los delitos cometidos al punto de merecer solamente la sanción que corresponde al delito cometido más grave.

a.3) Elementos del delito continuado

De la redacción asumida por el artículo 49 del CP, se deduce la exigencia de, al menos, tres elementos constitutivos para poder sostener la presencia de un delito continuado: i) Unidad de sujeto, ii) el elemento objetivo de las diversas violaciones de la misma ley penal o de igual o semejante naturaleza por medio de actos ejecutivos que se hubieran cometido en el momento de la acción o en momentos diversos, y iii) el elemento subjetivo de la misma resolución criminal[212].

a.3.1) Unidad de sujeto

El primer elemento para poder hablar de un delito continuado es la unidad de sujeto. Esta unidad debe presentarse siempre respecto del sujeto activo, el cual puede ser único o plural[213]. Se discute si es que la unidad de sujeto activo se presenta también si una misma persona interviene en las distintas acciones, pero con personas distintas (por ejemplo: una persona roba un día con un compinche y otro día con otro). Dado que el concurso de delitos no es una categoría común a todos los intervinientes, sino que se determina por cada interviniente, no habría problema en admitir, en el caso anteriormente planteado, un delito continuado para el caso del mismo interviniente. Tampoco debería provocar mayor complicación el hecho de que el grado de intervención no sea el mismo en cada una de las actuaciones continuadas[214], pues al final se trata de un tema meramente cuantitativo.

No es un elemento necesario del delito continuado la unidad de sujeto pasivo. Esta unidad solamente es exigida si la relación de continuidad se presenta respecto de delitos que afecten bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal (vida,

212 La Corte Suprema de la República, en la Casación N° 1121-2016-Puno, sostiene, sin embargo, que los elementos son la pluralidad de acciones, la afectación al mismo bien jurídico y la identidad de sujeto activo. Vid., la referencia, Cristóbal Támara: *Actualidad Penal* 44 (2018), p. 91 y ss.

213 Relativa aceptación tiene la afirmación de un delito continuado en caso de coautores, Alcócer Povis: *Introducción*, p. 188; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 53 y s.; Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 148 y ss. Lo que suscita mayor discusión es, por el contrario, si la continuidad se puede afirmar en caso de las formas de participación. Vid., al respecto, Posada Maya: *op. cit.*, p. 152 y ss.

214 De otro parecer, sin embargo, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 53 y s.; Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 44.

integridad corporal y libertad)[215]. El último párrafo del artículo 49 del CP establece la exigencia de una unidad de sujeto pasivo en el caso de delitos que afecten bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal con el siguiente tenor: "*La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza inminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos*". *A contrario sensu*, en el caso de delitos que afecten bienes jurídicos que no son personales, podrá sostenerse una relación de continuidad, aunque los afectados por las acciones continuadas del autor no sean los mismos.

a.3.2) El elemento objetivo

La faceta objetiva del delito continuado exige, en primer lugar, una pluralidad de actos ejecutivos del autor dirigidos a lesionar el mismo bien jurídico (la unidad de bien jurídico)[216]. No se trata de una sola acción lesiva permanentemente ejecutada, sino de varios actos ejecutivos diferenciables, pero cuya lesividad está referida al mismo bien jurídico. Bajo esta consideración, no se podrá afirmar un delito continuado, por ejemplo, si el autor realiza continuadamente una extorsión y una concusión[217]. Debe hacerse la precisión de que la unidad de bien jurídico no significa que los actos ejecutivos deban recaer necesariamente sobre el mismo objeto que representa el bien jurídico, sino que puede tratarse de objetos diferentes, pero que conceptualmente se encuadren en el mismo bien jurídico (por ejemplo: el empleado de un hotel que se apropia de bienes de pasajeros de distintas habitaciones). No hay ninguna limitación, por otra parte, para que se afirme un delito continuado respecto de bienes jurídicos colectivos como la salud pública o la fe pública[218].

En segundo lugar, las acciones ejecutivas deben constituir varias violaciones de la ley penal[219]. Cada acto ejecutivo debe ser susceptible de ser categorizado como

215 Vid., Geerds: *Zur Lehre*, p. 304; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1069; Sanz Morán, en CDJ: *Unidad y pluralidad de delitos*, p. 208 y ss.; De Vicente Martínez, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 193; Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 86. En la doctrina penal nacional, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 57. De otro parecer la sentencia de la Corte Suprema Nº 1715-98-Cusco de 22 de junio de 1998 (Rojas Vargas: *Jurisprudencia penal*, I, p. 199 y s.).

216 Vid., Geerds: *Zur Lehre*, p. 302 y s.; Geppert: *Jura* 1982, p. 364; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 39; Brähler: *Die rechtliche Behandlung*, p. 103 y ss.; Choclán Montalvo: *El delito continuado*, p. 186 y ss.; Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 74 y ss.

217 Así, Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 75.

218 Vid., Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 78 y s.

219 Vid., Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1068 y s.; Brähler: *Die rechtliche Behandlung*, p. 98; De Vicente Martínez, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 189.

un delito independiente[220], por lo que debería aplicarse, en principio, las reglas del concurso de delitos. Sin embargo, la relación de continuidad hace que las diversas violaciones a la ley penal sean tratadas punitivamente como un solo delito. No debe confundirse el delito continuado con los casos de realización típica iterativa y de realización sucesiva. Algunos sostienen que se trata de la misma cuestión[221], pero no es así[222]. No procede sostener un delito continuado cuando, pese a haber varias infracciones legales, existe una unidad de delito determinada por el mismo tipo penal. Por ejemplo, si el autor agrede a la víctima con varios golpes, aun cuando cada golpe pudiera configurar una infracción penal autónoma, existe una unidad de acción que permite afirmar un solo delito de lesiones y no, por lo tanto, un delito continuado de todos los golpes propinados. Tampoco habrá un delito continuado cuando una pluralidad de acciones se interpreta como una sola realización típica[223]. Así, por ejemplo, no será un delito continuado la actividad contaminante realizada desde una misma fábrica, pues si bien se puede haber realizado diversos vertidos de residuos tóxicos, la conducta típica definida como "contaminar", permite considerar los distintos vertidos como un solo delito de contaminación medioambiental.

Entre las violaciones de la ley penal debe existir una relación de homogeneidad, pues debe tratarse de la misma ley penal o unas de semejante naturaleza (unidad relativa de tipo)[224]. Esta homogeneidad se afirma sin mayores inconvenientes en el caso de realización continuada de un delito básico y sus tipos cualificados[225], así como también cuando concurren tentativa y consumación respecto de la misma ley penal[226]. Por el contrario, la doctrina penal desconoce tal homogeneidad en el caso de tipos penales que regulan modos distintos de ataque al mismo interés penalmente protegido[227]. La similitud de realizaciones típicas exige, pues, que se trate de

220 Así, ALCÓCER POVIS: *Introducción*, p. 188; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 50.

221 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 39. En la misma línea como consecuencia del rechazo del delito continuado en el Derecho penal alemán, aunque advirtiendo que no se trata solamente de un cambio de etiquetas, GEPPERT: *NStZ* 1996, p. 60 y s.

222 Vid. GEERDS: *Zur Lehre*, p. 297 y s.; SCHMITT: *ZStW* 75 (1963), p. 59; MAIWALD: *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 79.

223 En este sentido, CHOCLÁN MONTALVO: *El delito continuado*, p. 87.

224 Vid., POSADA MAYA: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 67.

225 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 40; BRÄHLER: *Die rechtliche Behandlung*, p. 98.

226 Vid., BRÄHLER: *Die rechtliche Behandlung*, p. 98; POSADA MAYA: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 72 y s.; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 50; CRISTÓBAL TÁMARA: *Actualidad Penal* 44 (2018), p. 97.

227 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 40; BRÄHLER: *Die rechtliche Behandlung*, p. 98.

la misma forma de afectar el bien jurídico[228]. Una comprensión naturalista de esta exigencia llevaría a la conclusión de que no se podría establecer una relación de continuidad entre realizaciones activas y omisivas[229]. En nuestra opinión, tal limitación carece de sentido, pues la acción y la omisión pueden constituir normativamente una misma forma de ataque al bien jurídico. Por ejemplo: infringe la misma norma penal el que se apropia de un fondo de dinero que debe custodiar o deja que otro se lo apropie.

Un tema discutido es si la pluralidad de violaciones a la ley penal engloba también la violación de la ley que tipifica una falta o infracción administrativa. Si una de las violaciones constituye un delito, no habría problema en establecer una relación de continuidad con las otras violaciones a la regulación de la falta o de la infracción administrativa. Lo que, por el contrario, resulta sumamente dudoso es que, en este elemento objetivo del delito continuado, se puedan incluir solamente las infracciones administrativas o faltas que, sumado el valor cuantitativo de lo afectado, puedan llegar a considerarse un delito[230]. Si bien la regulación del delito continuado podría utilizarse para sostener una falta continuada o una infracción administrativa continuada, esa situación no autoriza a convertir varias faltas o infracciones administrativas en un solo delito continuado. Así parece ser, por lo demás, el criterio del legislador penal que, por ejemplo, para el caso de las infracciones aduaneras se ha visto en la necesidad de regular expresamente la figura especial del delito de contrabando fraccionado, lo que habría sido innecesario de haberse podido subsumir este supuesto en la regulación general del delito continuado.

Se discute si la pluralidad de actos ejecutivos supone necesariamente una pluralidad de acciones o si se debe incluir también supuestos de unidad de acción[231]. La respuesta a esta cuestión resulta decisiva para saber si la figura del delito continuado es aplicable solamente a casos de concurso real de delitos o si alcanza también a casos de concurso ideal. Del tenor literal del artículo 49 del CP no se puede obtener una respuesta precisa, por lo que debe acudirse a su fundamento material. Si el delito continuado presenta una vinculación entre las acciones ejecutivas que justifica un tratamiento punitivo más benigno, esa justificación parece razonable en el caso del concurso real de delitos que asume el principio de acumulación de penas, lo que no sería el caso, por el contrario, del concurso ideal de delitos que se sujeta al principio de exasperación. Es más, es precisamente la unidad de acción en el concurso ideal de delitos la que vincula los distintos delitos en una consideración punitiva unitaria con una pena global exasperada. Por lo tanto, el delito continuado debería aplicarse

228 Vid., Geppert: *Jura* 1982, p. 364.

229 Así, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 50.

230 De otro parecer, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 51.

231 Vid., al respecto, Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 44 y ss.

solamente a actos ejecutivos que constituyan una pluralidad de acciones. A esta interpretación se le podría objetar que le da a un caso de concurso real de delitos un tratamiento punitivo más benigno (absorción) que el aplicable a un concurso ideal de delitos (exasperación). Pero no debe olvidarse que el régimen punitivo del delito continuado no es aplicable a todo concurso real de delitos en relación de continuidad, pues se excluye el caso de pluralidad bastante de víctimas (delito masa) y de víctimas distintas de bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal.

Como tercer componente del elemento objetivo del delito continuado, la doctrina penal considera necesaria también una unidad temporal entre los distintos actos[232]. Nuestra legislación penal prescinde, sin embargo, de tal unidad de tiempo, en tanto admite la existencia de un delito continuado tanto para acciones que se dan en un mismo momento, como para acciones que tienen lugar en momentos diversos[233]. En este sentido, puede decirse que nuestra legislación se corresponde con el parecer doctrinal que sostiene que en el delito continuado el momento temporal no tiene ninguna relevancia normativa[234]. Este parecer ofrece otro elemento de distinción frente a la realización típica sucesiva.

a.3.3) El elemento subjetivo

El autor de las diversas violaciones a la misma o semejante ley penal por medio de diversos actos ejecutivos debe haber actuado con la misma resolución criminal. Este aspecto subjetivo del delito continuado tuvo, en un principio, una importancia central para la configuración del delito continuado, en tanto la relación de continuidad estuvo basada fundamentalmente en la unidad subjetiva alcanzada con la resolución criminal[235]. En la actualidad, se reconoce que debe concurrir junto con los aspectos conformantes del elemento objetivo antes referidos para poder sostener la relación de continuidad, centrándose la discusión, más bien, en precisar la manera como debe determinarse su efectiva presencia.

Un dolo global exige una interpretación que se remonta a la antigua jurisprudencia alemana, la cual requería que el dolo incluyera las acciones posteriores antes de la primera acción o cuando menos al momento de realizarse[236]. Esta compren-

232 Vid., la referencia, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 307; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 42; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1069; BRÄHLER: *Die rechtliche Behandlung*, p. 99; DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 189 y s.

233 Vid., en el mismo sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2484.

234 Vid., MAIWALD: *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 78.

235 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 300.

236 Vid., la referencia a esta interpretación jurisprudencial, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 308; SCHMITT: *ZStW* 75 (1963), p. 61; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 364; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32,

sión mostró pronto ciertas consecuencias ilógicas, como el hecho de favorecer al autor que planeó su actuación de manera minuciosa frente al autor que no lo hizo y que tiene que responder, por tanto, con base en un concurso real de delitos[237]. Por esta razón, la posterior jurisprudencia alemana aligeró la exigencia del dolo global (ampliación del dolo global) y se conformó con un dolo que, en la primera acción, no cierre el paso a las siguientes acciones[238]. Una flexibilización mayor lleva a cabo la interpretación doctrinal de este elemento subjetivo como un dolo continuado, es decir, que cada hecho posterior debe ser considerado por el autor como una continuación de los actos anteriores[239]. Finalmente, existen también interpretaciones que renuncian a la idea de un dolo global o continuado y se centran en referentes objetivos como la unidad de conducción de vida punible[240] o en elementos externos de la vinculación global[241].

En nuestra opinión, la determinación del elemento subjetivo en el delito continuado requiere tener en cuenta que nuestra regulación penal exige expresamente que el autor realice actos "de la misma resolución criminal". Tal exigencia llevaría a la necesidad de que concurra un dolo global del autor[242]. Por lo tanto, el requerimiento de una misma resolución criminal obliga a determinar subjetivamente desde un primer momento un dolo global en el autor, siquiera eventual, respecto de los actos futuros de violación de la misma o semejante ley penal. De otro lado, esta forma de entender la exigencia subjetiva en el delito continuado tendrá como consecuencia que la relación de continuidad no pueda sostenerse en el caso de delitos culposos y tampoco respecto de delitos dolosos con culposos[243].

---

n.m. 43; Puppe: *NK* § 52, n.m. 21; Brähler: *Die rechtliche Behandlung*, p. 107 y ss. Se muestra de acuerdo con esta interpretación, Geerds: *op. cit.*, p. 311 y ss.; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1069 y s.; Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 122.

237 Vid., Schmitt: *ZStW* 75 (1963), p. 61; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 44.

238 Vid., la referencia, Geppert: *Jura* 1982, p. 365; Timpe: *JA* 1991, p. 15; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 45; Puppe: *NK* § 52, n.m. 22; Brähler: *Die rechtliche Behandlung*, p. 129 y ss.

239 Vid., Roth-Stielow: *NJW* 1955, p. 451. Críticamente, Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 44; Brähler: *Die rechtliche Behandlung*, p. 116 y ss.

240 Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 229.

241 Mezger: *JW* 1938, p. 3268.

242 Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2492; Alcócer Povis: *Introducción*, p. 189. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Corte Suprema N° 2337-99 Lima de 22 de julio de 1999 (vid., Chocano/Valladolid: *Jurisprudencia penal*, p. 130 y s.). Intenta darle un sentido restrictivo al elemento subjetivo, Villavicencio Terreros: *Derecho penal*, PG, p. 694.

243 Igualmente, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 55. Por el contrario, admite ciertos casos de continuidad en delitos culposos, Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 164 y s.

a.4) Consecuencia jurídica

Una vez comprobados, en el caso concreto, los elementos personal, objetivo y subjetivo del delito continuado, el artículo 49 del CP establece como consecuencia jurídica que todos los actos en relación de continuidad se castiguen con la pena correspondiente al delito más grave[244]. Si bien la redacción del artículo mencionado parecería decidirse en favor de la pena concreta más grave y no del marco penal más grave, tal interpretación llevaría a resultados inaceptables. Así, lo que tendría que hacer el juez es determinar la pena concreta del delito que constituye cada una de las acciones y luego imponer la que resulta mayor. Tal procedimiento de determinación de la pena impediría que la pena por el delito continuado tenga en consideración los otros actos individuales. En consecuencia, lo más razonable es que se utilice el marco penal abstracto del delito más grave y se individualice la pena, teniendo en cuenta lo concretamente realizado en las distintas acciones continuadas. La consideración unitaria del delito no incide en la responsabilidad civil, por lo que el juez la determinará en razón de cada uno de los perjudicados.

La consideración global de la pena impuesta por el delito continuado trae como consecuencia que los actos cometidos en relación de continuidad que no hubiesen sido considerados dentro del proceso penal por haberse descubiertos con posterioridad a la condena, no tengan efecto alguno en la determinación de la pena[245]. La situación se torna, sin embargo, distinta si es que el acto en relación de continuidad posteriormente descubierto constituye un delito con un marco penal más grave. Dado que ese acto no fue considerado expresamente en el juicio por el delito continuado, no existe una cosa juzgada que impida su juzgamiento[246]. Siguiendo la lógica del concurso real retrospectivo, lo que corresponde es realizar un nuevo juicio y ajustar la pena concreta por el delito continuado al nuevo marco penal abstracto más grave.

b. El delito masa

Se habla de un delito masa cuando, en el marco de un plan global, el mismo autor realiza varias infracciones penales de similar naturaleza que lesionan a una pluralidad de personas[247]. Esta figura se planteó a nivel jurisprudencial en Alemania durante la postguerra para tratar como un solo delito los distintos homicidios de

244 Cristóbal Támara: *Actualidad Penal* 44 (2018), p. 99.

245 Vid., en este sentido, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1072; Sánchez Mercado, en *Estudios críticos*, p. 263.

246 De otro parecer, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 58.

247 Similarmente, Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 47.

enfermos mentales cometidos en los centros de internamiento en el período nazi[248]. La doctrina penal se ha opuesto a la admisión de esta figura, entre otros argumentos, porque trae consigo el peligro de que la gravedad de cada delito se difumine en un concepto global de límites confusos[249]. La pena se sustentaría en un solo delito global y no sería reflejo de la gravedad de cada lesión individual.

En su versión primigenia, el Código Penal no reguló la figura del delito masa, sino que éste tuvo recién reconocimiento a través de la modificación operada por la Ley N° 26683 de 11 de noviembre de 1996. A este nuevo escenario legislativo no se le podía criticar un trato más beneficioso para el autor de un delito masa, pues su regulación establecía reglas de determinación de la pena más severas que las que, en ese entonces, se preveían para el concurso real de delitos sometido al principio de absorción[250]. Sin embargo, con la actual regulación del concurso real de delitos que asume un sistema de acumulación de penas, la situación se torna evidentemente distinta, por lo que resulta altamente criticable la existencia de una unidad legal de delito por medio de la figura del delito masa.

El delito masa, regulado por el artículo 49 del CP en su primer párrafo *in fine*, se presenta como una derivación del delito continuado, lo cual debería llevar a la conclusión de que también deben estar presentes los elementos personal, objetivo y subjetivo del delito continuado[251]. Por esta razón, el Acuerdo Plenario N° 8-2008 señala que el delito masa es una "circunstancia agravante específica del delito continuado". La particularidad se encuentra en la pluralidad de las personas perjudicadas[252]. Si bien el artículo 49 del CP solamente habla de una pluralidad de personas, a nivel jurisprudencial se exige que debe tratarse de un número considerable de personas como en el caso de los fraudes masivos (Casación N° 1121-2016-Puno). El grupo de personas afectadas no tiene que ser uniforme, sino que puede ser heterogéneo[253]. A diferencia de la regulación penal española que limita la aplicación del

248 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 281. En el Derecho penal español, aunque su reconocimiento legal tuvo lugar recién en 1983, la jurisprudencia la desarrolló y aplicó en varias sentencias a partir de 1933, como lo pone de manifiesto Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 125 y s.

249 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 282.

250 Siguiendo el modelo de regulación español, vid., sobre esto, De Vicente Martínez, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 204 y s.

251 Brähler: *Die rechtliche Behandlung*, p. 69, habla de una figura jurídica que complementa al delito continuado. Como una modalidad agravada especial del delito continuado, Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 130.

252 En este sentido, Alcócer Povis: *Introducción*, p. 189; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 56.

253 En este sentido, Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 139.

delito masa a los delitos que afecten bienes jurídicos de naturaleza patrimonial[254], la legislación penal nacional se encuentra abierta a cualquier bien jurídico.

En lo que atañe a la pena aplicable al autor de un delito masa, el artículo 49 del CP contempla un aumento de la pena conminada del delito más grave en un tercio[255]. Al igual que la regla del delito continuado, la pena se determina a partir de la pena abstracta. Esta particular regulación del tratamiento punitivo del delito masa plantea la cuestión de si no estamos, mas bien, ante una agravante general de la pena que responde a la intención del legislador de ampliar la penalidad para aquellos casos en los que el autor genera una actividad continua con la finalidad de perjudicar a varias personas. Sin embargo, lo cierto es que la consecuencia punitiva que produce la figura del delito masa no es el incremento de la pena que resulta de aplicar las reglas del concurso de delitos, sino, más bien, la generación de un espacio de tratamiento punitivo más benigno.

c. El delito colectivo

En los escritos especializados, un delito colectivo tiene lugar cuando el comportamiento típico se presenta como la realización continua de una actividad productiva, comercial o profesional[256]. Esta vinculación de los distintos actos en una actividad global llevó a la antigua jurisprudencia alemana a afirmar una unidad jurídica de acción y, por tanto, a castigar como una sola realización típica todos los actos de materialización de esta actividad[257]. No obstante, el injustificado beneficio recibido por el autor de los delitos llevó a que la propia jurisprudencia alemana dejara de lado la figura del delito colectivo y se decidiera, más bien, a favor de un trato diferenciado de los distintos actos individuales[258].

La doctrina penal coincide plenamente con la posición adoptada por la jurisprudencia de rechazar la figura del delito colectivo, en tanto considera que no existe fundamento alguno para aceptar el tratamiento unitario del delito colectivo

254 Vid., POSADA MAYA: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p. 140.

255 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal*, PG, p. 696.

256 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 268; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 34; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 15; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 275; PUPPE: *NK* § 52, n.m. 29; RISSING-VAN SAAN: *LK* preliminares al § 52, n.m. 57; BRÄHLER: *Die rechtliche Behandlung*, p. 68 y s.

257 Vid., la referencia, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 269; SCHMITT: *ZStW* 75 (1963), p. 62; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 15; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 276; PUPPE: *NK* § 52, n.m. 29; RISSING-VAN SAAN: *LK* preliminares al § 52, n.m. 57.

258 Vid., sobre esto, GEERDS: *Zur Lehre*, p. 269; SCHMITT: *ZStW* 75 (1975), p. 62; GEPPERT: *Jura* 1982, p. 368; RISSING-VAN SAAN: *LK* preliminares al § 52, n.m. 57; BRÄHLER: *Die rechtliche Behandlung*, p. 69.

que solamente favorecería al delincuente por costumbre con un tratamiento más benigno[259]. En efecto, el delincuente profesional, por muy frecuente que haya sido la comisión de los diversos delitos, solamente podrá ser sancionado por un solo delito (colectivo), mientras que aquel que, habiendo cometido una pluralidad de delitos, no actúe profesionalmente, se verá sometido a la regla punitiva más gravosa del concurso real de delitos. No existe ninguna justificación razonable para dar cabida a este trato diferenciado.

4. Concurrencia posterior: Concurso real retrospectivo

En la legislación penal nacional, concretamente en el artículo 51 del CP, se recoge una regla de carácter fundamentalmente procesal que permite solucionar los supuestos del llamado concurso real retrospectivo[260]. Conforme al precedente vinculante instaurado por la sentencia R.N. Exp. Nº 367-2004-Santa, tal situación de concurso se presenta cuando una persona comete varios delitos, pero es juzgado y condenado sólo por uno o algunos de los delitos cometidos, descubriéndose con posterioridad un delito por el que no fue inicialmente condenado. En este caso, al autor no debe imponérsele dos condenas independientes, sino que la pena del delito posteriormente descubierto se debe sumar a la pena impuesta en la primera condena conforme a la regla punitiva de la acumulación prevista para el concurso real de delitos[261]. Dado que solamente se produce una acumulación de las penas, no existe una modificación de la primera sentencia que constituya una vulneración de la cosa juzgada[262].

Para afirmar una situación de concurso real retrospectivo, deben cumplirse ciertas condiciones. En primer lugar, el delito posteriormente descubierto debe haberse cometido antes de recibir la primera condena. La doctrina penal sostiene que se entiende por cometido el delito con su consumación formal[263]. Si el delito posterior se cometió después de la primera condena, no resulta aplicable la figura del concurso real retrospectivo, sino, más bien, la reincidencia, en caso se den los

259 Vid., Geerds: *Zur Lehre*, p. 270 y s.; Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 15; Roxin: *Derecho Penal*: PG, II, § 33, n.m. 278; Rissing-van Saan: *LK* preliminares al § 52, n.m. 57.

260 Vid. Sobre esta forma de concurso real, Sanz Morán, en *Reincidencia y concurso de delitos*, Maldonado (coord.), p. 26. Sostiene una naturaleza sustantiva, por el contrario, Cancho Alarcón, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 657.

261 En este sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 156. Por ello, las penas concurrentes no se deben cumplir sucesivamente, sino que se deben acumular, como lo precisa Cancho Alarcón, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 665.

262 En el mismo sentido, Torres Jiménez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (2014), p. 87.

263 Así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 159, con una exposición que hace referencia también a las otras propuestas de interpretación doctrinal.

requisitos establecidos en el artículo 46-B del CP[264]. En segundo lugar, la primera sentencia debe tener el carácter de firme, pues no tiene sentido hacer una acumulación entre penas cuya existencia no está aún asegurada[265]. Lo mismo cabe decir respecto de una condena suspendida durante el periodo de prueba, en la medida que, si no se infringen las reglas de conducta, la condena se tendrá como no pronunciada. Lo que no establece claramente el artículo 51 del CP es si la pena no debe aún haberse extinguido. No parece lógico acumular una pena a otra que ya se ha extinguido, por lo que no podría aplicarse lo legalmente dispuesto si no hay pena a la que se le pueda sumar la que corresponde al delito recién descubierto. Pese a lo anterior, un criterio de equidad obligaría a imponer la pena en la segunda condena, respetando el doble límite del concurso real y no tratar las sentencias como dos condenas independientes.

El artículo 51 del CP establece cómo se debe proceder ante un concurso real retrospectivo. Inicialmente se seguía el criterio de la absorción para determinar la pena, diferenciando al respecto dos supuestos distintos. Si la pena del delito descubierto era inferior a la impuesta, se procedía al sobreseimiento definitivo y se dictaba orden de archivo[266]; si la pena era, por el contrario, superior a la aplicada en la sentencia condenatoria, se hacía un nuevo proceso y se le imponía al autor la nueva pena correspondiente. Para determinar si la pena era inferior o superior a la impuesta, el precedente vinculante R.N. Exp. N° 367-2004 dispuso que se debía efectuar una comparación entre la pena concreta impuesta en la primera sentencia y la pena legal conminada para el delito recién descubierto, pero cometido antes de la primera sentencia. En caso de ser la pena superior, la pena ya cumplida por el autor era computada en la pena que establecía la nueva sentencia.

El cambio legislativo ocurrido en el 2006 en los criterios de determinación de la pena en los concursos de delitos, llevó a modificar también la regulación que recaía sobre el concurso real retrospectivo (Ley N° 28730). En efecto, como la determinación de la pena en el concurso real se guía ahora por el principio de acumulación, la actual regulación del concurso real retrospectivo establece una sola regla: El sentenciado será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a

264 En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de la República en el R.N. N° 181-2018-Lima Norte de 20 de marzo de 2018.

265 En el mismo sentido, Roxin: *Derecho Penal*, PG, II, § 33, n.m. 165. En la doctrina penal nacional, Cancho Alarcón, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 659.

266 Así las decisiones de la Corte Suprema Exp. N° 4134-98 Callao de 3 de diciembre de 1998 (vid., Chocano/Valladolid: *Jurisprudencia penal*, p. 142 y s.), Exp. N° 122-2000-Lima de 24 de abril de 2000 [*Revista peruana de jurisprudencia* 7 (2001), p. 131 y s.], y la jurisprudencia vinculante de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, R.N. N° 367-2004-Santa de veintitrés de febrero de dos mil cinco.

la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo excederse de los treinta y cinco años (R.N. N° 2116-2014-Lima)[267]. En relación con el primer límite, podría discutirse si se refiere a la pena abstracta o concreta. Dado que se trata de aplicar la regla general del concurso real de delitos, el cual se rige por las penas concretas, el límite del doble de la pena más grave debe entenderse en términos de la pena concreta[268]. Si uno de los delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará solamente ésta, sin perjuicio de determinar la reparación civil que corresponde por el delito posteriormente descubierto. El Acuerdo Plenario N° 04-2009 se ha encargado de ajustar los criterios establecidos por el anterior precedente vinculante a la nueva regulación del concurso real retrospectivo.

267 Vid., Gutiérrez Merino: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (2014), p. 83.

268 Igualmente, Cancho Alarcón, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 663. De otro parecer, sin embargo, Torres Jiménez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (2014), p. 90.

CAPÍTULO 20
LA TEORÍA DEL DELITO PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es actualmente admitida en la legislación penal de diversos países de tradición europea continental. Si bien el Código Penal Peruano de 1991 se mantuvo originariamente en el postulado clásico de que las personas jurídicas no tenían capacidad delictiva[1], con la aprobación de la Ley N° 30424 (en adelante LRAPJ) el legislador nacional ha abandonado tal punto de partida, aceptando, más bien, la posibilidad de responsabilizar a la persona jurídica por la comisión de determinados delitos. La motivación inicial de esta reforma legislativa fue cumplir con el estándar legislativo exigido por la OCDE de sancionar a las empresas por los actos de cohecho activo transnacional, lo que quiso aprovechar la CAN (Comisión de Alto Nivel Anticorrupción) para optimizar los mecanismos de lucha contra la corrupción, al proponer una responsabilidad "penal" de la persona jurídica por todos los delitos de corrupción[2]. Sin embrago, la presión de los gremios empresariales consiguió hacer dos modificaciones importantes al proyecto inicial: i) primero, restarle gravedad al reproche contenido en las sanciones previstas para las personas jurídicas mediante el cambio de su naturaleza jurídica a una de carácter administrativo; y ii) segundo, limitar la imposición de las sanciones a las personas jurídicas únicamente al delito de cohecho activo transnacional, de escasa incidencia práctica en nuestra realidad. Esta segunda li-

1 La Casación N° 134-2015-Ucayali de 16 de agosto de 2016 ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante que "*el código penal no regula la responsabilidad penal de la persona jurídica*".

2 Vid., REYNA ALFARO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 103 y s.

mitación duró poco tiempo. El escándalo de corrupción que remeció nuestro país a principios del 2017 por el descubrimiento de prácticas de soborno instauradas por las constructoras brasileras para la obtención de obras de gran envergadura, ha hecho que se amplíe la base de los delitos por los que puede responder una persona jurídica. Primero se amplió al cohecho doméstico, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; y posteriormente a la colusión desleal y el tráfico de influencias.

Si bien el sistema de responsabilidad de la persona jurídica está limitado a unos delitos, la nueva situación legal requiere contar con una teoría general que permita una correcta interpretación de la ley. El objetivo de este capítulo consiste precisamente en ofrecer una teoría del delito con la que responsabilizar a la persona jurídica. Para ello, se abordará primeramente la cuestión de si la naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica prevista en la LRAPJ es administrativa o si, por el contrario, tiene un carácter penal. Aquellos que creen que el tenor literal de las leyes cierra cualquier tipo de discusión, considerarán que, al menos de *lege lata*, no hay nada que discutir. Pero los que entendemos que el derecho positivo se apoya en instituciones que la letra de la ley no puede desfigurar, no pensamos que esté vedado discutir, incluso desde una perspectiva de *lege lata*, si la responsabilidad de la persona jurídica es administrativa o penal. El segundo aspecto a analizar es el referido al sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica que se debe utilizar para interpretar la LRAPJ. Aclarar esta cuestión conceptual es fundamental para conseguir una correcta y segura aplicación de la ley por parte de los tribunales penales. Y, en tercer lugar, se tratará el tema del modelo de prevención de delitos, en la medida que, conforme a lo establecido en al artículo 17 de la LRAPJ, su previa implementación por parte de la persona jurídica produce el efecto de exonerarle de responsabilidad.

II. ¿RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA O PENAL?

La LRAPJ es expresa al señalar que la responsabilidad de la persona jurídica es administrativa, por lo que desde el punto de vista literal no cabría más que sostener que su naturaleza es administrativa. Sin embargo, si se analiza los componentes legales de esa responsabilidad, no cabrá la menor duda de que se trata, en realidad, de una responsabilidad penal. Esta situación no tendría por qué sorprender, si se tiene en cuenta cuál fue el camino pre-legislativo que siguió la aprobación de esta ley. Ante el proyecto originario que era expreso en el sentido de regular una responsabilidad penal, los gremios empresariales exigieron que la naturaleza de esa responsabilidad sea, más bien, administrativa, por lo que propusieron un proyecto alternativo en el que se regulaba un procedimiento administrativo para sancionar a la persona jurídica encomendado a una autoridad administrativa. Sin embargo, tal pretensión no fue aceptada, optándose por la fórmula de compromiso de mantener

el proyecto original con el único cambio de sacar el adjetivo "penal" para poner en su lugar el de "administrativo". No obstante, la estructura e ingredientes recogidos por la ley mantuvieron claramente su carácter de penal. A mi entender, la denominación utilizada de "administrativa" no es más que un fraude de etiquetas para tranquilidad de los empresarios que oculta la verdadera naturaleza de las sanciones a imponer a las personas jurídicas[3].

Lo dicho cuenta además con razones materiales nada despreciables. El Poder Judicial no es una organización del poder público que ejerza potestades administrativas, por lo que no es posible que los jueces, en su labor jurisdiccional, impongan sanciones administrativas al emitir una sentencia. La sanción que se aplica a las personas jurídicas es de naturaleza claramente judicial. Si se tratase de una sanción administrativa, entonces cualquier empresa sancionada podría discutir la sentencia condenatoria por la vía de un contencioso-administrativo, lo que no resiste el menor análisis. Por consiguiente, pese a que la LRAPJ califica expresamente de administrativa a la sanción que el juez penal puede imponer a la persona jurídica en el marco de un proceso penal, lo cierto es que no se trata de una sanción administrativa, sino judicial[4]. No sólo por el hecho de que sea un juez el que la imponga, sino porque el fundamento de tal responsabilidad es la comisión de un delito. Si una persona es sancionada por la comisión de un delito en un proceso penal por un juez penal, entonces su responsabilidad es, llámesele como quiera, penal.

Pero no sólo son razones materiales las que abogan por la naturaleza penal de las sanciones aplicables a las personas jurídicas por la comisión de delitos, sino que, desde el punto de vista garantista, es lo mejor que les podría pasar. Si se sostiene que la sanción es administrativa, se estaría abriendo la posibilidad de que se imponga una sanción a la persona jurídica con todos los efectos de una sanción penal y se utilice para ello los estándares más flexibles y menos garantistas del proceso administrativo sancionador. Si realmente lo que se quiere es proteger a las empresas de un sistema penal invasivo, lo mejor sería darle a la sanción un carácter penal con todas las garantías que ello implica. Por lo tanto, aunque la LRAPJ señale que se trata de una responsabilidad administrativa, los jueces penales deben asignarle un carácter penal y, por lo tanto, exigir los estándares propios de una imputación penal[5].

---

3 Igualmente, Arbulú Ramírez: *Actualidad Penal* 25 (2016), p. 67; Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 300; Quispe Aguedo: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 276.

4 Vid., García Cavero, en *III Convención de Derecho Público*, García Rivera (coord.), p. 149.

5 Vid., así, García Cavero, en *III Convención de Derecho Público*, García Rivera (coord.), p. 149.

III. EL SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA

En cuanto a la manera como puede hacerse penalmente responsable a la persona jurídica, es sabido que existen, en esencia, dos modelos que se pueden seguir: El modelo de la responsabilidad por atribución del hecho de otro y el modelo de la responsabilidad por el hecho propio[6]. En el primer modelo, a la persona jurídica se le hace sin más penalmente responsable porque un representante o trabajador suyo ha cometido un delito en beneficio de la entidad. En el segundo modelo, la persona jurídica responderá en la medida que se encuentre defectuosamente organizada y, por ello, no haya impedido o dificultado el delito cometido por el miembro individual. Es cierto que cabe también un modelo mixto que mezcle elementos de heterorresponsabilidad con elementos de autorresponsabilidad[7], pero lo cierto es que tal posibilidad ofrece un manejo "conveniente" de cada aspecto y le resta finalmente coherencia a la imputación penal.

1. El modelo de atribución del hecho de otro

El modelo de responsabilidad por atribución del hecho de otro es el modelo más elemental[8], el cual consiste en transferir a la persona jurídica la responsabilidad penal por el injusto penal que realizan sus órganos o representantes[9]. Lo único que se requiere en este modelo es la realización del delito por el representante o trabajador de la persona jurídica y la conexión de ese delito con su actividad (lo que se conoce como el hecho de conexión). Una variante de este modelo constituye la llamada teoría de la identificación o *alter ego theory* de procedencia anglosajona[10], la que exige que el delito sea realizado no por cualquier miembro individual de

---

6 Igualmente, NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Nieto Martín (dir.), p. 68; SILVA SÁNCHEZ: *Criminalidad de empresa y Compliance*, en Silva Sánchez (dir.), p. 21; CLAVIJO JAVE: *Derecho PUCP* 73 (2014), p. 642.

7 Vid., al respecto, HERNÁNDEZ BASUALTO: *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (julio de 2010), p. 217; FERNÁNDEZ TERUELO: *LH-Mir Puig* (2017), p. 981 y s.; CHANJAN DOCUMET: *Ius Puniendi* 8 (2018), p. 77 y ss.

8 Críticamente con la terminología, GÓMEZ-JARA DÍEZ: *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 140, pues entiende que todo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas se sustenta en un acto normativo de atribución de dicha responsabilidad.

9 Vid., CHANJAN DOCUMET: *Ius Puniendi* 8 (2018), p. 72.

10 La teoría del *alter ego* tuvo su origen en Inglaterra por el juez Haldane (1915). Esta teoría está siendo actualmente cuestionada desde estudios procedentes del mismo ámbito angloamericano, en el sentido de la necesidad de fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas en un defecto propio de organización, esto es, en una culpabilidad propia de la persona jurídica (vid., las referencias bibliográficas en KREMNITZER/GHANAYIM: *ZStW* 113, 2001, p. 560, nota 89).

la persona jurídica, sino por un superior[11]. La principal labor de fundamentación dogmática que precisa el modelo de la responsabilidad por atribución reside en el título por el cual la responsabilidad penal por el hecho puede ser transferida del sujeto individual a la persona jurídica[12]. En un plano más operativo, este modelo debe determinar también cuándo tiene lugar el llamado elemento de conexión entre la actuación del órgano o representante y la actividad de la persona jurídica.

El modelo de la atribución del hecho de otro es sometido a diversas críticas que ponen en tela de juicio su viabilidad dogmática. Si bien este modelo conlleva una transferencia de la responsabilidad penal, esta transferencia no puede alcanzar a lo subjetivo, pues lo interno del órgano no se puede transferir a la persona jurídica. En consecuencia, este modelo de atribución se sustentaría, en el fondo, en una pura responsabilidad objetiva de la persona jurídica, lo que difícilmente resulta compatible con una imputación penal regida por el principio de culpabilidad por el hecho propio[13]. Por otra parte, se le ha reprochado llevar a cabo una doble valoración del hecho para sustentar la imputación al representante y a la persona jurídica. En efecto, o el representante de la persona jurídica actuó como tal, o en su calidad de persona individual, pero lo que no es posible es que haya actuado en ambos roles al mismo tiempo[14]. Por lo tanto, la imposición de la pena a la persona jurídica presupone que previamente no se le haya sancionado penalmente al representante por el mismo hecho. Dado que ningún sistema penal está dispuesto a renunciar a la pena del representante, la tendencia apunta a ir abandonando los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se sustentan en la atribución de un injusto realizado por el órgano o representante.

2. El modelo de la responsabilidad por hecho propio

La situación es muy distinta en el modelo de responsabilidad por hecho propio. El hecho que acarrearía la responsabilidad penal de la persona jurídica sería su defectuosa organización[15], no la simple vinculación del delito con sus actividades. De manera cada vez más uniforme, los estudios especializados coinciden en señalar

11 En este sentido, Chanjan Documet: *Ius Puniendi* 8 (2018), p. 73.

12 Así, lo destaca, Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), p. 115.

13 En este sentido, Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 121; Bajo Fernández: *LH-Gimbernat*, I, p. 721.

14 Así, Jakobs, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), p. 59: "*si la persona jurídica tiene que reconocer jurídicamente como culpa propia la culpa del órgano, entonces esta culpa es su propia culpa, y ya no cabe hablar de un resto de culpa individual*".

15 Vid., así, Gómez-Jara Diez, en *Tratado*, Bajo/Feijoo/Gómez-Jara: p. 142.

que ese defecto de organización se expresaría en la falta de adopción de un sistema de cumplimiento normativo idóneo (*compliance*)[16]. La discusión dogmática que tiene lugar aquí es la referida a cómo esta situación deficitaria toma cuerpo en la teoría del delito a usar para responsabilizar penalmente a la persona jurídica. La respuesta a esta cuestión requiere primeramente esclarecer si el hecho propio de la persona jurídica es un injusto autónomo (por lo que respondería siempre por un mismo delito o infracción, tal como sucede, por ejemplo, en la Ley de Contravenciones Alemana[17]) o si es, más bien, lo que la hace penalmente competente del hecho materialmente ejecutado por el miembro individual[18].

A. El injusto autónomo

Si se opta por la alternativa del injusto autónomo, entonces habrá que identificar, en términos penales, cuál es el injusto propio de la persona jurídica. En la doctrina penal existen propuestas en este sentido, como la formulada por Joachim Lampe sobre los injustos de organización. Según este planteamiento, la culpabilidad de la empresa consistiría en haber creado, favorecido o mantenido una filosofía corporativa criminógena o ciertas deficiencias organizativas[19]. Sin embargo, la cuestión sobre cómo se estructura esta culpabilidad de la empresa, dependerá evidentemente del contenido del injusto en tanto culpabilidad realizada. En este aspecto, Lampe es muy claro al señalar que la responsabilidad de las empresas económicas no puede apoyarse en el injusto de acción ajeno, sino en el injusto del propio sistema[20]. En el caso de la actuación de las personas individuales, el injusto jurídico-penal (injusto personal) es un injusto de relación cuyos componentes son el injusto de la acción y el injusto del resultado. En el caso de las empresas con tendencia criminal, el injusto del sistema estará constituido, más bien, por aquellas formas de comportamiento que lesionan bienes jurídicos y que, o concuerdan con la filosofía de la empresa, o son favorecidas por su organización[21].

---

16 Vid., Kubiciel, en *FS-Wessing*, p. 77; Gómez-Jara Díez, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 537 y s.; Nieto Martín: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 524; Clemente Casas/Álvarez Feijoo: *Actualidad Jurídica*, Estudio Uría Menéndez, 28 (2011), p. 27; Hernández Basualto: *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (julio de 2010), p. 218; Bermejo/Palermo, en *Compliance y teoría del derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (ed.), p. 173.

17 Vid., originariamente, Tiedemann: *NJW* 1988, p. 1171. Vid., una breve descripción de este planteamiento, Sieber: *FS-Tiedemann*, p. 466 y ss.

18 Vid., Bock: *Criminal Compliance*, p. 278.

19 Vid. Lampe: *La dogmática jurídico-penal*, p. 162.

20 Lampe: *La dogmática jurídico-penal*, p. 161.

21 Lampe: *La dogmática jurídico-penal*, p. 131. Es importante destacar lo que Lampe denomina los sistemas de injusto jurídico-penales, los que define como las relaciones organizadas entre

Pese a la independencia conceptual de ambas clases de injusto, Lampe señala, estableciendo un paralelo con la imprudencia leve, que el injusto del sistema de la empresa no es suficiente para generarle responsabilidad penal, por lo que resulta necesario que su filosofía criminógena o su deficiencia organizativa se realice a través del injusto personal de un miembro individual de la empresa que infrinja la norma[22]. No obstante, debe quedar claro que la actuación del miembro de la empresa no es un hecho de conexión que lleve de vuelta al modelo de la atribución de un hecho ajeno, sino que el injusto propio de la empresa se relaciona con un injusto de resultado del miembro individual de la empresa[23]. Esta relación tiene lugar en términos de elevación del riesgo.

No hay duda que el planteamiento de Lampe presenta un modelo que construye la responsabilidad penal de la empresa en la atribución de un injusto propio. No obstante, es dudoso que tal injusto sea autónomo, pues no termina de desvincularse del injusto personal del miembro individual que realiza la conducta antinormativa, aunque solamente lo considere un injusto de resultado del injusto propio de la empresa. Si bien la filosofía criminógena o el defecto de organización elevan el riesgo de un resultado antinormativo realizado personalmente por un miembro de la empresa, la decisión sobre la producción del resultado sigue en manos de este miembro individual, lo que hace discutible integrar el resultado en el injusto del sistema de la empresa. Por otro lado, la adhesión de la culpabilidad de la empresa a una culpabilidad por el carácter levanta las críticas que la doctrina penal, de manera casi uniforme, le asesta a dicha comprensión de la culpabilidad, en el sentido de su falta de correspondencia con una culpabilidad por el hecho. En palabras de Gómez Jara: "*(e)l concepto de culpabilidad por el carácter (empresarial), en definitiva, peca de no poder integrarse en el Derecho penal moderno*"[24].

B. El injusto común

La otra opción sería entender que el defecto organizativo de la persona jurídica no es un injusto autónomo, sino lo que la hace penalmente competente por el hecho ejecutado materialmente por sus miembros individuales. Lo conveniente de este modelo de interpretación es que integra el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el hecho realizado, en términos materiales, por un

---

individuos para fines injustos. Estos sistemas pueden ser simples, como lo es la coautoría, o constituidos, como es el caso de las empresas con tendencia criminal, las organizaciones criminales y los Estados criminalmente pervertidos. Lo característico de cada sistema de injusto es su injusto del sistema.

22 Lampe: *La dogmática jurídico-penal*, p. 161.

23 Así, Gómez-Jara Díez: *Fundamentos*, pp. 186 y s.

24 Gómez-Jara Díez: *La culpabilidad*, p. 184.

miembro individual. Y ello porque la defectuosa organización no basta por si sola para hacer responsable a alguien en un sistema penal anclado en injustos de resultado[25]. La persona jurídica es titular de una esfera de organización propia y puede, por ello, hacérsele responsable directamente por los defectos de configuración de dicha esfera de organización que no impiden la realización de resultados lesivos por sus miembros individuales[26]. No se trata, por tanto, de una infracción de sus órganos o representantes que simplemente se le imputa a la persona jurídica, sino de una infracción propia[27].

El modelo de responsabilidad por hecho propio puede ser utilizado sin mayores problemas para interpretar las incorporaciones legislativas que se han hecho en varios países para sancionar a las personas jurídicas[28]. Ello es posible, en la medida que las leyes aprobadas son muy claras al establecer que se sanciona a la persona jurídica por el delito ejecutado por el miembro individual, no por un delito autónomo. Lo problemático ha sido evitar que, en la práctica, el modelo de la atribución de un hecho ajeno se meta por la ventana, lo que finalmente sucede si se cae en el procedimiento simplista de responsabilizar a la empresa por el delito cometido por el miembro individual, con la posibilidad de exonerarla de pena si es que, con anterioridad al delito, implementó un sistema de prevención idóneo. La adopción de un *compliance* penal asumiría aquí la función de una especie de causa de exclusión de la punibilidad. Lo atractivo del modelo simplista es que ahorra la difícil prueba del dolo de la persona jurídica y también los problemas de imputación objetiva entre el resultado producido y la organización de la entidad. Pero lo que no se puede evitar es la crítica de ser dogmáticamente inconsistente, pues termina introduciendo parcialmente una responsabilidad penal por el hecho de otro.

3. El modelo de atribución de la Ley N° 30424

El artículo 3 de la LRAPJ establece que la persona jurídica es responsable por el delito de cohecho activo (transnacional o doméstico), colusión desleal, tráfico

25 Vid., así, SCHÜNEMANN, en *XXV Jornadas Internacionales de Derecho penal*, Bernal Cuellar (coord.), p. 292; ROBLES PLANAS: *InDret* 2/2006 (344), p. 15.

26 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 73, nota 148; GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal*, p. 66. Similarmente HIRSCH: *ZStW* 107 (1995), p. 291, en el sentido de infracción de deberes jurídicos.

27 Vid., en este sentido, como acción de la persona jurídica, TEUBNER: *KritV* 1987, p. 63; SCHROTH: *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, p. 187 y ss.; WILLKE: *Systemtheorie* I, p. 178; HIRSCH: *ZStW* 107 (1995), p. 289; PIETH: *SchwZStr* 120 (2001), p. 4; HEINE: *SchwZStr* 120 (2001), p. 24; SEELMANN, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), p. 34; ZUGALDÍA ESPINAR: *CPC* 53 (1994), p. 624.

28 Así, NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Nieto Martín (dir.), p. 70 y s.

de influencias, lavado de activos o financiamiento del terrorismo cometido en su nombre o por cuenta de ella y en su beneficio directo o indirecto por determinadas personas naturales (administradores, representantes, trabajadores, etc.). De lo anterior se podría inferir que este sistema de responsabilidad seguiría el modelo de atribución del hecho de otro, pues la persona jurídica responderá por el delito cometido por sus administradores, representantes o trabajadores. Lo anterior se torna, sin embargo, dudoso al regular el artículo 17 de la LRAPJ, como una eximente de responsabilidad, el hecho de que la persona jurídica haya adoptado e implementado con anterioridad a la comisión del delito un sistema de prevención de delitos. No queda claro entonces cuál es la razón por la que se responsabiliza a la persona jurídica: si por no haber asumido un sistema de prevención idóneo, facilitando con ello la comisión de un delito por parte de uno de sus miembros individuales o por simplemente haberse beneficiado por la comisión del delito por parte de un miembro individual.

Lo que no ofrece mayor duda es que el modelo de atribución de responsabilidad asumido no se limita a responsabilizar, sin más, a la persona jurídica por el delito cometido por el miembro individual en beneficio de la entidad. Es necesario que la persona jurídica no haya ejercido una adecuada supervisión y vigilancia de la actuación de sus miembros individuales. En la legislación chilena se presenta una situación regulativa similar, aunque con el acierto de señalar sin tapujos que se trata de una responsabilidad penal. La doctrina chilena sostiene que se sigue un modelo mixto, en el sentido de no satisfacerse con una conexión meramente formal entre la entidad y la persona natural que comete el delito y exigir, en cambio, algún tipo de "aporte" propiamente organizacional al delito por parte de la persona jurídica[29]. Sin embargo, reconocen también que este modelo, en rigor, no es más que una variante más o menos morigerada del modelo de responsabilidad penal por el hecho de otro, por lo que queda claro que fundamentar, en mayor o menor medida, la responsabilidad de la persona jurídica en la comisión del delito por parte del miembro individual, lleva siempre a tal modelo de atribución de responsabilidad.

De cara a preservar los principios elementales del sistema penal, resulta necesario rechazar la introducción total o parcial de un componente de heterorresponsabilidad[30]. La responsabilidad penal de la persona jurídica debe ser siempre

29 Hernández Basualto: *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (julio de 2010), art. 5, p. 217.

30 Igualmente considera que el modelo de atribución del hecho de otro es contrario al principio de culpabilidad, Ortiz de Urbina Gimeno, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (ed.), p. 279 y s.; Nieto Martín, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Nieto Martín (dir.), p. 69; Alpaca Pérez: *Actualidad Penal* 15 (2016), p. 217; Chanjan Documet: *Ius Puniendi* 8 (2018), p. 83. De otro parecer, Balmaceda Quirós: *Actualidad Penal* 33 (2017), p. 28.

propia y, por lo tanto, sustentarse en un fundamento autónomo de lo que permite la imputación penal a las personas naturales. De hecho, el artículo 4 de la LRAPJ reconoce expresamente la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la responsabilidad penal de la persona natural. Sin embargo, es un dato insoslayable que la regulación positiva exige que el delito haya sido ejecutado por un directivo, representante o trabajador de la persona jurídica que actúa en su nombre o por cuenta suya. La única manera de salvar razonablemente esta particularidad legislativa es sostener que la responsabilidad de la persona jurídica requiere de una intervención necesaria del miembro individual a nivel puramente fáctico. Pero queda claro que la competencia jurídico-penal de cada uno se determina de forma independiente. Bajo esta perspectiva, la persona jurídica será penalmente responsable, si es que está organizada de una manera tal que no ha impedido o facilitado la ejecución del delito por uno de sus directivos, representantes o trabajadores. El modelo que debe utilizarse para interpretar la LRAPJ debe ser, por lo tanto, el que se sustenta en una responsabilidad por un hecho propio, pues se trata del esquema que mejor se ajusta a los estándares actuales de la imputación penal[31].

En cuanto a la manera como tiene que expresarse la defectuosa organización en la teoría del delito usada para responsabilizar penalmente a la persona jurídica, lo razonable es seguir la idea del injusto común[32]. La persona jurídica interviene en el delito ejecutado por sus miembros individuales en virtud de una defectuosa organización. En el caso de entes colectivos complejamente organizados, la defectuosa organización se expresa en la falta de un sistema de cumplimiento normativo idóneo para evitar la comisión de delitos o en contar con uno que es inadecuado o que simplemente no ha funcionado[33]. Si bien no existe sobre la persona jurídica un deber jurídico de estar organizada en *compliance*, cuyo incumplimiento sea por

31 Vid., Gómez-Jara Diez: *Fundamentos*, p. 187; Artaza Varela, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, Hortal/Valiente (coord.), p. 232 y s. En la doctrina penal peruana igualmente, Ruiz/Palomino: *Actualidad Penal* 22 (2016), p. 82.

32 Puede decirse que ésta es la perspectiva desde la que debería interpretarse también la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal chilena [vid., así, García Cavero: *Revista Estudios de la Justicia*, N° 16 (2012), p. 66], y, en cierta forma también, aunque con menos claridad en el tenor legislativo, de la regulación penal española [así, exige el defecto por organización como hecho propio de la persona jurídica, Bacigalupo Zapater: *"Compliance" y derecho penal*, p. 127 y s., aunque de otro parecer, Silva Sánchez, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 21 y ss.].

33 Así, Nieto Martín, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Nieto Martín (dir.), p. 82, sostiene que el debido control en empresas grandes o medianas solamente se puede realizar a través de los programas de cumplimiento.

sí mismo sancionado, se considera una incumbencia suya hacerlo[34], de manera tal que será penalmente competente por aquellos delitos ejecutados por sus miembros individuales en situación de *non-compliance* que habrían podido evitarse con el correspondiente sistema de cumplimiento normativo. Al organizarse defectuosamente por no adoptar un sistema de prevención de delitos idóneo, la persona jurídica infringe el rol que jurídicamente se le atribuye y, por lo tanto, es penalmente competente por el hecho realizado materialmente por sus miembros individuales que defrauda la norma penal. La afirmación de esta competencia penal es consecuencia de una serie de pasos previos que deben ordenarse con base en la teoría del delito desarrollada para imputarle responsabilidad penal[35]. Lo que corresponde ahora es precisar cuáles son esos pasos que concluyen en la afirmación de la competencia penal de la persona jurídica.

A. La imputación objetiva

A la persona jurídica se le debe imputar objetivamente el hecho penalmente relevante. Esto supone, en primer lugar, afirmar su competencia por la creación de un riesgo penalmente prohibido. Tal situación se presentará cuando sus prácticas, procedimientos internos o estructura favorecen o no dificultan la realización de conductas lesivas por parte de sus miembros individuales que actúen en nombre o por cuenta de la persona jurídica[36]. En este punto específico es posible rentabilizar la figura del *criminal compliance*[37]. Si bien las personas jurídicas no están legalmente obligadas a implementar un programa de cumplimiento respecto de los riesgos penales[38], si ellas deciden hacerlo, desde la lógica de la autorregulación de las organizaciones, cabrá evaluar tal implementación al momento de determinar la relevancia objetiva de su forma de organización, pues la incorporación del sistema de cumplimiento normativo hace que el riesgo de que, pese a todo, el miembro

34 Vid., sobre la incumbencia por el *compliance*, Bock: *Criminal Compliance*, p. 278.

35 Considera, por el contrario, que aplicar la teoría del delito desarrollada para la imputación penal de las personas individuales es inadecuado y carece de rendimientos prácticos, Nieto Martín, en *Compliance y teoría del derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (ed.), p. 31.

36 En la literatura especializada, Ragués i Vallès: *La actuación en beneficio de la persona jurídica*, p. 28 y ss., precisa que se actúa en nombre de la persona jurídica cuando existe una relación de representación, mientras que se actúa por cuenta de ella cuando se gestiona materialmente un ámbito de competencia encargado.

37 Vid., Rotsch: *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 1. Teil, 4, n.m. 6.

38 Igualmente, en la regulación italiana, Seminara, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, Hortal/Valiente (coord.), p. 138.

individual pueda cometer un delito en el marco de sus actividades, sea calificado en relación con la persona jurídica como un riesgo permitido o tolerado[39].

En cuanto a la competencia de la persona jurídica por la creación del riesgo prohibido, debe tenerse en consideración el requisito exigido en el artículo 3 de la LRAPJ de una "*actuación en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica*". En efecto, conforme a esta disposición legal, la persona jurídica responderá solamente si el delito ejecutado por el miembro individual le beneficia directa o indirectamente. De esta manera, se restringe el ámbito de competencia por el riesgo de la persona jurídica a los casos en los que puede obtener un beneficio directo o indirecto[40]. Se produce cierta traslación del criterio de distribución eficiente del riesgo que se utiliza en el Derecho civil al ámbito jurídico-penal, cargando el riesgo penal a la persona jurídica solamente si con el delito obtiene un beneficio. Sin embargo, no hay una justificación desde los parámetros de valoración del Derecho penal para mantener esta limitación[41], por lo que tendría, más bien, que eliminarse de la LRAPJ. Mientras esta eliminación no se produzca, la imputación de responsabilidad a la persona jurídica se deberá restringir a los delitos con virtualidad para beneficiarla directa o indirectamente.

La imputación a la persona jurídica del riesgo prohibido por su defectuosa organización (evidenciada en la falta de un sistema de cumplimiento idóneo) no se reduce a la creación del riesgo penalmente prohibido, sino que ese riesgo debe haberse realizado en el resultado[42]. Por lo tanto, es necesario que, en términos normativos, el resultado lesivo concretamente producido por el miembro individual pueda reconducirse a la falta de implementación de un programa de cumplimiento normativo idóneo[43]. Bajo este punto de vista, la imputación penal se presenta dis-

---

39 Similarmente, SILVA SÁNCHEZ, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 37; BOCK: *Criminal compliance*, p. 485, en relación con el llamado valor de la expectativa de daño (*Schadenserwartungswert*); SIEBER: *FS-Tiedemann*, p. 469, en relación con los delitos culposos; GÓMEZ-JARA DIEZ, en *Tratado*, p. 144; GALLEGO SOLER, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Hortal/Valiente (coord.), p. 217; COCA VILA, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 66, en la medida que los programas de cumplimiento fuesen reproduciéndose en una pluralidad de empresas. En la doctrina penal peruana, igualmente, HURTADO HUAILLA: *Gaceta penal & Procesal Penal* 77 (2017), p. 92; RUIZ/PALOMINO: *Actualidad Penal* 22 (2016), p. 84.

40 Sobre el sentido de este requisito en la responsabilidad de la persona jurídica, RAGUÉS I VALLÈS: *La actuación en beneficio de la persona jurídica*, p. 20.

41 En este sentido, críticamente, RAGUÉS I VALLÈS: *La actuación en beneficio de la persona jurídica*, p. 68.

42 Vid., GÓMEZ-JARA DIEZ, en *Tratado*, p. 147 y s.

43 Por el contrario, NIETO MARTÍN, en *Compliance y teoría del derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (ed.), p. 37 y s., es sumamente crítico a utilizar los criterios de la imputa-

cutible en los casos en los que la implementación de un sistema de prevención de infracciones penales idóneo no habría traído necesariamente como consecuencia la evitación de la infracción penal cometida. Así, puede suceder que la persona jurídica no haya implementado ningún *compliance* penal, pero se cae en cuenta que con un correcto análisis del riesgo no se habría podido detectar la clase de riesgo de la infracción penal concretamente producida. O habiéndose incorporado un *compliance* defectuoso, la infracción penal no se habría podido impedir o dificultar, aunque se hubiese contado con uno idóneo. ¿Debe rechazarse, en estos casos, la imputación penal?

Si se sigue la teoría de la evitabilidad, habría que negar, en general, la posibilidad de una imputación objetiva del resultado, pues el comportamiento alternativo conforme a Derecho no habría evitado la realización del delito. Por el contrario, si el análisis se hace desde la teoría del incremento del riesgo, bastará simplemente con señalar que la omisión de incorporar un programa de cumplimiento incrementó el riesgo de comisión del delito, lo que permitiría sustentar la imputación del resultado en una gran cantidad de casos. Por su parte, la teoría del fin de protección de la norma llevaría a sostener que la razón de ser del establecimiento del deber de incorporar al interior de la persona jurídica mecanismos de control es impedir la comisión de delitos, por lo que el incumplimiento de este deber permitirá la imputación del resultado, a no ser que se trate de la materialización de riesgos que no se habrían identificado como relevantes. Como puede verse, a no ser que se asuma la teoría de evitabilidad con la maleabilidad de sus soluciones en función de la conducta hipotética a considerar, los casos de comportamientos alternativos a Derecho deben resolverse, manteniendo la imputación del resultado producido directamente por el miembro individual de la persona jurídica.

B. La imputación subjetiva

A la imputación objetiva del hecho a la persona jurídica, debe sumarse la imputación subjetiva. La solución más sencilla ha sido siempre imputar a la persona jurídica el dolo o la culpa del sujeto individual que realiza directamente el delito. Sin embargo, dado que la competencia jurídico-penal de la persona jurídica no es la misma que la de la persona natural, tal transferencia resulta inviable. Frente a esta situación las alternativas son fundamentalmente dos: O se renuncia a la imputación subjetiva en el caso de las personas jurídicas, o se construye una imputación subjetiva propia de las entidades colectivas. La primera alternativa implica dar entrada a supuestos de responsabilidad penal objetiva similares a los casos de

---

ción objetiva en la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la falta de adopción de un sistema de cumplimiento normativo idóneo.

strict liability del Derecho penal norteamericano[44], lo que no se condice con el respeto elemental de la primera exigencia del principio de culpabilidad que obliga a que el injusto penal contemple una faceta subjetiva. Por esta razón, el camino más adecuado es la determinación de una imputación subjetiva para las personas jurídicas[45].

No hay duda que el proceso de normativización al que ha sido sometido el dolo en los últimos años, a diferencia de la culpa que le lleva varios años de ventaja, da cabida a la posibilidad de hacer una imputación subjetiva a los entes corporativos. Si el dolo o la culpa no son más realidades psicológicas del autor que el juez verifica, sino categorías que se construyen con base en la imputación de cierto conocimiento que le habría permitido al autor la evitación individual del delito[46], entonces no habrá mayor reparo dogmático para que ese conocimiento se pueda también imputar a la persona jurídica. En la doctrina penal se habla, en este orden de ideas, del conocimiento organizativo del riesgo[47], que es el conocimiento disperso en toda la organización. Algunos han identificado dicho conocimiento con la suma de los conocimientos individuales de sus miembros, lo que es un error, pues no se trata de un conocimiento individual por adición, sino del conocimiento que el ente corporativo tiene disponible a partir de la información incorporada a la organización por las vías regulares. Precisamente uno de los mecanismos de gestión del riesgo penal que el *criminal compliance* lleva a implementar es el adecuado manejo de la información disponible para evitar la comisión de delitos de los miembros individuales. En este orden de ideas, si la información existente en la organización no fue debidamente administrada para evitar la comisión del delito, entonces esta deficiencia se le podrá imputar a la concreta persona jurídica y, de esta manera, fundamentar la imputación subjetiva requerida.

---

44 En esta línea va la propuesta de Nieto Martín, en *Compliance y teoría del derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (ed.), p. 37, quien considera que no es posible hablar de hechos de la empresa dolosos o imprudentes.

45 Vid., sobre esto, Hirsch: *ZStW* 107 (1995), p. 312 y ss.; Heine: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, p. 258; El Mismo, en *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), p. 115; Dannecker: *GA* 2001, p. 119 y s.; Kremnitzer/Ghanayim: *ZStW* 113 (2001), p. 556 y ss.; Seelmann, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 32 y s.

46 Vid., García Cavero: *Derecho Penal*, PG, p. 486 y ss.

47 Así, Heine: *Verantwortlichkeit*, p. 261; Gómez-Jara Diez, en *Tratado*, Bajo/Feijoo/Gómez-Jara, p. 151. Críticamente Bosch: *Organisationsverschulden*, p. 75 y ss., por la ausencia de un único objeto de referencia que consolide toda la información dispersa; y si el dolo por el hecho concretamente realizado se afirma por no haberse canalizado la información en una instancia de decisión, entonces al final se estará dejando de lado este requisito del delito.

C. *La intervención delictiva*

Dado que la persona jurídica interviene en el hecho ejecutado por un miembro individual, lo normal es que se presente una concurrencia de intervinientes[48]. Para determinar el grado de intervención de la persona jurídica en el delito, es necesario diferenciar si su competencia es por organización o institucional. En caso que a la persona jurídica se le haga organizativamente competente por el delito, es importante definir cómo se sustenta dicha competencia. Como lo ha puesto de relieve JAKOBS de modo convincente, el dominio fáctico del hecho no constituye el criterio normativo de imputación en los delitos de dominio, sino la competencia por el mismo[49]. En este sentido, no se requiere que la persona jurídica realice por sí misma el hecho –una imposibilidad física–, sino que se trate de un riesgo por cuyo dominio sea competente. En el caso de delitos cometidos en el marco de la persona jurídica siempre tendrá que participar fácticamente una persona natural como miembro de la organización, pero, debido a que no interesa el dominio fáctico del hecho, la determinación jurídico-penal de la autoría no tendrá necesariamente que incluir a la persona natural[50]. Sólo en caso que la persona natural sea también competente por el dominio del riesgo, podrá plantearse una posible organización conjunta del hecho.

En caso de existir, desde el punto de vista normativo, un dominio conjunto del hecho entre la persona jurídica y su miembro individual (reparto del trabajo vinculante[51]), será necesario recurrir a criterios cuantitativos para decidir si tiene lugar una coautoría o una participación[52]. Los intervinientes infringen colectivamente el deber negativo que les corresponde como ciudadanos[53], radicando la diferencia únicamente en la mayor o menor gravedad de la infracción de tal deber. Por lo general, se considera que los hechos anteriores o preparatorios constituyen una infracción menos grave que los actos de ejecución[54], lo que llevaría a responsabilizar

---

48 Así se interpreta en la regulación italiana como lo precisa SEMINARA, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, Hortal/Valiente (coord.), p. 136.

49 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 3; EL MISMO, en *Modernas tendencias*, p. 621 y s.

50 La mera causación no puede fundamentar la codelincuencia; así, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 623.

51 Vid., sobre esto, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 625; LESCH: *Intervención delictiva*, p. 66.

52 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho penal*, PG, Apdo 21, n.m. 3; EL MISMO, *PJ* 59, p. 130 y ss.; EL MISMO, en *Modernas tendencias*, p. 623; LESCH: *Intervención delictiva*, p. 70 y ss.

53 Vid., JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 633: "*Infracción colectiva del deber*, éste es el concepto fundamental del que aquí se trata" (cursivas en el original).

54 Vid. LESCH: *Intervención delictiva*, p. 72 y s.

a la persona natural como autor y dejar a la persona jurídica como un cómplice. Sin embargo, desde criterios normativos esto no tiene que ser necesariamente así[55]. La defectuosa organización de la persona jurídica puede ser de tal intensidad que lo que normativamente corresponda sea imputarle el delito en calidad de autor. Un criterio razonable podría ser utilizar aquí la idea de si un sistema de prevención idóneo habría impedido o solo dificultado la ejecución del delito por el miembro individual. Y bajo estos mismos parámetros es posible también que el miembro individual que ejecuta finalmente la acción prohibida infrinja levemente su deber específico, lo que limitaría su responsabilidad penal al ámbito de la complicidad[56].

En el caso de los delitos de infracción de un deber, la competencia penal de la persona jurídica pasa a estar configurada en términos institucionales. Ella resulta portadora de un rol especial en virtud de una vinculación institucional que le obliga a cumplir con un deber positivo especial y mantener así una situación social deseable[57]. El cumplimiento de tal deber debe ser asegurado por medio del sistema de prevención de delitos. La persona jurídica institucionalmente obligada responderá por no haber contribuido a la configuración de la situación socialmente deseable impuesta por la institución[58], lo que, al no admitir cuantificación, conllevará siempre una responsabilidad penal a título de autor del delito[59]. Los miembros individuales que debían cumplir en términos materiales con el deber de la empresa, no podrán responder como autores del delito de infracción de un deber, sino solamente en virtud de sus propias competencias por organización[60] o, de ser el caso, institucionales (originarias o transferidas). Pero lo que aquí queda claro es que la

---

55 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 630; VAN WEEZEL, en *LH-Jakobs* (Colombia), II, p. 316 y s.

56 Vid., así WEBER: *ZStW* 96 (1984), p. 402. En la jurisprudencia alemana llama la atención la sentencia del OLG Braunschweig, en *NJW* 1954, p. 1777, que asume de alguna manera esta posición al sancionar penalmente como cómplice en la organización de una lotería no autorizada al colector de tal lotería, a pesar de que el organizador era una persona jurídica. Sobre la posibilidad dogmática de sancionar al ejecutor como cómplice, SCHILD: *Täterschaft*, p. 44 y s. Críticamente frente a este parecer, RENZIKOWSKI: *Restriktiver Täterbegriff*, p. 23 y s.; ROXIN, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), p. 170 y s.

57 Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO: *RPDJP* 1 (2000), p. 527 y s. Sobre las competencias institucionales, vid., en general, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 7, Apdo 29, n.m. 57 y ss.; EL MISMO, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), p. 142 y ss.; EL MISMO, en *Modernas tendencias*, p. 641; SÁNCHEZ-VERA: *Delito de infracción de deber*, p. 93 y ss.

58 Vid., JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 641.

59 Vid., en este sentido, LESCH: *Intervención delictiva*, p. 68; SÁNCHEZ-VERA: *Delito de infracción de un deber*, p. 183 y ss.

60 Sobre este supuesto, en general, LESCH: *Intervención delictiva*, p. 68 y s.

persona jurídica realiza un injusto propio que configura el correspondiente delito de infracción de un deber.

D. La culpabilidad

Definido el injusto penal de la persona jurídica, resta ahora entrar a precisar cómo se presenta su culpabilidad penal. La idea de partida es que no debe abandonarse la culpabilidad de acto y optar por una culpabilidad por el carácter o el modo de conducción de vida de la entidad colectiva. Pero como no es posible encontrar un libre albedrío en la actuación de las personas jurídicas, su culpabilidad jurídico-penal sólo podrá formularse en términos análogos a la de las personas naturales[61]. El punto de referencia es que la culpabilidad jurídico-penal de la persona natural por el acto delictivo se estructura en atención a su individualidad (libertad expresada en acciones) y a su sociabilidad (responsabilidad por las acciones), por lo que se deberá encontrar los equivalentes funcionales a estos aspectos en la realidad de los entes colectivos.

Siguiendo los desarrollos de la teoría de los sistemas, puede decirse que la persona jurídica alcanza su individualidad en la medida que su complejidad organizativa permita atribuirle una capacidad de autoorganizarse, autodeterminarse y autoconducirse en razón de intereses sociales propios distintos a los de sus órganos, representantes, trabajadores e incluso socios[62]. La cuestión de cómo se determina esta identidad autónoma, requiere evidentemente de estudios de teoría de la organización que superan la pretensión de esta exposición general[63], aunque podemos adelantar que tal identidad va más allá de lo establecido en los estatutos y su organigrama formal[64]. En este punto debe dársele cierta centralidad a la existencia de

---

61 Al respecto muy esclarecedoras son las palabras de KAUFMANN, Arthur: *Filosofía del Derecho*, p. 216 y s.: "correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, sólo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real (...), la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como *persona en sentido analógico*" (cursivas en el original).

62 Una idea que se encuentra ciertamente ya en BUSCH: *Grundfragen*, p. 7 y ss., en el sentido de comunidad organizada: "esa falta de «realidad vital en si psicofísica» es compensada mediante el momento positivo de la vinculación supraindividual y de la *organización*" (las cursivas son nuestras). Actualmente, desde un punto de vista sistémico, TEUBNER: *KritV* 1987, p. 68; HEINE: *Verantwortlichkeit*, p. 250; EL MISMO, *SchwZStr* 120 (2001), p. 24 y s.; GÓMEZ-JARA DÍEZ: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 429 y ss.; EL MISMO, *RECPC* 08-05 (2006). Escépticos ante estas consideraciones se muestran SEILER: *Strafrechliche Massnahmen*, p. 48; EHRHARDT: *Unternehmensdelinquenz*, p. 177.

63 Una breve exposición sobre la organización de la empresa, GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal*, p. 62 y ss.

64 Como, por ejemplo, parecen reducirlo JAKOBS, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), p. 62 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ: *Sanciones*, p. 85.

una capacidad de reflexión de la persona jurídica a través de la complejidad de su organización[65], lo que ha permitido a algún autor diferenciar, al igual que la persona natural, entre personas jurídicas imputables y no imputables en función de su complejidad organizativa[66]. Una persona jurídica se individualiza por medio de una complejidad organizativa que le lleva a configurar modelos de actuación independientes de los intereses e inclinaciones particulares de las personas naturales que la componen[67]. Referentes operativos de esta complejidad organizativa podrían ser las actividades que despliega, el número de trabajadores o miembros individuales, el nivel de ventas u operaciones, la existencia de subsidiarias, etc.

La simple autoorganización de la persona jurídica no es suficiente, sin embargo, para fundamentar su culpabilidad jurídico-penal, en tanto se requiere además que pueda defraudar comunicativamente expectativas sociales esenciales por medio de sus actos organizativos. Este segundo aspecto resulta posible por el reconocimiento de la socialidad de las personas jurídicas a raíz de su participación en el tráfico económico-patrimonial[68]. La entidad colectiva no se presenta en este ámbito en un nivel inferior a la persona natural, sino que actúa con las mismas faculta-

---

65 Vid., las importantes afirmaciones en esta línea de GÓMEZ-JARA DÍEZ: *RECPC* 08-06 (2006). En tanto niegan tal capacidad, VON FREIER: *Kritik der Verbandsstrafe*, pp. 125 y ss., 180, y JAKOBS, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), p. 60 y s., rechazan ambos una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por el contrario, TEUBNER: *KritV* 1987, p. 64, reconoce a la persona jurídica como capaz de autodescribirse y poseer, por tanto, identidad, a partir de lo cual pueden comprenderse también las posiciones de HEINE: *Verantwortlichkeit*, p. 248 y ss.; LAMPE: *La dogmática jurídico-penal*, p. 161 y ss.; SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, p. 572, y de alguna manera también de SCHROTH: *Unternehmen*, p. 202, a favor de una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

66 Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 425 y ss. Igualmente, NIETO MARTÍN, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 141 y s.

67 Vid., así la llamada cultura o identidad corporativa, SCHÜNEMANN: *Unternehmenskriminalität*, p. 22 y ss.; LAMPE: *La dogmática jurídico-penal*, pp. 130 y s., 163; HEINE, en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), p. 101 y s.; DANNECKER: *GA* 2001, p. 108; VON FREIER: *Verbandsstrafe*, pp. 22 y ss., 144, con consideraciones críticas. Una cultura de la asociación a partir de una orientación hacia la teoría de los sistemas autopoiéticos, TEUBNER: *KritV* 1987, p. 74; SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 572; BOTTKE: *Unternehmenskriminalität*, T. III, p. 75.

68 Sobre la realidad social de las empresas, vid., EHRHARDT: *Unternehmensdelinquenz*, p. 145; BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 95; EL MISMO, *Wistra* 1997, p. 248; GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal*, p. 65 y s. Pero esta participación en el tráfico económico-patrimonial no significa que la responsabilidad de la persona jurídica deba reducirse sólo a infracciones de carácter económico, sino que, como lo señalan DANNECKER: *GA* 2001, p. 115 y s.; PIETH: *SchwZStr* 120 (2001), p. 13; KREMNITZER/GHANAYIM: *ZStW*

des y capacidades de negociación[69]. Es titular igualmente del estatus de ciudadano (corporativo)[70], lo que otorga a sus actuaciones un sentido jurídico específico y justifica una respuesta social concreta (responsabilidad)[71]. La ausencia de derechos políticos no puede cuestionar en lo absoluto que se le atribuya el estatus de ciudadano[72], pues, si se aprecia detenidamente la política, podrá constatarse con facilidad el papel relevante que tienen las corporaciones en las campañas electorales, en las decisiones de gobierno y en la exposición de sus puntos de vista en el debate de los asuntos públicos[73].

Con base en lo hasta ahora dicho puede concluirse que la individualidad y la socialidad de la persona jurídica permiten atribuirle el estatus de ciudadano en sentido jurídico-penal, de manera que está en plena capacidad de realizar culpablemente hechos delictivos. Bajo esta premisa, la culpabilidad jurídico-penal de la persona jurídica consistirá en una falta de fidelidad al Derecho que se manifiesta en una autoorganización defectuosa derivada de la falta de adopción de un sistema de cumplimiento normativo idóneo que con la información disponible habría impedido o dificultado la realización de resultados lesivos por parte de un miembro individual.

IV. EL MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS

El modelo de prevención de delitos o *criminal compliance* puede ser definido como el conjunto de medidas necesarias y permitidas que adopta una persona jurí-

---

113 (2001), p. 555 y s., puede ampliarse a delitos como lesiones corporales, homicidios o injurias.

69 Vid., Hurtado Pozo, en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Moreno Hernández (coord.), p. 462.

70 Vid., en este sentido, la idea del buen ciudadano corporativo del Derecho estadounidense expuesta por Dannecker, en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), p. 6 y ss.; Weiland, en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), p. 55; Tiedemann: *Wirtschaftsstrafrecht*, AT, § 4, n.m. 244, quien reconoce que este concepto ha sido introducido ya en la jurisprudencia penal alemana. Este concepto de ciudadano corporativo ha sido utilizado por Gómez-Jara Díez: *RECPC* 08-05, para otorgar a las corporaciones la capacidad de culpabilidad penal.

71 En este sentido, Teubner: *KritV* 1987, p. 73 y ss.; Heine: *Verantwortlichkeit*, p. 263 y s.; Hirsch: *ZStW* 107 (1995), p. 292; Vogel: *JZ* 1995, p. 341; Wieland, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 58. Crítico ante la posibilidad de una subjetividad jurídica de la empresa para justificar la imposición de sanciones penales, von Freier: *Verbandsstrafe*, pp. 65, 77 y ss. También crítico se muestra Jakobs, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), p. 60 y s., pero por la ausencia en la persona jurídica de una capacidad de tomar postura ante la norma, lo cual presupone el acoplamiento de una conciencia con la capacidad de expresión.

72 Vid., esta apreciación, Feijoo Sánchez: *Sanciones*, p. 83.

73 Vid., al respecto, Gómez-Jara Díez, en *Tratado*, p. 173.

dica con la finalidad de prevenir la comisión de delitos por parte de sus miembros individuales o conseguir su oportuna detección, si es que no es posible prevenirlos[74]. Procura, como puede verse, la observancia de la normativa jurídico-penal mediante una labor de prevención de los delitos y, en caso éstos igualmente se produzcan, mediante su oportuna detección y puesta en conocimiento a los órganos de persecución penal. Si es que la persona jurídica adopta un modelo de prevención de delitos idóneo, la comisión posterior de un delito por parte de un miembro individual no le podrá generar responsabilidad penal. E incluso si el modelo de prevención no cuenta con los requisitos necesarios para exonerarla de responsabilidad, eso no impide que pueda desplegar, bajo ciertas circunstancias, un efecto atenuatorio de la sanción.

1. El efecto exoneratorio: ¿Causa de exclusión de la punibilidad o falta de la creación de un riesgo prohibido?

La LRAPJ establece en su artículo 17 que la persona jurídica está exenta de responsabilidad si adopta e implementa, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención del delito adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características. Podría pensarse que se trata de una causa de exclusión de la punibilidad, de manera tal que, aunque exista un delito, a la persona jurídica no se le podrá punir por ello[75]. Es evidente que difícilmente se puede considerar que los sistemas de cumplimiento sean causas de exclusión de la punibilidad, no sólo porque no son supuestos posteriores al delito, sino porque no responden a una falta de necesidad de pena en el caso concreto, sino a que no se puede sustentar la defectuosa organización de la persona jurídica en dichos casos. En realidad lo que un sistema de cumplimiento normativo provoca es la permisión del riesgo creado por la actividad ordinaria de la persona jurídica[76]. La incorporación del *compliance* hace que el riesgo de que, pese a todo, el miembro individual pueda cometer un delito en el marco de la organización, sea calificado en relación con la persona jurídica como un riesgo permitido o tolerado[77]. Si en estos casos el riesgo no se tolerase, lo que habría que

74 Vid., ROTSCH: *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 1. Teil, 4, n.m. 6.

75 Así, parcialmente, SILVA CARRILLO: *Actualidad Penal* 55 (2019), p. 79 y s., complementada con una causa de exclusión de la imputación personal.

76 Similarmente, SILVA SÁNCHEZ, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 37; BOCK: *Criminal compliance*, p. 485; SIEBER: *FS-Tiedemann*, p. 469; GÓMEZ-JARA DIEZ, en *Tratado*, Bajo/Feijoo/Gómez-Jara, p. 144; COCA VILA, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 66; GARCÍA CAVERO: *Criminal Compliance*, p. 67.

77 Similarmente, SILVA SÁNCHEZ, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 37; GÓMEZ-JARA DIEZ, en *Tratado*, p. 144; GALLEGO SOLER, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Hortal/Valiente

hacer entonces es suprimir la actividad peligrosa de cualquier persona jurídica, lo que evidentemente paralizaría la dinámica de la economía y la sociedad moderna.

La adopción del *compliance* es un tema operativo que debe ser llevado a cabo correctamente, si es que se quiere asegurar el efecto exoneratorio de la responsabilidad penal previsto en el artículo 17 de la LRAPJ. En efecto, si es que el sistema de cumplimiento normativo no es implementado en la persona jurídica de manera adecuada, entonces no se podrá sostener que ésta se encuentra debidamente organizada o que sus directivos han cumplido cabalmente con su deber de control o supervisión. Importante es, por lo tanto, determinar cómo debe instituirse el modelo de prevención de delitos para que sea idóneo. La regulación peruana establece ciertos requisitos que debe tener todo modelo de prevención en relación con los delitos de corrupción, colusión desleal, tráfico de influencias, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, por lo que no es posible sostener su idoneidad si es que no cumple con lo específicamente establecido en la ley[78].

De manera concreta, se exige que el modelo de prevención de delitos cumpla con los siguientes requisitos: i) una persona u órgano nombrado por la persona jurídica que ejerza la función de auditoría interna de prevención con recursos y personal para cumplirla adecuadamente; ii) medidas preventivas que identifiquen las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen los riesgos de comisión de delitos, establezcan los procesos específicos que permitan prevenir su realización, identifiquen los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan su utilización en la comisión de los delitos, y que instauren sistemas de denuncia que protejan al denunciante y permitan la detección y sanción interna de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención; y iii) un mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención.

2. Atenuación de la pena

La circunstancia de que la persona jurídica misma proceda a corregir su defecto organizativo con la conformación de un modelo de prevención de delitos luego de cometido el hecho delictivo, puede ser valorada favorablemente al momento de la determinación de la pena (culpabilidad reactiva). En efecto, nada impide que esta nueva situación de la organización colectiva sea considerada como una circunstancia que influye positivamente en la individualización de la pena a imponérsele de manera concreta. Su incidencia podría darse en la forma de una atenuación de

(coord.), p. 217; Hurtado Huailla: *Gaceta penal & Procesal Penal* 77 (2017), p. 92; Ruiz/Palomino: *Actualidad Penal* 22 (2016), p. 84.

78 Vid., Paredes Pérez: *Actualidad Penal* 25 (2016), p. 77; Balmaceda Quirós: *Actualidad Penal* 33 (2017), p.32 y s.

la pena o incluso de una sustitución de la misma. En el primer caso, la pena se atenúa, mientras que en el segundo caso la pena se sustituiría por la incorporación de un programa de cumplimiento normativo de carácter penal bajo un conjunto de parámetros que garanticen su idoneidad.

La incorporación voluntaria del *criminal compliance* luego de cometido el delito ha sido considerada en diversas regulaciones penales como un criterio de determinación de la pena. En la regulación jurídico-penal norteamericana, este comportamiento posterior se tiene como una circunstancia de atenuación o como la pena misma para la organización empresarial (*Federal Sentencing Guidelines*)[79]. En la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas incorporada en la legislación penal española, se admite también el efecto atenuatorio de la incorporación posterior de un programa de cumplimiento. En efecto, el artículo 31 bis 4 d) del Código penal español establece que se considerará un atenuante si la persona jurídica a través de sus representantes legales ha procedido, con posterioridad a la comisión del delito y antes del inicio del juicio, a incorporar medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudiesen cometerse con los mismos medios o bajo su cobertura[80]. Un similar efecto atenuatorio se contempla en la regulación italiana del año 2001[81].

En consonancia con la tendencia legislativa internacional antes referida, nuestra legislación le da también a la adopción posterior de un sistema de prevención de delitos por parte de la persona jurídica un efecto tanto atenuatorio, como sustitutorio de la sanción. En relación con lo primero, el artículo 12 de la Ley N° 30424 establece que constituye una circunstancia de atenuación de la sanción la adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención de delitos. Respecto de lo segundo, el artículo 16 de la Ley N° 30424 contempla también la posibilidad de suspender la ejecución de la sanción, estableciendo como una regla de conducta impuesta a la persona jurídica la obligación de adoptar e implementar un modelo de prevención de delitos.

El modelo de prevención puede desplegar también efectos atenuatorios en aquellos casos en los que es adoptado por la persona jurídica con anterioridad al

79 Vid., al respecto, WELLNER: *Cardozo Law Review* 27 (2005), p. 505 y ss., aunque con consideraciones críticas sobre su eficacia.

80 Vid., con mayores detalles, BACIGALUPO ZAPATER: *"Compliance" y derecho penal*, p. 133; COCA VILA, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 63; GOENA VIVES, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 229 y ss.

81 Vid., SEMINARA, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, Hortal/Valiente (coord.), p. 138 y s.; SIEBER: *FS-Tiedemann*, p. 450.

delito. Esto sucede cuando el *compliance* previo no es lo suficientemente idóneo como para excluir la responsabilidad penal, pero pone en evidencia los esfuerzos serios de la persona jurídica por implantar un mecanismo de control de los riesgos de infracción penal[82]. Sancionarla como si no hubiese hecho absolutamente nada para impedir la comisión de los delitos, sería abiertamente desproporcionado[83]. Por ello, resulta razonable que la Ley N° 30424 prevea, como una circunstancia de atenuación de la sanción a la persona jurídica, la acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención.

Si el sistema de prevención implementado al interior de la persona jurídica no impide la comisión del delito, pero lo detecta oportunamente, se abre un espacio para la aparición de situaciones de atenuación de la pena. En efecto, la Ley N° 30424 contempla como atenuantes de la sanción aplicable a las personas jurídicas los siguientes supuestos: la colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo hasta antes del inicio de la etapa intermedia; el impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito; y la reparación total o parcial del daño. Por ello, la gestión del riesgo no se queda en su prevención, sino que alcanza a la detección de su materialización, a partir de lo cual la empresa debe proceder a activar los protocolos para hacer efectivos actos de reparación que redunden finalmente en una pena menor[84].

82 Vid., Balmaceda Quirós: *Actualidad Penal* 33 (2017), p. 31.

83 Así, Nieto Martín, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Nieto Martín (dir.), p. 91.

84 De gestión de la crisis habla Nieto Martín, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Nieto Martín (dir.), p. 92.

CUARTA PARTE
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

CAPÍTULO 21
LA PENA

I. INTRODUCCIÓN

Para que el Derecho penal cumpla la función que se le atribuye de restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito, no basta con que impute el injusto a un sujeto culpable, sino que debe producirse necesariamente una respuesta punitiva. Esta reacción del sistema penal debe objetivarse en el mismo nivel que el hecho delictivo, por lo que debe constituir el retiro de los medios de interacción incorrectamente administrados por el autor[1]. Pero además debe contener también una base cognitiva que ponga en evidencia el fracaso existencial del autor, por lo que, desde el punto de vista sensorial, debe alcanzar el carácter de una aflicción[2]. De esta manera, la imposición de la pena comunicará, mediante la restricción aflictiva de los medios de interacción, que es el autor el que se ha orientado defectuosamente y que, por lo tanto, la sociedad debe seguir confiando en la vigencia de la norma defraudada por el delito. La forma y cuantía que la pena debe reunir para poder mantener la vigencia de la norma, dependerá de las particularidades históricas y culturales de cada sociedad.

Si bien la función del Derecho penal se cumple con el efecto comunicativo desplegado por la pena, el sistema penal no reduce sus posibilidades de reacción a la sanción penal. Existen otras consecuencias jurídicas que se imponen también en sede penal, como es el caso de las medidas de seguridad, las consecuencias acceso-

1 Vid., JAKOBS: *Norm, Person und Gesellschaft*, p. 104 y s.; EL MISMO, *Sobre la normativización*, p. 52.

2 Vid., así, JAKOBS: *Staatliche Strafe*, p. 30. En la doctrina nacional, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 92, destaca que la pena debe ser siempre un mal, un castigo, un efecto negativo.

rias o la reparación civil. Estas consecuencias jurídicas no son propias del Derecho penal, aun cuando hayan sido incorporadas legislativamente al sistema penal por muy diversas razones. Debe hacerse la precisión, sin embargo, que, aunque la imposición de estas consecuencias jurídicas distintas a la pena en el proceso penal constituya una prestación efectuada fácticamente por el Derecho penal, en el plano normativo queda claro que no se hace con las estructuras propias del Derecho penal, sino con una reproducción por el sistema penal de los criterios de decisión del Derecho civil o administrativo. La posibilidad de trasladar sistémicamente decisiones de un sistema jurídico parcial a otro, se sustenta en la llamada unidad del sistema jurídico, aunque resulta necesario precisar que esta unidad debe entenderse no en un sentido funcional, sino como ausencia de contradicción.

A partir de lo brevemente señalado puede concluirse, como cuestión general, que el Derecho penal cumple su función mediante la imposición de una pena a la persona a la que se le ha imputado la realización de un injusto culpable. En consecuencia, sólo la pena tiene, en sentido estricto, un carácter penal[3]. Las otras consecuencias jurídicas del delito, incluidas las clásicas medidas de seguridad, pueden también imponerse por el juez penal dentro de un proceso penal, pero debe quedar claro que los criterios para decidir su imposición son suministrados por los referentes normativos de otras ramas del Derecho, a saber, el Derecho administrativo o el Derecho civil[4]. Si bien la aplicación de estas consecuencias jurídicas en el marco de un proceso penal podría desplegar efectos preventivos o restabilizadores de los delitos, dichos efectos constituyen solamente un reflejo de la protección, pero no lo que justifica su utilización. Por eso, el manejo político-criminal que pudiese hacerse de este efecto empírico de las otras consecuencias jurídicas del delito no debería realizarse a costa de desnaturalizar su fundamento y procedencia normativa.

En la cuarta parte de este estudio sobre la Parte General del Derecho penal se abordarán todas las consecuencias jurídicas del delito antes mencionadas. El presente capítulo se ocupará específicamente de la consecuencia jurídica propiamente penal, es decir, la pena. Su imposición requiere de la imputación penal de un hecho antijurídico a un sujeto culpable, a lo que sirve, como ya se vio, la teoría del delito. Sin embargo, resulta pertinente precisar que la imposición de la pena no tiene lugar, al estilo de las leyes causales, por medio de una aplicación mecánica desprovista de toda intervención humana, sino que también aquí se requiere de una decisión que depende de cuestiones de carácter valorativo sobre la necesidad de imponer efectivamente la pena, la cuantía que concretamente debería tener y el cumplimiento efectivo de la pena impuesta. Estas cuestiones valorativas se agrupan

3 En la actualidad destaca especialmente que el Derecho penal debería ser sólo penal, Lascuraín Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 591 y ss.

4 Así, González Rivero: *LH-Jakobs* (Colombia), p. 68, respecto de las medidas de seguridad.

en tres grandes temas: la punibilidad, la determinación de la pena y las causas de extinción de la pena.

II. LA PUNIBILIDAD

1. Necesidad, ubicación y fundamento

Por regla general un injusto culpable es punible[5]. Sin embargo, en determinados delitos existen circunstancias especiales cuya ausencia o presencia determinan la efectiva imposición de la pena. Estas circunstancias se agrupan en la llamada categoría de la punibilidad que, por no estar presente en todos los delitos, se le considera inesencial o accidental[6]. Pese a la relevancia de la punibilidad en la imposición de la pena de determinados delitos, esta categoría dogmática no ha recibido por parte de la doctrina penal una atención equiparable a la ofrecida a las categorías del delito como la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad[7]. Esta situación explica, en cierta forma, por qué la ubicación sistemática y los contornos de la punibilidad se encuentran tan poco definidos[8]. Parece ser que, en el fondo, la doctrina penal no tiene mucho interés en definir de manera más exacta esta categoría, pues muchas veces se le asigna una función de cajón de sastre en donde se mete todo aquello que no se puede incardinar en las categorías del delito[9]. Está claro que, sea por la razón que fuere, esta situación de indeterminación no puede mantenerse, sobre todo si se quiere un sistema penal que ofrezca a los ciudadanos una seguridad jurídica mínima. En este sentido, los diversos aspectos de la punibilidad deben encontrar un orden sistemático que permita un manejo objetivamente justificable y, por lo tanto, predecible del sistema penal.

En nuestra opinión, la solución al problema expuesto de la punibilidad puede ir fundamentalmente por dos caminos distintos. Por un lado, se podría incorporar los distintos aspectos englobados dentro de la categoría de la punibilidad en las categorías del delito, no siendo necesario, por tanto, mantener una categoría dogmática adicional[10]. Por el otro, se podría mantener la categoría de la punibilidad como

---

5 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 1.

6 Vid., MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones*, p. 116; MORENO-TORRES HERRERA: *El error*, p. 48 y s.

7 Vid., BACIGALUPO ZAPATER: *Delito y punibilidad*, p. 62.

8 Vid., GARCÍA PÉREZ: *La punibilidad*, p. 34.

9 Vid., FARALDO CABANA: *Las causas*, p. 153.

10 Vid., así, BEMMANN: *Zur Frage*, p. 28 y ss; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 10, n.m. 4; GARCÍA PUENTE: *ADPCP* 1981, p. 84 y ss.; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 7, n.m. 79, respecto de las condiciones objetivas de punibilidad. Una referencia a esta propuesta y sus inconvenientes, BACIGALUPO ZAPATER: *Delito y punibilidad*, p. 175 y ss.

distinta al injusto culpable, pero suministrándole contornos precisos que permitan definir realmente su sentido y alcance. Si bien diversos aspectos del delito que la doctrina penal dominante asigna a la punibilidad podrían trasladarse sin mayores inconvenientes a alguna de las categorías del injusto culpable (lo que habría efectivamente que hacer), hay que reconocer que no se puede hacer esto con todos los aspectos que conforman la categoría de la punibilidad, sin correr el riesgo de una excesiva ampliación o flexibilización de los elementos de la teoría de delito[11]. Por esta razón, la solución más recomendable no va por prescindir de la categoría de la punibilidad, sino por ubicarla adecuadamente en el sistema dogmático y, a partir de ello, establecer los criterios que le dan identidad.

Hasta ahora la discusión doctrinal sobre la ubicación dogmática de la categoría de la punibilidad se ha movido fundamentalmente entre dos opiniones: Los que sostienen que forma parte de la teoría del delito y los que la consideran una cuestión de las consecuencias jurídicas del delito[12]. La simplificación de esta discusión parece, sin embargo, olvidar que existe una tercera posibilidad, a saber: que la punibilidad no se encuentre dentro de la teoría del delito ni dentro de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, sino en medio de ambas. En efecto, la estructura formal de la ley penal está conformada por un supuesto de hecho (delito) que se encuentra vinculado normativamente con una consecuencia jurídica (pena), pudiéndose ubicar a la categoría de la punibilidad en el nexo de imputación que existe entre el delito y la pena. A diferencia de las leyes causales en las que, verificada la causa, el efecto se produce necesariamente, en las leyes jurídicas la consecuencia jurídica no opera con criterios de necesidad natural, sino con criterios de necesidad social sujetos evidentemente a valoración. En esta línea, la punibilidad agrupará un conjunto de criterios, ajenos a la consideración del delito como injusto culpable, en los que se discute si existe la necesidad de que el Estado ejerza efectivamente su *ius puniendi*.

El hecho de que factores ajenos al injusto culpable puedan levantar o autorizar la efectiva imposición de una sanción penal, muestra la importancia que tiene precisar en qué se fundamenta la punibilidad. En la doctrina penal se han presentado diversos planteamientos sobre su fundamento. Se ha recurrido a criterios tanto formales como materiales. En el primer caso, destaca el planteamiento que recurre a la bipartición entre norma de conducta dirigida a los ciudadanos y norma de sanción dirigida al juez, ubicando la punibilidad en esta última[13]. Sobre la coherencia

11 Similarmente, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 31.

12 Vid., una exposición sobre esta discusión, Diez Ripollés: *LH- Mir Puig* (2017), p. 525 y s.; Sáenz Torres: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 915 y ss.

13 El planteamiento originario proviene de la diferencia entre norma y ley penal de Binding: *Normen*, I, p. 3 y ss.

lógica de este planteamiento no cabe hacer mayores reproches, pero no resuelve la cuestión de fondo sobre qué aspectos forman parte de la norma primaria y qué aspectos de la norma secundaria. Mientras no se ofrezca criterios materiales para ello, la utilidad del criterio formal será sólo aparente[14]. Una orientación material tienen, por el contrario, los planteamientos que buscan fundamentar la categoría de la punibilidad en criterios político-jurídicos extrapenales[15] o en la necesidad de pena[16]. Al primer planteamiento se le ha objetado entrar en cierta contradicción, pues si los criterios político-jurídicos deciden sobre la imposición de la pena, son necesariamente político-criminales y, por tanto, jurídico-penales[17]. Al planteamiento basado en la necesidad de pena, por su parte, se le ha criticado no sólo la poca claridad sobre el término merecimiento y necesidad de pena[18], sino también el hecho de que este criterio resulta también manejable en las categorías del delito[19].

En nuestra opinión, la búsqueda del fundamento de la categoría de la punibilidad no va por uno sólo de los planteamientos antes esbozados, sino que, de alguna forma, todos destacan algo cierto sobre la punibilidad. Por un lado, debe reconocerse que, si el injusto culpable ya se ha configurado, es evidente que la punibilidad no se puede basar en la norma de conducta que el juez ha utilizado como baremo de medición del delito al decidir la imputación. Y esta situación lleva a concluir también que la punibilidad no está compuesta por criterios derivados del injusto culpable, sino por otras buenas razones previstas por el legislador. En consecuencia, se trata de aspectos distintos a los que fundamentan la punición de la conducta por la infracción de la norma de conducta. Pero debe quedar claro también que estas razones deciden igualmente sobre la necesidad de pena, teniendo, por tanto, un carácter jurídico-penal. Si bien el Estado se encuentra ya legitimado para castigar a la persona que ha cometido un injusto penal culpable, hay otras razones, ajenas a los criterios de imputación penal, que recomiendan no hacer efectiva la pena[20]. El fun-

14 Vid., la crítica de BACIGALUPO ZAPATER: *Delito y punibilidad*, p. 70 y s.

15 En esta línea, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, n.m. 21.

16 Vid., el planteamiento de RADBRUCH: *SchwZStr* 51 (1937), p. 255; STRATENWERTH: *ZStW* 71 (1959), p. 567.

17 Vid., así la crítica de GARCÍA PÉREZ: *La punibilidad*, pp. 49, 314 y s. En el mismo sentido, FARALDO CABANA: *Las causas*, p. 161.

18 Vid., GARCÍA PÉREZ: *La punibilidad*, p. 330 y s. Incluso se ha criticado la necesidad del binomio merecimiento de pena y necesidad de pena, pues el merecimiento de pena viene determinado por la necesidad. No hay nada previo a la necesidad. Vid., así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 10, n.m. 5.

19 Vid., con mayores referencias, GARCÍA PÉREZ: *La punibilidad*, p. 57.

20 Vid., similarmente, MORENO-TORRES HERRERA: *El error*, p. 66; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *La exención*, p. 166 y s., en relación con la satisfacción de las pretensiones tributarias frente a los delitos tributarios.

damento de la punibilidad se encuentra, en definitiva, en la falta de necesidad de pena por factores o criterios que no se desprenden del injusto penalmente relevante.

Para saber cuáles son los criterios que influyen específicamente en la necesidad de pena, habría que entrar en la problemática de cada figura delictiva de la Parte Especial del Código Penal y de las leyes penales. Sin embargo, podrían mencionarse algunos ejemplos para graficar la idea expuesta en el párrafo precedente: La excusa absolutoria prevista en el artículo 208 del CP se sustenta en el mantenimiento de las relaciones familiares en relación con ciertos delitos patrimoniales que no son especialmente graves, así como la exención de pena que produce la excepción de la verdad en el delito de difamación (art. 134 del CP) responde al interés del Estado de determinar, por ejemplo, la actuación regular de sus funcionarios. Por lo tanto, queda claro que la imposición de una pena no depende sólo del sentido negativo socialmente atribuido al hecho lesivo culpable, sino que cuentan también otras consideraciones socialmente relevantes, como la conservación de ciertas instituciones (familia) o el interés por conocer la veracidad de las imputaciones hechas a funcionarios públicos. Sobre la base de estas ideas, se puede concluir que la categoría de la punibilidad responde a criterios ajenos al hecho delictivo que influyen decisivamente en la necesidad de imponer la pena por la comisión del hecho delictivo.

2. Los presupuestos de la punibilidad

Los presupuestos de la punibilidad son los criterios de valoración adicionales al injusto culpable que deciden sobre el ejercicio efectivo del *ius puniendi* estatal. Se trata de situaciones que no son relevantes para el injusto culpable, pero que afectan igualmente la cuestión general de la necesidad de pena. Los presupuestos de la punibilidad pueden manifestarse de una forma positiva o de una forma negativa[21], no diferenciándose en su esencia, sino más que en su formulación[22]. Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad constituyen la manifestación positiva de la punibilidad, mientras que la expresión negativa tiene lugar a través de las llamadas causas de exclusión de la punibilidad o, conocidas también, como excusas absolutorias[23]. Es importante destacar que, en la medida que se trata de aspectos ajenos al delito que afectan la necesidad de pena, no interesa si se presentan de manera

21 Vid., con mayores referencias, Bacigalupo Zapater: *Delito y punibilidad*, p. 40; Martínez Pérez: *Las condiciones*, p. 91 y ss., 108 y ss.; García Pérez: *La punibilidad*, p. 36; Moreno-Torres Herrera: *El error*, p. 29; Diez Ripollés: *LH- Mir Puig* (2017), p. 530.

22 Vid., así, Moreno-Torres Herrera: *El error*, p. 30; Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 77.

23 Sobre la procedencia francesa del término excusas absolutorias y su incorporación al Derecho español por Luis Silvela, Higuera Guimera: *Las excusas absolutorias*, p. 29 y ss.

concomitante al hecho delictivo o con posterioridad. En consecuencia, no resulta necesaria una ordenación de los presupuestos de la punibilidad en función de si son coetáneos o sobrevivientes al hecho delictivo, sino simplemente determinar si estas circunstancias justifican o levantan la necesidad de pena.

A. Las condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que deben añadirse a la conducta que realiza el injusto culpable para que genere la necesidad de una intervención penal[24]. Por lo general se trata de resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que estén referidos el dolo o la culpa del autor[25]. Sin embargo, en la doctrina penal se han diferenciado las condiciones objetivas de punibilidad propias y las impropias. Mientras las primeras son completamente ajenas al injusto penal (por ejemplo, el requerimiento de pago en el delito de libramientos indebidos), las segundas pertenecen por su naturaleza al injusto penal, pero, por razones político-criminales, se sustraen del injusto para aligerar sus presupuestos de imputación objetiva y subjetiva[26](por ejemplo, la posibilidad de perjuicio por el uso del documento en el delito de falsificación documental). Está claro que, en sentido estricto, solamente las primeras pueden considerarse condiciones objetivas de punibilidad[27]. Los aspectos referidos al injusto que se enmascaran como condiciones objetivas de punibilidad no deben ser interpretados como aspectos de la punibilidad, sino que se les debe exigír los requisitos de imputación objetiva y subjetiva propios del injusto culpable[28]. De lo contrario, la seguridad que ofrece la coherencia del sistema de la teoría del delito se tiraría por la borda.

B. Las causas de exclusión de la punibilidad

Las causas de exclusión de la punibilidad son aquellas circunstancias referidas al hecho o al autor, cuya concurrencia o aparición excluye la punibilidad del hecho delictivo[29]. En estos casos, si bien se ha realizado un delito que merece ser castiga-

---

24 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 2. En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 834.

25 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 2.

26 Vid., por todos, GARCÍA PÉREZ: *La punibilidad*, p. 39 y s., nota al pie de página 34.

27 Vid., FARALDO CABANA: *Las causas*, p. 75; MORENO-TORRES HERRERA: *El error*, pp. 33 y s., 37.

28 Vid., en este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 6 y ss.; MORENO-TORRES HERRERA: *El error*, p. 40. De manera excesiva, ZAFFARONI: *Manual*, PG, II, p. 808, hace esta afirmación respecto de todas las condiciones objetivas de punibilidad que se refieran a aspectos de Derecho penal.

29 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 3.

do, la imposición de la pena prevista puede incidir negativamente en un interés especialmente valorado por el legislador. Por ejemplo, las relaciones familiares en los delitos contra el patrimonio no violentos o la fiscalización de la función pública en los delitos contra el honor. Ante esta situación, el Estado renuncia a ejercer la potestad punitiva de la que está investido. En la doctrina penal se han distinguido las causas personales de exclusión de la punibilidad, por un lado, y las causas materiales de exclusión de la punibilidad, por el otro. Como se verá a continuación, esta distinción no sólo tiene un interés conceptual, sino que determina también un alcance distinto del efecto excluyente de la punición.

a. Causas personales de exclusión de la punibilidad

Las causas personales de exclusión de la punibilidad eximen de la pena a las personas que poseen un determinado estatus o cualidad especial, no beneficiando, por tanto, a los otros intervinientes en el hecho que no reúnan dicha cualidad especial[30]. Por ejemplo, al congresista que injuria a otro en un debate en el Congreso no podrá imponérsele la pena prevista en el delito de injurias, pues se encuentra amparado por el privilegio de la inviolabilidad establecida en la Constitución Política. Debe quedar claro que las causas personales de exclusión de la pena no se sustentan en la diferencia de las personas, sino en la preservación de ciertos intereses vinculados al ámbito de actuación de la persona o a sus relaciones con otros. Para seguir con el ejemplo: El fundamento de la causa personal de exclusión de la pena de la inviolabilidad de los congresistas no radica simplemente en tener el estatus social de congresista, sino en el hecho de que la labor que desarrollan estos funcionarios requiere de márgenes de mayor libertad que los preserve de la posible interferencia de otros poderes del Estado[31].

b. Causas materiales de exclusión de la punibilidad

Las causas materiales de exclusión de la punibilidad se refieren a circunstancias concomitantes o posteriores al hecho que eximen de pena. El carácter objetivo de estas causas de exclusión de la punibilidad trae como consecuencia que la falta de punibilidad beneficie a todos los intervinientes[32]. Un ejemplo bastante extendido es la llamada *exceptio veritatis* o excepción de la verdad en los delitos contra el honor. Esta causa de exclusión de la punibilidad se encuentra regulada en el artículo 134

30 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 4; LENCKNER, en Schönke/Schröder: *StGB*, preliminares a los §§ 32 y ss., n.m. 131; FARALDO CABANA: *Las causas*, p. 53.

31 Vid., igualmente, FARALDO CABANA: *Las causas*, p. 55 y s. Habla, en este sentido, de una capacidad funcional del parlamento, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 4.

32 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 4; LENCKNER, en Schönke/Schröder: *StGB*, preliminares a los §§ 32 y ss., n.m. 131; FARALDO CABANA: *Las causas*, p. 57.

del CP y permite, en determinados casos, eximir de responsabilidad penal al autor de un delito de difamación si prueba la veracidad de sus imputaciones. También puede citarse como ejemplo el caso de la regularización tributaria (o pago íntegro de la deuda tributaria) en relación con los delitos tributarios, la que conforme al punto 9 del Acuerdo Plenario N° 2-2009 constituye una causa material de exclusión de la punibilidad *ex post factum*.

3. Consecuencias dogmáticas

La aceptación de los presupuestos de la punibilidad como una categoría dogmática autónoma del injusto culpable da lugar a diversas cuestiones problemáticas relacionadas con la teoría del delito. De manera general, hay que decir que la solución de estas cuestiones no puede tener un carácter unívoco, sino que requiere una respuesta diferenciada en función del fundamento dogmático de cada aspecto de la teoría del delito que se problematiza en relación con la categoría de la punibilidad. Veamos de manera más detallada cuáles son estas cuestiones problemáticas.

A. El error sobre la punibilidad

Un punto de especial discusión es la relevancia del error sobre la punibilidad de la conducta. En cuanto al error sobre la punibilidad del delito pueden presentarse dos situaciones. La primera posibilidad tiene lugar cuando el autor cree erróneamente que su conducta, a pesar de ser delito, no es punible. La segunda posibilidad ocurre cuando el autor considera erróneamente que su conducta es punible, no siéndolo en realidad.

En el primer caso, la posición tradicional desde Binding[33] ha sido la irrelevancia del error[34]. No obstante, algunas voces de la doctrina han comenzado a cuestionar el acierto de esta conclusión, admitiendo de forma excepcional o general la relevancia del error[35]. El principal argumento a favor de este cambio de concepción, se encuentra en el hecho de que la prevención general, admitida por gran parte de la doctrina, presupone que el autor conozca si su hecho resulta punible o

33 Binding: *Normen*, T. III, p. 98 y ss.

34 En la actualidad mantienen este criterio desde distintas perspectivas, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 30; Lenckner, en Schönke/Schröder: *StGB*, preliminares a los §§ 13 y ss., n.m. 126; Martínez Pérez: *Las condiciones*, p. 120 y ss.; García Pérez: *La punibilidad*, p. 391. En la doctrina penal nacional, Ávalos Rodríguez, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 14, p. 468 y s.; Pérez López: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 201; Meini Méndez: *Lecciones*, PG, p. 299.

35 Vid., Schroeder: *LK*, 10. Aufl., § 17, n.m. 7; Bacigalupo Zapater: *Delito y punibilidad*, p. 204; Moreno-Torres Herrera: *El error*, p. 97 y ss.

no[36]. Hay que señalar, sin embargo, que el argumento antes mencionado valdría, en cualquier caso, sólo para quienes parten de una función motivadora de la pena e incluso, bajo esta concepción, tampoco tiene que ser necesariamente así, como lo pone en evidencia uno de sus más insignes representantes, Claus ROXIN, quien sostiene que el conocimiento de la prohibición bastaría para motivar al sujeto a un comportamiento fiel al Derecho[37].

Lo que queda claro es que, para quienes entienden que la pena tiene una función de restabilización, el error sobre la punibilidad de la conducta resultará siempre irrelevante, pues la defraudación de la norma sólo requiere subjetivamente que el autor conozca el carácter defraudador de su hecho, pero no su efectiva punición. En la medida que la defraudación se produce con la realización del injusto culpable sin mayores circunstancias adicionales positivas o negativas, el error sobre la efectiva imposición de la pena por la existencia o no de circunstancias ajenas al injusto culpable no resultará relevante.

En cuanto al caso de la creencia errónea de estar realizando un hecho punible, cuando en realidad el delito no es punible, no podrá hablarse, en sentido estricto, de una tentativa, pues el hecho delictivo se encuentra ya consumado, sin necesidad de que se haga efectiva o no la punibilidad de la conducta. En consecuencia, la suposición errónea de la punibilidad de la conducta no generará una responsabilidad penal por tentativa[38], sino que se tratará de un delito consumado que simplemente no puede ser efectivamente castigado por la ausencia de un presupuesto de punibilidad exigido por la ley. Por consiguiente, no hay posibilidad de construir dogmáticamente una figura de tentativa de un delito punible, sino que el delito quedará impune por la presencia o ausencia de un presupuesto de la punibilidad.

B. La intervención delictiva

Otro punto de discusión se presenta en relación con las reglas de la intervención en el delito. Dos son las cuestiones problemáticas que se suscitan en relación con la categoría de la punibilidad. En primer lugar está la cuestión de si cabe hablar de una participación cuando una persona interviene luego de realizado el delito, pero antes de que tenga lugar el presupuesto de la punibilidad exigido. La respuesta a esta cuestión no es tan problemática: una participación punible sólo es posible mientras se realiza el delito. La intervención posterior, aunque sea antes de que aparezca el presupuesto de la punibilidad requerido por la ley, sólo podrá

36 Vid., así, el planteamiento original de FEUERBACH: *Tratado*, § 85. Sobre este planteamiento, vid., MAURACH: *FS-Eb. Schmidt*, p. 305; MORENO-TORRES HERRERA: *El error*, p. 83 y s.

37 ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 13.

38 Igualmente, aunque sí admite la relevancia del error en el supuesto anterior, MORENO-TORRES HERRERA: *El error*, p. 109.

dar lugar a una intervención postejecutiva que abriría la posibilidad de castigar al interviniente como encubridor o como autor de un nuevo delito, pero, de ninguna manera, podrá fundamentar el castigo como partícipe en el delito ya consumado.

La segunda cuestión problemática consiste en el castigo al resto de los intervinientes en el hecho no punible. En la doctrina penal domina el parecer de que mientras la ausencia de una causa objetiva de la punibilidad beneficia a todos los intervinientes, la presencia de una causa de exclusión de la punibilidad sólo beneficia a los sujetos en quienes concurra la circunstancia[39]. Esta afirmación ha empezado, sin embargo, a relativizarse con la aparición de las llamadas excusas absolutorias objetivas o materiales que afectarían a todos los intervinientes en el hecho[40]. La doctrina ha intentado sustentar esta consecuencia mediante cierta proximidad de estas excusas absolutorias con las causas de justificación[41], pero debe reconocerse que esta forma de fundamentación produce una mayor confusión en las categorías sistemáticas del delito[42]. En el fondo, consideramos que la solución al problema se presenta más sencilla.

Para responder a la cuestión de si la falta de punibilidad del delito beneficia a todos los intervinientes o no, hay que determinar si la razón en la que el Estado sustenta la renuncia a su pretensión punitiva resulta siendo de carácter personal o, más bien, material. En el primer caso, la renuncia de pena se presenta sólo respecto de una persona, mientras que en el segundo caso la renuncia a la pena tiene lugar respecto de todos los intervinientes en el hecho. En consecuencia, resulta plenamente justificado que la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa de exclusión de la punibilidad material implique una renuncia de la pena respecto de todos los intervinientes en el hecho, mientras que en el caso de una causa de exclusión de la punibilidad personal la renuncia se limite solamente a la persona a la que le alcanza dicha causa. No es una cuestión que deba solucionarse a partir de las reglas de la autoría y la participación, pues la punibilidad, como lo hemos señalado, no es una categoría del delito, sino una categoría intermedia entre el delito y la consecuencia jurídica. Se trata, en resumidas cuentas, de una renuncia a la pena respecto de alguno o todos los intervinientes en el delito.

---

39 Vid., por todos, García Pérez: *La punibilidad*, p. 36.

40 Vid., Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 4; García Pérez: *La punibilidad*, p. 45; Bacigalupo Zapater: *Delito y punibilidad*, p. 206; Moreno-Torres Herrera: *El error*, p. 31.

41 Vid., así, Maurach/Zipf: *Strafrecht*, AT, T. I, p. 478.

42 Así la crítica de Bacigalupo Zapater: *Delito y punibilidad*, p. 207.

C. El momento y el lugar del delito

La discusión también se ha presentado respecto de la cuestión de si una condición objetiva de punibilidad sobreviniente puede modificar los aspectos del momento y el lugar del delito. La doctrina dominante considera que la condición objetiva de punibilidad es irrelevante en cuanto al momento y el lugar del delito[43]. Sin embargo, este parecer general se ha comenzado a relativizar para el caso de la prescripción. En efecto, un sector de la doctrina penal ha señalado que en los casos de una condición objetiva de punibilidad los plazos de prescripción no corren a partir del momento en que se consuma el delito, sino del momento en que se cumple con el presupuesto de la punibilidad[44]. Este parecer se apoya en el hecho de que resultaría injusto que el autor de un delito se vea beneficiado por la prescripción de un delito que no ha podido castigarse por la falta de una condición objetiva de punibilidad. En consecuencia, la prescripción solamente se habrá producido si desde el momento en que se verifica la condición objetiva de punibilidad ha transcurrido el plazo de prescripción. Este parecer nos parece el más adecuado, por lo que los plazos de prescripción deberán correr a partir del momento en que es posible castigar el delito, es decir, desde que, en los delitos en los que se exige, se produce la condición objetiva de punibilidad. Evidentemente las llamadas condiciones de procedibilidad como la denuncia o requerimiento de parte no deben seguir esta regla, pues, en estos casos, la efectiva punibilidad del delito depende de los afectados y no de un evento ajeno a su voluntad.

4. Las figuras emparentadas

En la regulación penal y procesal penal se contemplan otros supuestos que inciden igualmente en el efectivo castigo del hecho delictivo. Aunque conceptualmente la doctrina penal las distingue de las condiciones objetivas de punibilidad y de las causas de exclusión de la punibilidad, lo cierto es que finalmente producen el mismo efecto sobre el castigo previsto para el delito cometido. En relación con las primeras, cabe mencionar los llamados presupuestos de procedibilidad, los que deben necesariamente cumplirse para poder activar el proceso penal que lleve a la efectiva condena del delito. Las segundas están relacionadas, por su parte, con las denominadas causas de levantamiento de la pena, las que se presentan como circunstancias posteriores que producen el mismo efecto de renuncia a la imposición de la pena por el delito cometido. Finalmente, varios supuestos de exclusión de

---

43 Vid., así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 30. De otra opinión, SCHMIDHÄUSER: *ZStW* 71 (1959), p. 559.

44 Vid., STREE: *JuS* 1965, p. 473; EL MISMO/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 78 a, n.m. 13; LENCKNER, en Schönke/Schröder: *StGB*, preliminares a los §§ 13 y ss., n.m. 126; NIETO MARTÍN: *El delito de quiebra*, p. 76.

la punibilidad están legislativamente expresados como causas de extinción de la acción penal, lo que suscita la cuestión sobre su naturaleza sustantiva o procesal.

A. Los presupuestos de procedibilidad

La separación de los ámbitos del conocimiento como consecuencia de la autonomía científica del Derecho penal y el Derecho procesal penal, explica la necesidad de distinguir claramente las condiciones objetivas de punibilidad de los llamados presupuestos de procedibilidad[45]. A estos últimos se les define como aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla[46]. Posiblemente el supuesto más extendido de los presupuestos de procedibilidad sean los denominados informes técnicos de instituciones especializadas que resultan necesarios para que el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal. Así sucede, por ejemplo, con el INDECOPI en relación con delitos que tienen incidencia en la competencia y en el mercado.

La doctrina especializada ha ensayado diversos criterios para poder hacer la diferenciación entre las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos de procedibilidad. Un criterio que aún hoy se maneja es el desarrollado originalmente por Beling que orienta el Derecho penal material al merecimiento del mal de la pena y el Derecho procesal penal a la actividad procesal[47]. Conforme a este planteamiento, las condiciones objetivas de punibilidad afectarían el merecimiento del mal de la pena, mientras que los presupuestos de procedibilidad recaerían solamente sobre el "si" y el "cómo" de la actividad procesal[48]. A este criterio se le ha objetado, entre otras cosas, no proporcionar un criterio material de distinción[49]. Pero quizá la crítica más relevante sea aquélla que le reprocha limitar el criterio de imposición de la pena solamente al aspecto del merecimiento, extendiendo excesivamente el Derecho procesal a costa del Derecho penal material[50].

En una línea completamente contraria se encuentra la propuesta de distinción que en su día formulara Hilde Kaufmann, quien recurre al siguiente *test* para decidir la naturaleza penal o procesal de la cuestión: Si la imposición de la pena depende de la circunstancia en cuestión sin un proceso, entonces se tratará de una

45 Vid., San Martín Castro: *Derecho PUCP* 39 (1985), p. 356; García Pérez: *La punibilidad*, p. 60.

46 Así, San Martín Castro: *Derecho Procesal Penal*, I, p. 365.

47 Vid., Beling: *Deutsches Reichstrafprozessrecht*, p. 6.

48 Vid., Beling: *Die Lehre*, p. 51 y ss. Este criterio ha sido seguido, con algunas particularidades sobre todo en cuanto a la función de la pena, por Bemmann: *Zur Frage*, p. 27.

49 Vid., Kaufmann, H.: *Strafanspruch*, p. 109.

50 Vid., así, Roxin: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 47.

condición de punibilidad[51]. Como puede verse, este planteamiento, a diferencia del anterior, extiende el Derecho penal a costa del Derecho procesal. Las críticas a este planteamiento no se han hecho esperar. Por un lado, se le ha reprochado la pretensión de construir una diferencia entre el Derecho penal y el Derecho procesal prescindiendo del proceso: El Derecho penal se realiza única y exclusivamente en el proceso[52]. Por otro lado, se le ha cuestionado que el *test* utilizado para hacer la distinción tenga un contenido material, cayendo, por tanto, en el mismo problema que se le reprochó al planteamiento de BELING[53].

Las críticas a los planteamientos antes expuestos han favorecido la aparición de soluciones intermedias. En esta línea parece moverse precisamente el planteamiento originalmente propuesto por GALLAS[54] y desarrollado luego, con sus propios matices, por SCHMIDHÄUSER[55]. Se trata, en resumidas cuentas, de considerar, a la luz del principio de legalidad, como condiciones objetivas de punibilidad a aquellas circunstancias independientes de la culpabilidad que están en conexión con el hecho, mientras que aquellas circunstancias que son ajenas al hecho solamente serán presupuestos de procedibilidad. Sólo los aspectos que están inmediatamente vinculados al hecho son alcanzados por las exigencias del principio de legalidad y, por lo tanto, tienen un carácter de Derecho material[56]. Este planteamiento no ha estado libre de cuestionamientos. Quizá el punto más discutido haya sido el hecho de entender que el principio de legalidad tenga un ámbito de aplicación limitado al Derecho penal sustantivo[57]. En cualquier caso, tampoco este criterio de distinción ofrece márgenes de separación claros con soluciones unívocas[58]. Por ello, no sorprende en lo absoluto que la doctrina penal concluya que no se ha encontrado aún un criterio preciso para delimitar las condiciones objetivas de punibilidad respecto de los presupuestos de procedibilidad[59].

Consideramos que la razón fundamental por la que no se ha podido encontrar un criterio seguro para distinguir las condiciones objetivas de punibilidad, de los

---

51 Vid., KAUFMANN, H.: *Strafanspruch*, pp. 1 y ss., 134.

52 Vid., así, VOLK, K.: *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, p. 11 y ss.

53 Vid., así, BLOY: *Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, p. 29 y ss.

54 Vid., la propuesta de Gallas en las sesiones de la Comisión de Derecho penal para la reforma del Código penal alemán, *Niederschriften*, V, p. 104.

55 Vid., SCHMIDHÄUSER: *ZStW* 71 (1959), p. 558. En esta misma línea, STRATENWERTH: *ZStW* 71 (1959), p. 574; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 52.

56 Vid., así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 52.

57 Vid., en este sentido, KAUFMANN, H.: *Strafanspruch*, p. 123 y ss.

58 Vid., por ejemplo, las diferentes conclusiones a las que llega Gallas y Schmidhäuser, GARCÍA PÉREZ: *La Punibilidad*, p. 63, nota al pie de página 179.

59 Vid., así, GARCÍA PÉREZ: *La punibilidad*, p. 66.

presupuestos de procedibilidad se debe al hecho de tener un punto de partida equivocado: La separación funcional entre el Derecho penal y el Derecho procesal. Si se parte, por el contrario, de la idea de que el Derecho penal forma un sistema integral que abarca también al Derecho procesal[60], la separación conceptual solamente sería relevante a efectos de las consecuencias prácticas, pero no en cuanto a la función del sistema penal[61]. Si la falta de necesidad de punir un delito por la ausencia de un aspecto ajeno al injusto culpable se expresa en circunstancias vinculadas directa o indirectamente al hecho o en otras razones, en el fondo no interesa, pues siempre tendrá la misma consecuencia para el sistema. Para decirlo de la mano de supuestos más concretos: Si un delito leve no se castiga porque no alcanza cierto nivel de gravedad o porque el afectado no denuncia el hecho, se sustenta, en el fondo, en el mismo fundamento: La levedad del delito. En un caso el sistema penal ha determinado la punibilidad de forma objetiva con un criterio cuantitativo, mientras que en el segundo caso lo deja a la discreción del afectado como presupuesto del ejercicio de la acción penal[62]. Si es que se estudia detenidamente los diversos presupuestos de punibilidad y de procedibilidad se podrá llegar finalmente a la misma relación.

En atención a la consideración precedente, se puede decir que la distinción entre las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos de procedibilidad depende de la eventual configuración normativa que se le dé a la respectiva circunstancia que influye sobre el efectivo castigo del hecho delictivo. Si la circunstancia se manifiesta como independiente de las reglas del proceso penal, se tratará de una condición objetiva de la punibilidad. Si la circunstancia, por el contrario, está vinculada al inicio, prosecución o archivamiento del proceso penal, entonces estaremos ante un presupuesto de procedibilidad. Esta distinción tiene evidentemente consecuencias prácticas: La falta de una condición de la punibilidad lleva a la absolución, mientras que la falta de un presupuesto de procedibilidad lleva al sobreseimiento o archivo del proceso; la falta de la condición objetiva de punibilidad tiene expresión procesal mediante una excepción de naturaleza de acción, la falta del presupuesto de procedibilidad mediante una cuestión previa[63]. No obstante, la finalidad que informa ambos tipos de presupuestos son los mismos: Hacer depen-

60 En esta línea, el planteamiento de un sistema integral propuesto por la escuela encabezada por Frisch. Vid., sobre esto, con finas apreciaciones, SILVA SÁNCHEZ, Introducción al *Sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (ed.), p. 21.

61 Así, NIETO MARTÍN: *El delito de quiebra*, p. 57, nota al pie de página, dice que las condiciones objetivas de punibilidad y persiguibilidad tienen probablemente más cosas en común que elementos diferenciadores.

62 Y así podría establecerse otros paralelismos. Por ejemplo, entre el principio de oportunidad y la exención de pena; entre el informe técnico y la entidad del daño, etc.

63 Vid., así, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho PUCP* 39 (1985), p. 365 y s.

der la imposición de una pena o el procesamiento penal para imponer una pena, de la presencia de una circunstancia especial[64].

B. Las causas de levantamiento de la pena

La misma dicotomía conceptual carente de una justificación material se produce al interior del Derecho penal cuando se distingue, por un lado, las causas de exclusión de la punibilidad y, por el otro, las causas de levantamiento o supresión de la pena[65]. Dada la desconexión conceptual de la punibilidad respecto de los elementos constitutivos del injusto culpable, no se entiende por qué las causas de exclusión de la punibilidad tendrían que limitarse a las circunstancias que estuviesen presentes al momento del delito. La necesidad de pena puede perfectamente excluirse por la producción o aparición de circunstancias posteriores al hecho delictivo[66]. Por lo tanto, no existe justificación válida para mantener la distinción conceptual entre causas de exclusión de la punibilidad y causas de levantamiento de la pena en función de la concomitancia o subsecuencia de la circunstancia que sustenta la exclusión de la punibilidad.

C. Causas de extinción de la acción penal

Muchas de las causas de exclusión de la punibilidad están recogidas en el artículo 78 del CP bajo la denominación de causas de extinción de la acción penal, en las que no procedería procesar penalmente a una persona[67]. Hay que señalar, sin embargo, que estos supuestos se sustentan igualmente en la falta de necesidad de imponer una pena, por lo que se expresan materialmente como causas de exclusión de la punibilidad, tal como sucede, por ejemplo, con la prescripción[68].

---

64 Por ello, ROXIN: *Derecho Procesal Penal*, p. 6, alude a una equivalencia funcional. Por el contrario, ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Determinación judicial de la pena*, p. 77, considera que los presupuestos de procedibilidad deben quedar fuera de la categoría de la punibilidad.

65 Se muestra crítico, en este sentido, frente a la distinción entre causas de exclusión de la punibilidad y causas de levantamiento de la pena, VOLK, K.: *ZStW* 97 (1985), p. 882; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 10, n.m. 10. No obstante un amplio sector de la doctrina penal considera relevante esta distinción. En esta línea, FARALDO CABANA: *Las causas*, pp. 38, 177 y s., señala que las causas de levantamiento de la pena no deben ubicarse dentro de un concepto estricto de punibilidad, sino en otra categoría de "otros presupuestos de la pena". Por su parte, ZAFFARONI: *Manual*, PG, II, p. 796, diferencia entre causas que excluyen la penalidad y las que cancelan la penalidad.

66 En esta línea, HIGUERA GUIMERA: *Las excusas absolutorias*, p. 107, considera como clases de excusas absolutorias las excusas absolutorias preexistentes a la comisión del delito y las excusas absolutorias posteriores o sobrevenidas a la comisión del delito.

67 Vid., VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 613 y ss.

68 Así, RAGUÉS I VALLÈS: *La prescripción penal*, p. 90.

No obstante, nuestro Código Penal les da un tenor procesal al regularlas como causas de extinción de la acción penal. Las causas de extinción de la acción penal que impiden el inicio o la prosecución de un proceso penal son la muerte del imputado, la prescripción, la amnistía, el derecho de gracia, la cosa juzgada y, en el caso de los delitos de acción privada, el desistimiento y la transacción.

a. La muerte del imputado

La muerte del imputado, como causa de extinción de la acción penal, implica necesariamente la existencia de un proceso penal iniciado, en la medida que solamente cabe hablar de un "imputado" una vez que se haya abierto un proceso penal. Por ello, hay que entender que la muerte del imputado extingue, en sentido estricto, la prosecución de la acción penal instaurada a la persona cuando se encontraba viva. Si la persona muere antes del ejercicio de la acción penal, no cabrá la apertura de un proceso penal por falta de un autor (vivo) individualizado. En todo caso, la extinción de la acción penal por muerte del imputado no afecta, en lo absoluto, la acción civil por los daños ocasionados, siempre y cuando exista patrimonio del imputado para satisfacer la obligación de reparación[69].

b. La prescripción del delito

b.1) Concepto y fundamento

La prescripción de la acción penal (o prescripción del delito) es una causa que impide la imposición de la sanción penal por el transcurso del tiempo[70]. Se fundamenta, por un lado, en la falta de necesidad de pena por la antigüedad del delito (criterio material) y, por otro lado, en el hecho de que el tiempo transcurrido provoca dificultades probatorias que aumenta el riesgo de un error judicial (criterio procesal)[71]. Esta combinación de fundamentos explicaría por qué su naturaleza no se decanta exclusivamente por un carácter sustantivo o procesal[72]. Si fuese sólo de

69 Así, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código Penal anotado*, p. 92; Villa Stein: *Derecho Penal*, PG, p. 614.

70 Destaca que en la prescripción el Estado decide imponerse un límite, también temporal, para el ejercicio de la potestad punitiva, Pastor: *Prescripción de la persecución*, p. 25.

71 Vid., Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 33/24; Valdiviezo Valera: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 30 (2011), p. 239. Sobre el fundamento de la prescripción, con mayor detalle, Ragués i Vallès: *La prescripción penal*, p. 21 y ss.; Gómez Martín: *La prescripción del delito*, p. 13 y ss.

72 Sobre esta discusión respecto de la naturaleza de la prescripción, Abanto Vásquez: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 546 y ss.; Pisfil Flores: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 56 y s.; Sánchez Mercado: *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 144 y ss.; Pastor: *Prescripción de la persecución*, p. 32 y ss.

naturaleza material, la prescripción se presentaría como una causa de exclusión de la punibilidad cuya incidencia en el proceso penal se debería hacer valer por medio de una excepción de improcedencia de acción (por no ser el hecho penalmente justiciable), mientras que, si su naturaleza fuese puramente procesal, la prescripción de la acción penal afectaría una condición de procedibilidad que debería poder dar pie a una cuestión previa. Sin embargo, la alegación de la prescripción en el proceso penal no admite la posibilidad de seguir alguno de estos caminos procesales, sino, más bien, el de una excepción propia en el que se conjugan aspectos tanto materiales como procesales bajo la idea común de eliminar la incertidumbre jurídica y asegurar la vigencia del principio de la seguridad jurídica[73]. Se trata de una institución que muestra la necesidad de asumir una visión integral del sistema penal[74].

b.2) La determinación del plazo de prescripción

Conforme al artículo 80 del CP, la prescripción de la acción penal se produce en un tiempo igual al máximo de la pena fijado por ley para el delito, si se trata de una pena privativa de libertad temporal. Este plazo tiene, sin embargo, un límite de veinte años, por lo que los delitos que contemplan una pena privativa de libertad máxima superior a los veinte años, mantendrán como plazo de prescripción los veinte años[75]. Si la pena privativa de libertad es de cadena perpetua, la acción penal prescribirá a los treinta años. En el caso de delitos que contemplen una clase de pena distinta a la privativa de libertad, el plazo de prescripción de la acción penal será de dos años. Si se presenta un concurso real de delitos, cada delito seguirá separadamente su propio plazo de prescripción, mientras que si se trata de un concurso ideal de delitos la prescripción de todos los delitos se producirá con el plazo de prescripción del delito previsto con la pena mayor.

La regla general que establece que el plazo de prescripción de la acción penal es igual al marco penal máximo de la pena abstracta prevista en el tipo penal correspondiente contiene, sin embargo, ciertas excepciones. Por un lado, el plazo de prescripción se reduce a la mitad en el caso de delitos cometidos por imputables restringidos (artículo 81 del CP). Por otro lado, el plazo se duplica en el caso delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado por funcionarios públicos o particulares (artículo 41 de la Constitución)[76], o por delitos cometidos por

73 Destaca el aspecto de la seguridad jurídica la STC Exp. N° 5922-2009-PH/TC de 29 de noviembre de 2010 y el R-N- A.V. N° 1237-2011 de 9 de diciembre de 2011.

74 Sobre la visión integral en relación con la prescripción, RAGUÉS I VALLÈS: *La prescripción penal*, p.75 y s.

75 Vid., VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 616.

76 El artículo 41 de la Constitución ha reafirmado lo indicado por el último párrafo del artículo 80 del CP sobre la duplicación del plazo de prescripción para el caso de los delitos

integrantes de una organización criminal en su calidad de tales (artículo 80 último párrafo del CP)[77]. A estas excepciones a la regla del plazo de prescripción, deben agregarse los supuestos de imprescriptibilidad del delito. En primer lugar, se debe mencionar la reciente reforma del artículo 41 de la Constitución Política que declara imprescriptibles los delitos graves de corrupción cometidos por funcionarios públicos, aunque aún falta por aprobar la ley que fije cuáles son esos delitos[78]. En segundo lugar, cabe destacar la incorporación jurisprudencial hecha por el Tribunal Constitucional que, sobre la base de los tratados internacionales a los que el Perú se ha adherido, declara la imprescriptibilidad de los llamados delitos de lesa humanidad[79].

Para fijar el plazo de prescripción debe establecerse claramente si se debe tener en cuenta el marco penal abstracto previsto en el tipo penal correspondiente o el marco penal abstracto modificado por circunstancias modificativas de la responsabilidad (marco abstracto-concreto). De seguirse el primer referente, no se considerarán las modificaciones al marco penal abstracto que tengan lugar en virtud de circunstancias genéricas cualificadas[80]. Pero, con la misma lógica, tampoco deberían

---

cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, pero ha ampliado el ámbito de aplicación de esta duplicación a los delitos contra la Administración Pública. Esta nueva regulación tiene una doble repercusión. Por un lado, se desprendería que los delitos cometidos por funcionarios públicos que perjudiquen el patrimonio del Estado no deben ser delitos contra la Administración Pública, pues la duplicación del plazo de prescripción ya se contempla, de manera general, para estos delitos. Se trataría, por lo tanto, de delitos comunes cometidos por funcionarios públicos en perjuicio del patrimonio del Estado. Esta nueva regulación no asumiría entonces el criterio establecido por el Acuerdo Plenario N° 2-2011 de limitar la duplicación a los delitos de funcionarios públicos que perjudiquen el patrimonio. Por otro lado, la Constitución abarcaría a los particulares en la duplicación del plazo de prescripción por los delitos antes referidos. Sin embargo, Segura Valenzuela: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 101 (2017), p. 92, precisa que esa duplicación solamente alcanza a los particulares que cometen un delito común contra la Administración Pública, pero no a los *extranei* que auxilian a un funcionario público a cometer un delito de funcionario público contra la Administración Pública. De esta manera, se mantendría la tesis establecida por el Acuerdo Plenario N° 2-2011, según las cual la duplicación del plazo de prescripción alcanza solamente al funcionario público, pero no al partícipe *extraneus* [a favor de esta posición Pariona Arana: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (2011), p. 62].

77 Vid., Villegas Paiva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 52 (2013), p. 23 y ss.

78 Vid., al respecto, críticamente, Segura Valenzuela: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 101 (2017), p. 91 y ss.; Pariona Arana: *Actualidad Penal* 1 (2014), p. 168 y ss.

79 STC Exp. N° 0024-2010-PI/TC de 21 de marzo de 2011, fundamentos jurídicos 42 y 65. A favor de esta decisión, Medina Tapia: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (2011), p. 19 y ss.; Figueroa Gutarra: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (2011), p. 30 y s.; Núñez Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 31 (2011), p. 119 y s.

80 Así, en la jurisprudencia española como lo informa Gómez Martín: *La prescripción del delito*, p. 34 y s.

considerarse las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad penal que dan lugar a un marco penal distinto, como lo serían, por ejemplo, las distintas agravantes previstas en el hurto agravado. Las modificaciones genéricas o específicas al marco penal abstracto mantendrían inalterable el plazo de prescripción establecido en el tipo penal correspondiente. Si, por el contrario, se tuviera por correcto que las alteraciones del marco penal abstracto repercutan también en la determinación del plazo de prescripción del delito, entonces habría que admitirlo en todos los casos en los que dichas alteraciones se produzcan. Como correlato lógico, tendría que aceptarse también una modificación del plazo de prescripción en el caso de atenuantes que permiten reducir la pena por debajo del mínimo legal, es decir, que también el plazo de prescripción tendría que reducirse en el caso de atenuantes cualificadas, lo que no parece muy operativo, dado su carácter bastante discrecional en nuestra legislación penal. Vistas así ambas alternativas, parece que ninguna termina por dar una solución que resulte plenamente satisfactoria.

La Corte Suprema de la República ha tomado cierta posición al respecto en el Acuerdo Plenario N° 8-2009, al señalar que la agravante del prevalimiento del cargo del artículo 46-A del CP no afecta el plazo de prescripción[81]. En consecuencia, ha optado por asumir la posición que niega que las modificaciones al marco penal abstracto en virtud de circunstancias genéricas cualificadas afecten el plazo de prescripción. Sin embargo, el mismo Acuerdo Plenario sostiene que respecto del delito masa, previsto en el artículo 49 *in fine* del CP, la situación es distinta, pues no se trata de una circunstancia modificativa de la responsabilidad, sino de un delito en sí. A nuestro entender, este último aspecto del Acuerdo Plenario antes mencionado resulta sumamente discutible, en la medida que se trata de un supuesto de concurso de delitos (la llamada unidad de delito) que, en la determinación de la pena, sigue el principio de exasperación. Por lo tanto, tanto la agravante del prevalimiento del cargo, como la figura del delito masa, se mueven en el plano de la determinación abstracto-concreta de la pena, no apreciándose una razón válida para un trato diferenciado.

En todo caso, la posición asumida por la Corte Suprema de la República en relación con la agravante genérica de prevalimiento del cargo no es rechazable en sí misma. El único inconveniente es que su aplicación coherente debería llevar a que las agravantes o atenuantes específicas tampoco se tengan en cuenta en la determinación del plazo de prescripción, en la medida que responderían a la misma lógica que las circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto. Por poner un ejemplo: tanto el hurto simple como el agravado tendrían como plazo

81 Vid, con consideraciones críticas, Revilla Llaza: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 7 (2010), p. 64 y ss. En el R.N. N° 1322-2018-Nacional, la Corte Suprema es más explícita al señalar que el plazo de prescripción no se afecta por la concurrencia de circunstancias genéricas atenuantes o agravantes.

de prescripción el marco penal abstracto máximo del tipo penal de hurto simple. Pese a la insatisfacción que provoca la aplicación coherente del referido punto de partida, este inconveniente no puede ser solucionado, asumiendo la posición contraria que propugna que las agravantes que modifican el marco penal abstracto sean consideradas en la determinación del plazo de prescripción, pues, de hacerlo, habría que reconocerles el mismo efecto a atenuantes como la tentativa, las eximentes incompletas, etc. Esta consecuencia no parece practicable en nuestra legislación penal, en donde las atenuantes genéricas no establecen criterios fijos de atenuación porcentuales, sino absolutamente discrecionales.

Frente al panorama descrito, la única forma para poder justificar que las circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto no sean consideradas en la determinación del plazo de prescripción y que las circunstancias específicas sí lo sean, sería asumiendo que la incorporación de una circunstancia específica modificatoria de la responsabilidad penal en la Parte Especial del Código Penal trae como consecuencia un cambio en la identidad del tipo penal que no modifica el marco penal abstracto, sino que da lugar a uno distinto. De esta manera, se llegaría a la conclusión de que la colocación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal en las disposiciones de la Parte General o en los tipos penales de la Parte Especial no es solamente una cuestión de técnica legislativa, sino que influye en el propio sentido comunicativo del delito correspondiente y evidentemente en la conformación del marco penal abstracto.

A partir de las consideraciones precedentes, los incrementos o disminuciones del marco penal abstracto que tienen lugar por agravantes o atenuantes genéricas no repercuten en el plazo de prescripción, mientras que las circunstancias específicas que inciden en determinados tipos penales sí afectarían el plazo de prescripción. En consecuencia, cuando un funcionario público comete un delito común al que resulta aplicable la agravante de prevalimiento del cargo del artículo 46-A del CP, el plazo de prescripción se determinará de conformidad con la pena abstracta prevista en el delito común correspondiente. Por el contrario, en caso que cometa un delito especial en el que se tenga en cuenta su calidad de funcionario público como elemento que fundamenta la pena (delito especial propio) o como elemento de agravación de la pena (delito especial impropio), el plazo de prescripción se determinará en función del marco penal abstracto previsto en el tipo penal especial (propio o impropio).

b.3) El cómputo del plazo de prescripción

El artículo 82 del CP regula el inicio del cómputo del plazo de prescripción en función del modo de ejecución del delito[82]. En el caso de los delitos instantáneos,

82 En este sentido, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 27, n.m. 3139.

el cómputo del plazo de prescripción se inicia luego de la consumación del delito. Si el delito ha quedado en grado de tentativa, el cómputo del plazo de prescripción comienza desde el día en que cesó la actividad delictuosa. Si se trata de un delito permanente, el cómputo del plazo de prescripción se inicia a partir del día que cesó la permanencia. En caso de delito continuado, el plazo de prescripción comenzará a correr desde el día en que terminó la actividad delictuosa. En este punto, debe indicarse que en el Pleno Jurisdiccional Penal Nacional de 1998 (tema 2) se precisó que el delito que se consuma con un solo acto se reputa instantáneo con independencia de la permanencia en el tiempo de sus efectos (delitos instantáneos de resultado permanente), por lo que el plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde su consumación y no desde la cesación de la permanencia de sus efectos. En esta línea argumentativa, el Pleno Jurisdiccional de 1998 estableció, en concreto, que los delitos de lavado de dinero, resistencia a la autoridad, omisión de la asistencia familiar y ciertas figuras del delito contra la libertad laboral eran delitos instantáneos con efectos permanentes.

El cómputo del plazo de prescripción no es común a todos los intervinientes. Si bien se desprende del artículo 82 del CP que el inicio de la prescripción es común a todos los intervinientes en el delito[83], el artículo 88 del CP dispone que el plazo de prescripción corre, se suspende o se interrumpe de manera separada para cada uno de los partícipes en el delito –hay que entender el término "partícipes" en sentido amplio lo que incluye a los autores en el ámbito de aplicación de esta disposición legal[84]. En este sentido, el efecto individualizado de la prescripción está referido a todos los intervinientes en el delito. De este carácter personal del cómputo del plazo de prescripción se puede deducir igualmente que el plazo de prescripción de diversos intervinientes en el delito no debe ser necesariamente el mismo. En este sentido, por ejemplo, la duplicación del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por éste, sólo deberá alcanzar a los funcionarios públicos con el deber funcional específico, mas no a los otros intervinientes que no tienen esa posición especial.

b.4) El plazo extraordinario de prescripción

Conforme al Acuerdo Plenario N° 09-2007, "*el Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80° regula lo concerniente al* ***plazo ordinario*** *y en el artículo 83° in fine hace referencia al* ***plazo extraordinario***". La razón de ser del plazo extraordinario de prescripción es evitar que los procesos abiertos dentro del

83 Aunque MARTICORENA COLLANTES: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 66, sostiene que debería también establecerse un inicio diferenciado entre los intervinientes en el delito.

84 Igualmente, MARTICORENA COLLANTES: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 65.

plazo de prescripción ordinaria puedan durar eternamente sin ningún efecto material, por lo que se les establece a los tribunales penales el límite absoluto del plazo extraordinario para condenar definitivamente al procesado[85]. Con relación al plazo extraordinario, la disposición jurídica antes mencionada precisa que éste se vence cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción[86]. Si bien el legislador ha establecido que el plazo máximo de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal es de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua es de treinta años, el Acuerdo Plenario N° 09-2007 señala que tales límites sólo operan en relación con el plazo ordinario de prescripción, no afectando en nada las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años; y cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

b.5) La interrupción y la suspensión del cómputo del plazo de prescripción

El cómputo de los plazos ordinario y extraordinario de prescripción se inicia conforme a las reglas, antes referidas, del artículo 82 del CP[87]. Sin embargo, las causas que afectan el cómputo de la prescripción no repercuten igualmente en ambos plazos de prescripción. Por un lado, se encuentran las llamadas causas de interrupción del plazo de prescripción, las que paralizan el plazo de prescripción y dejan sin efecto el tiempo transcurrido. El artículo 83 del CP establece, como causas de interrupción de la prescripción, las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, así como la comisión de un nuevo delito doloso[88]. Jurisprudencialmente se ha establecido que no cualquier actuación del Ministerio Público puede interrumpir el plazo de prescripción, sino solamente aquellas que tienen entidad suficiente, esto es, aquellas en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la apertura de diligencias preliminares con imputación a una persona con cargos en su contra (Casación

85 En el mismo sentido, VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 619.

86 Vid., BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código Penal anotado*, p. 300.

87 De otra opinión, MEINI MÉNDEZ: *Imputación*, p. 297 y ss., en relación con el inicio del plazo extraordinario de prescripción, en la medida que señala que éste se inicia con la primera interrupción del plazo ordinario de prescripción.

88 Respecto del nuevo delito doloso, MEINI MÉNDEZ: *Imputación*, p. 295, indica que no debe esperarse a una sentencia firme para proceder a la interrupción, sino que basta la imputación formal, lo que evidentemente dependerá del pronunciamiento definitivo.

347-2011-Lima[89]). En este mismo dispositivo penal se indica que el plazo extraordinario de prescripción es inmune a las causas de interrupción de la prescripción, es decir, que este plazo no se interrumpe en ninguno de los supuestos antes indicados.

El Código Penal regula adicionalmente las llamadas causas de suspensión del plazo de prescripción en su artículo 84, las que paralizan el plazo de prescripción, pero que, una vez superadas, el cómputo del plazo de prescripción continúa corriendo en donde se quedó[90]. A diferencia de las causas de interrupción de la prescripción, el plazo extraordinario de prescripción no es inmune a los supuestos de suspensión[91], pues, de lo contrario, se generaría situaciones absurdas de impunidad, al producirse la prescripción extraordinaria del delito, pese a que el proceso penal no podía iniciarse o continuarse por una cuestión que debe resolverse previamente. Conforme al tenor del artículo 84 del CP, las causas de suspensión de la prescripción (ordinaria y extraordinaria) son cualquier cuestión de la que dependa el inicio o la continuación del proceso penal que deba resolverse en otro procedimiento (por ejemplo, el desafuero de un congresista o el proceso de extradición del imputado). Esta regulación parece razonable en la lógica del Código Penal, pues las causas de suspensión no dependen del retardo de los órganos de juzgamiento del delito, sino de otros procedimientos ajenos.

Las causas de suspensión de la prescripción se han ampliado, sin embargo, a supuestos que no están referidos a una cuestión a dilucidar en un procedimiento extrapenal, sino que se sustentan en otras razones. Lo común es que no suspenden el plazo ordinario de prescripción, sino al extraordinario, pues se trata de causas que se presentan durante el proceso penal. Con la dación de la Ley N° 26641, por ejemplo, se le atribuye a la declaración de contumacia del procesado el efecto de suspender el plazo de la prescripción[92]. A nivel jurisprudencial, el Acuerdo Plenario N° 6-2007 establece que también se suspende el plazo de prescripción con la interposición del recurso de queja excepcional en los procesos sumarios como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad. Dicha suspensión dura hasta la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo.

Especial discusión ha suscitado la causa de suspensión de la prescripción regulada en el artículo 339.1 del CPP. Esta norma procesal señala que la formalización de la investigación preparatoria producirá el efecto de suspender el curso de la

89 Sobre esta casación, vid., Cruz Vegas: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 35 y ss.; Burgos Alfaro: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 26 y ss.; Pisfil Flores: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 21 y ss., con consideraciones críticas.

90 Vid., Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código Penal anotado*, p. 301.

91 Igualmente, Meini Méndez: *Imputación*, p. 300.

92 Vid., Alcócer Povis: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 115.

prescripción de la acción penal. Un sector de la doctrina y jurisprudencia penales entiende que, en realidad, se trata de una causa de interrupción de la prescripción[93]. Sin embargo, el Acuerdo Plenario N° 01-2010 se encargó de desvirtuar esta línea de interpretación, al precisar que el tenor de la normativa procesal es claro en cuanto a señalar que se trata de una causa de suspensión de la prescripción[94]. La formalización de la investigación preparatoria suspende la prescripción desde la formalización hasta la sentencia o resolución que ponga fin al proceso, o la solicitud de sobreseimiento del fiscal sea aceptada. Si bien la posición jurisprudencial podía merecer respaldo, la fijación de los puntos del tiempo de suspensión resultaba irrazonable, pues llegado el punto final (la sentencia o el sobreseimiento) el proceso penal concluye y, por lo tanto, el cómputo del plazo de prescripción en ningún caso puede reactivarse[95]. En el fondo, lo que esta interpretación provocaba era la eliminación de la prescripción extraordinaria[96]. Esta situación motivó que la misma Corte Suprema rectifique el defecto acotado con el Acuerdo Plenario N° 3-2012, señalando en el punto 11 que el tiempo de suspensión del proceso penal no podía prolongarse más allá del tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad. Aunque pudiese considerarse excesivo y, en la práctica, duplicar en todos los casos el plazo extraordinario de prescripción[97], la posición del Corte Suprema resulta sumamente clara.

La propuesta interpretativa de la Corte Suprema es correcta en cuanto a que el artículo 339 inciso 1 del CPP es una causa de suspensión de la prescripción. No sólo porque así lo establece la literalidad de la ley, sino porque el sentido no cambia con una interpretación sistemática[98], pues la causal estudiada es una causa especial de suspensión que no sigue la regla general del artículo 84 del CP (cuestión a determinar en otro procedimiento), sino, más bien, la regla de la eventual dilación indebida (contumacia o dilación indebida con recurso de queja excepcional). En efecto, el legislador penal advierte que en la investigación preparatoria el ejercicio del derecho de defensa por parte de los imputados puede generar dilaciones inde-

93 Vid., Alcócer Povis: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 117 y ss.; Panta Cueva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 20 (2011), p. 26 y s.

94 De acuerdo con la tesis de la suspensión, Pariona Arana: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23 (2011), p. 221 y ss.; El Mismo, *LH-Hurtado Pozo*, p. 837; Valdiviezo Valera: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 30 (2011), p. 247 y s., Cruz Vegas: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (febrero de 2012), p. 236; Vásquez Shimajuko: *Cedpe*, Cuestiones Penales (www.cedpe.com); San Martín Castro: *Derecho Procesal penal*, p. 317.

95 De similar parecer Vásquez Shimajuko: *Cedpe*, Cuestiones Penales (www.cedpe.com).

96 Así, Burgos Mariños: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (2011), p. 264; Cruz Vegas: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 236 y s.

97 Vid., Pariona arana: *LH-Hurtado Pozo*, p. 846.

98 De otro parecer, Alcócer Povis, en *INCPP* (www.incipp.org.pe), p. 11.

bidas (solicitud de que se actúen pruebas de descargo, interposición de medios de defensa técnicos, etc.), por lo que ha tomado la decisión de suspender el plazo de prescripción extraordinario al iniciarse esta etapa procesal. Discrepamos, sin embargo, de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema respecto a establecer, como punto final de la suspensión del plazo de la prescripción, un tiempo igual al plazo extraordinario de la prescripción. Si los mecanismos que dispone el nuevo proceso penal para controlar la razonabilidad del plazo están a nivel de la investigación preparatoria, la suspensión solamente debería durar lo que demora esta etapa del proceso penal[99]. Una vez concluida la investigación preparatoria, el plazo de prescripción se debe reactivar[100]. Si el proceso prescinde de esta etapa procesal (p.e. una querella o una acusación directa), entonces no tendría por qué producirse una suspensión de la prescripción.

c. La amnistía

El artículo 102 inciso 6 de la Constitución Política establece que una de las atribuciones del Congreso de la República es dictar leyes de amnistía. La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto de este delito. Tal como se desprende de su sentido etimológico, se trata de un olvido (amnesia) de la realización de un hecho delictivo[101], lo que impide que se procese o se siga procesando a los autores del delito beneficiados por la amnistía emitida por el Poder Legislativo. El sentido de este mecanismo de extinción de la acción penal es superar determinados momentos de crisis social (por ejemplo, luego de una guerra interna) o generar las condiciones para que rija adecuadamente una ley penal (por ejemplo, dar una amnistía para entregar o regularizar en un determinado plazo la tenencia de armas). Por ello, no cualquier ley que disponga una amnistía resulta legítima.

El Tribunal Constitucional ha establecido que las leyes de amnistía deben ser sometidas a un juicio de legitimidad constitucional para determinar si han respectado sus límites formales y materiales[102]. Con respecto a los primeros señala que el dictado de una ley de amnistía sólo puede formalizarse en virtud de una ley ordina-

99 A igual conclusión llegan VALDIVIEZO VALERA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 30 (2011), p. 247; CRUZ VEGAS: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p 237; VÁSQUEZ SHIMAJUKO: *Cedpe*, Cuestiones Penales (www.cedpe.com), pero con una argumentación distinta, pues se apoya en la idea de que el Estado no puede ver limitada temporalmente su persecución penal, lo que no termina de convencer, pues la institución misma de la prescripción limita la facultad del Estado de perseguir los delitos.

100 Vid., VALDIVIEZO VALERA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 30 (2011), p. 248; SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal penal*, p. 317.

101 Vid., VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 624.

102 Vid., CASTILLO ALVA: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 74.

ria. Por tanto, además de respetar los principios constitucionales que informan el procedimiento legislativo, debe observar los criterios de generalidad y abstracción exigidos por el artículo 103 de la Constitución. Igualmente, las leyes de amnistía deben respetar el principio-derecho de la igualdad jurídica, lo que impide que, previsto el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, el legislador pueda brindar un tratamiento diferenciado que no satisfaga las exigencias que impone el principio de proporcionalidad. Finalmente, la amnistía tampoco puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución, por lo que el ejercicio de la labor del legislador debe estar orientado a garantizar y proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y a servir a las obligaciones derivadas del artículo 44 de la Ley Fundamental, esto es, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. En virtud de ello, se deben declarar nulas las leyes que amnistían, por ejemplo, delitos de genocidio o contra la humanidad[103].

d. El derecho de gracia

El inciso 21 del artículo 118 de la Constitución Política vigente reconoce la potestad presidencial de ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. Al igual que la amnistía, el Tribunal Constitucional ha señalado que la gracia presidencial está sujeta también a límites formales y materiales. En cuanto a los primeros, se deben seguir "*los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución)*"[104].

"*En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado. En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos*

103 STC Exp. N° 00679-2005-AA de 2 de marzo de 2007.

104 STC Exp. N° 04053-2007-HC de 18 de diciembre de 2007, fundamento jurídico 25.

casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial. Por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que el que la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger"[105].

e. La cosa juzgada

La llamada cosa juzgada constituye un efecto procesal de la resolución judicial firme que impide que lo que ya se ha resuelto sea nuevamente revisado en el mismo proceso o en otro proceso[106]. Este instituto procesal se encuentra reconocido en el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política del Perú, en donde se establece "la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada", así como en el artículo 90 del CP que dispone que nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente. Mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada "(...) *se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, en segundo lugar, porque el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó* (...)"[107].

El fundamento de la cosa juzgada en materia penal se encuentra esencialmente en la seguridad jurídica que se le otorga al ciudadano de que no sufrirá una nueva injerencia estatal por el mismo hecho que fue objeto ya de una decisión judicial[108]. De esta forma, el ciudadano resulta protegido frente a la arbitrariedad o ligereza estatal en el ejercicio del *ius puniendi*, por lo que puede decirse, junto con SAN MARTÍN CASTRO, que "*el Estado sólo tiene una oportunidad para hacer valer su*

105 STC Exp. N° 04053-2007-HC de 18 de diciembre de 2007, fundamentos jurídicos 26 y s.

106 Vid., en este sentido, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho procesal penal*, I, p. 388; VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 625. Prefiere no hablar de efecto, sino de cualidad, REÁTEGUI SÁNCHEZ: *La garantía*, p. 42.

107 STC Exp. N° 4587-2004-HC/TC de 29 de noviembre de 2005.

108 Vid., así, SÁNCHEZ VELARDE: *Manual de Derecho procesal penal*, p. 354.

pretensión sancionatoria, si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso"[109].

Lo ordinario es que el pronunciamiento judicial que instituye la cosa juzgada se emita en sede penal. En este sentido, a nadie se le puede volver a procesar por un delito respecto del cual un juez penal ya emitió una decisión firme. Pero resulta posible también que la cosa juzgada provenga de una decisión judicial firme emitida en otro ámbito jurídico. Este es precisamente el caso previsto en el artículo 79 del CP, en el que se establece que la acción penal se extingue si, de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulta que el hecho imputado como delito es lícito[110]. Al expresar este dispositivo jurídico un supuesto de cosa juzgada (extrapenal), debe ser tenido en cuenta tanto si el proceso penal se inicia después de la emisión de la sentencia civil, como si se inició antes[111].

Conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2006, el efecto de cosa juzgada de una resolución judicial firme tiene ciertos límites subjetivos y objetivos. En el plano subjetivo, la cosa juzgada solamente se puede sostener respecto del mismo procesado o condenado. En relación con los límites objetivos, la decisión judicial debe estar referida al mismo hecho, lo que supone tratarse del mismo suceso histórico y sustentarse en el mismo fundamento[112]. Esta consideración procesal del hecho debe entenderse, sin embargo, en un sentido amplio, lo que implica abarcar los concursos de leyes, real de delitos o de ilícitos administrativos, con exclusión de los casos de delito continuado y de concurso ideal de delitos, en el que el bien jurídico protegido es heterogéneo.

No hay duda que el carácter de cosa juzgada solamente puede predicarse de resoluciones judiciales que han adquirido firmeza. Sin embargo, el Tribunal Constitucional le ha dado también a ciertas decisiones fiscales un carácter equivalente a la cosa juzgada. En efecto, el Tribunal Constitucional sigue a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto señala que "*(l)a decisión del fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso– que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con*

109 Vid., SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho procesal penal*, I, p. 106.

110 Igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ: *La garantía*, p. 43.

111 De otra opinión, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código penal anotado*, p. 297.

112 Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ: *La garantía*, p. 44.

caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión (...)"[113]. En sintonía con esta idea, El Tribunal Constitucional ha señalado que "*las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los representantes del Ministerio Público, no constituyen en estricto cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales. No obstante ello, este colegiado les ha reconocido el status de inamovible o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal* (...)"[114].

f. El desistimiento y la transacción en los delitos de acción privada

En el caso de delitos que se persiguen por acción privada o por querella, como los delitos contra el honor o la intimidad, la acción penal se extingue si es que el sujeto pasivo del delito se desiste del ejercicio de la acción penal o transa con el autor del delito mediante un acuerdo conciliatorio (artículo 78 inciso 3 del CP). En la medida que el delito ha afectado intereses de carácter estrictamente personal, se le da la posibilidad a la víctima de poder decidir sobre la prosecución del proceso penal. El artículo 464 del CPP regula expresamente el desistimiento y la transacción en los procesos especiales por delito de ejercicio privado de la acción penal, precisando que si el querellante se desiste de la querella no podrá intentarla de nuevo.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Una vez establecida la existencia de un delito y estando vigente el interés del Estado por castigarlo (punibilidad), resulta necesario determinar la pena que corresponde imponerle a cada uno de los responsables[115]. Existen, en principio, tres posibles sistemas de determinación de la pena[116]. Uno es el sistema de penas utilizado por el Código Penal Francés de 1791, el cual establecía penas fijas, absolutamente determinadas por el legislador. A este sistema se le opone diametralmente el sistema de penas indeterminadas, utilizado en el Derecho anglosajón, en el que se deja amplio arbitrio al juez para fijar la pena a imponer[117]. El tercer sistema consiste en una ponderación de ambos extremos, es decir, se asume un sistema

113 Informe N° 1/95, relativo al caso 11.006 de 7 de febrero de 1995.

114 STC Exp. N° 2725-2008-PHC/TC de 22 de septiembre de 2008, fundamento jurídico 15; STC Exp. N° 01887-2010-PHC/TC de 24 de septiembre de 2010, fundamento jurídico 17.

115 Como lo destaca Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 128, la determinación de la pena debe hacerse individualmente por cada uno de los responsables, aun cuando puedan existir elementos comunes.

116 Vid., Boix Reig/Orts Berenguer: *RPCP* 7-8, p. 302 y s.; Bramont Arias: *La ley penal*, p. 47; El Mismo/Bramont-Arias Torres: *Código penal anotado*, p. 244.

117 Críticamente, Ziffer: *Lineamientos*, p. 23.

de penas parcialmente determinadas en la ley, pero que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial para concretar la pena. Dentro de este tercer sistema caben, a su vez, dos vertientes distintas: O se deja absolutamente en manos del juez la determinación de la pena concreta dentro de los límites legalmente establecidos (discrecionalidad absoluta); o se establece además ciertas pautas legales que el juez debe necesariamente considerar en la labor de individualización de la pena (discrecionalidad reglada)[118].

Nuestro Código Penal sigue un sistema de penas parcialmente determinadas en la ley con pautas legales que el juez debe observar al determinar la pena concreta[119]. De esto se desprende que quien determina la pena concreta a imponer es el juez, sólo que no lo hace de manera absolutamente discrecional, sino bajo la observancia de parámetros legalmente establecidos[120]. Esta labor de determinación abarca diversos aspectos en los que el nivel de discrecionalidad judicial no es el mismo. Pero como no es posible erradicar la discrecionalidad judicial en el proceso de determinación de la pena, se hace necesario exigir una adecuada motivación para el control normativo de la decisión judicial. Así lo entiende el legislador penal nacional que, en el artículo 45-A del CP, establece que toda condena debe contener una fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

La determinación de la pena es, sin lugar a dudas, un proceso complejo[121]. En primer lugar, el legislador establece la clase de pena aplicable al delito, así como el parámetro máximo o mínimo (marco penal abstracto), dentro del cual el juez debe moverse para determinar la pena concreta. Adicionalmente, el legislador penal prevé ciertas circunstancias que inciden en una mayor o menor responsabilidad penal y que, por ello, modifican el marco legal abstracto. El juez se encarga de fijar

118 Vid., Boix Reig/Orts Berenguer: *RPCP* 7-8, p. 303.

119 El Acuerdo Plenario N° 1-2008, establece que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico, esto es, el legislador sólo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito, dejando al Juez un arbitrio relativo para individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Sin embargo, con la dación de la Ley N° 30076, la situación ha cambiado, pues el legislador le impone un conjunto de reglas al juez sobre la manera como debe valorar las circunstancias en el caso concreto (así, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 51).

120 Vid., Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 12. En la doctrina penal se resalta precisamente que la decisión del juez al fijar la pena concreta no es arbitraria, sino que se encuentra jurídicamente vinculada, como lo señala Besio Hernández: *Los criterios legales y jurisprudenciales*, p. 44.

121 Destaca la determinación de la pena como un proceso de carácter complejo, Ziffer: *Lineamientos*, p. 26 y ss.

la pena concreta dentro del marco penal abstracto (eventualmente modificado), utilizando un sistema de tercios legalmente establecido que se ordena en función de las circunstancias de agravación o atenuación previstas por el legislador o que el juez hubiese podido identificar en el caso concreto. En las exposiciones doctrinales se incluye además una etapa constituida por los criterios de decisión de la autoridad administrativa durante la ejecución de la pena (la determinación administrativa)[122]. Sin embargo, este momento de la determinación de la pena encuentra un mejor lugar de exposición en el Derecho de la Ejecución Penal, por lo que no será tratado en este lugar.

1. El marco penal abstracto

El marco penal abstracto de un delito es fijado por el legislador en el tipo penal de la Parte Especial. Este marco penal abstracto está compuesto por la indicación de una clase de pena, así como, si la clase de pena prevista admite una graduación, por el establecimiento de un extremo máximo y un extremo mínimo, dentro del cual el juez deberá fijar la pena concreta. El primer paso, por lo tanto, que el juzgador debe realizar para decidir qué pena le corresponde concretamente al responsable de un delito, es determinar cuál es el marco penal abstracto previsto por el legislador para ese delito.

A. La clase de pena

El legislador penal establece, en primer lugar, la clase de pena aplicable al delito correspondiente. En el artículo 28 del CP se precisan las diversas clases de pena que pueden preverse en los delitos de la Parte Especial del Código Penal y, por aplicación supletoria, en los delitos tipificados en las leyes penales especiales, como lo dispone el artículo X del Título Preliminar del Código Penal[123]. Las clases de penas son las siguientes: Pena privativa de libertad, penas restrictivas de libertad, penas limitativas de derechos y pena de multa[124]. Con este artículo, se hace una primera delimitación legal de la consecuencia jurídico-penal del delito, en la medida que se establecen las diversas clases de penas que el legislador puede prever para castigar los delitos de la Parte Especial. Se trata, por tanto, de una norma que asume un

122 Vid., BUSTOS RAMÍREZ: *Obras completas*, T. I, p. 701; ZIFFER: *Lineamientos*, p. 25; CARO CORIA: *LH-Jakobs* (Perú), p. 322; TOYOHAMA ARAKAKI, en *Estudios críticos*, p. 222.

123 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 96.

124 Algunos autores, como PÁUCAR CHAPPA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 44 (2013), p. 86, incluyen también a la llamada pena de vigilancia electrónica. Sin embargo, si bien esta pena se contempla como una en la que se puede convertir la pena privativa de libertad, no es una clase de pena que pueda preverse como pena conminada de un delito en particular (artículo 3.3 del D. Leg. N° 1322).

sistema de *numerus clausus* de las clases de pena, de manera que no podrá castigarse con una clase de pena distinta a las previstas. En consecuencia, no constituye una norma superficial de carácter puramente declarativo, sino, más bien, una expresión del mandato de certeza derivado del principio de legalidad.

En cuanto a su imposición, las clases de penas pueden presentarse de diversas formas en cada tipo penal. En primer lugar, pueden presentarse como una pena única, es decir, como la única pena de determinada naturaleza que puede imponerse al responsable del delito[125]. Pero también el tipo penal puede contemplar varias penas, pudiendo imponerse éstas de forma cumulativa (pena compuesta) o alternativa[126]. Por otra parte, el delito puede admitir la imposición de dos penas, pero no como penas cumulativas, sino una como principal y la otra como accesoria[127]. Así, por ejemplo, en nuestro Código Penal se contempla la pena de inhabilitación como pena accesoria si el delito cometido constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley (artículo 39).

a. La pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento del condenado en un establecimiento penitenciario[128]. Como lo reconoce expresamente la exposición de motivos del actual Código Penal, la pena privativa de libertad se ha unificado[129], no diferenciándose diversas formas de privación de la libertad, como sí lo hizo, por el contrario, el Código Penal de 1924, en el que se distinguían el internamiento, la penitenciaría, la relegación y la prisión[130]. En la actualidad, la única diferencia se encuentra sola-

125 Vid., Gracia Martín: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 42.

126 Vid., Gracia Martín: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 43; Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 96.

127 Vid., Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 21. Por el contrario, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 141, considera que también el caso de una pena accesoria constituye un supuesto de penas acumulativas.

128 Vid., Tröndle/Fischer: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 38, n.m. 3. Igualmente, Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 48. No obstante, destaca Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 79, que esta pena no se limita a la libertad de desplazamiento, sino que alcanza a otros ámbitos de su vida: debilita relaciones familiares, privación de la fuente de trabajo, restricción de la libertad sexual, etc.

129 Vid., Exposición de motivos del Código penal de 1991. Vid., sobre el origen alemán de esta pena privativa de libertad unificada, Stree, en Schönke/Schröder: *StGB*, preliminares a los §§ 38 y ss.; n.m. 26.

130 Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2579; Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 84.

mente en la forma de ejecución de la pena privativa de libertad, en donde se prevén tres regímenes distintos: El régimen cerrado, el régimen semiabierto y el régimen abierto (artículo 97 del Código de Ejecución Penal).

En cuanto a su duración, el Código Penal actual diferencia las penas privativas de libertad en penas temporales, por un lado, y la cadena perpetua, por el otro[131]. Las penas temporales tienen una duración que va desde los dos días como mínimo hasta los treinta y cinco años como máximo[132]. Por su parte, la cadena perpetua consiste en una privación de la libertad que, en principio, debería ser de por vida. Sin embargo, a raíz de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 010-2002-AI/TC) se puso en tela de juicio la constitucionalidad de esta clase de pena privativa de libertad, si es que no contaba con algún mecanismo de temporalización, por lo que el legislador ordinario se vio obligado a regular la posibilidad de revisarla a los treinta y cinco años (artículo 59-A del Código de Ejecución Penal)[133]. Pese a esta modificación legal, un sector de la doctrina nacional mantiene su posición crítica frente a la legitimidad de esta clase de pena privativa de la libertad, al considerarla incompatible con principios esenciales como la resocialización, la proporcionalidad o la igualdad ante la ley[134].

Pese a las críticas que ha sufrido la pena privativa de libertad, sobre todo por los defensores de la criminología crítica[135], en la sociedad moderna, construida sobre la base de la libertad individual, esta pena sigue siendo la sanción penal más adecuada para reprimir la criminalidad especialmente grave. Por esta razón, no cabe recurrir a la pena privativa de libertad para reprimir cualquier delito, sino que debe

131 Vid., Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 48; Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 84.

132 Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 89, sostiene que este límite no impide que el tope pueda ser ampliado por ley en casos concretos, lo que, si bien es cierto en términos de reserva de ley, rompería la uniformidad del sistema de penas y, sobre todo, daría pie a lo que precisamente este autor tanto critica (la excesiva duración que esta clase de pena puede alcanzar). A diferencia de otras clases de pena con una gravedad abstracta menor, en las que la ampliación del tope no genera ningún problema de proporcionalidad, en el caso de la pena privativa de libertad, el tope debe entenderse como un límite que no se puede superar en casos concretos. Este mismo razonamiento está detrás de las llamadas agravantes cualificadas que, pese a incrementar el marco penal abstracto, siempre tienen como límite los 35 años.

133 Vid., Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 85 y s.

134 Así, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 88; Oré Sosa: «Cadena perpetua», *Estudio Oré Guardia*, p. 1 y ss.; Hugo Álvarez/Huarcaya Ramos: *Actualidad Penal* 11 (2015), p. 86 y ss.

135 Vid., la exposición sintética, Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 49 y ss.

reservarse para aquellos que resultan más intolerables[136]. En este sentido, parece inconveniente que el legislador prevea penas privativas de libertad cortas para delitos no tan graves, pues el tiempo de la privación de libertad no aconsejaría hacerla efectiva, siendo más recomendable, desde el punto de vista de la resocialización, recurrir quizá a otras penas menos gravosas y posiblemente más eficaces (las penas restrictivas de derechos, por ejemplo)[137].

b. Las penas restrictivas de libertad: la expulsión del país de extranjeros

Las penas restrictivas de libertad constituyen una limitación a la libertad de tránsito. En la redacción original del Código Penal estas penas eran de dos tipos: La pena de expatriación para el caso de nacionales y la pena de expulsión del país para el caso de extranjeros. Ambos significaban la salida forzosa del país. La legitimidad de la pena de expatriación comenzó, sin embargo, a ser cuestionada, pues se consideraba contraria a la normativa internacional referida a derechos humanos que rechazaba la posibilidad de expulsar del país a los nacionales[138]. Por esta razón, mediante Ley N° 29460 de 27 de noviembre de 2009 se suprimió del Código Penal la pena de expatriación, alegándose precisamente su incompatibilidad con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con rango constitucional[139].

La pena de expulsión se prevé expresamente para delitos especialmente graves (narcotráfico, por ejemplo) o para delitos contra el Estado y la defensa nacional[140]. Es pertinente precisar que la pena restrictiva de libertad de expulsión del país del extranjero no se contempla como una pena autónoma, sino, más bien, como una pena complementaria a la pena privativa de libertad[141]. En este sentido, esta pena se aplicará después de cumplida la pena privativa de libertad impuesta[142]. Por Ley N° 30219 se incluyó la posibilidad de aplicar esta clase de pena a los condenados, luego de concedido de algún beneficio penitenciario que suponga la liberación del

136 En este sentido, Boldova Pasamar: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 46; Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 83; Rebollo Vargas: *RPCP* 7-8, p. 554, recomienda esta pena solamente para delitos graves y menos graves.

137 Vid., Boldova Pasamar: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 56.

138 Vid., con otras referencias doctrinales, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 92.

139 Así, Prado Saldarriaga: *Código Penal*, p. 71; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2603.

140 Vid., así, Exposición de motivos del Código penal.

141 Vid., Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 82; Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 95.

142 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2598.

extranjero condenado. De ser este el caso, se establece que el Perú mantendría la jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta. En cuanto a su duración, no se establece ninguna cuantía, aunque se debe concluir que es perpetua, en la medida que se establece la prohibición de reingreso al país.

En la práctica de los tribunales penales se ha utilizado la pena de expulsión del país en casos de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta posibilidad no está contemplada expresamente en el artículo 30 del CP, pero, además, no parece correcto admitirla, en la medida que muchas de las reglas de conducta previstas en el artículo 58 del CP muy difícilmente podrán ser controladas en cuanto a su cumplimiento si el sentenciado se encuentra residiendo en el extranjero. Admitir el control de la observancia de las reglas de conducta en el extranjero, podría implicar cierta injerencia en los ámbitos de aplicación del derecho interno de cada país. Lo que procede, entonces, es la expulsión del país luego de que el condenado haya cumplido en el Perú con las reglas de conducta durante el periodo de prueba.

c. *Las penas limitativas de derechos*

Las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos, como, por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo, a la libertad personal, a los derechos políticos, etc. El Código Penal reconoce, como penas limitativas de derechos, la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación. Un sector de la doctrina penal destaca la excesiva generalidad de la denominación utilizada para caracterizar a esta clase de pena[143]. Pero es evidente que, en este plano, no pueden ofrecerse mayores niveles de precisión, dado el aglutinamiento que el legislador penal ha hecho de restricciones o privaciones de derechos de muy diversa índole[144]. La precisión deseada solamente se podría conseguir si se entra en cada una de las distintas penas englobadas en la denominación general de "penas limitativas de derechos".

---

143 En este sentido, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 97.

144 Así, ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4 (2009), p. 45. Con base en la posibilidad de aplicar las penas limitativas de derechos alternativamente a la prisión, un sector de la doctrina penal nacional discute sobre si estas penas deberían agruparse en una clase de penas bajo el título de "alternativas a la prisión" [sobre esta discusión, con consideraciones críticas, ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4 (2009), p. 46 y ss.]. No hay razón para una tal clase de pena, pues la existencia de una pluralidad cualitativamente distinta de penas aplicables no establece una relación de alternatividad esencial entre las mismas, sino la facultad otorgada por el legislador al juez de poder aplicar en un caso concreto, sin afectar el principio de legalidad, una pena cualitativamente menor a un delito que abstractamente tiene una pena cualitativamente mayor. Pero cada clase de pena mantiene su propia identidad.

c.1) La prestación de servicios a la comunidad

La pena de prestación de servicios a la comunidad constituye una restricción a la discrecionalidad del tiempo libre del condenado durante los fines de semana y los días feriados[145]. Al condenado se le obliga a la realización de trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones similares, o en obras públicas. También es posible que esta pena se cumpla en instituciones privadas que tengan fines asistenciales o sociales. De manera excepcional, la pena puede ser cumplida en días hábiles de la semana, si así lo pide el condenado[146]. Los trabajos deben realizarse por medio de jornadas de diez horas a la semana sin que se perjudique la jornada de trabajo habitual del condenado. El mínimo de la pena de prestación de servicios a la comunidad es de diez jornadas y el máximo de ciento cincuenta y seis jornadas. En la sentencia condenatoria el juez debe precisar el número exacto de jornadas que el sentenciado debe de cumplir. A la autoridad penitenciaria de la Dirección de Medio Libre le corresponde fijar la entidad en la que se cumplirá esta pena, el trabajo específico y el horario[147].

A favor de la pena de prestación de servicios a la comunidad se dice que tiene una alta potencialidad resocializadora y que la estigmatización social que produce es sustancialmente menor[148]. Es cierto que se le ha criticado que su utilidad es mínima debido a la falta de especialización del condenado y que finalmente puede acarrear una competencia negativa para el acceso a puestos de trabajo menores en época de escasez laboral[149], pero estas críticas pueden ser fácilmente superadas si es que se tiene claro que la conveniencia de la pena de prestación de servicios a la comunidad no se mide por la utilidad productiva, sino por lo que expresa socialmente. Y lo que pone de manifiesto su ejecución es la recomposición de la relación del condenado con la sociedad por medio de la aportación de su trabajo a las actividades desarrolladas por instituciones con fines sociales o benéficos. Para que este trabajo sea además útil, los servicios deben ser asignados conforme a las aptitudes del condenado.

La pena de prestación de servicios a la comunidad está contemplada, por lo general, para delitos de mediana o escasa gravedad. Bajo este criterio, en algunos casos está prevista como la única pena que puede imponerse (p.e. en el delito de

145 En este sentido, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 124. Igualmente, aunque con el reconocimiento de otras restricciones, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 101.

146 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 125.

147 Así, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 103.

148 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 124; Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 102.

149 Trae a colación estas críticas, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 124 y s.

injurias o en el delito de justicia por propia mano), mientras que en otros lo está como una pena acumulativa (p.e. en el delito de tala ilegal de bosques) o alternativa (p.e. en el delito de infanticidio) a la pena privativa de libertad. Además de su expresa previsión en tipos penales de la Parte Especial, la pena de prestación de servicios a la comunidad puede ser también impuesta en conversión o sustitución de una pena privativa de libertad de hasta cuatro años, con la finalidad de evitar el internamiento del condenado en prisión con los efectos desocializadores por todos conocidos[150]. Si el condenado no cumple con la pena de prestación de servicios a la comunidad impuesta como pena autónoma, esta pena se convertirá en privativa de libertad, previo apercibimiento judicial, a razón de un día por cada jornada incumplida.

El uso de la pena de prestación de servicios a la comunidad por parte de los tribunales penales ha sido bastante limitado. En un inicio, esta situación se atribuyó a la ausencia de condiciones administrativas para hacer viable su ejecución, lo que se trató de superar por medio de la aprobación de dispositivos legales reglamentarios como la Ley N° 27030 y el Reglamento del CEP, D.S. N° 015-2003-JUS, en sus artículos 243 y siguientes. Sin embargo, tal regulación no trajo consigo el efecto pretendido debido a las notables carencias de infraestructura para asegurar su ejecución y la ausencia de un control exhaustivo de su cumplimiento[151]. Por otro lado, las instituciones públicas o sociales, en las que esta pena debía cumplirse, no mostraron el más mínimo interés por recibir a los condenados para prestar los servicios a la comunidad. Esta deficiente situación motivó la reciente reforma legal operada por el D. Leg. N° 1191 y su reglamento (el D.S. N° 004-2016-JUS) para impulsar el uso efectivo de las penas limitativas de derechos, pero lamentablemente los cambios legislativos realizados se han limitado a aspectos administrativos o procesales sin incidir en el plano operativo[152]. Todo esto ha jugado finalmente en contra de la credibilidad de la pena de prestación de servicios a la comunidad como un mecanismo idóneo para sancionar delitos de escasa o mediana gravedad.

c.2) La limitación de días libres

Al igual que la pena de prestación de servicios a la comunidad, la pena de limitación de días libre constituye también una restricción del tiempo libre durante

150 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 2 (2009), p. 69 y s.; ROMERO PALACIOS: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 48 (2013), p. 70.

151 Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2631; ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Determinación judicial de la pena*, p. 98; PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 126. Una visión distinta, sin embargo, sobre el funcionamiento administrativo en el control de esta clase de pena, ROMERO PALACIOS: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 48 (2013), p. 74.

152 En este sentido, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 128.

los fines de semana y días feriados hasta por un máximo de diez horas semanales[153]. Lo particular reside en que al condenado se le obliga a asistir a un establecimiento público o privado organizado con fines educativos, psicológicos, de formación laboral o cultural[154]. En estos establecimientos el condenado recibe orientaciones y realiza actividades adecuadas e idóneas para su rehabilitación y formación[155]. Lo conveniente de esta clase de pena es que no obliga al condenado a abandonar su familia, ni a dejar de trabajar[156]. La duración de esta pena es, como mínimo, de diez jornadas de limitación semanales y, como máximo, de ciento cincuenta y seis. Al igual que la pena de prestación de servicios a la comunidad, al juez le corresponde precisar el número exacto de jornadas que el sentenciado debe de cumplir, mientras que en manos de la autoridad penitenciaria de la Dirección de Medio Libre queda la labor de fijar la entidad y el programa preciso que debe cumplirse.

La pena de limitación de días libres está contemplada, por lo general, para delitos de escasa gravedad, en especial para aquellos en los que el conflicto penal se puede superar con la sola reeducación del condenado. Lo que llama profundamente la atención es que el legislador penal no la haya casi considerado en la tipificación de los delitos de la Parte Especial. En el Código Penal, el único delito que la contempla como pena principal es la publicación indebida de correspondencia (artículo 164 del CP), mientras que el delito de apropiación irregular (artículo 192 del CP) lo hace como una pena alternativa a la pena privativa de libertad. Pese a esta inexplicable limitación legislativa, debe recordarse que la pena de limitación de días libres puede imponerse en delitos menores por medio de la figura de la conversión o sustitución de la pena privativa de libertad no mayor a cuatro años. En caso que el condenado no cumpla con la pena de limitación de días libre impuesta como pena autónoma, esta pena se convertirá en privativa de libertad, previo apercibimiento judicial, a razón de un día por cada jornada incumplida.

Si la utilización de la pena de prestación de servicios a la comunidad ha sido bastante limitada en la práctica judicial, el caso de la pena de limitación de días libres ha sido prácticamente inexistente[157]. Pese a lo conveniente que podría ser, por ejemplo, en delitos menores cometidos sobre todo por jóvenes infractores, lo cierto es que los tribunales penales no la tienen en cuenta como una alternativa de respuesta. Se prefiere imponer penas privativas de libertad suspendidas en su

153 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 136.

154 Sobre las entidades receptoras de limitación de días libres, vid., Ávalos Rodríguez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4 (2009), p. 55 y ss.

155 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 136.

156 Vid., Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 107.

157 De una implementación absolutamente simbólica habla Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 133.

ejecución, lo que tiene una función meramente simbólica sin ningún efecto de prevención especial más que evitar la desocialización del sujeto. Por su parte, la actitud del Estado ha sido absolutamente displicente en cuanto a la generación de las condiciones para incentivar y controlar debidamente su ejecución, lo que no ha cambiado en nada con la aprobación del D. Leg. N° 1191[158].

c.3) La inhabilitación

El Acuerdo Plenario N° 10-2009 caracteriza la pena de inhabilitación como la privación al condenado de algunos derechos (personales, profesionales o políticos) o la incapacitación para el ejercicio de diversas funciones o actividades (públicas inclusive). Se ha discutido en torno a su naturaleza jurídica, discurriendo las posiciones entre los que sostienen que es una pena y los que le asignan una naturaleza preventiva más próxima a la medida de seguridad[159]. Con independencia de esta disputa doctrinal, lo cierto es que nuestra legislación ha sido explícita al considerarla una clase de pena[160], por lo que, *de lege lata*, no hay otra naturaleza jurídica que se le pueda atribuir. Afirmada entonces su naturaleza penal, la inhabilitación solamente se le podrá imponer a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. Su sentido comunicativo consistiría en poner de manifiesto a nivel de la sociedad que el autor ha fracasado en el desenvolvimiento de la actividad en la que se cometió el delito, por lo que se procede a privarle o suspenderle de la posibilidad de seguir realizando tal actividad.

Si bien, en un primer momento, la inhabilitación estuvo centrada en la privación del ejercicio de una actividad especial por la pérdida de idoneidad del autor de un delito[161], su actual regulación en el artículo 36 del CP engloba diversas medidas con finalidades asegurativas de distinto orden. Existen inhabilitaciones que están dirigidas efectivamente a impedir el desempeño de una actividad especial. En el caso de los funcionarios o servidores públicos que hubiesen infringido los deberes de su cargo, la inhabilitación apunta a privarles del cargo (inciso 1) o a impedirles su acceso (inciso 2). En el caso de los particulares que hubiesen abusado de una posición especial, la inhabilitación puede recaer sobre el desarrollo de su actividad profesional (inciso 4), el desempeño de la patria potestad, tutela o curatela (inciso 5) o el ejercicio de sus derechos políticos (inciso 3)[162]. Otras inhabilitaciones tienen una finalidad asegurativa, más bien, respecto de actividades riesgosas, tal como sucede con la inhabilitación para portar o usar armas de fuego (inciso 6) o la inha-

158 En este sentido, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 137.

159 Vid, la referencia a esta discusión, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 99; Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 112.

160 Vid., Prado Saldarriaga: *Ius Puniendi* 1 (2017), p. 196.

161 Similarmente, Prado Saldarriaga: *Ius Puniendi* 1 (2017), p. 186 y s.

162 Vid., Revilla Llaza: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 72 (2015), p. 24 y ss.

bilitación para conducir cualquier tipo de vehículo (inciso 7). El aseguramiento de la inhabilitación puede estar dirigida también a impedir actividades (inciso 9[163]) o asistir a lugares (inciso 10 e inciso 12), en los que existe un riesgo de reincidir. Este aseguramiento se ha extendido incluso a la protección de la propia víctima como lo pone en evidencia la inclusión de la prohibición de aproximarse o comunicarse con ella (inciso 11)[164]. En la misma línea, se contempla ahora también la incapacidad para la tenencia de animales (inciso 13). Un sentido más sancionatorio tiene, por el contrario, la inhabilitación referida a la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos o distinciones (inciso 8).

En cuanto a su aplicación, la pena de inhabilitación debe sujetarse a varios principios. En primer lugar, se debe respetar el principio de legalidad, en especial, la exigencia de que, en la ley penal, se defina con claridad la restricción impuesta y su duración[165]. En segundo lugar, la inhabilitación debe tener en cuenta también

163 Por Ley N° 30901 se ha regulado con detalle la inhabilitación de incapacidad para realizar actividades. Se establece concretamente la incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación, o para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria, a las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por cualquiera de los siguientes delitos:

a. Terrorismo, previsto en el Decreto Ley N° 25475.
b. Apología del delito de terrorismo, establecido en el artículo 316-A.
c. Trata de personas, formas agravadas de la trata de personas, explotación sexual y esclavitud y otras formas de explotación, previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C.
d. Homicidio simple (artículo 106), Parricidio (artículo 107), Homicidio calificado (artículo 108) y Feminicidio (artículo 108-B).
e. Lesiones graves (artículo 121) y Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (artículo 121-B).
f. Libro Segundo: Título IV: Capítulo IX: Violación sexual (artículo 170), Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (artículo 171), Violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento (artículo 172), Violación sexual de menor de edad (artículo 173), Violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174), Violación sexual mediante engaño (artículo 175), Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento (artículo 176), Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores (artículo 176-A), Capítulo X (Proxenetismo) y Capítulo XI (Ofensas al pudor público).
g. Tráfico ilícito de drogas, previsto en la Sección II, se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal.

164 Vid., al respecto, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 98 y s.

165 Así, en un sentido crítico respecto de su observancia, Yshií Meza: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 110.

el principio de proporcionalidad, lo que explica que, al aprobarse el Código Penal actual, se suprimiera el carácter perpetuo que tenía dicha pena en el texto punitivo anterior[166]. Sin embargo, debe destacarse que, en las últimas reformas, la regulación de la inhabilitación ha perdido el sentido de la proporcionalidad, no sólo al incrementar sustancialmente su duración, sino, sobre todo, al contemplar expresamente supuestos de inhabilitación perpetua[167]. Finalmente, la inhabilitación debe sujetarse al principio de especialidad, lo que significa que cualquiera sea su condición y operatividad (como pena principal o accesoria), la previsión legal y su aplicación judicial debe estar siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate.

El Acuerdo Plenario N° 2-2008 precisa, en atención a la regulación legal, que la inhabilitación puede ser una pena principal o accesoria[168]. En el primer caso, se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, lo que ciertamente no impide que pueda infligirse conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa[169]. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente una pena privativa de libertad[170]. Esta clase de inhabilitación procede, en primer lugar, para castigar el delito que constituye además una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho, por lo que debe basarse en la incompetencia y el abuso de la función (artículo 39 del CP); y, en segundo lugar, para delitos culposos que se hayan cometido por la infracción de las reglas de tránsito (artículo 40 del CP)[171]. La naturaleza complementaria de la inhabilitación accesoria explica que sea necesario que el juez la imponga expresamente en la sentencia condenatoria[172].

La duración de la pena de inhabilitación tiene límites distintos en función de si se impone como pena principal o accesoria. En el caso de la inhabilitación

166 Vid., Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 64. Debe hacerse, sin embargo, una matización, como bien lo hace el Acuerdo Plenario N° 2-2008, en el sentido de que existen excepciones al carácter temporal de la pena de inhabilitación en función a la "naturaleza de las cosas", pues algunas privaciones de derecho o de actividad tienen un carácter definitivo: la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego, la privación definitiva de títulos honoríficos o la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.

167 Vid., Yshií Meza: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), pp. 96, 101.

168 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2742; Páucar Chappa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 44 (2013), p. 98 y s.

169 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 104 y s.; Yshií Meza: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 97.

170 Vid., Yshií Meza: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 98.

171 Vid., Prado Saldarriaga: *Ius Puniendi* 1 (2017), p. 191.

172 Vid., en este sentido, Bustos Ramírez: *Obras completas*, T. I, p. 671.

principal, el tiempo de duración inicialmente previsto era de seis meses a cinco años, lo que, sin embargo, no limitó al legislador penal a contemplar un límite máximo superior en leyes penales especiales, como pasó con la Ley contra el Delito de Lavado de Activos (inhabilitación de hasta seis años) o la Ley de Delitos Tributarios (inhabilitación de hasta siete años)[173]. La situación ha cambiado con las últimas reformas de las disposiciones legales que regulan la pena de inhabilitación, pues la duración máxima de la inhabilitación principal se extiende ahora hasta los diez años, salvo que se trate de una incapacidad definitiva[174]. Incluso en el caso de determinados delitos especialmente graves cometidos por funcionarios públicos o relacionados con ellos[175], la pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años y se convierte en perpetua, si es que el agente actúa como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella; o si la conducta recae sobre programas con fines asistenciales (de apoyo o inclusión social) o de desarrollo, siempre que el valor de los bienes o ganancias involucrados supere las 15 UITs[176]. Esta pena de inhabilitación puede, sin embargo, ser revisada a los veinte años conforme lo establece el artículo 59-B del Código de Ejecución Penal[177]. Si la inhabilitación se impone como pena accesoria, su duración se extenderá por igual tiempo que la pena principal, aunque no podrá superar el límite máximo de diez años establecido como tope[178].

El esquema general antes referido sobre la duración de la pena de inhabilitación principal presenta, sin embargo, problemas interpretativos por la forma con la que el legislador la contempla como pena conjunta en los tipos penales de la Parte Especial. La regla general es prever esta pena (en su modalidad correspondiente) sin indicación de un marco penal abstracto, con la sola precisión de que debe impo-

173 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2746.

174 Vid., Yarlequé Montero: *Actualidad Penal* 31 (2017), p. 18.

175 Concretamente: concusión, cobro indebido, colusión simple y agravada, peculado doloso y culposo, peculado de uso, malversación de fondos, cohecho pasivo transnacional, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo trasnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. A estos delitos se han sumado los delitos de financiamiento del terrorismo, lavado de activos (actos de conversión, transferencia, tenencia, ocultación, traslado y transporte) y tráfico ilícito de drogas.

176 Vid., Pérez López: *Actualidad Penal* 35 (2017), p. 108 y s.; Prado Saldarriaga: *Ius Puniendi* 1 (2017), p. 201.

177 Vid., Pérez López: *Actualidad Penal* 35 (2017), p. 112; Peña-Cabrera Freyre: *Actualidad Penal* 36 (2017), p. 49.

178 Igualmente, Páucar Chappa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 44 (2013), p. 99; Yshií Meza: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 99, aunque con el tope anterior que era de 5 años.

nerse "según corresponda". Sin embargo, en algunos casos el legislador establece un marco penal abstracto como es el caso del delito de autorización ilegal de matrimonio (141 del CP), violación de la intimidad agravado (artículo 155 primer párrafo del CP), allanamiento ilegal de domicilio (artículo 160 del CP), violación de la libertad de reunión por funcionario público (artículo 167 del CP), otorgamiento ilegal de derechos de actividad contaminante (artículo 314 del CP) o el delito de usurpación de autoridad (artículo 361 del CP). Hay incluso cláusulas de aplicación común a varios delitos que establecen la pena de inhabilitación con un marco penal abstracto definido como es el caso de los delitos contra el patrimonio cultural (artículo 229 del CP) o los delitos tributarios (artículo 6 del D. Leg. N° 813). Ante este panorama legislativo, algunos sostienen, a partir del paralelismo de las penas conjuntas, que la duración de la pena de inhabilitación no puede superar la pena privativa de libertad impuesta[179]. Esa interpretación no tiene asidero, pues la falta de precisión en el tipo penal de la Parte Especial obliga a recurrir al marco abstracto general previsto en el artículo 38 del CP. Aunque el R.N. N° 3874-2013-Junín no lo diga expresamente, se deduce de su tenor que la pena de inhabilitación debe determinarse con base en el marco general del artículo 38 del CP[180]. Otra cosa es que se pueda discutir si tal situación legal afecta el mandato de determinación, lo que el Acuerdo Plenario N° 2-2008, por cierto, niega expresamente (punto 13.C).

A nivel jurisprudencial se han discutido varios aspectos de la aplicación de la pena de inhabilitación. Uno de ellos ha sido si el juez penal puede imponerla como principal, aunque el fiscal no la haya solicitado. El Acuerdo Plenario N° 2-2008 sostiene que ello es posible en virtud de la garantía penal de legalidad[181]. Tal argumento lo encontramos sumamente discutible, pues la legalidad es una garantía en favor del procesado, lo que no sería aquí el caso. Si bien el Ministerio Público no puede disponer de la pena en infracción de lo legalmente establecido, lo que corresponde es requerírselo al Ministerio Público y, en todo caso, establecer su responsabilidad funcional por la omisión, pero lo que no parece conveniente es sustituir judicialmente al titular de la acción penal[182]. Lo que resulta correcto es, por el contrario, la decisión establecida en la R.N. N° 1261-2013-Piura de poder revisar la inhabilitación accesoria, aunque no haya sido objeto del recurso, por estar relacionada con la pena principal impuesta. En cuanto a su cumplimiento, la jurisprudencia ha dejado claro que si la inhabilitación se impone conjunta o

179 Así, Yarlequé Montero: *Actualidad Penal* 31 (2017), p. 19. Críticamente, Prado Saldarriaga: *Ius Puniendi* 1 (2017), p. 202 y s.

180 Vid., al respecto, Castillo Lira: *Actualidad Penal* 33 (2017), p. 98 y s.

181 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 112.

182 Similarmente, Páucar Chappa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 44 (2013), p. 100; Yarlequé Montero: *Actualidad Penal* 31 (2017), p. 18 y s.

accesoriamente a una pena privativa de libertad, ambas penas se deben cumplir simultáneamente[183]. Esta ejecución se inicia una vez que la sentencia queda firme, tal y como se desprende de lo establecido en el artículo 402.1 del CPP (Acuerdo Plenario N° 10-2009).

d. La pena de multa

La pena de multa implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito mediante la imposición de una obligación de realizar un pago dinerario en favor del Estado[184]. No hay duda que dicha privación tiene un sentido aflictivo, en la medida que reduce la capacidad adquisitiva del condenado. Sin embargo, el hecho de que esta aflicción pueda ser transferida a terceros por no ser el patrimonio un derecho personalísimo, hace que su uso se deba limitar a delitos de escasa o mediana gravedad[185]. En cualquier caso, se debe implementar mecanismos para evitar que la diferente situación patrimonial le reste eficacia, pues el que tiene mucho puede considerar a la multa como absolutamente manejable, mientras que el que no tiene nada la puede ver como una pena que le es inaplicable.

Para evitar la inmunización del rico frente a la pena de multa, la determinación de su cuantía sigue en la actualidad el sistema de los días multa[186]. Conforme a este sistema, se establece, en primer lugar, un factor de referencia de la multa, el llamado día-multa, en el que se tiene en consideración el ingreso promedio diario del condenado, determinado con base en su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. Debe precisarse, sin embargo, que si el condenado vive exclusivamente de su trabajo, el importe del día multa no podrá ser menor al veinticinco ni mayor al cincuenta por ciento, dependiendo de la carga familiar que pudiese tener[187]. En segundo lugar, el monto de la multa se obtiene en función de los días-multa previstos por cada tipo penal de la Parte Especial, lo cual depende de la gravedad del delito, pero que, en cualquier caso, no podrá ser menor a diez días multas ni mayor a trescientos sesenta y cinco días multas, aunque en leyes especiales como en el caso de la Ley Penal Tributaria se contemplan penas

183 En este sentido, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 109; Yshií Meza: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 102.

184 Vid., similarmente, De León Villalba: *RPCP* 7-8, p. 417.

185 Vid., así, Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 59.

186 Sobre el origen escandinavo de este sistema de determinación de la multa, Stree, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 40, n. m. 1; Cerezo Mir: *RPCP* 7-8, p. 344 y s., aunque hace referencia al manejo de este criterio anteriormente en el Código Criminal del Imperio del Brasil de 1830. Sobre sus antecedentes fundamentalmente en el Código Penal de 1924, vid., Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 53 y s.

187 Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2782.

de multas por encima del máximo establecido para los delitos previstos en el Código Penal. A través de la consideración de los dos aspectos antes indicados, la pena de multa responderá no sólo a la gravedad del hecho delictivo, sino también a la capacidad económica del delincuente[188].

En cuanto a su imposición, la pena de multa puede aplicarse de manera exclusiva o conjunta. Ejemplo del primer caso sería el delito de calumnia previsto en el artículo 131 del CP, mientras que del segundo lo sería el delito de receptación contemplado en el artículo 194 del CP. Si el condenado solvente no paga o frustra el cumplimiento de la pena de multa, ésta podrá convertirse en una pena privativa de libertad[189]. Si es que el incumplimiento de la pena de multa se debe a una insolvencia sobrevenida ajena a la voluntad del condenado, esta pena se convertirá en una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. Los parámetros para hacer las equivalencias se encuentran establecidos en el artículo 56 del CP. Mecanismos como la reserva del fallo condenatorio y la exención de pena proceden igualmente en el caso de la pena de multa.

Si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido a ampliar el espectro de delitos en los que cabe imponer una pena de multa en detrimento de la pena privativa de libertad[190], la eficacia preventiva de la pena de multa se ha cuestionado seriamente en el ámbito empresarial. En efecto, diversos estudios han demostrado que las empresas contabilizan las posibles multas como un costo de producción que se traslada finalmente a los consumidores, perdiendo así todo efecto preventivo. Es más, cada vez con mayor frecuencia se recurre a la figura de los directivos de banquillo, es decir, a personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa[191]. En este sentido, la sanción de multa perdería completamente su virtualidad preventiva si se quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría sólo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita. Para evitar esta desvirtuación del efecto preventivo de la pena, se ha desarrollado la consecuencia accesoria del decomiso de ganancias ilícitas. En el plano doctrinal, BOTTKE ha propuesto, como medida adicional a la multa que evitaría trasladar el *malum* de la pena a terceros un registro de multas impuestas a las empresas, al que puedan

188 Vid., GRACIA MARTÍN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 141; ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Determinación judicial de la pena*, p. 121.

189 Vid., ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Determinación judicial de la pena*, p. 122.

190 Vid., GRACIA MARTÍN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 137.

191 Vid., SEELMANN, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 44.

acceder terceros interesados en contactar con la empresa[192]. El efecto preventivo de la pena de multa se vería así especialmente reforzado.

B. El marco penal mínimo y máximo

Además de establecer la clase de pena, el legislador penal debe fijar también un marco mínimo y máximo de pena en cada tipo penal de la Parte Especial, respetando los límites generales que cada clase de pena impone. Dentro del marco penal abstracto legalmente establecido el juez se encargará, en atención a las circunstancias del delito concretamente juzgado, de individualizar la pena concreta que debe imponerse a los responsables[193]. La fijación del marco penal abstracto de un delito por parte del legislador no opera arbitrariamente, sino que debe estar orientada por el conjunto de principios informadores que limitan el ejercicio del *Ius puniendi*. En especial, deben ser considerados el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad.

a. El principio de legalidad

La exigencia de que el legislador penal establezca un marco penal en cada delito se desprende, en primer lugar, del principio de legalidad contemplado en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política. Conforme a este principio, el tipo penal de la Parte Especial debe precisar no sólo la conducta delictiva, sino también la pena aplicable a los responsables del delito (mandato de certeza o determinación)[194]. No obstante, el nivel de certeza que exige el principio de legalidad no puede pretender en este nivel ser absoluto[195], sino alcanzar solamente un grado que le garantice al ciudadano una determinación previa y objetiva de los criterios de decisión por parte del legislador que evite la subjetividad o emotividad de un juicio punitivo sometido al influjo del delito cometido. En este orden de ideas, no se trata de precisar en la ley penal la pena exacta aplicable al autor de un hecho penalmente relevante, sino de establecer legalmente un marco mínimo y máximo de pena para la clase de delito en el que se subsume la conducta concreta del autor. El valor de la previsibilidad es flexibilizado por la necesidad de una individualización de la sanción[196].

---

192 Vid., BOTTKE: *Deutsche Wiedervereinigung*, III, p. 86 y s.

193 Vid., BOLDOVA PASAMAR: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 171. En este sentido, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 201, sostiene que el juez penal solamente puede aplicar la pena en la forma y magnitud que le autoriza la ley.

194 Vid., ZIFFER: *Lineamientos*, p. 33; ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Determinación judicial de la pena*, p. 79.

195 En este sentido, URQUIZO OLAECHEA: *El principio de legalidad*, p. 88.

196 Vid., así, ZIFFER: *Lineamientos*, p. 33.

El marco penal abstracto está constituido por una extensión cuantitativa de una clase de pena prevista como sanción para un tipo penal de la Parte Especial. Al extremo inferior de esta extensión se le conoce como marco penal mínimo y al extremo superior como marco penal máximo. El marco penal abstracto es el punto de partida del proceso de determinación de la pena. No obstante, el legislador, en determinados delitos, no precisa cuál es el marco penal máximo (p.e. en el delito de parricidio) o el marco penal mínimo (p.e. en el delito de contabilidad paralela), originándose así una indeterminación legal que requiere ser corregida interpretativamente. Este problema se soluciona, en principio, recurriendo al artículo del Código Penal que establece la cuantía máxima o mínima de la clase de pena correspondiente, para completar de esta manera el marco penal abstracto mediante una interpretación sistemática[197]. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado contrario al principio de legalidad que esta complementación del marco penal deje un margen tan amplio que prácticamente el juez termine decidiendo libremente la pena que le corresponde al autor del delito[198].

b. El principio de proporcionalidad

El cumplimiento de la garantía formal de la legalidad en la previsión del marco penal abstracto, no agota los parámetros que orientan la labor de determinación de la pena encargada al legislador penal. Es necesario que éste tenga en cuenta además el principio de proporcionalidad al fijar el marco penal abstracto[199]. Siguiendo a la doctrina constitucional, la observancia del principio proporcionalidad implica tener en cuenta los tres juicios que abarcan el llamado *test* de razonabilidad o proporcionalidad: El juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *strictu senso*[200].

Conforme al llamado juicio de idoneidad, el marco penal previsto en la ley debe ajustarse a la función asignada al Derecho penal[201]. Como punto de partida, debe quedar claro que la aceptación del principio de proporcionalidad en la inter-

197 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias jurídicas*, p. 102; TORRES BALLENA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 93 (2017), p. 88. Sigue este criterio el Acuerdo Plenario N° 1-2008, punto 7. Críticamente, FIGUEROA NAVARRO, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 422.

198 STC N° Exp. N° 00010-2002-AI/TC de 3 de enero de 2003, fundamento jurídico 205. Vid., también en la discusión penal alemana, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1300.

199 Vid., en este sentido, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código penal anotado*, p. 244. Críticamente respecto de la Parte Especial del Código Penal Peruano, FIGUEROA NAVARRO, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 416.

200 STC Exp. N° 2192-2003-AA, 11 de octubre de 2004, n.m. 18.

201 Como lo dice STREE, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 46, n.m. 3, los fines de la pena deben ser la regla suprema de toda determinación de la pena.

vención penal no significa la asunción de posturas retribucionistas de la pena[202]. Como es sabido, la doctrina dominante, que atribuye al Derecho penal una función preventiva, no rechaza la proporcionalidad de la pena como principio rector de la actividad punitiva del Estado, sino que la ve fundamentalmente como un necesario correctivo que impide a las concepciones de la pena que se centran en su efecto disuasorio, poner la mirada exclusivamente en tal finalidad, llevando, como es lógico, a una situación de terror penal[203]. Si se asume, como es nuestro caso, que la función de la pena es restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito, la previsión legal de la pena deberá ser idónea para alcanzar ese fin. Esta idoneidad se alcanza si la pena legalmente prevista responde a la gravedad del hecho legalmente descrito como capaz de cuestionar la vigencia de la norma. Por lo tanto, la pena conminada no sólo debe ser cualitativamente una comunicación penalmente relevante, sino que cuantitativamente debe ajustarse a la intensidad del hecho que se encuentra tipificado como defraudador de la norma.

En el juicio de necesidad que el legislador penal debe llevar a cabo para determinar el marco penal abstracto que le corresponde al delito que tipifica, debe plantearse la cuestión de si dicha medida de la pena es "*necesaria para alcanzar los fines de protección que se persigue, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad*" o de otros derechos[204]. Este juicio de necesidad debe ser determinado por el legislador en dos planos distintos. El primer plano está referido a la necesidad de la pena frente a otros mecanismos de control social. Esto es lo que, en la doctrina penal, se conoce como el principio de mínima intervención, según el cual el Derecho penal es la *última ratio* para la solución de los conflictos sociales. En este sentido, el sistema jurídico-penal debe castigar solamente las afectaciones a los bienes jurídicos más importantes (subsidiariedad) y, dentro de ellas, aquellas que son las más intolerables (fragmentariedad). Las afectaciones a bienes jurídicos no esenciales, así como las afectaciones mínimas a bienes jurídicos esenciales, deberán dejarse en manos de mecanismos de control extrapenal. El segundo plano del juicio de necesidad de la pena legalmente prevista es de carácter propiamente penal. Este juicio se ocupa específicamente de determinar cuál es la pena menos aflictiva que cumple suficientemente con la función atribuida al sistema penal. De lo que se trata finalmente

202 Vid., en este sentido, ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 13; VILLA STEIN: *Derecho penal*, PG, p. 144. De otro parecer, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal*, PG, p. 54.

203 Vid., así, ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 18.

204 STC Exp. N° 0010-2002-AI de 3 de enero del 2003, n.m. 142. Vid., al respecto, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 27; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, §2, n.m. 39; FREUND: *Strafrecht*, AT, §1, n.m. 19; PRITTWITZ, en *La insostenible situación*, p. 439; YACOBUCCI: *El sentido*, p. 338 y ss.; BRAMONT ARIAS: *Derecho* 46 (1992), p. 26 y s.; PEÑA CABRERA: *Tratado*, PG, p. 98.

es de determinar, al interior del sistema penal, la clase y cuantía abstracta de pena que, siendo idónea para la función atribuida, sea menos aflictiva para el condenado.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en determinar "*si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma*"[205]. La relación de equilibrio que exige este juicio específico del test de proporcionalidad se expresa en una correspondencia valorativa entre la gravedad del hecho tipificado y la pena legalmente prevista[206]. Si se admite la necesidad de castigar penalmente determinada clase de conducta, deberá precisarse el tipo de pena y la cantidad de la misma que se correspondan proporcionalmente con la conducta tipificada[207]. Resulta pertinente puntualizar que, en este nivel, no se trata de establecer una relación de proporcionalidad entre un hecho concreto y una pena puntual, sino una proporcionalidad de carácter, más bien, abstracto. Por lo tanto, sus referentes serán el bien jurídico protegido y la modalidad de ataque contemplada[208]. La proporcionalidad estricta de la pena conminada debe reflejarse en el extremo mínimo y máximo del marco penal abstracto. El establecimiento del extremo mínimo es el resultado de un proceso de valoración en el que el legislador se pregunta por la pena que se impondría a la afectación más elemental del bien jurídico protegido en la forma de ataque tipificada[209]. Para fijar el extremo máximo, el legislador debe determinar igualmente qué pena impondría al hecho concreto más grave que lesione el bien jurídico protegido y que no entre aún en el ámbito de regulación de una figura agravada.

2. La concreción legal del marco penal

En la llamada concreción legal del marco penal abstracto, se tienen en consideración ciertas situaciones especiales previstas por el legislador que inciden en

---

205 STC Exp. N° 0010-2002-AI de 3 de enero del 2003, n.m. 142.

206 Destaca el carácter valorativo en esta determinación de la relación de proporcionalidad a diferencia de la relación de adecuación medio-fin que se utiliza en el ámbito administrativo sancionador, NAVARRO FRÍAS: *InDret* 2/2010, p. 12.

207 Vid., NAUCKE: *Derecho Penal*, §2, n.m. 93.

208 Vid., BUSTOS RAMÍREZ: *Obras completas*, T.I, p. 666; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ: *Conocimiento*, p. 109.

209 Seguimos, en este sentido, la idea defendida por la teoría de la "escala de gravedad continua" formulada por DREHER: *FS-Bruns*, p. 146. La crítica a esta teoría de ser ciega al cambio social de las valoraciones respecto de la gravedad de los hechos (vid., ZIFFER: *Lineamientos*, p. 37 y s.), resulta discutible, pues coloca la determinación general del legislador en el nivel de la determinación específica del juez. El legislador al promulgar una ley penal sólo puede hacer un juicio de prognosis sobre el mantenimiento de la misma gravedad del hecho en el futuro y eso se refleja en los límites máximo y mínimo establecidos. No hay otra forma de hacer esta determinación sin afectar la seguridad jurídica, más que la modificación de la propia ley penal.

la extensión del marco punitivo (extensión punitiva)[210]. Se trata concretamente de situaciones que afectan la proporcionalidad abstracta del delito, por lo que, en principio, producen una modificación del marco penal previsto en el tipo penal correspondiente[211]. Debe resaltarse que, en estos supuestos, no se pone aún la mirada en la gravedad concreta del hecho, sino que solamente se produce un reajuste del reproche abstracto[212]. Estas situaciones especiales se pueden ordenar en dos grupos: Por un lado, se encuentran las llamadas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, las que, a su vez, pueden distinguirse entre genéricas y específicas; y, por el otro, cabe mencionar algunas variantes del concurso de delitos.

A. Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad

El marco penal abstracto establecido en el tipo penal de la Parte Especial puede sufrir alteraciones por la presencia de alguna circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad que traiga consigo un efecto agravatorio o atenuatorio del referido marco penal[213]. Se trata de agravantes o atenuantes genéricas, en la medida que no son aplicables a un tipo penal específico, sino a diversos delitos[214]. Pero, además, estas circunstancias son modificativas de la responsabilidad, por lo que repercuten en la pena abstractamente considerada en el tipo penal correspondiente. En razón de este efecto modificatorio del marco penal, el Acuerdo Plenario N° 1-2008 prefiere llamarlas circunstancias cualificadas o privilegiadas antes que genéricas, dejando este último término reservado para las circunstancias genéricas que no modifican el marco penal abstracto, sino que solamente sirven para determinar la pena concreta (artículo 46 del CP). La actual redacción del artículo 45-A del CP ha consolidado finalmente tal nomenclatura.

En la doctrina penal se discute si las circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto se limitan a circunstancias que no afectan la esencia de un delito, sino que, presuponiéndolo, únicamente inciden en la mayor gravedad de la pena[215]. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, aun cuando la determinación de la pena sea un tema que se aborde en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, no puede desvincularse de la gravedad de su presupuesto principal (el delito), lo que hace que el referente fundamental de la determinación de la pena sea el esquema

210 En este sentido, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 203.

211 Así, ORÉ SOSA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 11; ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Determinación judicial de la pena*, p. 56.

212 Vid., PÉREZ DEL VALLE: *Lecciones de Derecho Penal*, PG, p. 229.

213 En el mismo sentido, JIMÉNEZ NIÑO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (2010), p. 79.

214 PRADO SALDARRIAGA: *RPDJP* 1(2000), p. 547.

215 A favor de esta limitación, SALINERO ALONSO: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, p. 48.

de la teoría del delito[216]. En este sentido, dentro de las circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto deben tenerse en consideración, además de las agravantes o atenuantes que especifican ciertos elementos de la conducta delictiva, los supuestos que producen una agravación o atenuación de la pena por afectar a alguno de los elementos del delito. Por lo tanto, deben ser tenidas también como tales las eximentes incompletas, la tentativa, la imputabilidad restringida o el error de prohibición[217].

Antes de entrar a analizar con mayor detalle las distintas clases de circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto, resulta conveniente hacer algunas consideraciones generales sobre ciertos aspectos comunes a ellas:

- *La prohibición de doble valoración*: En primer lugar, debe señalarse que la circunstancia genérica sólo modificará el marco penal abstracto si es que no ha sido considerada como elemento constitutivo del ilícito penal, pues, de lo contrario, se estaría realizando una doble valoración y, por tanto, cometiendo una infracción al principio del *ne bis in idem*[218]. En consecuencia, si la circunstancia genérica está incorporada en el tipo penal, no será procedente la modificación del marco penal abstracto. Al respecto es muy claro, por ejemplo, el artículo 46-A último párrafo del CP al señalar que la agravante genérica del prevalimiento del cargo no es aplicable si dicha circunstancia está prevista al tipificar el tipo penal o si es un elemento constitutivo del hecho punible. La misma prohibición de doble valoración se recoge en el artículo 46-D y 46-E del CP.
- *La modificación simétrica del marco penal abstracto*: En la medida que las circunstancias genéricas cualificadas o privilegiadas influyen en el marco penal abstracto, esta influencia debe recaer tanto en el extremo máximo como en el mínimo de la pena conminada. En consecuencia, por ejemplo, si una agravante cualificada incrementa el marco penal máximo de la pena abstracta en un tercio, el marco penal mínimo debe incrementarse también en la misma proporción. De la misma manera, si con base en el porcentaje que se le asigna a una atenuante genérica privilegiada, se reduce el marco penal mínimo, lo mismo deberá hacerse con el marco penal máximo, rediciéndolo en la misma

216 Así, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 25/4.

217 Igualmente, Mendoza Ayma: *Presupuesto acusatorio*, p. 125; Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 150 y s.; Páucar Chappa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 32; Velásquez Delgado: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 16. De otro parecer, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, pp. 181, 204, al considerar un aspecto básico diferenciar el concepto y las funciones de las circunstancias, por un lado, y las causales de disminución o incremento de punibilidad, por el otro.

218 Vid., así, Bustos Ramírez: *Obras completas*, T. I, p. 709.

proporción[219]. No hacer este desplazamiento global en la pena abstracta, traería consigo la consecuencia de que la pena concreta sea, pese a la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, la misma que se le habría impuesto al autor sin la presencia de dicha circunstancia. El problema lo presentan las atenuantes privilegiadas que no establecen una reducción porcentual, pues no se contaría con un referente para la reducción simétrica del extremo máximo del marco penal abstracto. Hasta que el legislador no corrija esta deficiencia, el juez se moverá con mayores márgenes de discrecionalidad, por lo que se hará necesario exigirle una motivación especial en el establecimiento de la pena concreta.

- *La incomunicabilidad de las circunstancias genéricas personales*: Debe mencionarse también que, en virtud del artículo 26 del CP, existen determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que no pueden comunicarse a los otros intervinientes del mismo hecho punible. Para poder determinar en qué casos la circunstancia modificativa de la responsabilidad resulta incomunicable a los otros intervinientes resulta necesario distinguir entre las circunstancias referidas al hecho y las referidas al autor[220]. Las circunstancias referidas al hecho no pertenecen, por definición, a quien lo realiza, sino que son aspectos del hecho común a todos los intervinientes en el delito. Por lo tanto, todos los intervinientes verán incrementada o atenuada su responsabilidad penal de ser el caso[221], pues el marco penal se amplía o reduce para todos los intervinientes en el hecho que conocen dicha circunstancia. Por ejemplo, una circunstancia genérica referida al hecho es la tentativa, la que generará una atenuación de la pena para todos los intervinientes. Las circunstancias referidas al autor, por el contrario, están vinculadas a una cualidad, relación o circunstancia personal del autor, por lo que, al pertenecer al autor sobre el que recaen, no resulta posible su atribución directa a los otros intervinientes en el delito. Por ejemplo, la agravante genérica de la reincidencia producirá un incremento de la pena solamente respecto del reincidente, pero no respecto de los que no lo son.
- *El carácter obligatorio o facultativo de la modificación del marco penal abstracto*: Otro aspecto general que debe tenerse también en consideración en las

219 Así, Jiménez Niño: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (2010), p. 74; El Mismo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23 (2011), p. 47.

220 Utiliza esta clasificación Bacigalupo Zapater: *Derecho penal*, PG, p. 490; Maurach/Gössel/Zipf: *Derecho penal*, PG, 2, p. 501 y s.; Cramer/Heine, en *Schönke/Schröder: StGB*, § 28, n.m. 15; Bustos Ramírez: *Obras completas*, T. I, p. 707; Boldova Pasamar/Quinteros Camacho: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19 (enero de 2011), p. 50.

221 En ese sentido, Cramer/Heine, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 28, n.m. 9.

circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto es su carácter obligatorio o facultativo. En el primer caso el juez debe modificar el marco penal abstracto, mientras que en el segundo caso evaluará si, en el caso concreto, la circunstancia específicamente prevista afecta realmente la pena prevista para el delito cometido. Por ejemplo, conforme al tenor del artículo 16 del CP la pena en el caso de la tentativa deberá disminuirse en todos los casos, mientras que la atenuante de la imputabilidad restringida prevista en el artículo 22 del CP está formulada como una facultad del juez que decide si procede la reducción de la penalidad. En el caso de circunstancias de carácter potestativo, la doctrina y jurisprudencia alemanas discuten sobre el criterio que debe atenderse para evaluar su aplicación. Mientras que un sector se inclina por una consideración total del hecho[222], otro sector entiende que esta cuestión debe decidirse con base en la circunstancia específica que motiva la modificación de la responsabilidad[223]. Pese a la posibilidad de distinguir en el tenor legal circunstancias obligatorias y potestativas, debe quedar claro que el carácter facultativo de la agravación o atenuación genérica no implica una arbitrariedad del juez para decidir su aplicación o no, sino que el legislador le asigna al juez la labor de determinar los supuestos en los que la circunstancia especial sí afecta efectivamente la gravedad del hecho. Si se dan las condiciones de modificación de la responsabilidad, el juez estará obligado a aplicarla. Por el contrario, en el caso de circunstancias que obligatoriamente afectan la responsabilidad, el legislador ha tomado la decisión en todos los casos y, por lo tanto, el juez debe tenerlas en consideración al determinar la pena. Como puede verse, la diferencia entre el carácter facultativo u obligatorio de la disposición jurídica no se desprende de una razón material, sino de distintos niveles de decisión.

a. Las agravantes genéricas cualificadas

En su redacción original, el Código Penal no reconocía ninguna circunstancia de agravación cualificada. Éstas se han ido incorporando al texto punitivo por medio de diversos artículos que se han ido agregando extensivamente al artículo 46 del CP. Posiblemente sea esta progresiva incorporación lo que explique que no se encuentren adecuadamente sistematizadas y que cuenten incluso con criterios dispares de regulación[224]. Como ya se ha indicado, un sector de la doctrina nacional

222 Vid., así, respecto del marco penal de la tentativa, BRUNS: *Strafzumessungsrecht*, p. 446. Referencias sobre la jurisprudencia alemana, vid., FRISCH: *ADPCP* 1994, p. 164, nota al pie de página 15.

223 Vid., así, igualmente respecto de la tentativa, FRISCH: *ADPCP* 1994, p. 168; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 78.

224 Igualmente, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 236 y s.

prefiere calificar a estas agravantes como circunstancias agravantes cualificadas, en la medida que inciden directamente sobre la estructura de la pena conminada[225]. En cuanto al efecto que producen en la pena abstracta, no hay mayor discusión sobre el incremento del marco penal máximo en el porcentaje indicado en la regulación de cada agravante. La discusión se suscita, más bien, en relación con la modificación del marco penal mínimo. Un sector doctrinal considera que el nuevo mínimo es el máximo legal original[226]. Por nuestra parte, consideramos que esta interpretación no se ajusta a criterios de proporcionalidad, por lo que el mínimo penal debe incrementarse en la misma proporción que el marco penal máximo (principio de simetría).

a.1) El prevalimiento del cargo

La primera agravante genérica cualificada que se introdujo en el Código Penal fue el prevalimiento del cargo[227], previsto en el artículo 46-A del CP. De manera general, esta agravante tiene lugar cuando el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer el hecho punible. No basta, por lo tanto, con poseer el estatus, sino que debe aprovecharse del mismo para cometer el delito[228]. A esta descripción general se agregan dos modalidades específicas previstas expresamente por el legislador penal. Por un lado, está el caso en el que funcionario público comete el delito haciendo uso de armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le ha sido autorizado por su condición de tal. Por otro lado, se incluye también el caso en el que el funcionario público se aprovecha de los conocimientos adquiridos en el ejercicio del cargo para cometer el hecho punible. En todos estos casos, el juez podrá aumentar la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido[229]. Si se trata de una pena privativa de libertad, el aumento del marco penal máximo no podrá exceder los treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

a.2) La comisión del delito desde un centro penitenciario

En el artículo 46-A del CP, se ha incorporado también una circunstancia genérica de agravación cualificada que no tiene nada que ver con el prevalimiento del

225 Así, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 235.

226 En este sentido, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, pp. 235, 266.

227 Vid., ampliamente sobre esta agravante en el Derecho penal español, Vásquez-Portomeñe Seijas: *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público, passim* (espec. p. 19 y ss.).

228 En el mismo sentido, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 162 y s.

229 Vid., Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 162.

cargo[230]. Se trata de la agravación que tiene lugar cuando el sujeto activo comete, en calidad de autor o partícipe, el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro desde un establecimiento penitenciario donde se encuentra privado de su libertad. En tal caso, el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido. Si se trata de una pena privativa de libertad, tal incremento no podrá superar los treinta y cinco años. Como puede verse, la agravación no radica en el prevalimiento de una función pública, sino en otro tipo de consideraciones, posiblemente más de prevención especial. En efecto, el cumplimiento de la pena privativa de libertad tiene, entre otros efectos, proteger a la sociedad del delincuente mientras éste cumple con la condena, lo que en este caso se vería frustrado al seguir el condenado con una actividad delincuencial desde la prisión.

a.3) Los servicios de transporte de pasajeros

A raíz de la proliferación de distintos delitos violentos cometidos con ocasión del transporte de pasajeros, por Ley N° 30875 se incluyó en el artículo 46-A del CP una nueva agravante genérica cualificada. El juez podrá aumentar la pena en un tercio por encima del máximo legal fijado cuando el sujeto activo cometa un delito contra la libertad sexual, homicidio, asesinato, sicariato, secuestro, robo, marcaje o reglaje en su desempeño como prestador de servicio de transporte público de personas, ya sea como conductor, copiloto, cobrador o ayudante, cualquiera sea su naturaleza o modalidad; o en su desempeño como prestador de servicio de transporte especial de usuarios en vehículos menores motorizados; o simulando ser conductor, copiloto, cobrador, ayudante o pasajero de dichos servicios. Mientras que los dos primeros supuestos responden a una infracción de la especial relación de confianza que suscita el servicio ofrecido por el autor, el tercer supuesto constituye un caso especial de engaño o disfraz.

a.4) La reincidencia y la habitualidad

Dentro de las agravantes genéricas que modifican el marco penal abstracto, el Código Penal actual incluye las figuras de la reincidencia (artículo 46-B del CP) y la habitualidad (artículo 46-C del CP). Si bien se trata de dos circunstancias de agravación que cuentan con presupuestos y efectos sancionatorios distintos, tienen en común que el enfoque legal se hace por la reiterada comisión de delitos por parte del agente. En efecto, en una y en otra agravante la pena abstracta se incrementa porque el agente vuelve a cometer una infracción penal después de haber sido condenado por un delito o falta anterior. Este punto de partida común explica que

230 Igualmente, ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Determinación judicial de la pena*, p. 163.

el Acuerdo Plenario N° 01-2008 le asigne a ambas circunstancias de agravación el mismo fundamento, al indicar que la agravación de la pena responde, en estos casos, a razones de prevención especial por la mayor peligrosidad del sujeto[231]. Sin embargo, en la doctrina penal se discute que se trate de conceptos normativamente equiparables, pues mientras la reincidencia es un concepto jurídico, la habitualidad es un concepto criminológico que debería estar al margen del Derecho penal de la represión y ubicado, más bien, en el ámbito de las medidas de seguridad[232].

Conforme a la legislación penal peruana, una persona tiene la condición de reincidente si es que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena por delito doloso[233], incurre en uno nuevo en un lapso que no excede los cinco años. Se entiende que el cómputo del plazo se hace a partir del cumplimiento total o parcial de la pena[234]. Para determinar las penas anteriores no deben utilizarse los antecedentes penales cancelados o que debieron cancelarse definitivamente a los cinco años. Dado que el artículo 46-B del CP exige el cumplimiento total o parcial de la pena, se entiende que el legislador ha asumido la llamada reincidencia real y no la ficta que solamente requiere la imposición de una condena al autor[235]. Asimismo, la utilización del término genérico de "pena", permite concluir que la figura de la reincidencia puede tener lugar respecto de cualquier clase de pena[236]. En cuanto al incremento punitivo que esta circunstancia modificativa de la responsabilidad produce, el artículo 46-A del CP dispone que el juez la aumente hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal correspondiente[237].

Por Acuerdo Plenario N° 01-2008 se hicieron varias precisiones dogmáticas sobre la figura de la reincidencia como circunstancia de agravación. Aunque esta doctrina jurisprudencial se emitió durante la vigencia de una redacción anterior del

---

231 Críticamente, por ser un retorno a un Derecho penal de autor, Oré Sosa: *Temas de Derecho Penal*, p. 160; Alcocer Povis: *La inclusión del enemigo*, p. 107 y s.

232 En este sentido, Andrés Domínguez: *Revista de Derecho Penal*, N° 22 (2007), p. 82 y s.

233 Vid., Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 304 y s.

234 Así, Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 25.

235 Vid., Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 25; Sánchez Torres: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 40; García Calizaya: *Actualidad Penal* 16 (2015), p. 120 y ss. Vid., sobre la reincidencia real, García: *Reincidencia y punibilidad*, p. 135 y ss. En contra de que se requiera el cumplimiento total o parcial de la pena, Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 140 y s.

236 Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 303 y s. Críticamente, Sánchez Torres: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 40. Sostiene, pese a la modificación legal, que la reincidencia es aplicable solamente en caso de pena privativa de libertad efectiva, García Calizaya: *Actualidad Penal* 16 (2015), p. 125.

237 Vid., Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 172; Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 26.

artículo 46-B del CP, muchas de sus apreciaciones mantienen plena validez en la actual configuración legal. En ese sentido, resulta correcta la indicación de que la reincidencia no requiere una identidad o similitud entre los delitos cometidos, por lo que se trata de una reincidencia genérica y no, por lo tanto, específica[238]. Asimismo, resulta igualmente válida la afirmación de que esta circunstancia modificativa de la responsabilidad penal está configurada como una circunstancia de agravación de carácter personal, por lo que no debe comunicarse o extenderse a los intervinientes en el delito que no la reúnen.

A partir de la modificación operada por la Ley N° 30076, la figura de la reincidencia no se limita, como originalmente lo hizo, a la comisión reiterada de delitos, sino que ahora alcanza también a las faltas[239]. En ese sentido, se considera también reincidente a quien, después de haber sido condenado por la comisión de una falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años[240]. Lo especialmente llamativo de esta nueva configuración normativa de la reincidencia es que para las faltas no se exige una reincidencia real, sino solamente una reincidencia ficta. En consecuencia, bastará simplemente con que se haya castigado al autor por la realización de una falta dolosa en el lapso previsto de los tres años. Por otro lado, se establece una relación de reincidencia de falta con una falta o delito posterior, pero no de un delito con una falta posterior[241].

Los presupuestos y el efecto agravatorio de la reincidencia se intensifican en supuestos especialmente graves. Si la reincidencia está referida a los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del CP (delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público) y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121 segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del CP[242], el plazo fijado de los cinco años no resulta aplicable[243], por lo que podrán ser considerados los antecedentes penales cancelados. En estos casos, el juez aumenta la pena en no

238 Vid., Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 25.

239 Vid., Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 25; Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 300.

240 Vid., Urtecho Navarro: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 15 (2010), p. 64.

241 Vid., Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 303.

242 Dado que el dispositivo legal refiere la reincidencia a determinados delitos, la doctrina penal nacional afirma válidamente que, en estos casos, la reincidencia no es genérica, sino específica, por lo que el nuevo delito tiene que estar tipificado en la lista de artículos expresamente mencionados. Vid., así, Benavente Chorres: *Reincidencia y habitualidad*, p. 151 y s.; Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 26.

243 Vid., Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 175; Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 26. Considera, sin embargo, que debe existir un plazo de

menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, no pudiendo gozar el reincidente de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Otro supuesto especial de reincidencia en el que se prescinde también del plazo es el caso del agente al que se le indultó o conmutó la pena y comete luego un nuevo delito doloso. En tal caso, el juez aumentará la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado por el tipo penal.

La condición de habitual le alcanza, por su parte, al agente que comete un nuevo delito doloso[244], siempre que se trate, por lo menos, del tercer hecho punible que perpetre en un lapso no mayor de cinco años[245]. El Acuerdo Plenario N° 1-2008 precisó que no debía mediar condena sobre alguno de los delitos cometidos[246], lo que no parece compatible con el tenor actual del artículo 46-C del CP. En efecto, en dicho precepto legal se establece que para la determinación de la habitualidad no se debe computar los antecedentes cancelados o que debieron cancelarse a los cinco años, lo que significa que la habitualidad debe establecerse sobre la base de delitos anteriores por los que el agente ha recibido condena[247]. Si bien no se exige haber cumplido en todo o en parte la pena impuesta, es necesario que, por lo menos, ésta se haya impuesto. Al argumento formal debe sumarse uno de carácter material, en el sentido de que lo que precisamente permite la distinción entre la reiteración delictiva y los concursos de delitos es la existencia de una condena previa[248]. En los casos de reiteración delictiva (reincidencia y habitualidad) debe existir una condena previa, mientras que en el concurso de delitos no.

En sintonía con la regulación de la reincidencia, la habitualidad tampoco tiene que ser específica[249], por lo que el delito reiterado por el mismo autor no tiene

---

25 años para evitar que la percepción de la peligrosidad sea temporalmente ilimitada, Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 304.

244 Se excluyen, por ello, los delitos culposos. Vid., así, Sánchez Torres: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 71 (2015), p. 57; Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 310.

245 Vid., Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 305 y s. En su origen, como lo pone de manifiesto Andrés Domínguez: *Revista de Derecho Penal*, N° 22 (2007), p. 70, la figura del habitual está referida a aquél que, por la comisión reiterada de delitos, se ha creado un hábito de delinquir.

246 Vid., Páucar Chappa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 44 (2013), p. 93. Esta posición se mantiene en el R.N. N° 2479-2016 Ancash de 4 de abril de 2017. Crítico, Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 309 y s.

247 De otro parecer, sin embargo, Sánchez Torres: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 71 (2015), p. 57, al señalar que no se requiere condena previa.

248 En este sentido, Sanz Morán, en *Reincidencia y concurso de delitos*, Maldonado (coord.), p. 1 y s.

249 Igualmente, Sánchez Torres: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 71 (2015), p. 58; Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 306.

que ser de igual o similar naturaleza a los anteriormente cometidos. Una vez determinada la habitualidad del agente, el juez penal aumentará la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En caso de existir una pluralidad de intervinientes, el efecto agravatorio de la habitualidad recaerá únicamente en aquél que reúne dicha situación[250], por lo que resultará aplicable la incomunicabilidad establecida en el artículo 26 del CP. Al igual que la reincidencia, la condición de habitual no se circunscribe a la comisión reiterada de delitos, sino que puede presentarse también en relación con las faltas[251]. Bajo esta consideración, tendrá la calidad de habitual el agente que comete tres o más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444 del CP, en un lapso no mayor de tres años[252].

También en la habitualidad se presentan supuestos en los que los requisitos y los efectos de agravación se intensifican. Así, el plazo establecido para aplicar la agravante de la habitualidad no rige si el nuevo delito cometido es alguno de los previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del CP (delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público) y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121 segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del CP, por lo que la habitualidad se podrá determinar sin límite de tiempo[253]. Esta eliminación del plazo explica que, en la determinación de la habitualidad por estos delitos especialmente graves, se puedan utilizar los antecedentes cancelados o los que debieron cancelarse. Al igual que la reincidencia, el supuesto intensificado de habitualidad debe ser específico, por lo que solamente se aplicará si los delitos cometidos están en el catálogo de delitos recogido. En cuanto al efecto agravatorio, el incremento de la pena resulta mayor que el inicialmente previsto, pues la pena se aumentará en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que el delincuente habitual pueda gozar de los beneficios penitenciarios de semilibertad y de liberación condicional.

Una última cuestión que debe ser tratada es la relación de compatibilidad existente entre las agravantes de la reincidencia y la habitualidad. Tal compatibilidad se sustenta en el hecho de ambas circunstancias de agravación operan por la comisión reiterada de delitos en un determinado lapso. En este orden de ideas, si ambas agravantes concurren en un caso concreto, la prohibición de la doble valoración

250 Así, Sánchez Torres: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 71 (2015), p. 58 y s.

251 Vid., Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 27.

252 Vid., Sánchez Torres: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 71 (2015), p. 56; Alcócer Povis: *La reincidencia*, p. 307.

253 Vid., Sánchez Torres: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 71 (2015), p. 58.

obligará a que su aplicación se limite solamente a una de ellas. Para decidir cuál es la que desplaza a la otra, se debe acudir al principio de supremacía de jerarquía en grado, esto es, a la agravante que establezca el mayor incremento punitivo. Dado que la agravación de la pena es mayor en la reincidencia que en la habitualidad, la primera desplazará a la segunda en su aplicación[254].

a.5) El uso de menores

Otra circunstancia agravante que modifica el marco penal abstracto es la utilización, bajo cualquier modalidad, de un imputable en la comisión del delito (artículo 46-D del CP). En el dispositivo legal se precisa que dicho inimputable puede ser un menor de dieciocho años u otra persona que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones de la percepción que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. Esta agravante no alcanza a los casos en los se utiliza imputables restringidos o semi-imputables en la comisión del delito. El efecto agravatorio previsto es un incremento del extremo máximo del marco penal del delito cometido en un tercio[255]. En todo caso, la agravación de la pena no puede superar, en el caso de una pena privativa de libertad, los treinta y cinco años.

La agravante bajo comentario indica que la utilización del menor de edad puede ser bajo cualquier modalidad, lo que significa que no interesa el nivel de intervención del inimputable en la comisión del delito. En ese sentido, puede ser que el inimputable ejecute solo todo el delito o simplemente ayude al agente en su ejecución. Esta amplitud de la agravante no significa, sin embargo, que resulte aplicable a todo caso en el que interviene un inimputable en la comisión del delito. Por razones de coherencia sistemática, el uso del inimputable en la configuración de la agravante del artículo 46-D del CP debe limitarse a los casos de instrumentalización[256], dejándose en el ámbito de aplicación de la circunstancia de individualización de la pena prevista en el artículo 46 inciso 2 literal j) del CP los casos en los el agente se aprovecha o vale del apoyo ofrecido por el mismo inimputable. Está claro que este último supuesto no es aplicable a inimputables que carecen de toda capacidad de expresar una voluntad natural como es el caso de los niños o enfermos mentales graves. Por ello, puede concluirse que la agravante del artículo 46 del CP requiere que, en el caso de inimputables con capacidad expresar una voluntad

254 En este sentido, Páucar Chappa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 44 (2013), p. 95 y s.

255 Vid., Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 180.

256 Igualmente, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 180; Peña-Cabrera Freyre: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 48.

natural (p.e. un menor de 17 años), el agente haya convencido o contribuido decisivamente a la intervención del inimputable en el delito.

El incremento punitivo de la agravante prevista en el artículo 46-D del CP es mayor en dos supuestos previstos expresamente por el legislador. En primer lugar, si el agente tuviera alguna posición, cargo o vínculo familiar que le otorgase particular autoridad sobre el menor o le impulse a éste a depositar su confianza en aquél, el incremento de la pena será hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal correspondiente. A este incremento punitivo se suma la medida de suspensión del ejercicio de la patria potestad, si el agente lo tuviera sobre el menor. En segundo lugar, si durante la comisión del delito o como consecuencia del mismo, el menor sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere, y este resultado pudo ser previsto por el agente, el extremo máximo del marco penal abstracto se duplicará. Esta cualificación por el resultado se satisface con la culpa del agente respecto de la producción del resultado cualificante[257]. Lo llamativo en ambos supuestos de intensificación de la agravación es que se limitan a los menores de edad, por lo que, por razones de estricta legalidad, no se podrán aplicar si los inimputables usados para la comisión del delito son mayores de edad[258].

a.6) El abuso de parentesco

El artículo 46-E del CP, incorporado por la Ley N° 30664, ha agregado, como otra circunstancia genérica que modifica el marco penal abstracto, el abuso de parentesco. Tal circunstancia tiene lugar cuando el agente se aprovecha de su calidad de ascendiente o descendiente (natural o adoptivo), padrastro o madrastra, cónyuge o conviviente de la víctima. Resulta claro que no basta con que exista la relación de parentesco entre el agente y la víctima para que opere la agravación, sino que el agente debe haberse aprovechado de tal relación. En razón del principio de prohibición de la doble valoración, esta agravante no se podrá aplicar a los delitos que incorporan como elemento constitutivo o agravante específica la relación de parentesco. El incremento punitivo que la agravante de abuso de parentesco produce es de un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito, teniendo como tope los treinta y cinco años, si se trata de una pena privativa de libertad. El artículo 46-E del CP precisa innecesariamente que, si el delito se castiga con cadena perpetua, se aplicará dicha pena.

a.7) Crimen organizado

En el marco de los delitos cometidos por organizaciones criminales, la Ley N° 30077 establece varias circunstancias de agravación en su artículo 22. El efecto

257 Igualmente, Peña-Cabrera Freyre: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 53.

258 Llama la atención sobre esta incoherencia legislativa, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 181.

agravatorio de todas ellas es el mismo: la pena se aumenta hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido por la organización criminal. Las circunstancias de agravación previstas son las siguientes:

- Si el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.
- Si el agente financia la organización criminal.
- Si el agente en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito.
- Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito.
- Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o sicológica de menores de edad u otros inimputables.
- Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas.
- Si el agente hace uso de armas de guerra para cometer los delitos a que se refiere la ley de crimen organizado.
- Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.

b. Las atenuantes genéricas privilegiadas

Las atenuantes genéricas privilegiadas son las que modifican de modo descendente el marco penal abstracto[259]. La situación no es, sin embargo, del todo sencilla, pues el efecto atenuatorio no es precisado de la misma manera. En efecto, unas atenuantes contemplan una reducción de la pena por debajo del mínimo legal con una precisión porcentual (p.e. la confesión sincera del artículo 161 del CPP que permite la rebaja de la pena hasta una tercera parte por debajo del mínimo legal), otras lo admiten también aunque sin una precisión porcentual (p.e. las eximentes incompletas del artículo 21 del CP) y finalmente están las que simplemente esta-

259 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 238.

blecen una reducción prudencial de la pena sin especificar, de manera explícita, si el juez puede rebasar el marco penal mínimo (p.e. la pena de la tentativa prevista en el artículo 16 del CP o la colaboración eficaz del artículo 475 inciso 2 del CPP). Ante esta situación se plantea la cuestión de si estas atenuantes genéricas deben tratarse, pese al diferente tenor legal, de la misma manera o si cabe un tratamiento diferenciado entre las mismas.

Una primera interpretación del diferente tenor en la regulación de las atenuantes genéricas podría ser que solamente en los dos primeros grupos de atenuantes genéricas cabe reducir el marco penal abstracto mínimo, mientras que en el tercer grupo lo único que se podría hacer es atenuar la pena dentro del marco penal abstracto. Sin embargo, pese a la coherencia literal que podría tener esta interpretación, pensamos que la pena también puede reducirse en el tercer grupo de atenuantes por debajo del mínimo legal, pues las leyes penales que favorecen al reo no pueden ser interpretadas restrictivamente[260]. A ello cabría agregar además que si la naturaleza de una atenuante genérica es modificar el marco penal abstracto, no tendría sentido calificar a los supuestos mencionados como atenuantes genéricas y tratarlos luego como criterios de determinación de la pena concreta[261]. En este sentido, el tratamiento de las atenuantes genéricas debe ser el mismo, es decir, reconociéndoles la virtualidad de reducir el marco penal abstracto por debajo del mínimo legalmente previsto.

El punto que queda por esclarecer en relación con lo que se acaba de decir, es hasta dónde debe reducirse el marco penal mínimo cuando las atenuantes privilegiadas no establecen expresamente una reducción porcentual. A nuestro entender, la respuesta debe ser aquella que otorga los mayores márgenes de discrecionalidad para que el juez pueda encontrar luego la pena concreta que sea proporcional al hecho. En ese sentido, no queda otra cosa que asumir que el extremo mínimo sea el legalmente previsto en la regulación general. En este orden de ideas, si la pena es, por ejemplo, una pena privativa de libertad, el nuevo extremo penal mínimo será de dos días[262]. Hasta que el legislador no proceda a fijar un criterio definido

260 En este sentido, el Pleno Jurisdiccional Penal de 1999 dispuso, en el tema 4 (consecuencias jurídicas del delito-Las penas), que cuando se aplica la atenuante del artículo 22 del CP, la pena se puede reducir del mínimo legal hacia abajo. En la jurisprudencia nacional también existe un amplio consenso en imponerle al cómplice secundario una pena por debajo del mínimo legal del delito [vid., así con amplias referencias, Reyna Alfaro: recuperado de www.eldial.com [consulta: 25 de abril de 2006)].

261 Así, Jiménez Niño: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (2010), p. 73. Por el contrario, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, pp. 180, 238, sostiene que no existen atenuantes genéricas privilegiadas en nuestro Código penal.

262 Lo admite como una posibilidad interpretativa, Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 14, aunque recomienda modificar el mínimo de esta clase de pena para evitar

de reducción porcentual en las distintas atenuantes genéricas privilegiadas, el juez penal se podrá mover hasta el mínimo legal de la clase de pena correspondiente para poder individualizar la pena. Si bien podría criticarse que esta interpretación lleva finalmente a la formación de tercios amplísimos, esta amplitud no perjudica al imputado, sino que, por el contrario, permite ajustar la pena concreta a la gravedad del delito específicamente cometido.

c. Concurrencia de circunstancias genéricas modificativas del marco penal abstracto

Si no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes que modifiquen el marco penal abstracto, la pena concreta se debe determinar dentro del marco penal abstracto previsto por el tipo penal correspondiente. En caso concurra solamente una circunstancia de agravación o de atenuación, el marco penal abstracto se modificará simétricamente en atención a lo dispuesto por la circunstancia de la que se trate. La situación que precisa de una respuesta clara es cómo se modifica el marco penal abstracto cuando concurren varias circunstancias agravantes y/o atenuantes que tienen la virtualidad, cada una por sí misma, de modificar el marco penal abstracto. Lo primero que debe quedar claro es que esta concurrencia de circunstancias, no debe confundirse con el concurso de leyes, en donde la pena se determina dentro del marco penal del tipo penal aplicable[263]. En el concurso de circunstancias, existe un tipo penal que suministra el marco penal abstracto, pero éste resulta modificado legalmente por varias circunstancias de agravación y/o atenuación.

En relación a la cuestión sobre cómo tiene lugar la modificación del marco penal abstracto cuando concurren, a la vez, circunstancias agravantes y/o atenuantes, el Código Penal no preveía inicialmente una regla específica para solucionar este caso de concurrencia[264]. Con la reforma operada por la Ley N° 30076 se introdujo una regulación expresa para dar solución a esta situación particular. Lo lamentable es que esta nueva regulación no está redactada con la claridad que hubiese sido deseable y tampoco define todos los aspectos de relevancia, por lo que se hace necesaria la utilización de criterios complementarios no definidos en la ley para dar

---

privaciones de la libertad de corta duración. Admite una disminución de la pena por debajo del mínimo legal Peña-Cabrera Freyre: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 69 (2015), p. 125 y s., aunque sin precisar hasta cuánto. Por el contrario, Custodio Ramírez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 95, descarta (en el caso específico de la tentativa) que la pena se imponga por debajo del mínimo legal.

263 Vid., García Alberó: *Non bis in idem*, p. 416. Aquí entra lo que Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 241, califica de concurrencia de circunstancias específicas heterogéneas (por ejemplo, el homicidio por emoción violenta de personas con parentesco), lo que debe resolver simplemente con la aplicación del tipo penal especial.

264 Vid., Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 109.

una respuesta integral a la cuestión de cómo debe determinarse la pena en caso de concurrencia de circunstancias que modifican el marco penal abstracto.

Cuando concurran circunstancias agravantes y atenuantes, se mantiene la pena básica correspondiente al delito (artículo 45-A inciso 3 literal c del CP)[265]. Aunque la regulación legal no lo diga expresamente, la pena se debe individualizar teniendo en cuenta la gravedad del injusto culpable y compensando, en función de su gravedad, las circunstancias de diverso signo concurrentes[266]. Esta compensación no debe entenderse en términos aritméticos, sino en función de la intensidad atribuida a cada una de ellas[267]. Cuando concurren varias circunstancias agravantes que sean compatibles, es decir, que se traten de factores o indicadores diferentes[268], el marco penal abstracto tendrá que incrementarse conforme lo disponga la mayor agravante, quedando el nuevo mínimo en el límite máximo del marco penal originario (artículo 45-A inciso 3 literal b del CP)[269]. En caso de concurrir varias atenuantes que sean compatibles, el marco penal abstracto deberá modificarse conforme lo dispone la atenuante más beneficiosa, quedando el nuevo máximo en el mínimo del marco penal abstracto originario (artículo 45-A inciso 3 literal a del CP). Si las circunstancias concurrentes son incompatibles, entonces solamente se tendrá en cuenta la más específica para definir el marco penal abstracto dentro del cual se debe determinar la pena concreta.

Podría cuestionarse la interpretación propuesta en el sentido de no corresponderse con el tenor literal, pues el inciso 3 del artículo 45-A del CP no se refiere al máximo o mínimo del marco penal abstracto, sino que hace la indicación de que la pena se determine por encima del tercio superior o por debajo del tercio inferior. Eso significaría que, según lo previsto por el legislador, lo que tendría que hacerse,

---

265 Igualmente, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 173.

266 Antes de la reforma, el Pleno Jurisdiccional Penal de Chiclayo del 2000 tema 1, estableció que debía procederse a una "compensación racional" en caso de concurrencia de circunstancias de diverso signo. De lo contrario, resulta completamente válida la crítica de Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 17, en el sentido de que se abandona la lógica de la compensación por un sistema de anulación.

267 Vid., sobre esta forma de comprender la compensación racional, Besio Hernández: *InDret* 1/2012, p. 9 y s.

268 Sobre la compatibilidad de las circunstancias, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 243.

269 Debe hacerse la puntualización de que debe existir una concurrencia de agravantes que modifican el marco penal abstracto, pues si sólo se presenta una de estas agravantes, lo que procede es simplemente incrementar el marco penal abstracto de manera simétrica en la proporción legalmente establecida. El tenor del artículo 45-A inciso 3 del CP es muy claro al utilizar el plural. De otro parecer, sin embargo, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 173.

antes de realizar la modificación del marco penal abstracto originario, es dividirlo por tercios. Tal interpretación no tiene sentido, pues las circunstancias modificativas de la responsabilidad (o circunstancias agravantes cualificadas o atenuantes privilegiadas) no inciden en la pena concreta, sino en el marco penal abstracto. Por lo tanto, lo que corresponde es modificar el marco penal abstracto y luego recién con el nuevo marco proceder a hacer la división por tercios del tramo penal para individualizar la pena concreta[270].

B. Las circunstancias específicas modificativas del marco penal abstracto

Las circunstancias específicas que modifican el marco penal abstracto son las que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal[271]. Por ejemplo, el artículo 186 del CP establece diversas circunstancias específicas que agravan la pena legalmente prevista en el delito de hurto simple, como es el caso del hurto en casa habitada, durante la noche, mediante destreza, con pluralidad de agentes, entre otras circunstancias. También son circunstancias específicas las que están referidas a delitos tipificados en leyes penales especiales, como sería el caso de las agravantes en los delitos aduaneros (artículo 10 de la Ley N° 28008) o de las que se aplican al delito de lavado de activos (artículo 4 del D. Leg. N° 1106)[272]. Estas circunstancias establecen un marco penal abstracto distinto al previsto en el tipo básico o simple. Si el caso concreto se corresponde con alguna de estas circunstancias específicas, la determinación de la pena debe partir de la pena abstracta prevista para la correspondiente circunstancia específica, desplazando el marco abstracto del delito básico o simple.

Al igual que en las circunstancias genéricas, en las específicas es también aplicable el principio de la incomunicabilidad de las circunstancias o cualidades de carácter personal (artículo 26 del CP). En consecuencia, si la agravante o atenuante específica está referida a un aspecto personal del autor, la modificación de la pena abstracta no repercutirá en los otros intervinientes a los que dicho aspecto no alcanza. Por ejemplo, la circunstancia agravatoria de tener la calidad de funcionario público en el delito de secuestro (artículo 152 inciso 3 del CP) no alcanzará a los intervinientes que no reúnen esa calidad personal especial. Por el contrario, si la modificación de la responsabilidad penal se sustenta en un aspecto específico del hecho, como por ejemplo el hurto agravado en casa habitada (artículo 186 inciso 1 del CP), esta circunstancia específica alcanzará a todos los intervinientes que la co-

270 En la misma línea, Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 16.

271 Vid., Prado Saldarriaga: *Determinación judicial de la pena*, p. 139; Boldova Pasamar/Quinteros Camacho: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19 (2011), p. 49; Sáenz Torres: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 125.

272 En este sentido, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 233.

nocen. Como puede verse, la comunicación de una circunstancia material requiere que los intervinientes conozcan dicha circunstancia, de lo contrario habrá un error de tipo respecto de la circunstancia que agrava la pena (artículo 14 del CP).

En determinados delitos es usual la existencia de circunstancias específicas agravantes de diversos grados, tal como sucede en el hurto, el robo o el secuestro[273]. Las menos graves son de primer grado, subiendo el grado de las siguientes circunstancias en función de su mayor gravedad[274]. Puede ser que, en el caso concreto, concurran circunstancias de igual grado, por lo que debe precisarse cómo esta concurrencia se resuelve en la determinación de la pena. El Acuerdo Plenario N° 1-2008 señala al respecto que el juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente, por lo que toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta. En este sentido, lo que habría que hacer es tomar una de las agravantes del mismo grado para fijar la pena abstracta y utilizar las otras para individualizar la pena concreta a imponer. Estas circunstancias entrarán a ser consideradas con las circunstancias de individualización de la pena del artículo 46 del CP bajo las reglas de los tercios.

Si las circunstancias agravantes específicas que concurren son de distinto grado, el Acuerdo Plenario N° 2-2010 establece que lo primero que debe hacerse es determinar si son compatibles entre sí, es decir, que se traten de factores o indicadores diferentes[275]. Por ejemplo, no son compatibles en el delito de robo agravado la agravante de segundo grado de causación de lesiones a la integridad física de la víctima (artículo 189, segundo párrafo, inciso 1 del CP) con la agravante de tercer grado por la causación de lesiones graves a la integridad física de la víctima (artículo 189, tercer párrafo del CP). Dado que se trata de mismo factor (afectación a la integridad física), no cabe una consideración conjunta de las agravantes, sino de la más específica, esto es, la causación de lesiones graves. Si las agravantes son compatibles, entonces la pena se determinará recurriendo al marco penal abstracto de la agravante de mayor grado[276], teniéndose en consideración las otras agravantes en la determinación de la pena concreta bajo la regla de los tercios.

C. Concurso de delitos

El marco penal abstracto resulta afectado también en caso de concurso de delitos. En la medida que concurren dos o más delitos, concurren también dos o más

273 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 234.

274 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Determinación judicial de la pena*, p. 142 y s.

275 Sobre la compatibilidad de las circunstancias, PRADO SALDARRIAGA: *RPDJP* 1(2000), p. 552 y s.; PÁUCAR CHAPPA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 35.

276 Así, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 243; ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Determinación judicial de la pena*, p. 136; PÁUCAR CHAPPA: *Nuevas reglas de determinación de la pena*, p. 35.

marcos penales. La solución general asumida durante mucho tiempo por nuestro Código Penal, no permitía la acumulación de las penas o el aumento del marco penal abstracto, sino la absorción de las penas más leves por la pena más grave. En efecto, los artículos 48, 49 y 50 del CP establecían conjuntamente que, en caso de concurso ideal o real de delitos, así como de delito continuado, la pena aplicable sería la más grave[277]. Solamente en el delito masa la regla general de la absorción sufría una modificación, pues conforme a la redacción aun hoy vigente del artículo 49 del CP se dispone un aumento de la pena en un tercio respecto de la pena máxima prevista, lo que significa asumir un criterio de exasperación.

La situación descrita ha cambiado con la última modificación realizada a los artículos 48 y 50 del CP (Ley N° 28726), pues la regla general en el concurso de delitos ya no es la absorción de las penas más leves por el marco penal abstracto más grave. En la regulación actual, el concurso ideal de delitos asume ahora el criterio de la asperación o exasperación (incremento de la pena más grave hasta en una cuarta parte con el límite de 35 años), el concurso real hace lo propio con el principio de acumulación de las penas (sumatoria de las penas fijadas para cada delito hasta un máximo del doble de la pena más grave sin superar los 35 años), dejando solamente el delito continuado bajo el criterio de la absorción (la pena del delito más grave). Así las cosas, tenemos el criterio de la absorción para el delito continuado, el criterio de la exasperación para el delito masa y el concurso ideal de delitos, y el criterio de la acumulación para el concurso real de delitos.

Pese a que los concursos de delitos han asumido, en la regulación actual, una variedad de criterios regulatorios, en todos los casos resulta aplicable el principio de combinación de los tipos penales, el cual se manifiesta de dos maneras. Por un lado, el principio de combinación produce el llamado efecto oclusivo de la pena, según el cual el marco penal mínimo debe ser el más grave de los diversos delitos en concurso, aun cuando estos delitos hayan sido absorbidos o acumulados[278]. Por el otro, la combinación permite también que se pueda recurrir a las penas accesorias y

277 La doctrina nacional no opinaba lo mismo en el caso del concurso de delitos, en donde se sostenía que la regulación penal asumía, en parte, el principio de asperación o exasperación (Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código penal anotado*, p. 247; Villavicencio Terreros: *Código penal comentado*, p. 201; Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p.141). Pese a lo deseable de un sistema de asperación o exasperación en el concurso real de delitos, el tenor original del artículo 50 del CP no permitía asumir dicho sistema, lo que, por el contrario, ha quedado claramente establecido en la redacción actual.

278 Vid., Geerds: *Zur Lehre*, p. 331 y s.; Schmitt: *ZStW* 75 (1963), p. 54; Jakobs: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1; Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1081; Puppe: *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72; Rissing-van Saan: *LK* § 52, n.m. 44.

medidas de seguridad establecidas en los tipos penales absorbidos o acumulados[279]. La absorción o acumulación de los tipos penales no impide, además, que los delitos absorbidos o acumulados sean considerados en la individualización de la pena[280].

El panorama descrito hace que la concreción legal del marco de la pena en los concursos de delitos no sea uniforme. En el caso del delito continuado, el marco penal abstracto más grave es el que se tendrá en cuenta para determinar la pena, con el efecto oclusivo del marco penal mínimo más grave, en caso de haberlo, de los delitos absorbidos en la concreción legal del marco penal. Si se trata de un delito masa o de un concurso ideal de delitos, el marco penal abstracto del delito más grave aumenta en un tercio o en un cuarto respectivamente, sin que se pueda superar el límite de los 35 años. Igualmente se tendrá que considerar el efecto oclusivo del marco penal mínimo más grave de los delitos desplazados en la concreción legal del marco penal. Así, por ejemplo, si hay un concurso ideal de los delitos de estafa (con un marco penal abstracto de 1 a 6 años de pena privativa de la libertad) y falsificación de documento privado (con un marco penal abstracto de 2 a 4 años de pena privativa de la libertad), el marco penal máximo se incrementará 7 años y seis meses tomando como base el marco penal máximo más grave del delito de estafa, mientras que el marco penal mínimo quedará en 2 años y 6 meses por el efecto oclusivo del marco penal mínimo más grave del delito de falsificación de documento privado.

Por el contrario, el principio de acumulación que rige el concurso real de delitos no genera una modificación legal del marco penal abstracto de cada delito. En efecto, conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2009 cada delito en situación de concurso real de delitos mantiene su pena básica (o marco penal abstracto), procediendo el juez, a instancias del fiscal, a determinar la pena concreta del concurso mediante un procedimiento de dos etapas[281]. En una primera etapa, se debe determinar la pena concreta de cada delito en situación de concurso (pena concreta parcial)[282]. En una segunda etapa, se debe sumar las penas concretas de cada uno de los delitos, resultando así la pena concreta total del concurso real[283]. Esta pena total tiene una doble limitación: no debe superar los 35 años o el doble de la pena concreta del delito más grave. Si uno de los delitos se sanciona con cadena perpetua, entonces solamente se aplicará esta pena[284]. Este mismo procedimiento debe

279 Vid., GEERDS: *Zur Lehre*, p. 332; SCHMITT: *ZStW* 75 (1963), p. 54; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1; PUPPE: *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72.

280 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 4; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1082; STRATENWERTH: *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 41; PUPPE: *NK* § 52, n.m. 72.

281 Vid., PÁUCAR CHAPPA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 44 (2013), p. 88.

282 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 270.

283 Igualmente, TOYOHAMA ARAKAKI, en *Estudios críticos*, p. 248.

284 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 270.

seguirse en el caso del concurso real de faltas. Pese a que el artículo 50-A del CP no contiene una regulación muy clara al respecto[285], debe entenderse que soluciona esta clase de concurso con el marco penal del delito de similar naturaleza a las faltas concurrentes (por ejemplo: el delito de hurto en el caso de concurso real de faltas contra el patrimonio). Sin embargo, el Acuerdo Plenario N° 4-2009 ha establecido que, en este caso, debe seguirse el mismo criterio de acumulación de penas concretas de cada falta en concurso.

3. La individualización de la pena

A partir del marco penal abstracto, modificado eventualmente por circunstancias genéricas cualificadas o privilegiadas, el juez penal debe individualizar la pena concreta por el delito o los delitos específicamente cometidos[286]. En un inicio, si bien la individualización judicial de la pena no era un procedimiento absolutamente discrecional que careciera de disposiciones regulativas[287], lo cierto es que las pautas legales eran sumamente genéricas, lo que le otorgaba al magistrado amplios márgenes de decisión[288]. Lo usual era encontrar, por ello, sentencias condenatorias que prácticamente renunciaban a toda labor de motivación de la individualización de la pena o que se limitaban, en el mejor de los casos, a hacer simples referencias genéricas a las disposiciones legales sobre individualización de la pena sin mayores desarrollos en el caso concreto. Tal proceder resultaba abiertamente contrario al deber constitucional de motivar las decisiones judiciales como parte esencial del derecho de todo justiciable a obtener una respuesta razonada de los tribunales y, por lo demás, la más intensa afectación a los derechos del reo[289]. Por esta razón, se tomó finalmente la decisión de reducir el margen de discrecionalidad judicial,

---

285 Califica la redacción de lamentable, CASTRO TRIGOSO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 31.

286 PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 198, define la determinación judicial de la pena como "*el procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y en ocasiones ejecutivo la sanción penal que se debe imponer en el caso sub judice*".

287 Vid., ZIFFER: *Lineamientos*, p. 96 y s. En la doctrina nacional, VELÁSQUEZ DELGADO: *Actualidad Jurídica*, T. 189, agosto de 2009, p. 126 y s.

288 Así lo destaca PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 158 y s.

289 Así, sumamente clara es la Sentencia del Tribunal Supremo Español 455/2002, de 13 de marzo de 2002 que a la letra dice: "*No cabe minusvalorar la importancia del deber de motivar la individualización punitiva -ni entenderlo cumplido con una mera y genérica alusión a las circunstancias que la Ley dispone se tengan en cuenta- porque el derecho del justiciable a recibir una respuesta razonada no puede quedar satisfecho si el Tribunal que lo juzga no explicita las razones por las que le impone una determinada magnitud de pena, extremo de la sentencia que es, en la mayoría de los casos, el que más intensamente afecta a sus derechos y a su vida futura*" (citada por FEIJOO SÁNCHEZ: *InDret* 1/2007, p. 3). A lo anterior, SILVA SÁNCHEZ: *InDret*

implementándose por medio de la Ley N° 30076 un sistema que define, por un lado, el sentido de la valoración de las circunstancias y utiliza, por el otro, un procedimiento por tercios para individualizar la pena concreta.

Las disposiciones legales que regulan actualmente la individualización judicial de la pena deben contar con una teoría general que les suministre unidad y coherencia. Los estudios especializados proponen generalmente una remisión a los fines de la pena, sobre la base de la idea de que, de esta manera, se puede determinar si la pena concreta a imponer es teleológicamente legítima[290]. Esta referencia a los fines de la pena resulta, sin embargo, poco segura, pues el nivel de abstracción de los principios de legitimación de la pena mantiene amplios márgenes de discrecionalidad que pueden devenir en un puro decisionismo y finalmente en una arbitrariedad judicial[291]. Por esta razón, los actuales estudios doctrinales consideran necesario dejar el plano de los principios y entrar, más bien, a definir criterios concretos para la determinación de la pena, lo cual se puede alcanzar satisfactoriamente con la incorporación de la sistemática de la teoría del delito. Desde esta perspectiva, la individualización de la pena no sería más que la dimensión cuantitativa o de grado del sistema del delito[292].

En la actualidad, las consideraciones precedentes han dado a pie a que la doctrina penal plantee un modelo de individualización de la pena que ponga la mirada en el delito concretamente cometido. Es así como se ha ido consolidando la llamada teoría de la pena proporcional al hecho, cuyo punto de partida es que la individualización de la pena debe depender únicamente de la gravedad del hecho. Para determinar esta gravedad debe atenderse a la responsabilidad objetiva (el daño producido), a la responsabilidad subjetiva (intenciones, grado de negligencia), así como a la culpabilidad individual del autor[293]. Pese a los cuestionamientos que pudiesen hacerse a los específicos referentes utilizados para establecer la gravedad del hecho[294], la doctrina penal actual coincide en términos esenciales con esta orientación. Por nuestra parte, estamos de acuerdo en la necesidad de que el sistema jurídico-penal esté completamente interrelacionado y, por tanto, que los criterios para la individualización de la pena se correspondan con los elementos constitutivos del delito que determinan su gravedad. Pero esta relación de proporcionalidad

---

2/2007, p. 3, agrega que constituye un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal.

290 Resalta que la teoría de la determinación de la pena no deja de ser una concreción de la teoría de los fines de la pena, FEIJOO SÁNCHEZ: *InDret* 1/2007, p. 8.

291 En este sentido, SILVA SÁNCHEZ: *InDret* 2/2007, p. 4 y s.

292 Así, HÖRNLE: *Determinación de la pena*, p. 68 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: *InDret* 2/2007, p. 5.

293 Vid., HÖRNLE: *Determinación de la pena*, p. 36.

294 Así, críticamente FEIJOO SÁNCHEZ: *InDret* 1/2007, p. 10.

entre el hecho y pena debe determinarse con una perspectiva más general, tal como se ha hecho con el llamado *test* de proporcionalidad desarrollado en el ámbito constitucional.

A. La proporcionalidad como principio informador de la individualización de la pena

La individualización judicial de la pena debe seguir los mismos criterios que informan la determinación legal de la pena[295]. En este sentido, esta etapa del proceso encargado al juez debe orientarse también por los principios de legalidad y de proporcionalidad. Sin embargo, debe señalarse que, por evidentes razones de operatividad, el principio de legalidad no puede desplegar plenamente el mandato de certeza en la pena a imponer judicialmente (un sistema de pena tasada), por lo que el principio de proporcionalidad asume, sin lugar a dudas, el papel decisivo como criterio informador de la labor del juez penal al momento de determinar la pena exacta a imponer al autor de un delito[296]. La observancia del principio de proporcionalidad se manifiesta, al igual que la determinación legal de la pena, en sus tres dimensiones: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

a. El juicio de idoneidad: El principio de culpabilidad

El juicio de idoneidad en la imposición judicial de la pena requiere precisar primeramente cuál es la función que la pena cumple en este contexto específico. Para poder determinar dicha función, se debe tener en cuenta que el juez penal está ante un ciudadano que ha realizado responsablemente un delito concreto, encontrándose, por lo tanto, facultado para imponerle una sanción penal también concreta. Si bien la imposición de la pena debe confirmar la seriedad de la amenaza penal o mantener la vigencia de la norma defraudada, el juez no actúa amparado por una abstracta función de prevención o restabilización. En este nivel del sistema penal, el principio de culpabilidad por el hecho adquiere un papel esencial para el cumplimiento de la función asignada a la pena. En consecuencia, la labor judicial de sancionar el delito concretamente cometido no puede hacerse al margen de la vigencia del principio de la culpabilidad, tal como lo pone de manifiesto el propio Tribunal Constitucional establecer jurisprudencialmente que "*donde no hay demostración de culpabilidad no puede tampoco y mucho menos, existir condena*"[297].

De lo anterior se desprende que la imposición de la pena no puede sustentarse en elementos puramente preventivos o restabilizadores, pues con ello se renunciaría

295 Vid., Stree, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 46, n.m. 3.

296 Vid., sobre la necesidad de observar el principio de proporcionalidad en la determinación de la pena, Ziffer: *Lineamientos*, p. 63.

297 STC Exp. N° 1029-2000-HC/TC de 18 de enero de 2011, fundamento jurídico 3.

finalmente al carácter sancionatorio del Derecho Penal[298]. El juez no puede actuar amparado simplemente en necesidades sociales de punición. Para que la pena a imponer por el juez sea idónea, las necesidades de punición deben pasar ineludiblemente por el filtro de la culpabilidad del autor. Lo dicho no niega, y esto es importante resaltarlo, que la culpabilidad resulte permeable a las necesidades del sistema social. Pero la determinación de la culpabilidad del autor no se guía únicamente por la necesidad de pena, sino también por la individualidad de la persona, lo que obliga a apreciar el delito como expresión de su libertad de actuación. El pretendido destierro de la base ontológica de la persona (libertad) en la culpabilidad jurídico-penal por su falta de demostración empírica, conduciría con la misma lógica a la negación de la función preventiva o restabilizadora de la pena por la falta de demostración empírica de estos efectos. Si la culpabilidad penal se configura normativamente en atención a la función de prevención o restabilización, no vemos por qué no puede también tener cabida, como elemento esencial de esta función social, la consideración de la persona como libre y el delito como expresión de su libertad de actuación.

Como corolario de las ideas expuestas en los párrafos precedentes, puede decirse que una pena resultará desproporcionada en el plano judicial y, por lo tanto, ilegítima, si es impuesta por el juez sin tener en cuenta la culpabilidad del autor por el hecho concretamente realizado. Una sanción penal que se sustente únicamente en las necesidades de prevención o de restabilización del sistema social, siguiendo la lógica del chivo expiatorio o de la cabeza de turco, no puede ser aceptada en un sistema penal que se encuentre informado por el principio de culpabilidad. Para que la pena concreta impuesta por el juez pueda desplegar su función legitimante, resulta necesario afirmar la culpabilidad del autor por el hecho delictivo concretamente cometido. Una pena judicialmente impuesta al margen de la culpabilidad del autor es desproporcional por su falta de idoneidad.

b. El juicio de necesidad: En especial, la alternatividad penal

El juez penal, al imponer la concreta sanción penal, debe tener en cuenta también la exigencia de recurrir, dentro de las sanciones penales de las que legalmente dispone, a aquella que resulte menos lesiva para el autor, siempre que sea idónea, es decir, siempre que se consiga la función asignada a la pena con base en la culpabilidad del autor. En este sentido, si el sistema penal le ofrece al juez otras posibilidades de reacción punitiva igualmente funcionales que resulten menos gravosas, entonces deberá recurrir a ellas y no a las más restrictivas de los derechos del condenado. De esta exigencia de necesidad se desprenden dos manifestaciones especialmente relevantes en la imposición judicial de la pena.

298 Vid., así, ZIFFER: *Lineamientos*, p. 69.

Por un lado, si el tipo penal contempla penas alternativas para el delito cometido, el juez deberá acudir a aquella que resulte menos restrictiva de los derechos del reo. Por el contrario, el juez no podrá aplicarla, si la culpabilidad por el delito concretamente realizado sobrepasa la pena alternativa menos gravosa, pues esta última dejaría de ser idónea en el caso concreto. Por ejemplo, el delito de rehusamiento a dar información económica del artículo 242 del CP contempla una pena privativa de libertad no mayor de dos años o una pena de noventa a ciento ochenta días-multa. Es evidente que, en términos de gravedad, es preferible la pena de multa a la pena privativa de libertad, por lo que el juez, en atención al juicio de necesidad, deberá acudir preferentemente a la pena de multa. Una pena privativa de libertad solamente será aplicable si es que, por la culpabilidad del autor por el hecho concreto, la pena de multa ya no resulte idónea.

Por otro lado, el juicio de necesidad en la determinación de la pena permite prescindir de penas privativas de libertad de corta duración, pues con ello se evita la desocialización del condenado que produce la ejecución de esta clase de pena[299]. Es indiscutible que la pena privativa de libertad tiene un inevitable efecto de desintegración social por el solo hecho de importar el apartamiento del condenado de la sociedad, pero también es evidente que no puede dejarse de ejecutar, si es que no se quiere perjudicar la satisfacción de las necesidades punitivas de la sociedad. Sin embargo, en los delitos de poca entidad es posible renunciar a hacer efectiva la pena privativa de libertad impuesta sin que exista un menoscabo sustancial a la función social de la pena, siempre que se recurra a un mecanismo alternativo que asegure normativa (otras penas) o cognitivamente (reglas de conducta) el mantenimiento de la expectativa social defraudada[300]. A esta tendencia se le ha venido a denominar como la alternatividad penal[301].

El Código Penal Peruano se ha alineado a la tendencia de la alternatividad penal[302], pues pone expresamente a disposición del juez penal un conjunto de me-

299 Críticamente Sequeiros Vargas: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 79 (2016), p. 286 y s.

300 No es exacto, por lo tanto, sostener, como lo hace Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 321 y s., que las medidas alternativas constituyen instrumentos de despenalización. La conducta realizada sigue siendo penalmente relevante y, por lo tanto, prohibida, cambiando únicamente la manera de solventar la perturbación social provocada.

301 De medidas alternativas, sustitutos penales o subrogados penales habla Prado Saldarriaga: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12 (2010), p. 49; El Mismo, *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 319.

302 Por esta razón, Cid/Larrauri: *RPCP* 7-8, p. 363 y ss. sostienen que nuestro sistema de alternatividad sigue el enfoque rehabilitador europeo continental y no el sistema proporcionalista desarrollado en el mundo jurídico anglosajón.

didas alternativas a la pena privativa de libertad[303] y a otras clases de pena. Como medidas alternativas cabe mencionar concretamente la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57 del CP), la reserva del fallo condenatorio (artículo 62 del CP), la sustitución de penas (artículo 32 del CP) y la conversión de penas (artículo 52 del CP)[304]. Si el juez penal no recurre a estos mecanismos de alternatividad penal, siendo procedente hacerlo, e impone al sujeto culpable una pena privativa de libertad efectiva, esta sanción será desproporcionada por su falta de necesidad. Queda claro que estos mecanismos funcionan especialmente para delitos sancionados con penas privativas de libertad no muy graves, pues la necesidad punitiva no precisa en estos casos la imposición de una pena efectiva[305]. Dicha necesidad se puede cubrir suficientemente con las alternativas penales.

b.1) La suspensión de la ejecución de la pena

La suspensión de la ejecución de la pena es un régimen de prueba que se encuentra regulado en el artículo 57 del CP[306]. En virtud de este régimen la ejecución de la pena privativa de libertad es reemplazada por un periodo de prueba en el que el condenado está sujeto a un conjunto de restricciones o reglas de conducta[307]. La regulación nacional sigue el modelo francés (*sursis*), en la medida que el proceso penal se realiza completamente y sólo se suspende la ejecución de la pena impuesta, a diferencia del modelo inglés que suspende el proceso penal mismo (*probation*)[308]. En este sentido, los requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena se formulan en atención a una condena impuesta, cuya ejecución no se hace efectiva por

303 Vid., BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código penal comentado*, p. 270 y s., destacando que ya el Código Penal de 1924 había incorporado mecanismos de alternatividad como la condena condicional y la liberación condicional.

304 Vid., con mayor detalle, PRADO SALDARRIAGA: *Cathedra* 2 (1998), p. 78 y ss.; EL MISMO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12 (2010), p. 55 y ss., en donde se incluye además a la exención de pena, pero que, en estricto, no debe considerarse una medida alternativa, pues no reemplaza la pena a imponer o impuesta por otra pena o medida, sino que procede, más bien, a extinguir la pena.

305 Vid., así, ZIFFER: *Lineamientos*, p. 99.

306 Sobre su naturaleza jurídica hay discusión en la doctrina penal que la considera desde una clase de pena hasta un sucedáneo de la pena privativa de libertad [vid., por todos, HURTADO POZO: *Derecho PUCP* 31 (1973), p. 61]. En favor de considerarla concretamente una modalidad de ejecución de la pena, el R.N. N° 2476-2005-Lambayeque de 20 de abril de 2006.

307 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 353.

308 Sobre los sistemas, ZAFFARONI: *Manual de Derecho Penal*, PG, II, p. 905; MIR PUIG: *Derecho penal*, PG, L29/28; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 1156 y s.; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código penal comentado*, p. 271. Vid., la influencia de ambos modelos en la legislación penal peruana, ALPACA PÉREZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 77 y s.

una decisión motivada del propio juez penal que emite la condena. Por lo tanto, el juicio de necesidad no precede, en este caso, al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino que la decisión sobre si la ejecución de una pena privativa se suspende o no, debe tomarse luego de haberse fijado cuál es la pena concreta.

El artículo 57 del CP establece que el juez "puede" suspender la ejecución de la pena bajo ciertas condiciones. El uso del término "puede" se ha interpretado como puramente facultativo y, por eso, dependiente de la discreción del juez[309], quien podría tener en cuenta cualquier fin de la pena para decidir si suspende su ejecución o no[310]. A esta interpretación se le opone el parecer que sostiene que sólo pueden ser valorados los fines de la pena que resultan permitidos[311]. Lo que hay de común en ambos planteamientos es que la suspensión de la pena se decidiría en el contexto de una concurrencia de funciones de la pena en aparente contradicción, debiendo prevalecer una sobre la otra, como por ejemplo la prevención especial sobre la prevención general[312].

A nuestro modo de ver, por el contrario, la suspensión de la ejecución de la pena encuentra perfecta explicación en la función de la pena como un mecanismo de restablecimiento de la vigencia de la norma infringida. Lo único particular es que se utiliza un mecanismo de restablecimiento distinto al normativo. En efecto, la suspensión de la ejecución de la pena prescinde de un restablecimiento normativo y recurre, más bien, a un mecanismo cognitivo. Por ello, su aplicación se limita a delitos de poca gravedad, en los que la renuncia a hacer efectiva la pena no genera una pérdida relevante de confianza en la vigencia de la norma infringida. La suspensión de la pena trae aparejado un conjunto de reglas de conducta que aseguran cognitivamente que el condenado no va a defraudar nuevamente la vigencia de la norma con la comisión de otro delito, lo que permite concluir que la función de la pena no es desplazada por fines de prevención especial, sino que se procura un manejo racional de la pena que, cumpliendo con su función social, reduzca a la vez su imposición a los casos en los que es estrictamente necesaria.

Los requisitos, cuya concurrencia exige el artículo 57 del CP para que el juez pueda tomar la decisión de suspender la ejecución de la pena, son los siguientes:

309 Destacan su carácter potestativo, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2939; Torres Berrio: *Actualidad Penal* 12 (2015), p. 45; Gerónimo Chacaltana: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 266.

310 Así, en el derecho penal alemán, Zipf: Anm. zu OLG Karlsruhe, *JR* 1975, p. 296.

311 En este sentido, Bruns: *Das Recht der Strafzumessung*, p. 112.

312 Así, sustenta la suspensión de la ejecución de la pena en finalidades de prevención especial, Gerónimo Chacaltana: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 258 y s.; Rojas López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 129.

a) El primer requisito es que la condena se refiera a una pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Se trata claramente de la pena concreta determinada por el juez, por lo que no interesa cuál sea el marco penal abstracto del delito cometido. Puede ser incluso posible que la pena concreta esté por debajo del extremo penal mínimo en razón de alguna atenuante privilegiada y proceda igualmente la suspensión de la ejecución de la pena. El que el requisito en cuestión se limite a la pena privativa de libertad, pone en evidencia que este mecanismo de alternatividad penal no es aplicable a otras clases de pena.

b) El segundo requisito es que la naturaleza o modalidad del hecho punible, el comportamiento procesal y la personalidad del agente permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. Se trata de lo que se conoce como prognosis social favorable, la que consiste en un juicio de pronóstico realizado por el juez que le lleva a concluir que, con el mecanismo alternativo a la ejecución de la pena privativa de libertad, el condenado no volverá a cometer otro delito[313]. El juez debe hacer el juicio de prognosis con los criterios de valoración legalmente establecidos y motivar debidamente su decisión de suspender la ejecución de la pena. Los primeros dos criterios de valoración están referidos al hecho cometido por el autor (naturaleza y modalidad), de los que el juez puede deducir si es que existe una inclinación al delito. El tercer criterio de valoración está constituido por el comportamiento del autor a lo largo del proceso, del cual el juez puede deducir la ausencia de arrepentimiento o la voluntad de cambio[314]. El cuarto referente es la personalidad del autor, del que cabe concluir la asunción de pautas de comportamiento de carácter delictivo[315]. Valorando de manera global todos estos referentes, el juez debe concluir que las reglas de conducta que le imponga al condenado serán suficientes para mantenerlo en el marco de la legalidad[316].

c) El tercer requisito exige que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual; o de funcionario o servidor público condenado por delitos dolosos de colusión, peculado, malversación agravada, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo de auxiliares judiciales, negociación incompatible o enriquecimiento ilícito; o se le condene por delito de agresión a la mujer o violencia familiar. Se trata de un elemento negativo, en el sentido de circunstancias que no deben presentarse en el caso concreto para que sea viable la suspensión

313 Vid., GERÓNIMO CHACALTANA: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 267.

314 Vid., TORRES BERRIO: *Actualidad Penal* 12 (2015), p. 48.

315 Vid., TORRES BERRIO: *Actualidad Penal* 12 (2015), p. 48.

316 Vid., RUIZ NAVARRO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 45.

de la ejecución de la pena[317]. En cuanto a la reincidencia y la habitualidad, parece lógico entender que no es posible un pronóstico favorable[318], por lo que operaría una presunción legal de inclinación al delito. En el caso de los funcionarios públicos, la especial necesidad de reforzar la prevención general en relación con los delitos de corrupción, ha hecho que el legislador priorice esta exigencia de represión por encima de la prevención especial con la confirmación de la amenaza penal en todos los casos[319]. Lo mismo sucede en el caso de la violencia de género o familiar, la cual responde a una política criminal desarrollada en los últimos años que intenta internalizar determinados valores por medio de incrementos punitivos.

Durante mucho tiempo, la práctica usual de los tribunales penales para decidir la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, se limitó a comprobar la existencia del requisito de la pena concreta impuesta, presumiendo casi siempre una prognosis social favorable en el condenado. Sin embargo, exigencias de mayor represión por razones de seguridad ciudadana han llevado a que se modifique el tenor legal del requisito de la prognosis social favorable para requerir expresamente que el juez motive debidamente su presencia para suspender la ejecución de la pena[320]. Con la Circular sobre el régimen jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena (R.A. N° 321-2011-P-PJ) se ha consolidado la tendencia restrictiva en la concesión de la suspensión de la pena, lo que se puede comprobar con la inclusión del criterio de la "seguridad colectiva" en la fundamentación de la decisión[321]. La suspensión de la pena termina siendo percibida como un mecanismo de impunidad que impide el efectivo cumplimiento de las penas[322].

El juez penal puede suspender la ejecución de la pena por un período de uno a tres años[323], en el que la vigencia de la suspensión estará condicionada al cum-

317 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 325; Rojas López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 130 y s.

318 Vid., Ruiz Navarro: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 50.

319 Vid., al respecto, Salinas Siccha: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 65 y ss.; Peña-Cabrera Freyre: *Actualidad Penal* 12 (2015), p. 36 y ss.; Torres Berrio: *Actualidad Penal* 12 (2015), p. 48 y ss. Críticamente, por existir delitos más graves a los que no alcanza la restricción, Vélez Fernández: *Actualidad Penal* 14 (2015), p. 134 y ss.

320 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 357. Vid., la exigencia de una motivación cualificada que hace el R.N. N° 2156-2017-Pasco de 31 de enero de 2018.

321 Vid., Ruiz Navarro: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 49.

322 Vid., en este sentido, Sequeiros Vargas: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 79 (2016), p. 293 y ss.

323 Destacan la libertad del juez para fijar el período de prueba dentro del límite legal, Velásquez Velásquez: *Derecho Penal*, PG, p. 1162; Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 358 y s.

plimiento de las reglas de conducta establecidas en la sentencia condenatoria[324]. El artículo 58 del CP establece las posibles reglas de conducta: "*1. Prohibición de frecuentar determinados lugares; 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; 3. Comparecer mensualmente al juzgado personal y obligatoriamente para informar y justificar sus actividades; 4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo; 5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y, 6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol; 7. Obligación de seguir un tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; 8. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico; o 9. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado*". Esta última previsión abre la posibilidad para que el juez pueda imponer cualquier otra regla de conducta que estime pertinente, siempre que no sea lesiva de la dignidad del condenado[325].

Si bien la redacción del artículo 58 del CP establece que el juez impone las reglas de conducta antes mencionadas, queda claro que no tiene que imponer todas las previstas al momento de suspender la ejecución de la pena. Se trata, más bien, de un catálogo de posibles reglas de conducta a las que el juez, conforme a las particularidades de cada caso, puede recurrir en tanto las considere pertinentes[326]. En la doctrina se han distinguido dentro de las reglas de conducta entre las obligaciones y las instrucciones. Las primeras son cargas que se imponen para reparar el ilícito cometido, mientras que las segundas son reglas de conducta que pretenden ayudar y controlar la reinserción social del condenado[327]. En la última reforma penal al artículo 58 del CP, se han incluido como reglas de conductas medidas que parecen desbordar su sentido y entrar en el plano, más bien, de otras medidas penales cualitativamente distintas. Por ejemplo, la obligación de seguir programas laborales o educativos se corresponde mucho con las penas limitativas de derechos: prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres. Del mismo modo, no se ve muy clara la distinción entre el sometimiento a un tratamiento psicológico o psiquiátrico y las medidas de seguridad aplicables a los semi-imputables.

---

324 Considera que las reglas de conducta, como se aplican en la realidad nacional, no son más que formalismos vacíos sin ninguna repercusión práctica, SEQUEIROS VARGAS: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 79 (2016), p. 299 y ss.

325 En este sentido, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 362.

326 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 362. De otro parecer, RUIZ NAVARRO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 51.

327 Vid., en este sentido, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código penal anotado*, p. 274.

En cuanto a las concretas reglas de conducta, una de las cuestiones más debatidas es, sin duda, si el juez puede poner como regla de conducta el pago de la reparación civil. El tenor de la ley lo permite, pues el artículo 58 inciso 4 admite la imposición de la regla de "*reparar los daños ocasionados por el delito*", lo que evidentemente incluye el pago de la reparación civil. En esta línea de pensamiento, cabe señalar que el Pleno Jurisdiccional Penal de 1997, en el Acuerdo Plenario N° 1/97, acordó como primera decisión que "*El pago de la reparación civil es susceptible de ser impuesto como regla de conducta en un régimen de suspensión de la ejecución de la pena*". Sin embargo, precisó en la segunda decisión que "*En el caso de procesados insolventes el Juez debe omitir la inclusión de la reparación civil como regla de conducta*". Adicionalmente, se estableció como cuarto acuerdo que "*Es conveniente fijar un plazo prudencial para el cumplimiento del pago de la reparación civil impuesto como regla de conducta en el régimen de suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad*". El tenor actual del artículo 58 del CP no deja duda de lo establecido jurisprudencialmente, pues admite el pago fraccionado de la reparación y que el cumplimiento de esa regla no sea exigible a quien está en imposibilidad de hacerlo[328].

Si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa un nuevo delito doloso o infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia[329], la condena se considerará como no pronunciada[330]. Por el contrario, el artículo 59 del CP señala que, si durante el período de suspensión, el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito (que no produzca la revocación obligatoria del artículo 60 del CP), el juez podrá, según los casos: 1. Amonestar al infractor; 2. Prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado sin excederse en ningún caso los tres años; ó 3. Revocar la suspensión de la ejecución de la pena[331]. La regulación no es muy clara sobre la sanción de prórroga del plazo, pues no se sabe si el tope de los tres años es aplicable a la prórroga o al periodo total de suspensión. Un sector doctrinal sostiene que la prórroga es procedente incluso si el plazo inicial del periodo de prueba se fijó en tres años[332]. En nuestra opinión, el periodo de prueba

328 Vid., RUIZ NAVARRO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 56 y s.

329 Vid., RUIZ NAVARRO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 63. Considera que los adjetivos de "persistente y obstinada" debió omitirlos el legislador, VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 592.

330 Es correcto lo que indica PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 359, de que, en tal caso, la pena se extingue, pero lo que no es acertado es decir que la pena impuesta se ejecuta mediante la suspensión condicionada y temporal de su cumplimiento. Si la ejecución de la pena se suspende, entonces no se ejecuta.

331 Crítico ante las alternativas menores a la revocación, VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 591.

332 En este sentido, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 360.

no puede exceder en ningún caso los tres años[333], por lo que, si el plazo inicialmente fijado es de tres años, la sanción por incumplimiento de las reglas de conductas no podrá ser la prórroga del plazo, sino cualquiera de las otras dos sanciones legalmente previstas.

En relación con la imposición de las sanciones por el incumplimiento de las reglas de conducta, se discute la cuestión de si el juez puede directamente revocar la suspensión de la pena[334], o si debe primero amonestar, luego prorrogar, para finalmente revocar[335]. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha precisado que dicha norma no obliga al juez a aplicar tales alternativas en forma sucesiva, sino que, ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada sin necesidad de que previamente sean aplicadas las dos primeras alternativas[336]. En consecuencia, no se le exige al juez que progresivamente vaya tomando las distintas medidas frente al incumplimiento de las reglas de conducta, lo que evidentemente no excluye un control de proporcionalidad entre el incumplimiento y la sanción. Sin embargo, el tenor de la Resolución Administrativa Nº 321-2011-P-PJ (Circular para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad) parece llevar a una interpretación distinta, pues indica que el Juez deberá aplicar, de manera correlativa, lo dispuesto en el artículo 59 del CP[337].

Como se vio, el pago de la reparación civil puede ser considerado como una regla de conducta, lo que suscita aquí la cuestión de si puede revocarse una suspensión de la ejecución de la pena por el incumplimiento de la regla de conducta del pago de la reparación del daño. Para responder a este interrogante, cabe acudir nuevamente al Pleno Jurisdiccional Penal de 1997, en el cual se acordó, como tercer acuerdo del Acuerdo Plenario N° 1/97, que "*el incumplimiento del pago de la reparación civil impuesta, si ha sido incluido entre las reglas de conducta impuestas al condenado, puede provocar la revocatoria de la suspensión, salvo que el condenado sea insolvente o no esté en capacidad económica de hacer frente a su obligación*". Esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en diversas de-

333 Igualmente, Ruiz Navarro: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 60; Rojas López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 132.

334 Defiende esta posición, Rojas López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 132 y ss.

335 Defiende esta posición, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 361.

336 STC Exp. N° 2517-2005-PHC; STC Exp. N° 3165-2006-PHC; STC Exp. N° 3883-2007 -PHC; STC Exp. N° 03313-2009-PHC/TC.

337 Vid., al respecto, críticamente, Paredes Matheus: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 70. La misma Corte Suprema ha cuestionado la progresividad prevista en la circular, diciendo que, en este punto, debe ser desatendida (Casación N° 656-2014-Ica). Vid., la referencia en Rojas López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 134 y s.

cisiones, en las que se dice textualmente que *"La exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; (...). Conforme a lo expuesto, la revocatoria de la suspensión de la pena por falta de pago de regla de conducta, consistente en reparar el daño causado, no vulnera la interdicción de la prisión por deudas"* [338].

El artículo 60 del CP establece un caso de revocación que ya no es, como las anteriores, facultativa, sino obligatoria[339]. La suspensión será revocada si dentro del plazo de prueba el agente es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años. En este caso, el dispositivo legal dispone que se ejecutará la pena suspendida condicionalmente y la que corresponda por el segundo hecho punible. A diferencia de los casos anteriores, la legislación penal le impone al juez el deber de revocar en el caso de la comisión de un nuevo delito, sin que sea posible una decisión judicial distinta. Si el nuevo delito no es doloso, se castiga con pena privativa de libertad que no supera los tres años o con otra clase de pena, entonces no será aplicable la revocación automática. Sin embargo, esta situación no impide que, como ya se dijo, el juez pueda revocar, de estimarlo necesario, la suspensión de la ejecución de la pena conforme a lo expresamente dispuesto en el tenor del artículo 59 del CP. Debe, sin embargo, hacerse la precisión de que, en este último caso, se exige que exista una condena por el nuevo delito cometido.

Si se revoca la suspensión de la ejecución de la pena por cualquiera de los motivos antes indicados, surge la interrogante de si debe tenerse en cuenta el tiempo de cumplimiento de las reglas de conducta o si debe el condenado cumplir íntegramente la pena que fue suspendida en su ejecución. En principio, no hay disposición legal que respalde alguna forma de computar el tiempo de cumplimiento de las reglas de conducta como parte de la pena que se hace efectiva a causa de la revocación. Sin embargo, las reglas de conducta implican, en cierta forma, una limitación a la libertad del condenado y, en este sentido, esta situación debería considerarse por razones de proporcionalidad al momento de revocar la suspensión de la pena y ordenar el cumplimiento de la pena. En todo caso, parece que esta decisión, que contaría con un respaldo material, requiere de una disposición legal que autorice

338 STC Exp. N° 0065-2009-HC FJ de 7 a 9, STC Exp. N° 1428-2002-HC/TC, STC Exp. N° 00948-2009-HC FJ 3.

339 Igualmente, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código penal anotado*, p. 276; Gerónimo Chacaltana: *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 269. Así, también en el Derecho penal español, Mir Puig: *Derecho penal*, PG, L 29/58.

al juez a llevar a cabo el descuento, así como ofrecer criterios claros para hacerlo. Tal situación legal, sin embargo, no existe en la actualidad, por lo que se entiende que el cumplimiento de la pena inicialmente suspendida en su ejecución debe ser completo[340].

b.2) La reserva del fallo condenatorio

El artículo 62 del CP regula la facultad otorgada al juez de disponer la reserva del fallo condenatorio al expedir una sentencia condenatoria. Conforme al tenor del artículo 63 del CP, el juez declara la responsabilidad penal del procesado, pero se abstiene de dictar la parte resolutiva de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan[341]. La doctrina penal ha discutido si la reserva del fallo implica que no exista pronunciamiento alguno sobre la pena que le corresponde al procesado por el delito juzgado o si dicha pena debe ser necesariamente determinada, aunque su imposición se reserve, por determinado periodo, bajo la observancia de ciertas reglas de conducta, luego del cual el juzgamiento se tendrá como no efectuado. Desde consideraciones de viabilidad práctica, lo más adecuado es que el juez determine motivadamente la pena concreta al reservar el fallo condenatorio (no que la imponga), pues si se revoca luego la reserva, se contará ya con un pronunciamiento que se dio con la inmediatez e inmediación necesarias para justificar la imposición de una pena concreta[342].

La reserva del fallo condenatorio es una medida alternativa a la pena que impone al declarado culpable de un delito la observancia de un conjunto de reglas de conducta por un periodo determinado. Se sustenta en el principio de resocialización o, para ser más exactos, de no desocialización, en la medida que apunta a evitar la estigmatización que produce la condena penal[343]. Sin embargo, si es que no se quiere

340 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 361.

341 Vid., PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 53 (2013), p. 15.

342 Al respecto, las puntuales consideraciones destacadas por HURTADO POZO, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 248; FIGUEROA NAVARRO: recuperado de www.unifr.ch/dpp1/derechopenal; ALPACA PÉREZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 87; CHUNGA HIDALGO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 41 (2012), p. 61. Por el contrario, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 365 y s., sostiene que no se debe llevar a cabo la determinación de la pena concreta. Del mismo modo, el R.N. N° 3332-2004-Junín.

343 Vid., HURTADO POZO, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 240. Por su parte, ALPACA PÉREZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 79; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 53 (2013), p. 12, centran la no desocialización más que en la estigmatización, en el ingreso a prisión, lo que tiene el inconveniente de no poder diferenciar la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio.

afectar la función del Derecho Penal, la evitación de la estigmatización mediante la reserva del fallo condenatorio sólo podrá admitirse bajo ciertas condiciones que aseguren que el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas sea suficiente para sobrellevar la perturbación social producida por el delito cometido por el agente. Son dos estas condiciones legalmente establecidas en el artículo 62 del CP.

En primer lugar, el delito por el que se reserva el fallo condenatorio no debe ser grave, por lo que debe ajustarse a ciertos estándares de gravedad: que esté sancionado con una pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa; que la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; o que la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación. A diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio no se limita a la pena privativa de libertad, sino que es aplicable a otras clases de penas[344]. La sentencia vinculante R.N. N° 3332-2004-Junín de 27 de mayo de 2005 precisa además que esta medida alternativa resulta también aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados[345].

Especial discusión ha suscitado la cuestión de si la entidad de la pena que autoriza la reserva del fallo condenatorio se corresponde a la pena abstracta o a la concreta. El punto de partida para dar una respuesta satisfactoria es entender que este mecanismo de la alternatividad penal solamente puede ser utilizado para delitos de poca gravedad, pues la renuncia a la aplicación de la pena no debe erosionar de manera relevante la confianza en el sistema penal. Desde esta perspectiva, no podrá recurrirse a la reserva del fallo condenatorio si se trata de un delito grave, aunque el aporte en el caso concreto no sea especialmente relevante. Por esta razón, si el delito está sancionado con una pena privativa de libertad, el referente a tener en cuenta para la procedencia de la reserva del fallo condenatorio deberá ser la pena abstracta y no la concreta[346]. Por el contrario, si la pena legalmente prevista es de otra clase, entonces el criterio a tomar en consideración podrá ser la pena concreta, pues abstractamente estos delitos son siempre de poca gravedad[347].

---

344 Lo destaca igualmente Alpaca Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 83.

345 De manera más extensiva Alpaca Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 96, admite la posibilidad de aplicar la reserva del fallo a solamente una de las penas conjuntas previstas para el delito.

346 Igualmente, Oré Sosa: *Temas de derecho penal*, p. 224. De otro parecer, Hurtado Pozo, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 242; Figueroa Navarro, recuperado de www.unifr.ch/dpp1/derechopenal; Alpaca Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 86.

347 Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 367, sostiene, por el contrario, que también en estas clases de pena se trata de la pena abstracta (conminada), lo que guarda sentido con su posición de que el juez no debe hacer ninguna individualización de la pena.

Sobre la base de las ideas expuestas en el párrafo precedente, se puede sostener válidamente que la reserva del fallo condenatorio procede, en el caso de delitos sancionados con pena privativa de libertad, cuando la pena legalmente prevista no supere los tres años (el marco penal abstracto). Si se trata de delitos sancionados con pena de multa siempre será posible la reserva del fallo. En el caso de delitos sancionados con prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, la reserva sólo podrá disponerse si la pena concreta no supera las noventa jornadas, mientras que si la pena que se impondría es de inhabilitación, ésta no deberá superar los dos años[348]. Esto último es un argumento más para exigir del juez la fijación de una pena concreta que, aunque se determine su cuantía específica, su imposición queda reservada hasta que se determine el cumplimiento de las reglas de conducta en el plazo de prueba.

En segundo lugar, es necesaria una prognosis social positiva en el sentido que, de las circunstancias individuales verificables al momento de la expedición de la sentencia, el juez puede colegir que el agente no cometerá nuevo delito. Dado que se trata de un requisito valorativo, la prognosis social positiva debe estar debidamente motivada por la autoridad judicial[349]. El estándar de convencimiento judicial no debe ser el mismo que la convicción de culpabilidad, sino que basta alcanzar un nivel de alta probabilidad. En caso de duda sobre la favorabilidad de la prognosis, no se puede aplicar el principio del *in dubio pro reo*, pues no se trata de un tema de prueba de lo cometido[350]. El juicio de prognosis requiere de conocimientos criminológicos[351] que, por lo general, el juez no posee, por lo que debería contar con el apoyo de especialistas para evitar decisiones intuitivas.

Al disponer la reserva del fallo, el juez debe imponer, de manera debidamente motivada, el cumplimiento de ciertas reglas de conducta aplicables al caso concreto durante un periodo de prueba que puede ser de uno a tres años, contados desde la fecha que la decisión adquiere la calidad de cosa juzgada. Las reglas de conducta que el juez puede imponer son las siguientes: 1. Prohibición de frecuentar determinados lugares; 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; 3. Comparecer mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; 4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo; 5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; 6. Obligación de someterse a un tratamiento de

348 Vid., ORÉ SOSA: *Temas de derecho penal*, p. 225.

349 En este sentido, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 367; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 53 (2013), p. 14.

350 Vid., ALPACA PÉREZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 83.

351 Así lo destaca ALPACA PÉREZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 84 y s.

desintoxicación de drogas o alcohol; 7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; 8. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico; ó 9. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

Si el agente incumpliera de manera responsable alguna de las reglas de conducta impuestas, el juez podrá hacerle una severa advertencia, prorrogar el régimen de prueba (sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado, ni los tres años), o revocar el régimen de prueba. Tampoco aquí se establece un orden o prelación previa en la imposición de sanciones, por lo que le corresponderá al juez decidir por la gravedad del incumplimiento, la sanción que corresponda[352]. En caso el juez opte por la prórroga del régimen de prueba, esa prórroga no podrá exceder la mitad del plazo inicialmente fijado y, en ningún caso, sobrepasar el límite máximo de los tres años. Si la reserva del fallo se revoca, la pena se impone y debe procederse a su cumplimiento efectivo sin ninguna clase de descuento[353]. No es posible imponer la pena suspendida en su ejecución[354].

En caso que el agente cometa un nuevo delito doloso sancionado con pena privativa de libertad, procede la revocación del régimen de prueba. Esta regla no es aplicable si se trata de un delito culposo[355]. La revocación será facultativa si por la comisión del nuevo delito doloso se le impone al agente una pena privativa de libertad superior a los tres años (pena concreta). Obligatoria será la revocación, por el contrario, si es que la pena prevista para el nuevo delito doloso cometido exceda los tres años (pena conminada). Esta regulación de la revocación es poco razonable[356]. Si el marco penal abstracto del nuevo delito cometido supera los tres años, la revocación es automática. Una revocación facultativa solamente podría presentarse si al final, por alguna agravante cualificada, se le puede imponer al autor una pena concreta superior al extremo máximo del marco penal abstracto del delito cometido. Es decir, que lo concretamente más grave termina recibiendo un tratamiento más favorable.

Si el régimen de prueba no fuese revocado, se considerará como extinguido al cumplirse el plazo fijado y el juzgamiento como no efectuado[357], procediéndose

352 No obstante, Alpaca Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 91, sigue el razonamiento de la correlación.

353 En este sentido, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 370.

354 Así, Chunga Hidalgo: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 41 (2012), p. 66 y s.; Pérez López: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 53 (2013), p. 21.

355 Vid., con opinión favorable, Alpaca Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 93.

356 Igualmente, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 370. Lo considera una errata del legislador, Alpaca Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 93.

357 Vid., Alpaca Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 94.

a la cancelación automática de la anotación de la reserva del fallo condenatorio en el registro especial a cargo del Poder Judicial. El juez de origen, a pedido de parte, verifica la realización de dicha cancelación. De la sentencia vinculante R.N. N° 3332-2004-Junin se desprende que, si bien la reserva del fallo condenatorio debe inscribirse en el registro especial antes mencionado, no genera por sí misma antecedentes penales. Por ello, el artículo 63 del CP establece que este registro informa exclusivamente a pedido escrito de los jueces de la República, con fines de verificación de las reglas de conducta o de comisión de nuevo delito doloso, prohibiéndose absolutamente la expedición de certificados para fines distintos.

b.3) La sustitución de penas

La sustitución de penas es un subrogado penal que permite reemplazar la pena privativa de libertad por otra de naturaleza distinta que no suponga la privación de la libertad ambulatoria[358]. El artículo 32 del CP regula la sustitución de penas al disponer que el juez podrá imponer penas limitativas de derechos como sustitutivas a la pena privativa de libertad, cuando ésta no supere los cuatro años. El artículo 33 del CP establece que esta sustitución se debe hacer conforme a las equivalencias previstas en el artículo 52 del CP, a saber: siete días de privación de la libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. De esto se deduce que, si bien la normativa citada habla de una sustitución de la pena privativa de libertad por una pena limitativa de derechos en general, esta sustitución se circunscribe específicamente a las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres.

Tal como lo dispone el artículo 32 del CP, la sustitución de la pena se hace a criterio del juez, lo que supone un amplio margen de discrecionalidad. Los únicos aspectos legalmente fijados son que la pena privativa de libertad no supere los cuatro años y que la sustitución se haga conforme a las equivalencias legalmente establecidas. En cuanto a que la pena a sustituir no supere los cuatro años de pena privativa de libertad, queda claro que se refiere a la pena concreta. A diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena, en la sustitución de la pena no se suspende la pena privativa de libertad y se imponen unas reglas de conducta a observar durante cierto periodo de prueba, sino que dicha pena se sustituye por otra que el condenado debe cumplir[359]. De hecho, uno de los principales reproches a este sustitutivo penal es que no contempla un mecanismo de reconversión de la pena, de manera tal que no se puede restablecer la pena privativa de libertad si el condenado incumple la pena sustitutiva[360].

---

358 Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2909.

359 HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2914.

360 Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2915.

b.4) La conversión de penas

La conversión de penas permite reemplazar la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una pena de otra clase[361]. A diferencia de la sustitución de penas, la conversión de la pena privativa de libertad es subsidiaria[362], es decir, procede siempre que no sea posible la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio. La pena privativa de libertad puede convertirse en una pena de multa, en una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. A estas posibles penas de conversión, hay que agregar la llamada pena de vigilancia electrónica personal, la cual se ejecuta en el domicilio o lugar señalado por el condenado, a partir del cual se establece su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito (artículo 29-A del CP). Esta pena de vigilancia, a diferencia de las otras penas en las que se puede convertir la pena privativa de libertad, se contempla únicamente como una alternativa de conversión[363], pero no como una clase de pena que pueda preverse como pena conminada de un delito en particular (artículo 3.3 del D. Leg. N° 1322).

El artículo 52 del CP establece las equivalencias para la conversión de la pena privativa de libertad en otras clases de pena. Si la pena privativa de libertad impuesta no supera los dos años, se podrá convertir en una pena de multa, a razón de un día de pena privativa de libertad por un día multa. Si la pena privativa de libertad impuesta no supera los cuatro años, se podrá convertir en una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres, a razón de siete días de privación de la libertad por una jornada. Por su parte, la conversión de la pena privativa de libertad en una pena de vigilancia electrónica personal se puede hacer siempre que la primera no supere los ocho años, tal como se desprende de lo establecido en el 5 literal b) del D. Leg. N° 1322[364], siendo la equivalencia, conforme a lo establecido en el artículo 29-A inciso 3 del CP, un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal[365].

De manera general, la regulación de la conversión de penas no establece criterios específicos para su concesión por parte del juez, lo que le da a este último un

361 Prado Saldarriaga, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 259; Villa Stein: *Derecho Penal*, PG, p. 585; Vega Cisneros: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 100.

362 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2920; Vega Cisneros: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 104.

363 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 382.

364 Anteriormente, el artículo 3 literal b) de la Ley N° 29499 establecía un límite máximo de 6 años de pena privativa de libertad. Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2797.

365 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 383.

amplio margen de discrecionalidad[366]. Solamente se destaca su carácter subsidiario y los límites establecidos por la pena impuesta en función de la clase de pena en la que se convertiría la pena privativa de libertad. La situación es distinta, sin embargo, en el caso de conversión a una pena de vigilancia electrónica personal, en donde sí se establecen varias limitaciones para su concesión. En efecto, se excluye de esta posibilidad de conversión los delitos graves tipificados en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121, 121-B, 152, 153, 153-A, 170 al 174,176-A,177, 200, 279, 279-A, 279-B, 279-F, 296 al 297, 307, 317, 317-A, 317-B, 319, 320, 321, 325 al 333, 382, 383, 384, 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401 del Código Penal y los tipificados en el Decreto Ley N° 25475 y sus modificatorias. Tampoco se admite la conversión a vigilancia personal electrónica si el condenado ha cometido el delito como miembro o integrante de una organización criminal o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella, conforme a los alcances de la Ley N° 30077. Del mismo modo, esta conversión se niega a aquellos que tengan la condición de reincidentes o habituales, o cuando su internamiento sea consecuencia de la revocatoria previa de alguna pena alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio, suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o conversión de penas en ejecución de condena. Adicionalmente, se establece que en la conversión a pena de vigilancia personal electrónica se debe dar prioridad a los mayores de 65 años, a los que padezcan una enfermedad grave, a las mujeres gestantes o que acaban de dar a luz, a las madres que son cabeza de familia o que tienen un hijo o a su cónyuge con incapacidad permanente, o al padre en las mismas circunstancias cuando no cuente con la ayuda de la madre.

Una discusión especial suscitó la posibilidad de convertir una pena privativa de libertad en ejecución de condena. El caso estándar era el del condenado por delito de omisión a la asistencia familiar, al que se le había revocado la suspensión de la ejecución de la pena por el impago de la pensión de alimentos y que, una vez efectivizada la pena privativa de libertad, cumplía con abonarla. La posición jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de la República en el Acuerdo Plenario N° 3-2012 fue que la conversión durante la ejecución de la sentencia era posible únicamente en el caso de la pena de vigilancia personal electrónica, mas no en el caso de otras clases de penas por medio de la figura de la libertad anticipada[367]. Tal posición se terminó de consolidar con la Casación N° 382-2012-La Libertad. Pese a la rotundidad del parecer jurisprudencial, el legislador penal ha decidido,

366 PRADO SALDARRIAGA, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 264; VEGA CISNEROS: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 105.

367 Críticamente, ARRIETA RAMÍREZ: *Actualidad Penal* 31 (2017), p. 137 y ss.

sin embargo, abrir la posibilidad general de una conversión de la pena privativa de libertad a nivel de ejecución de la pena, introduciendo para ello el artículo 52-A del CP[368]. Los requisitos, límites y procedimiento de esta posibilidad de conversión están regulados en el Decreto Legislativo N° 1300. Como aspectos resaltantes puede mencionarse que se puede aplicar a pedido de parte, que la pena privativa de libertad impuesta no supere los seis años, que la conversión solamente es posible a una pena de prestación de servicios a la comunidad o una pena de limitación de días libres, que la conversión no procede en delitos especialmente graves (homicidios calificados, lesiones graves, secuestro, violación sexual, robo agravado, etc.) o si se trata de un reincidente o habitual[369].

Si el condenado incumple injustificadamente la pena en la que se ha convertido la pena privativa de libertad que se le impuso, la conversión será revocada, previo apercibimiento judicial[370], debiendo cumplir la pena privativa de libertad fijada en la sentencia (cláusula de retorno)[371]. Si es que el condenado cumplió una parte de la pena convertida, entonces se procederá al descuento conforme a las equivalencias previstas para hacer la conversión[372], debiendo cumplir con el tiempo de pena privativa de libertad restante. Si durante la ejecución de la pena convertida, el condenado comete un nuevo delito doloso sancionado en la ley con una pena privativa de libertad no menor de tres años, la conversión quedará automáticamente revocada, debiendo cumplir el resto de la pena privativa que le queda luego de los descuentos y la que le fuere impuesta por el nuevo delito cometido. Es necesario que la comisión del nuevo delito doloso se haya determinado por resolución judicial firme[373].

c. *El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: Los criterios de individualización de la pena*

La pena a imponer judicialmente debe someterse también a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que significa puntualmente que su cuantía específica se tiene que ajustar a la entidad del hecho concretamente juzgado. Esta labor requiere apreciar las circunstancias concretas que inciden en la gravedad del

368 Vid., Vega Cisneros: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 107.

369 Vid., con mayor detalle, Vega Cisneros: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 108 y ss.

370 Sobre la importancia del requisito del apercibimiento previo, Vega Cisneros: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 106.

371 Vid., Prado Saldarriaga, en *Anuario de Derecho Penal: El sistema de penas del nuevo Código Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 265.

372 Vid., Vega Cisneros: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 107.

373 En este sentido, Vega Cisneros: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 106.

hecho delictivo enjuiciado por el juez y, sobre la base de esta apreciación, determinar una pena concreta que se corresponda con tal gravedad. Si la pena judicialmente impuesta no respeta esta relación de correspondencia valorativa, entonces se tratará de una sanción desproporcionada[374]. Para determinar la gravedad del delito de cara a establecer el *quantum* de la pena concreta, la doctrina recurre a la culpabilidad. Por lo tanto, su función no se limita a ser el fundamento de la pena, sino que constituye también el criterio que se utiliza para llevar a cabo la medición de la pena[375]. En cumplimiento de esta función, la culpabilidad ofrece al juez un conjunto de parámetros relevantes para determinar la magnitud de la pena concreta[376].

En la regulación penal alemana se acoge expresamente a la culpabilidad como el criterio esencial de la medición de la pena (§ 46, párr. 1 inc. 1 StGB)[377], sustentando la doctrina dicha previsión legal en que la imposición de la pena se hace sobre la base de una culpabilidad por la conducta realizada (culpabilidad de acto)[378]. Si bien nuestra regulación penal no contiene una disposición legal semejante, es posible inferir igualmente que la culpabilidad por el hecho sea el criterio que debe informar la determinación de la pena concreta. En un primer momento, se contaba únicamente con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, el cual establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La culpabilidad, bajo la denominación de "responsabilidad por el hecho" [379], se colocaba como un límite superior que la pena concreta decidida por el juez no podía rebasar. La situación legal ha adquirido un cariz distinto con la incorporación del artículo 45-A del CP, pues ahora la pena no solamente no debe superar el límite de la culpabilidad, sino que debe determinarse en función de la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido.

Pese a que nuestra legislación penal no utiliza, como lo hace la regulación alemana, el término "culpabilidad" como el criterio que informa la medición de la pena, no hay duda que los conceptos de responsabilidad y de gravedad men-

374 Sobre la relación de la severidad de la pena con la gravedad del delito, HÖRNLE: *Determinación de la pena*, p. 83.

375 Vid., ACHENBACH: *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 2 y ss. Igualmente, ROXIN: *JuS* 1988, p. 377 y ss. Críticamente, ZIFFER: *Lineamientos*, p. 92 y s.

376 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 50.

377 Vid., ZIPF: *CPC* 17 (1982), p. 354; GÖSSEL: *CPC* 42 (1990), p. 552; KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 598; HÖRNLE: *Determinación de la pena*, p. 39.

378 Vid., STREE, en Schönke/Schröder: *StGB*, § 46, n.m. 8.

379 Que con el término "responsabilidad", el Código Penal quería hacer referencia a la culpabilidad, lo pone de manifiesto el hecho de que los proyectos que le sirvieron de base utilizaron el término culpabilidad, el cual fue cambiado únicamente para no utilizar un término asociado a posturas retribucionistas. Vid., al respecto, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1596.

cionados en el artículo 45-A del CP se sintetizan en la idea de la culpabilidad. Queda claro que esta culpabilidad no debe identificarse con la categoría del delito que fundamenta la pena, sino que está referida a la responsabilidad del autor por la gravedad socialmente determinada del hecho cometido, esto es, por el injusto culpable concretamente realizado[380]. Por lo tanto, aquí deben considerarse todos los aspectos del delito que inciden en el juicio de desvalor jurídico-penal. Se trata de un juicio retrospectivo sobre la gravedad del delito cometido, ajeno, por tanto, a la consideración de futuros efectivos preventivos[381]. Por otro lado, la valoración de la gravedad del delito para determinar la pena concreta tiene un claro condicionamiento cultural, por lo que no debe tener siempre la misma expresión[382].

En la doctrina penal se han desarrollado diversas teorías para determinar cómo el criterio de la culpabilidad debe emplearse en la individualización de la pena. En primer lugar, se encuentra la teoría de la pena exacta o puntual, según la cual el juez debe hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto[383]. Como puede verse, se trata de una interpretación de la culpabilidad unida en cierta forma a una comprensión retribucionista[384], poco permeable a consideraciones preventivas[385]. Las críticas a esta teoría se resumen en dos aspectos puntales: por un lado, se le cuestiona la premisa de que la culpabilidad pueda llegar a un punto firmemente fijado dentro del marco penal abstracto[386] y, en segundo lugar, se le reprocha que esté cerrada a consideraciones preventivas[387]. Frente a la teoría de la pena puntual, se presenta, como una mejor opción, la teoría de la prohibición de sobrepasar la culpabilidad. Conforme a esta teoría, la valoración de la culpabilidad ofrece sólo un límite máximo dentro del marco penal típico, pero no impone ningún límite por debajo que lo restrinja. A esta teoría se le ha reprochado que, si se le

380 Por eso Hörnle: *Determinación de la pena*, p. 70, prefiere hablar de pena adecuada al injusto culpable o adecuada al injusto y la culpabilidad.

381 Así, claramente, Hörnle: *Determinación de la pena*, p. 45 y s.

382 Sobre esta relativización de la gravedad de la culpabilidad por el delito, vid., Roxin: *CPC* 1986, p. 686.

383 Vid., Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código penal anotado*, p. 247; Caro Coria: *LH-Jakobs* (Perú), p. 328.

384 Así, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código penal anotado*, p. 247; Caro Coria: *LH-Jakobs* (Perú), p. 328.

385 Vid., así, Zipf: *CPC* 17 (1982), p. 356.

386 Así, Toyohama Arakaki, en *Estudios críticos*, p. 229.

387 Vid., con mayor detalle, Zipf: *CPC* 17 (1982), p. 356; Caro Coria: *LH-Jakobs* (Perú), p. 328. Como lo dice Roxin: *CPC* 9 (1979), p. 62: "(...) *sólo se sanciona desde un principio (scl. culpabilidad) en el marco de un determinado margen de libertad*".

sigue rigurosamente, podría llevar a una disminución tan grande del marco penal que finalmente la pena no se corresponda con la culpabilidad del autor[388].

Las críticas a los planteamientos centrados en la culpabilidad han llevado a que se asuma posturas, más bien, atemperadas. Muy cercana a la teoría de la pena puntual, pero intentando generar un margen de decisión, aunque sea limitado, se encuentra la teoría del núcleo de la culpabilidad. Esta teoría acepta que la pena no es puntual, pero señala que existe un núcleo de culpabilidad por encima y por debajo del cual la pena no puede llegar. En el mismo sentido de negar que la determinación de la pena se haga a partir de la prevención, cabe destacar la teoría del valor de reemplazo, la cual limita el uso de los criterios preventivos solamente para decidir los casos de alternatividad penal[389]. Por el contrario, en una línea más cercana a la teoría de la prohibición de sobrepasar la culpabilidad se encuentra la teoría del marco de la culpabilidad o conocida también como teoría del libre espacio de juego[390]. Conforme a esta teoría, el juez determina la pena con base en criterios de prevención dentro de un marco de culpabilidad constituido por un mínimo ya adecuado y por un máximo todavía adecuado a ella[391]. Se trata de una prevención en el marco de la culpabilidad[392]. En la doctrina penal, esta teoría ha sido la que ha recibido mayor reconocimiento[393], aunque también ha sido objeto de críticas en el sentido de no poder determinar unívocamente el marco de la culpabilidad[394].

No compartimos la idea de que la culpabilidad es solamente un marco dentro del cual se va determinando la pena concreta con base en finalidades de prevención general y/o especial. Esta comprensión de la individualización de la pena tira por la borda una de las funciones más importantes de la dogmática penal, esto es, dar

388 Vid., ZIPF: *CPC* 17 (1982), p. 357.

389 Sobre la teoría del valor de reemplazo, vid., HENKEL: *Die „richtige" Strafe*, p. 23 y ss.; HORN: *FS-Schaffstein*, p. 241 y ss. Críticamente, ROXIN: *CPC* 9 (1979), p. 58 y ss.; CARO CORIA: *LH-Jakobs* (Perú), p. 331 y s.

390 Sobre el origen jurisprudencial de esta teoría, ZIFFER: *Lineamientos*, p. 49.

391 Vid., ZIFFER: *Lineamientos*, p. 49; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código penal anotado*, p. 247; BOLDOVA PASAMAR: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 223; CARO CORIA: *LH-Jakobs* (Perú), p. 329.

392 Sobre la función de límite solamente hacia arriba de la pena adecuada a la culpabilidad ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 29 y s.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 259: "*En otras palabras, la proporcionalidad, como principio garantístico, se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo*".

393 Vid., ROXIN: *CPC* 9 (1979), p. 55; ZIPF: *CPC* 17 (1982), p. 358. En la doctrina nacional, TOYOHAMA ARAKAKI, en *Estudios críticos*, p. 230; REYNA ALFARO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 78 (2015), p. 49.

394 Vid., así, DEMETRIO CRESPO: *Prevención general*, p. 190; ZIFFER: *Lineamientos*, p. 55; CARO CORIA: *LH-Jakobs* (Perú), p. 329.

seguridad jurídica, pues le deja al juez amplios márgenes de discrecionalidad sin establecer mayores referentes estables. Por esta razón, resulta plenamente asumible la actual orientación que está tomando el proceso de individualización de la pena, en el sentido de que la pena concreta sea proporcional al hecho, como lo propone hoy en día Hörnle[395]. No se trata de individualizar la pena en función de sus fines, sino a través del injusto penal[396]. Esta línea de pensamiento resulta absolutamente compatible con la actual redacción del artículo 45-A del CP, en donde se establece que el juez debe fijar la pena dentro del marco penal abstracto, atendiendo a la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido.

La teoría de la pena proporcional al hecho no está libre de cuestionamientos atendibles. Se le critica concretamente partir de una comprensión del hecho preponderantemente individualista que la lleva a resaltar el desvalor del resultado en detrimento de su expresión social, además de centrar la gravedad del hecho en la perspectiva de la víctima, dejando de lado la del propio delincuente[397]. A nuestro entender, la gravedad del hecho no se determina en función de la simple lesión a un objeto que materializa el bien jurídico penalmente protegido, sino a partir del sentido comunicativo que le corresponde en el plano social[398], en donde entran a tallar tanto la afectación a la víctima, como la propia situación del autor. Sobre la base de esta comprensión, en la determinación judicial de la pena deben considerarse también las condiciones más ventajosas o desventajosas del desarrollo social del autor, así como aquellas circunstancias personales que influyen en la comisión del delito y por las que no se le puede hacer responsable[399]. En suma: La pena proporcional al hecho debe determinarse judicialmente teniendo en cuenta la dimensión social y las diversas perspectivas que confluyen en la realización del delito concretamente juzgado. El tenor actual del artículo 45 del CP apunta precisamente a ello, en la medida que dispone que, al determinar la pena concreta, el juez debe tener en cuenta tanto la perspectiva del autor, como la que se corresponde con la víctima[400].

---

395 Así, Hörnle: *Determinación de la pena*, p. 68 y ss. En la misma línea, Feijoo Sánchez: *InDret* 1/2007, p. 9; Silva Sánchez: *InDret* 2/2007, p. 6 y s. Sobre los orígenes anglosajones de este planteamiento, Marín de Espinosa Ceballos: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, N° 11 (2014), p. 126.

396 Precisa, Hörnle: *Determinación de la pena*, p. 68 y ss.

397 En este sentido, Feijoo Sánchez: *InDret* 1/2007, p. 8; Marín de Espinosa Ceballos: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, N° 11 (2014), p. 134.

398 Sobre la necesidad de entrelazar la visión de lesión de un bien jurídico con su significación de infracción de la norma, Silva Sánchez: *InDret* 2/2007, p. 11.

399 Vid., Besio Hernández: *Los criterios legales y jurisprudenciales*, p. 423.

400 A este dispositivo legal Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 173, le asigna la función de regular los presupuestos ideológicos de la determinación de la pena.

B. Los criterios de individualización judicial de la pena

Como se ha dicho, nuestro sistema penal no deja la individualización de la pena a la absoluta discreción del juez, sino que debe seguir ciertas pautas legalmente establecidas. En un primer momento, el artículo 46 del CP ofreció al juez penal un conjunto de criterios concretos que debía considerar en la determinación de la pena concreta[401]. Sin embargo, no se le indicaba si tal criterio debía agravar o atenuar la pena, sino que tal decisión le correspondía tomar al juez con vista en el caso *sub judice*[402]. La situación legislativa actual ha cambiado completamente, pues el legislador ha decidido definir los criterios de individualización de la pena por medio de circunstancias concretas con una dirección de la valoración legalmente establecida. Esto significa que la ley no sólo le indica al juez penal qué circunstancias concretas debe tener en cuenta en la individualización de la pena, sino también si su efecto es atenuatorio o agravatorio.

a. El sistema abierto de determinación

El artículo 46 del CP establece diversas circunstancias concretas que el juez debe tener en consideración al momento de individualizar la pena. La característica principal de esta regulación penal de los criterios de individualización de la pena, es que se trata de un sistema abierto, en el sentido de que la labor de individualización de la pena por parte del juez no debe limitarse a las circunstancias expresamente indicadas en la ley, sino que el juez penal puede ponderar otras que sean igualmente relevantes. Por lo tanto, si bien las circunstancias legalmente mencionadas deben ser especialmente consideradas por el juez al individualizar la pena (carácter prioritario), éstas no son exclusivas (no exclusividad)[403]. El juez podrá tener en cuenta otras circunstancias presentes en el caso concreto que, aunque no estén recogidas de manera general por el artículo 46 del CP, inciden igualmente en la determinación de la pena concreta. Nadie le negaría virtualidad para incidir en la determinación de la pena concreta a aspectos, por ejemplo, como la entidad del daño, el grado de intervención en el delito o la gravedad del deber especial infringido, aunque no se encuentren expresamente mencionados.

Debe destacarse además que la legislación penal no ha establecido un orden en la aplicación de las circunstancias previstas para la individualización de la pena. No existe, por lo tanto, una jerarquización legal que le otorgue un peso específico

401 Así lo destacaba también la decisión de la Corte Suprema R.N. Nº 3800-99-Huancavelica de 9 de noviembre de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia* 3 (2000), p. 284 y ss.].

402 Vid., ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Determinación judicial de la pena*, p. 10.

403 Vid., en el mismo sentido, REYNA ALFARO: recuperado de www.eldial.com [consulta: 25 de abril de 2006]. En la actual regulación, igualmente, JIMÉNEZ NIÑO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 47.

a cada una de las circunstancias previstas. En la doctrina penal, se ha ensayado un intento por ordenar el peso de estas circunstancias en la individualización de la pena. Así, se ha dicho que los criterios previstos en el artículo 45 del CP sirven para decidir la alternatividad penal, mientras que los recogidos en el artículo 46 del CP se aplican en el proceso de individualización de la pena en sentido estricto[404]. Esta propuesta interpretativa no es de recibo, pues, como ya lo hemos señalado, el artículo 45 del CP no establece circunstancias para la individualización de la pena, sino el enfoque de la valoración que debe seguirse para individualizar la pena. Por otro lado, la alternatividad penal se determina al momento de hacer el juicio de necesidad, no al establecer la proporcionalidad en sentido estricto.

b. La dirección de la valoración

La dirección de la valoración está referida al sentido atenuatorio o agravatorio que se le asigna a la circunstancia que debe ser valorada al momento de individualizar la pena. Las posibilidades regulatorias sobre este aspecto son fundamentalmente dos. La primera posibilidad regulatoria es recoger el criterio específico de individualización de la pena sin definirlo como agravatorio o atenuatorio. En tal caso, al juez penal le corresponderá decidir cuál es la dirección de la valoración que debe asignársele, en el caso concreto, al criterio legalmente previsto. Criterios específicos de tales características son, por ejemplo, el móvil, el valor de los bienes afectados o el comportamiento posterior del agente. Estos criterios específicos son aspectos que concurren usualmente en las conductas delictivas, pero cuya incidencia en la pena sólo puede decidirse con el análisis del caso concreto[405]. La otra posibilidad regulatoria es que el legislador concrete el criterio de individualización de la pena en una circunstancia con un claro sentido agravatorio o atenuatorio. Tal situación se presenta, por ejemplo, si se califica el móvil como egoísta, el valor del bien afectado como especialmente valioso o el comportamiento posterior del autor como una reparación voluntaria del daño.

Si bien la legislación penal peruana siguió inicialmente el primer modelo regulatorio, en la actualidad se adhiere abiertamente a la segunda forma de regulación de los criterios para la individualización judicial de la pena. El juez tendrá que considerar las circunstancias establecidas por el legislador con la dirección de la valoración definida en la ley. Para que el legislador pueda decidir el sentido de la valoración de cada una de las circunstancias previstas, debe contar con un punto de comparación. Este punto de comparación lo constituye el llamado caso regular, el cual puede ser definido empírica o normativamente. En el primer caso, el caso

404 Vid., Velásquez Velásquez: *Ponencia*, p. 9 y ss.

405 Vid., en este sentido, Ziffer: *Lineamientos*, p. 100 y s.

regular se determina por medio de la experiencia sobre la llamada "criminalidad cotidiana"[406]. La principal objeción que se le plantea a este planteamiento consiste en que lleva a soluciones diferentes según la experiencia distinta que cada quien pudiese tener[407]. Por ello, se recurre cada vez con mayor frecuencia a un concepto normativo del caso regular, que, a partir de determinar el punto de partida de la valoración legislativa, formula expresamente las valoraciones implícitas en el tipo penal. Lo que se desvía de estas valoraciones de la ley, constituyen aspectos agravantes o atenuantes[408]. Este modelo normativo del caso regular resulta, en nuestra opinión, el más adecuado.

c. La prohibición de doble valoración

La prohibición de la doble valoración establece que todas aquellas circunstancias que estén previstas específicamente para sancionar el delito o que constituyan uno de sus elementos constitutivos, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena concreta[409]. El artículo 46 del CP recoge expresamente esta prohibición al establecer que las circunstancias expresamente mencionadas sólo podrán ser tenidas en cuenta por el juez en la individualización de la pena, si no han sido consideradas específicamente para sancionar el delito o se trate de uno de sus elementos constitutivos. Si es que el juez lo volviese a considerar, se estaría haciendo una doble valoración contraria a la prohibición del *bis in idem*[410]. A nivel jurisprudencial se ha remarcado con la misma firmeza la necesidad de observar la prohibición de la doble valoración en el Acuerdo Plenario N° 08-2008.

Lo anterior no impide, sin embargo, que el juez pueda valorar excepcionalmente una circunstancia considerada al establecer la pena abstracta, si es que se trata de fijar su gravedad frente a otras circunstancias igualmente recogidas en el tipo penal[411]. Por ejemplo: en el delito de licitaciones colusorias, en su modalidad de coacciones en las licitaciones (artículo 241 inciso 2 del CP), la utilización de la violencia puede valorarse por el juez a efectos de determinar la pena concreta como más grave que el uso de dádivas o promesas previstas también en el tipo penal. Por otra parte, también será posible valorar una circunstancia que fundamenta el tipo

406 Vid., la referencia en ZIFFER: *Lineamientos*, p. 103 y s.

407 Vid., así, ZIFFER: *Lineamientos*, p. 104

408 Vid., FRISCH: *GA* 1989, p. 354 y ss.

409 Vid., ZIFFER: *Lineamientos*, p. 107; REYNA ALFARO: recuperado de www.eldial.com [consulta: 25 de abril de 2006]; PEÑA-CABRERA FREYRE: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 69 (2015), p. 134.

410 Vid., ZIFFER: *Lineamientos*, p. 108. En la doctrina nacional, ZÚÑIGA RÍOS: *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 147.

411 Vid., ZIFFER: *Lineamientos*, p. 111.

penal si es que tiene una naturaleza cuantitativa[412]. Así, por ejemplo, la circunstancia de agravación específica del delito de peculado por superar el valor de lo apropiado las diez UITs, puede ser considerada nuevamente al momento de individualizar la pena, pues no es lo mismo un peculado con un perjuicio de 11 UITs que uno de 50 UITs.

d. La ordenación de las circunstancias de individualización judicial de la pena en función de las categorías del delito

El legislador penal sistematiza las circunstancias para la individualización judicial de la pena únicamente en atención a si su efecto es atenuatorio o agravatorio. La que se ha encargado, más bien, de formular pautas materiales para ordenarlas ha sido la doctrina penal. Tradicionalmente, esta ordenación se ha hecho bajo el parámetro de si están referidas al injusto culpable o a las necesidades de prevención[413]. Tal proceder se corresponde claramente con una visión de la individualización de la pena que se determina por la culpabilidad y las finalidades de prevención, tal como lo propone la teoría del libre espacio de juego. Sin embargo, ya se ha señalado que la determinación judicial de la pena no debe acudir directamente a los fines de la pena para establecer la pena concretamente a imponer, sino que éstos sólo pueden ser considerados a través de los elementos estructurales del delito. En este orden de ideas, las circunstancias a tener en cuenta en la individualización judicial de la pena deben sistematizarse en función de si están referidas al injusto objetivo, al injusto subjetivo o a la culpabilidad[414].

d.1) Los criterios referidos al injusto objetivo

Dentro del injusto objetivo se encuentran los aspectos relacionados con el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Mientras el primero se centra en la valoración social de carácter negativo que se le asigna a la conducta realizada, el segundo está referido a la gravedad del efecto lesivo producido sobre los bienes que encarnan el bien jurídico protegido u otros intereses atendibles. Está claro que la tipificación de una conducta delictiva no siempre recoge un desvalor de resultado, pero si se llega a producir un resultado lesivo, eso no impedirá que pueda ser valorado en la determinación de la pena concreta. Sin embargo, debe precisarse que el

412 Vid., DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 258.

413 Vid., BRUNS: *Das Recht der Strafzumessung*, p. 144.

414 Así, SILVA SÁNCHEZ: *InDret* 2/2007, p. 8. En nuestro país, se ha preferido recurrir a un criterio de distinción en razón de su vinculación con el grado de injusto o el grado de responsabilidad del agente [vid., así BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código penal anotado*, p. 249; PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias jurídicas*, p. 115; SÁENZ TORRES: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 121].

establecimiento de la extensión del daño no implica ampliar el horizonte de análisis a cualquier resultado desvalorado derivado causalmente de la conducta del autor. Solamente podrán considerarse aquellos resultados que puedan ser alcanzados por el fin de protección de la norma[415], aunque no están expresamente recogidos en el tipo penal correspondiente[416].

En el marco del desvalor de la acción, se debe considerar primeramente la naturaleza de la acción en el sentido de su mayor o menor potencialidad lesiva[417]. En el artículo 46 inciso 2 literal i) del CP se recoge una agravante que está relacionada con este aspecto específico del desvalor de la acción: la pluralidad de los agentes que intervienen en el delito. Esta circunstancia de agravación se sustenta en la menor capacidad de resistencia que tiene la víctima cuando se trata de una pluralidad de agresores[418]. Con dos intervinientes, se satisface el requisito de la pluralidad[419]. Por otro lado, la intervención debe entenderse en el sentido empírico de una participación en la ejecución del delito, por lo que no interesa si es que el aporte concreto le genere responsabilidad penal al interviniente (inimputables) o un grado distinto de responsabilidad (autor o cómplice).

La mayor o menor lesividad intensiva o extensiva de los medios empleados en la comisión del delito es también otro aspecto que se sitúa en el desvalor de la acción[420]. El artículo 46 del CP recoge dos circunstancias sobre los medios empleados que producen un efecto agravatorio. Por un lado, se considera como circunstancia agravatoria el empleo, en la ejecución de la conducta punible, de medios de cuyo uso pueda resultar peligro común (inciso 2 literal e)[421]. No se exige la efectiva creación de un peligro común, sino que basta con que los medios utilizados tengan esa potencialidad. En segundo lugar, se le asigna también un sentido agravatorio a la circunstancia concreta de haber utilizado, en la realización del delito, armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia

415 Vid., en igual sentido, Ziffer: *Lineamientos*, p. 124.

416 Así, lo que Silva Sánchez: *InDret* 2/2007, p. 12, llama consecuencias extratípicas previsibles.

417 Relacionan este criterio específico a la magnitud del injusto, Prado Saldarriaga: *RPDJP* 1 (2000), p. 557; Toyohama Arakaki, en *Estudios críticos*, p. 241.

418 Vid., igualmente, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 225; Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 21.

419 En el mismo sentido, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 225.

420 Hace referencia a la posibilidad de que el medio utilizado lesione a otras personas o a otros bienes jurídicos, Toyohama Arakaki, en *Estudios críticos*, p. 241. Por su parte, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 219, considera que esta circunstancia incide, más bien, en el desvalor del resultado.

421 Por el contrario, Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 20, considera que se trata de un factor referido al desvalor de resultado.

destructiva (inciso 2 literal m). Si bien esta circunstancia enumera los medios que darían lugar a la agravación, contiene al final una cláusula general que permite incluir a todo aquél que tenga una eficacia destructiva. Al igual que la circunstancia de agravación anterior, no se requiere la producción de un efecto destructivo, sino que el medio empleado tenga esa potencialidad.

También se ordenan dentro del desvalor de la acción las circunstancias referidas a la modalidad de ejecución y otros aspectos circunstanciales que la hacen especialmente reprochable[422]. El artículo 46 del CP contempla una circunstancia de agravación que está configurada sobre la base de esta perspectiva. Se trata de los casos en los que la conducta punible es ejecutada mediante ocultamiento, abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe (inciso 2 literal f). Se trata de una circunstancia compleja y alternativa, pues recoge varios supuestos equivalentes, cada uno capaz de producir por sí solo la agravación[423]. El ocultamiento está referido a un modo de ejecución alevoso, engaño o subrepticio que limita la capacidad de defensa de la víctima. No se trata, por lo tanto, de los naturales actos de ocultamiento del infractor que no quiere ser descubierto[424]. Por su parte, el abuso de la condición de superioridad alude a una posición física o material que le da ventaja al autor frente a la víctima. En cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el legislador ha introducido una cláusula general para abarcar toda situación que pudiese producir la indefensión de la víctima o la impunidad del agente.

El legislador ha recogido adicionalmente otras dos circunstancias de agravación que están referidas también al modo de ejecución, pero que se contextualizan en situaciones muy particulares: valerse de un inimputable para ejecutar la conducta punible (inciso 2 literal j) y dirigir la ejecución de la conducta punible por quien se encuentra privado de su libertad en el interior de un lugar de reclusión o fuera del país (inciso 2 literal k). En relación con la agravante de valerse de un inimputable, existe una superposición con la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal del artículo 46-D del CP. Para salvar esta situación, lo que corresponde es limitar el artículo 46-D del CP al caso de una instrumentalización del inimputable en el sentido de determinar su actuación, mientras que la circunstancia de individualización de la pena se deberá aplicar a los casos en los que el inimputable actúa, en el plano natural, a propia iniciativa. En cuanto a la segunda agravante, es necesario delimitarla también de la circunstancia modificativa de la responsabilidad

422 Vid., así, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1321; Ziffer: *Lineamientos*, p. 131.

423 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 219.

424 Igualmente, Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 20.

prevista en el artículo 46-A del CP. La agravante cualificada se aplicará en los casos en los que el delito cometido sea tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro, quedando la comisión del resto de delitos englobada en la circunstancia de individualización de la pena[425]. En la medida que el tenor literal no lo exige, el recluido no debe ser un condenado, sino que puede ser perfectamente un procesado[426].

Un criterio de especial incidencia en el juicio de desvalor de la acción es la importancia de los deberes infringidos por el agente[427]. En efecto, en los tipos penales que no están típicamente estructurados sobre la infracción de un deber especial, la realización del tipo penal mediante el abuso de una posición especial, merece una pena mayor que la que lleva a cabo un sujeto que no se aprovecha de ninguna posición personal especial. Utilizando esta perspectiva, el artículo 46 inciso 2 literal h) del CP recoge como circunstancia agravatoria la realización de la conducta punible por parte del agente mediante el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función. En tales casos, lo que aumenta el desvalor de la acción es que el agente se haya valido de una posición frente a la cual la víctima cuenta con reducidas capacidades de defensa[428].

El injusto objetivo abarca, como se dijo, el desvalor del resultado. Dentro de este aspecto específico cabe incluir primeramente la extensión del daño o peligro causados por la conducta del autor[429]. Así, el artículo 46 inciso 2 literal g) recoge como una circunstancia agravatoria el que se haga más nocivas las consecuencias de la conducta punible que las necesarias para consumar el delito. No existe ninguna razón para limitar esta circunstancia de agravación a una actuación posterior a la consumación[430], sino que puede darse con la ejecución misma. Con un mismo sentido agravatorio, se contemplan también las siguientes clases de afectación especialmente sensibles: ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad (inciso 2 literal a), ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos (inciso 2 literal b) y producir un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales (inciso 2 literal l).

En relación con la gravedad del daño, deben evaluarse determinadas situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima. El artículo 46 inciso 2 literal n) del CP

425 Del mismo parecer, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 228.

426 Igualmente, Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 22.

427 Vid., Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 117; El Mismo, *RPDJP* 1 (2000), p. 558.

428 En este sentido, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 224.

429 Vid., Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1322 y s.

430 Así lo hace, por el contrario, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 222.

tiene en cuenta esta situación con un efecto agravatorio para el caso que la víctima sea un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad o adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia. Esta circunstancia de agravación se extiende a los casos en los que la víctima tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal. Del mismo modo, la agravación alcanza a la víctima que pertenezca a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

Dentro de la valoración del desvalor del resultado debe contar también el comportamiento posterior dirigido a reducir su lesividad[431]. En el inciso 1 del artículo 46 del CP se regula precisamente como una circunstancia de atenuación la conducta del autor dirigida a procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias (literal e). Dos condiciones son necesarias en relación con esta circunstancia de atenuación: la voluntariedad y la eficacia[432]. La regulación legal no establece, por el contrario, ninguna limitación temporal, por lo que puede ser tomada en cuenta hasta antes de la emisión de la sentencia. Una eficacia igualmente atenuatoria se le concede a la reparación voluntaria del daño causado o de las consecuencias derivadas del peligro generado (inciso f). Tal reparación puede tomar la forma de una restitución, remediación o compensación. Si bien el acto de reparación posterior al delito no revierte el desvalor de resultado producido, cuando menos lo reduce[433]. Con la reparación del daño el autor adelanta una parte de los aspectos que le correspondería cumplir con la pena, lo que debe ser considerado atenuatoriamente en la cuantificación de la pena concreta[434].

d.2) Los criterios referidos al injusto subjetivo

La parte subjetiva del hecho es tenida también en consideración al contemplar circunstancias de individualización de la pena referidas al móvil del autor[435]. En términos atenuatorios, el artículo 46 inciso 1 literal b) recoge la circunstancia de haber obrado el autor por móviles nobles o altruistas[436]. Por el contrario, la circunstancia del móvil tiene un sentido agravatorio si el autor ejecuta el delito por móvil

431 Sobre la inevitable filtración de circunstancias ajenas al momento mismo delito aún en el más exigente Derecho penal de acto, Baigún: *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, p. 48.

432 En este sentido, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 211.

433 Vid., Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 18.

434 Similarmente, Ziffer: *Lineamientos*, p. 168; Varela, *Dolo y error*, p. 115.

435 Así, Jescheck/Weigend: *Tratado*, II, p. 1322; Prado Saldarriaga: *RPDJP* 1 (2000), p. 559. Por el contrario, Alvarado La Rosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 99 (2017), p. 118, considera que esta atenuante incide en la culpabilidad.

436 Vid., Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 17.

abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria (inciso 2 literal c)[437]. Igualmente, se le asigna un sentido agravatorio a la circunstancia de que se ejecute el hecho bajo móviles de intolerancia o discriminación derivada de datos como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (inciso 2 literal d). Se trata de los llamados delitos de odio[438].

Si bien el artículo 46 del CP regula circunstancias para la individualización de la pena que se circunscriben a elementos subjetivos especiales, también es posible, aunque no lo haya señalado expresamente, que se tenga en cuenta la mayor intensidad de los elementos constitutivos del dolo o el grado de culpa con la que actúa el agente[439]. En este sentido, resulta claro, por ejemplo, que la actuación con dolo directo de primer grado merecerá una consideración agravatoria, mientras que la actuación con dolo eventual deberá ser tenido en cuenta con un sentido atenuatorio. La exigencia de evitabilidad individual es mayor en el caso del dolo directo, lo que debe tener incidencia en la determinación de la pena concreta. Lo mismo cabe decir respecto de la culpa, en el sentido que la temeridad, por ejemplo, debe ser sancionada con una pena concreta mayor que la culpa grave en general.

d.3) Los criterios referidos a la culpabilidad

Desde el punto de vista de la culpabilidad debe evaluarse en la medición de la pena la mayor infidelidad al Derecho que expresa el autor con su comportamiento. Si el horizonte de este comportamiento tiene que limitarse al momento de la realización del delito o si puede tenerse en consideración actos precedentes o posteriores, es objeto actualmente de polémica en los estudios especializados. HÖRNLE ha reprochado que se mantenga en el estudio de la teoría del delito un concepto de culpabilidad de acto y que, en la medición de la pena, se parta, más bien, de una culpabilidad caracterológica más cercana a la culpabilidad por el carácter o la conducción de vida[440]. Sin negarle un alto componente de razón a la crítica acabada de mencionar, no debe llevar, sin embargo, a excluir de la individualización de la pena aspectos anteriores y posteriores a la realización del hecho delictivo. La única precisión que cabe hacer al respecto es que estos aspectos no se evalúan por sí mismos, sino en tanto inciden en el grado de infidelidad al Derecho que el autor expresa al cometer el delito.

437 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 216 y s.

438 Así, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 217.

439 De otro parecer, sin embargo, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, II, p. 1322.

440 Vid., HÖRNLE: *Determinación de la pena*, p. 52 y ss.

En cuanto a los hechos anteriores al delito que influyen en la culpabilidad del autor por el hecho cometido, cabe mencionar la carencia de antecedentes penales (artículo 46 inciso 1 literal a del CP). Esta circunstancia de atenuación solamente podrá excluirse si es que existen antecedentes penales que registren condenas firmes, no siendo suficiente la mera acreditación de antecedentes policiales o judiciales[441]. En la misma línea, tampoco podrían considerarse los antecedentes definitivamente cancelados[442]. Conceptualmente no hay nada que reprochar a considerar esta circunstancia en la individualización de la pena, pues el nivel de infidelidad que expresa el autor con el delito no es el mismo si se trata de un primario que de un reincidente. No es necesario acreditar una buena conducta anterior, así como tampoco bastará con antecedentes de infracciones distintas a delitos[443]. Lo discutible es si la existencia de antecedentes penales puede ser considerada una circunstancia agravante, lo que no debería suscitar mayor problema si se tiene en cuenta el carácter abierto de las circunstancias de individualización de la pena[444]. Sin embargo, la reincidencia y la habitualidad no pueden ser consideradas en la individualización de la pena, en la medida que constituyen una agravante cualificada (Acuerdo Plenario N° 01-2008 punto 13 a). Debe hacerse la precisión de que tal exclusión no se sustenta en que la reincidencia y la habitualidad no puedan ser consideradas en la individualización de la pena, sino en que no pueden ser objeto de una doble valoración, en tanto operaran ya a nivel de la determinación abstracto-concreto del marco penal.

Como acto posterior a tener en cuenta en la individualización judicial de la pena cabe mencionar la conducta del autor de presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad (artículo 46 inciso 1 literal g). La confesión sincera pone de manifiesto un arrepentimiento posterior al delito que resulta relevante en la culpabilidad del autor, pues disminuye el nivel de infidelidad al Derecho expresada por el autor. No hay propiamente una reversión del hecho socialmente perturbador, pero el reconocimiento de la transgresión del ordenamiento jurídico que hace voluntariamente el propio autor antes de ser descubierto[445], produce una reducción de la infidelidad transmitida al momento de realizar el hecho. Por lo tanto, esta menor intensidad

441 Así, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 207.

442 En este sentido, Oré Sosa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 17; Sáenz Torres: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 134, incluyendo también los antecedentes que, pudiendo ser ya cancelados, están pendientes de cancelar.

443 En este sentido, Sáenz Torres: *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 138.

444 De otro parecer, sin embargo, Zúñiga Ríos: *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 148 y s.

445 Destaca el reconocimiento de la culpabilidad, Toyohama Arakaki, en *Estudios críticos*, p. 244.

de la infidelidad al Derecho debe ser computada en términos atenuatorios en la medición judicial de la pena concreta a imponer.

En la determinación de la cuantía de la pena concreta, el juez debe tener en cuenta las condiciones personales y sociales precedentes del autor que inciden en el grado de infidelidad al Derecho que expresa con su actuación delictiva. Se deben considerar, en concreto, aspectos como su edad, educación, situación económica y el entorno social[446]. En términos atenuatorios, el artículo 46 inciso 1 recoge circunstancias como la edad del imputado en tanto hubiese influido en la conducta punible (literal h), la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible (literal d) y el obrar en estado de emoción o de temor excusables (literal c). La atenuante por la edad, debe englobar supuestos distintos a los recogidos por la atenuante modificativa de la responsabilidad de la imputabilidad restringida, sea por el rango de edad o por el tipo de delito[447]. En relación con la atenuante por el estado de emoción o temor del autor, ORÉ SOSA hace la acertada crítica de que tal circunstancia de atenuación no tiene sentido, pues si dichos estados deben ser excusables como lo exige el legislador, entonces el autor no será culpable y, por lo tanto, no debería atenuársele la pena, sino eximírsele de la misma[448].

C. El sistema de individualización de la pena por tercios

Como se ha dicho, el legislador penal nacional no se ha limitado a establecer el marco penal abstracto y las circunstancias que el juez debe considerar para determinar la pena concreta. Ha dado un paso más, al haber instituido reglas de concreción del marco penal en función de las circunstancias concurrentes. Estas reglas se aplican a partir del marco penal abstracto, eventualmente modificado por circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (genéricas o específicas)[449]. El tramo de pena abarcado por este marco penal abstracto debe ser dividido en tres partes iguales: superior, intermedio e inferior[450]. Por ejemplo, si el marco pe-

---

446 JAKOBS, en *Estudios*, p. 92 y s., menciona estos aspectos desde un punto de vista de la prevención general positiva (como educación, motivos, situación de hecho). Así, PRADO SALDARRIAGA: *RPDJP* 1 (2000), p. 560, como factores que inciden en el grado de culpabilidad y que inciden sobre el reproche que cabría hacerle.

447 Igualmente, ORÉ SOSA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 18 y s.

448 ORÉ SOSA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 17 y s.

449 Igualmente, JIMÉNEZ NIÑO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 47. Sostiene que el sistema de tercios es aplicable también al marco penal abstracto de los delitos con circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad penal, TORRES BALLENA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 93 (2017), p. 96 y s.

450 Vid., SALCEDO ORDAYA: *Actualidad Penal* 23 (2016), p. 116 y ss., precisando que la determinación de los tercios, en caso de la pena privativa de libertad, debe hacerse convirtiendo

nal abstracto es una pena privativa de libertad no menor de 2 años ni mayor de 5 años, el tercio inferior será de 2 años hasta 3 años, el tercio intermedio de 3 años y un día hasta los 4 años y el tercio superior de 4 años y un día hasta los 5 años[451]. En función de la concurrencia de circunstancias agravantes y/o atenuantes para la individualización de la pena, el juez debe determinar la pena concreta en uno de los tercios antes indicados.

Cuando no existan circunstancias atenuantes ni agravantes, o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior (artículo 45-A inciso 2 literal a del CP). Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio (artículo 45-A inciso 2 literal b del CP). Finalmente, si concurren únicamente circunstancias de agravación, la pena concreta se determina dentro del tercio superior (artículo 45-A inciso 2 literal c del CP). Esta regulación de la determinación de la pena por tercios puede ser razonable en el caso del tercio inferior y superior, pero en relación con el tercio intermedio puede albergar situaciones injustas. En concreto, el problema se presenta cuando concurren circunstancias de diverso sentido, siendo unas muchas más que las otras. Por ejemplo: no parece justo que la pena se tenga que determinar en el tercio intermedio si es que concurren cuatro circunstancias atenuantes y una agravante[452]. Se ha pretendido resolver el problema, reconocimiento un efecto nulificante de las circunstancias atenuantes respecto de las agravantes. Sin embargo, más allá de la cuestión de cuál sería la equivalencia nulificante de cada circunstancia, lo cierto es que esta solución no cuenta con ningún amparo legal, por lo que, al menos *lege lata*, resulta inviable. La única manera de salvar la injusta situación del tercio intermedio sería haciendo una reforma legal que introduzca un criterio de corrección.

Una vez que se ha determinado el tercio que corresponde, el juez debe determinar la pena concreta en dicho tercio. El legislador penal no ha definido cómo debe determinarse la pena en cada uno de los tercios, por lo que tal determinación caerá dentro de la discrecionalidad judicial. Un proceder razonable sería que el juez defina el peso específico que asigna a cada una de las circunstancias que sean relevantes para evaluar la gravedad concreta sin que necesariamente tengan la misma

---

los años en meses. Críticamente y en favor, más bien, de un sistema de cuartos, García Aquino: *Actualidad Penal* 38 (2017), p. 73 y ss.

451 Así, Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena*, p. 191 y s. Por el contrario, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 257, considera que el límite máximo del tercio inferior y el mínimo del tercio intermedio es el mismo, así como el límite máximo del intermedio y con el mínimo del tercio superior.

452 Sobre esta problemática Mendoza Ayma: *Presupuesto acusatorio*, p. 114; Cupe Calcina: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 93 (2017), p. 74 y s.

entidad[453]. Si bien el artículo 46 del CP establece un listado de circunstancias para la individualización de la pena, no debe olvidarse que no se trata de un sistema cerrado que impida al juez considerar otras no previstas, por lo que es un error determinar su peso en función del número de atenuantes o agravantes reconocidas en dicho dispositivo legal. Con el peso específico de cada una de las circunstancias concurrentes determinado en el caso concreto, el juez se moverá en el tercio correspondiente hasta llegar al punto exacto de la pena concreta.

Si el delito prevé la imposición conjunta de una pena privativa de libertad con otra clase de pena, no existe legalmente un procedimiento establecido sobre cómo se debe determinar la pena concreta de ambas clases de pena, por lo que cada una debería determinarse de manera individual y luego imponerse conjuntamente. A nivel jurisprudencial, sin embargo, la Corte Suprema ha propuesto, en el R.N. N° 3864-2013-Junín, seguir un procedimiento simplificado compuesto por dos partes. En un primer momento, el juez debe individualizar la entidad concreta de la pena privativa de libertad con los parámetros antes mencionados. En un segundo momento, debe determinar la extensión equivalente para la otra clase de pena, utilizando la operación aritmética conocida como la regla de tres simple[454].

D. Las reglas de bonificación procesal

El legislador penal nacional ha establecido adicionalmente reglas de bonificación procesal que generan premios o recompensas por el comportamiento procesal del imputado[455]. La doctrina nacional considera, de manera correcta, que no se trata, en estricto, de circunstancias a tener en cuenta en la individualización de la pena[456]. Su manera de operar es por medio de un descuento a la pena concreta determinada por el juez. Puede mencionarse, en este sentido, la reducción de la pena por la abreviación del proceso penal en el marco del proceso especial de terminación anticipada, en virtud de la cual la pena concreta se disminuye en una sexta parte (artículo 471 del CPP). El Acuerdo Plenario N° 5-2008 extendió analógicamente esta bonificación procesal a la conclusión anticipada, aunque reconoció

453 Si bien las circunstancias son consideradas para ubicar al juez en uno de los tres tercios, eso no impide que al momento de fijar la pena concreta en el tercio correspondiente valore el peso de cada circunstancia concurrente. No existe una doble valoración, pues en un primer momento se valora su concurrencia y en un segundo momento su peso específico. Vid., igualmente, ORÉ SOSA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 16. Críticamente, sin embargo, MENDOZA AYMA: *Presupuesto acusatorio*, p. 116; CUPE CALCINA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 93 (2017), p. 76 y s.

454 En este sentido, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 274.

455 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 248 y s.

456 Así, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 213 y s.

que no podía ser de la misma entidad, sino que debería ser menor (de una séptima parte o menos).

4. El caso especial de las penas a las personas jurídicas: La Ley N° 30424

La Ley N° 30424 ha instaurado un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de cohecho (transnacional o doméstico), lavado de activos, financiamiento del terrorismo, colusión desleal y tráfico de influencias. Más allá de la discusión dogmática sobre cuál es la naturaleza de dicha responsabilidad, el hecho es que el juez penal debe imponer sanciones a la persona jurídica en el marco de un proceso penal. Según su artículo 4, la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural, por lo que la extinción de la acción penal respecto de la segunda, no enerva la responsabilidad de la persona jurídica. De manera expresa se reconocen, como causas de extinción de la acción penal contra la persona jurídica, a la prescripción y la cosa juzgada. En cuanto a la prescripción, se establece que el plazo de prescripción se determina de la misma forma que se hace para la persona natural.

Las sanciones aplicables a una persona jurídica pueden ser de diversas clases: Multa, inhabilitación (suspensión de sus actividades, prohibición de actividades e inhabilitación para contratar con el Estado), cancelación de autorizaciones administrativas, clausura de locales o establecimientos y disolución. De manera complementaria, el juez penal puede también ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores[457], o disponer el decomiso de los instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito cometido por el que se declare responsable a la persona jurídica. En caso el juez decida imponer alguna de las sanciones previstas a la persona jurídica, debe seguir un conjunto de pautas legalmente dispuestas para individualizar la sanción.

A. El marco penal abstracto

No todas las sanciones a la persona jurídica cuentan con un marco penal abstracto dentro del cual se individualice la pena. Existen sanciones que, al ser definitivas, no admiten graduación, como es el caso de la prohibición definitiva de actividades, la inhabilitación para contratar con el Estado, la clausura definitiva de sus locales o establecimientos, la cancelación de autorizaciones administrativas o municipales y la disolución. Lo que la ley dispone, en todo caso, es en qué casos deben imponerse. Así, por ejemplo, la inhabilitación para contratar con el Estado

457 Vid., Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 303.

se impone de forma obligatoria cuando el delito es cometido en el marco de un proceso de contratación pública. Por su parte, la cancelación de autorizaciones administrativas o municipales se impone de forma obligatoria cuando el delito estuvo destinado o vinculado a la obtención de licencias u otras autorizaciones administrativas. Finalmente, la sanción de disolución se aplica sólo a la persona jurídica que haya sido constituida y operada para favorecer, facilitar o encubrir la comisión del delito. E incluso en tales casos, esta sanción no se podrá imponer si se trata de personas jurídicas que prestan un servicio de utilidad pública, cuya interrupción pueda causar graves consecuencias sociales o económicas o daños serios a la comunidad.

Si la sanción es, por el contrario, graduable, entonces el legislador debe prever un marco penal abstracto. En el caso de la multa, este marco penal será no menor al doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito. Si no es posible determinar este monto, el valor de la multa se establece conforme a los siguientes criterios: a) cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende hasta 150 UITs, la multa es no menor de 10 ni mayor de 50 UITs; b) cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito sea mayor a 150 UITs y menor de 1700 UITs, la multa es no menor de 50 ni mayor de 500 UITs; c) cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito sea mayor a 1700 UITs, la multa es no menor de 500 ni mayor a 10000 UITs. La pena de inhabilitación tiene, por su parte, un marco abstracto distinto, dependiendo de la clase de inhabilitación. Si se trata de la suspensión de las actividades sociales, el plazo es no menor de seis meses ni mayor de dos años. En el caso de la prohibición temporal de actividades, ésta será no menor de uno ni mayor de cinco años.

B. El marco penal abstracto-concreto

La Ley N° 30424 contempla algunas circunstancias modificativas de la responsabilidad que inciden en el marco penal abstracto de las sanciones aplicables a las personas jurídicas. En un sentido atenuatorio, por ejemplo, la confesión, debidamente corroborada, de la comisión del delito, con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria, trae como consecuencia que el juez pueda rebajar la sanción prevista hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido. Del mismo modo, pero en un sentido agravatorio, la comisión de un nuevo delito por parte de la persona jurídica, dentro de los cinco años posteriores a la fecha en que se le haya impuesto, mediante sentencia firme, una o más de las sanciones previstas en la ley, tiene el efecto de autorizar al juez a aumentar la sanción a imponer por el nuevo delito hasta en una mitad por encima del máximo legal establecido.

C. *La individualización de la pena*

En cuanto a la individualización de la sanción aplicable a la persona jurídica, la Ley N° 30424 ha asumido un sistema mixto. Por un lado, establece un conjunto de circunstancias sin indicar el sentido de la valoración, por lo que le corresponderá determinar al juez si las que se presenten en el caso concreto deben tener una repercusión agravatoria o atenuatoria. Estas circunstancias son la gravedad del hecho punible, la capacidad económica de la persona jurídica, la extensión del daño o peligro causado, el beneficio económico obtenido por el delito, el móvil para la comisión del delito y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control. Por otro lado, recoge unas circunstancias concretas a las que sí les da explícitamente un sentido atenuatorio o agravatorio. Así, se erigen como circunstancias atenuantes las siguientes: la colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo hasta antes del inicio de la etapa intermedia; el impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito; la reparación total o parcial del daño; la adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención; y la acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención. Constituyen, por su parte, circunstancias agravantes: la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de los delitos por desarrollar una actividad predominantemente ilícita; y la inclusión dentro de la estructura de la persona jurídica de un órgano, unidad, equipo o cualquier otra instancia cuya finalidad o actividad es ilícita.

De manera similar a la determinación de la pena para las personas naturales, la Ley N° 30424 establece un conjunto de reglas que debe seguir el juez en dicha labor. Lo primero que debe hacer es identificar el marco penal abstracto y dividirlo en tres partes. Luego debe determinar la sanción concreta, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, conforme a las siguientes reglas: i) cuando concurran únicamente circunstancias atenuantes o no existan atenuantes ni agravantes, se aplica la sanción dentro del tercio inferior; ii) cuando concurran circunstancias agravantes y atenuantes, se aplica la sanción dentro del tercio intermedio; y iii) cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, se aplica la sanción dentro del tercio superior. Este procedimiento se modifica si es que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, lo que el legislador califica como circunstancias atenuantes privilegiadas y circunstancias agravantes cualificadas. Si concurre una circunstancia atenuante privilegiada, la sanción se aplica por debajo del tercio inferior. Si lo que concurre es una circunstancia agravante cualificada, la sanción se aplica por encima del tercio superior. En caso de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, se aplica la sanción dentro de los límites del marco penal abstracto.

Bajo la idea de la alternatividad penal, se prevé también la posibilidad de que el juez disponga, mediante resolución debidamente motivada y de modo excepcional, la suspensión de la ejecución de la sanción impuesta y sus efectos por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años, siempre que dicha sanción esté por debajo del tercio inferior. Esta posibilidad está excluida si la sanción a la persona jurídica es inhabilitación para contratar con el Estado, cancelación de autorizaciones administrativas o disolución. El juez, al ordenar la suspensión de la ejecución de la sanción impuesta y sus efectos, debe imponer a la persona jurídica las siguientes reglas: (i) la reparación total del daño y (ii) la obligación de adoptar e implementar un modelo de prevención. Si durante el periodo de suspensión la persona jurídica no cumple con las reglas impuestas, el juez puede, según sea el caso: (i) prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo fijado sin exceder los dos años, o (ii) revocar la suspensión decretada. Si transcurre el periodo de suspensión sin que la persona jurídica sea incorporada a un nuevo proceso penal y se verifica el cumplimiento de las reglas impuestas, el juez deja sin efecto la sanción impuesta y resuelve el sobreseimiento de la causa. Esta suspensión no afecta el decomiso dispuesto judicialmente.

En relación con la sanción de multa, debe señalarse que ésta debe ser pagada dentro de los diez días hábiles de pronunciada la sentencia que tenga la calidad de consentida o ejecutoriada. A solicitud de la persona jurídica y cuando el pago del monto de la multa pueda poner en riesgo su continuidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando sea aconsejable por el interés general, el juez tiene la facultad de autorizar que el pago se efectúe en cuotas mensuales, dentro de un límite que no exceda de 36 meses. En caso de que la persona jurídica no cumpla con el pago de la multa impuesta, ésta puede ser ejecutada sobre sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, en la medida de prohibición definitiva de actividades.

IV. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENA

Las causas de extinción de la pena se presentan en aquellos casos en los que existe una sanción penal judicialmente impuesta, pero cuyo cumplimiento se extingue por ciertas circunstancias especiales. Estas causas están expresamente mencionadas en el artículo 85 del CP, teniendo cada una de ellas sus propias particularidades que justifican un estudio diferenciado.

1. La muerte del condenado

La muerte del imputado ha sido mencionada anteriormente como causa de extinción de la acción penal y que produce, por lo tanto, el sobreseimiento del proceso penal. Pero si la muerte del autor del delito se produce cuando éste se encuentra cumpliendo, luego del proceso penal, la condena judicialmente impuesta

(condenado), lo que se extingue ya no puede ser la acción penal, sino la ejecución de la pena[458]. Por esta razón, el artículo 85 del CP contempla la muerte del condenado como una causa de extinción de la pena.

2. La prescripción de la pena

La pena impuesta al autor por resolución firme prescribe si no se cumple en el tiempo que fija la ley para la prescripción de la acción penal, es decir, el máximo de la pena prevista para el delito del que se trate. El fundamento de la figura de la prescripción de la pena reside en que el retardo en el cumplimiento de la pena impuesta repercute en la función asignada a la pena, por lo que la demora en su ejecución hace que se pierda la necesidad punitiva que motivó su imposición judicial[459]. El plazo de prescripción se cuenta desde el día en el que la sentencia condenatoria quedó firme[460]. Este plazo de prescripción se interrumpe por el comienzo de la ejecución de la misma o por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso[461]. En el caso de revocación de la condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción de la pena comienza a correr desde el día de la revocación[462]. En este ámbito existe también una prescripción extraordinaria igual al plazo ordinario más una mitad.

3. El cumplimiento de la pena

El cumplimiento de la pena impuesta constituye la forma regular de extinguir la pena. Así como el pago extingue la obligación civil, el cumplimiento de la pena produce el mismo efecto respecto de ésta[463]. El cumplimiento de la pena no se alcanza con la obtención de la libertad condicional[464], pues mientras se mantenga dicho beneficio la pena no se habrá cumplido. Del mismo modo, la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio solamente alcanzarán la extinción de la pena cuando se haya cumplido el período de prueba sin una revocación o ampliación.

---

458 Así, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código Penal anotado*, p. 92.

459 Similarmente desde consideraciones preventivas, Quintero Olivares: *InDret* 2/2008, p. 6.

460 En la legislación penal española se contempla también como punto inicio del cómputo del plazo de prescripción el quebrantamiento de la condena si es que ésta hubiese empezado a cumplirse. Vid., al respecto, Quintero Olivares: *InDret* 2/2008, p. 9. En la doctrina nacional hace mención también al supuesto de la pena interrumpida en su ejecución, Angulo Arana: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 2 (2009), pp. 79, 83.

461 Angulo Arana: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 2 (2009), p. 84.

462 Angulo Arana: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 2 (2009), p. 85.

463 Por eso, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 33/7, destaca la mentalidad civilista de esta regulación.

464 Así, Mir Puig: *Derecho Penal*, PG, L 33/8.

El artículo 69 del CP establece que cuando el condenado cumple la pena impuesta o ésta se extingue de algún otro modo, queda rehabilitado sin más trámite, siempre que haya pagado el íntegro de la reparación civil (Decreto Legislativo N° 1453). Los efectos de la rehabilitación son dos: Por un lado, restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia (lo que no comprende la reposición en los cargos, comisiones o empleo de los que fue privado con la sentencia) y, por el otro, cancela los antecedentes penales, judiciales y policiales. La incorporación de las agravantes genéricas de la reincidencia y habitualidad ha llevado a diferenciar dos formas de rehabilitación en el caso de penas privativas de libertad por la comisión de un delito doloso: una provisional y otra definitiva. Con el cumplimiento de la pena se da una rehabilitación provisional hasta por cinco años, luego de los cuales, sin que medie un acto de reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva[465].

En el caso de la pena de inhabilitación perpetua, la rehabilitación automática no opera. Como se vio, esta inhabilitación se impone por la comisión de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297; o por la comisión de cualquiera de los delitos contra la Administración Pública; o por los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106. En tales casos, la rehabilitación podrá ser declarada eventualmente por el órgano jurisdiccional que dictó la condena, luego de transcurridos veinte años, conforme a lo establecido en el artículo 59-B del Código de Ejecución Penal.

4. La amnistía y el indulto

De la amnistía ya nos ocupamos al estudiarla como una causa de extinción de la acción penal. Es una facultad del Poder Legislativo, cuyo ejercicio trae consigo el olvido de la realización de un delito. La única particularidad que tiene como causa de extinción de la pena es que la ley que dispone la amnistía entra en vigencia cuando el autor del delito amnistiado se encuentra ya condenado. Bajo estas circunstancias, es evidente que no procede la extinción de la acción penal, sino de la pena impuesta por resolución firme. El indulto, por el contrario, es únicamente una causa de extinción de la pena, en la medida que se trata de una decisión del Presidente de la República que suprime la pena impuesta, es decir, que su procedencia requiere la existencia previa de una condena firme[466].

El indulto es una prerrogativa presidencial prevista en el artículo 118 inciso 21 de la Constitución Política que debe contar con el correspondiente refrendo

465 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2985.

466 Así, Castillo Alva: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 68.

ministerial[467]. Mediante la decisión de indultar a una persona condenada por un delito, el Presidente de la República priva de eficacia a una decisión jurisdiccional de condena emitida en cumplimiento de lo dispuesto en la ley penal[468]. Dado que esta decisión produce una afectación a la distribución de los poderes, la procedencia del indulto debe tener un carácter excepcional que solamente lo admita frente a razones objetivas de peso[469]. En este orden de ideas, el perdón de la pena que dispone el Presidente de la República por medio del indulto debe sustentarse necesariamente en argumentos de equidad, político-criminales o humanitarios.

El Tribunal Constitucional reconoce que el indulto es una facultad presidencial que está revestida del máximo grado de discrecionalidad, aunque esto no significa que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y en la más absoluta arbitrariedad[470]. En consecuencia, el Presidente de la República puede ejercer libremente la facultad de otorgar un indulto a un condenado, siempre que se explicite una motivación razonable y no se afecten los valores fundamentales previstos en la Constitución. En este sentido, el indulto presidencial requiere observar, por un lado, ciertas condiciones de forma, como es seguir el procedimiento administrativo establecido (D.S. N° 004-2007-JUS y sus modificaciones) y contar con una motivación suficiente, pues discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad. A las exigencias formales se suman, por otro lado, exigencias de fondo que cumplan con explicitar la razón de peso de su concesión, pero sobre todo que la decisión de indultar no desvirtúa valores constitucionales, ni tampoco los compromisos internacionales en materia de protección de derechos humanos[471]. Debe quedar claro que no existe un derecho al indulto que pueda ser reclamado ante la decisión de no concederlo. Por ello, el indulto puede ser otorgado sin que haya sido solicitado previamente y ni siquiera requiere del consentimiento del beneficiario[472].

5. La exención de pena

La exención de pena se encuentra regulada en el artículo 68 del CP, en donde se le otorga al juez la facultad de eximir de pena cuando la responsabilidad del agente fuese mínima en un delito previsto en la ley con pena privativa de libertad

467 Así, Castillo Alva: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 91.

468 En este sentido, Castillo Alva: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 68. Por ello, resulta pertinente lo destacado por Sánchez-Vera Gómez-Trelles: *InDret* 2/2018, p. 6, de que el indulto no niega o extingue el delito, sino que opera sobre la pena.

469 En este sentido, Castillo Alva: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 82.

470 STC Exp. N° 03660-2010-PHC/TC de 25 de enero de 2011, fundamento jurídico 3.

471 STC Exp. N° 03660-2010-PHC/TC de 25 de enero de 2011, fundamento jurídico 9.

472 Vid., Sánchez-Vera Gómez-Trelles: *InDret* 2/2018, p. 15 y s.; Castillo Alva: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 69.

no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa. Dado que se trata de una facultad otorgada al juez, algunos califican a la exención de pena como un perdón judicial[473]. Esta calificación no debe llevar, sin embargo, al falso entendimiento de que se está ante un acto de gracia judicial, en el que el juez puede liberar a discreción de la pena. La exención de pena cuenta con un fundamento objetivo que resulta necesario determinar en cada caso para su efectivo otorgamiento.

Algunos autores consideran que la exención de pena es un mecanismo que sirve para excluir los casos en los que no hay un merecimiento de pena por el insignificante grado de injusto y culpabilidad[474]. Esta opinión no parece conveniente, pues si una conducta no reúne la suficiente entidad para constituir un delito, entonces no habrá que dispensarla de pena, sino que desde un principio se carece de legitimidad para imponerla. Por el contrario, mayor plausibilidad tiene el parecer que sostiene que la exención de pena se corresponde con criterios de oportunidad[475], en la medida que resulta innecesaria la imposición de la pena en atención a la nimiedad del delito y la composición del conflicto. Si bien podría decirse que el artículo 68 del CP solamente exige la levedad del delito, no debe desconocerse que, en la exposición de motivos, se vincula la exención de pena con el acuerdo entre las partes[476]. Desde estas consideraciones, la exención de pena procede en aquellos casos en los que se produce una composición del conflicto que permite dejar de imponer la pena por su poca gravedad. Podría alegarse que, dada la existencia de los criterios de oportunidad en la normativa procesal penal, cabría solucionar estos casos durante el proceso sin esperar a la sentencia, lo que haría innecesaria la exención de pena. Sin embargo, puede ser que la composición no se haya conseguido en un primer momento o que existan ciertas limitaciones legales que no permiten su viabilidad a través del principio de oportunidad procesal. Nuevamente se constata cómo una institución de carácter sustantivo puede tener una correspondencia teleológica con una institución de orden procesal.

La levedad del delito para que proceda la exención de pena debe constatarse en un plano abstracto y concreto. En el plano abstracto, el delito debe estar conminado con una pena privativa de libertad que no supere los dos años, o con una pena de multa o limitativa de derechos. En el caso concreto, la responsabilidad penal debe ser mínima, lo que significa que el contenido del injusto concretamente cometido o la culpabilidad del autor por este injusto deben estar sustancialmente

473 Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2962.

474 En este sentido, Reátegui Sánchez: *Derecho Penal*, PG, p. 92.

475 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2963.

476 Sin embargo, Villa Stein: *Derecho Penal*, PG, p. 601 y s., considera que la redacción del artículo 68 del CP no permite vincular la exención de pena a la composición, por lo que propone una redacción más explícita.

disminuidos. Conforme a los parámetros definidos en el artículo 68 del CP, la exención de pena no hace ninguna limitación en relación con los que pueden verse favorecidos por este supuesto de exclusión de la pena, por lo que puede proceder tanto para el autor como para el partícipe. La exención de pena no impide un pronunciamiento respecto de la reparación civil, lo que debe atender especialmente al acuerdo al que puedan haber arribado las partes[477].

6. El perdón del ofendido en los delitos de acción privada

El afectado por un delito tiene la posibilidad de perdonar la realización del delito con efectos en la persecución penal cuando se trate de delitos perseguibles por acción privada[478]. Anteriormente el perdón del ofendido tuvo incidencia también en ciertos delitos contra la indemnidad y la libertad sexuales, pero en la actualidad se ha excluido esta causa de extinción de la pena en dicho ámbito para evitar su uso indebido[479]. En consecuencia, su ámbito de aplicación se circunscribe a los delitos en los que el ejercicio de la acción penal recae sobre el titular del bien jurídico afectado. No se incluirán, por lo tanto, los delitos que requieren de una denuncia de parte como presupuesto de procedibilidad, pues en dichos casos la titularidad de la acción penal se mantiene en el Ministerio Público, requiriendo solamente la denuncia previa de los afectados por el delito.

El perdón del ofendido tiene lugar cuando existe ya una condena contra el autor del delito que lo agravia, ante lo cual el ofendido procede a perdonarle por el delito cometido. Para que este perdón pueda extinguir la pena debe ser expreso e incondicional[480]. No cabe un perdón presunto, ni tampoco someterlo a alguna condición. El ofensor no puede oponerse al perdón, por lo que no se requiere su conformidad. Su concesión tiene un efecto material, por lo que beneficia a todos los intervinientes en el delito perdonado. En consecuencia, el perdón no es a un determinado autor, sino al delito cometido. En el caso de pluralidad de ofendidos por un mismo hecho, es lógico que el perdón de uno de los ofendidos no extingue la pena mientras los otros no hayan también perdonado[481].

477 Igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 94.

478 Vid., LANDROVE DÍAZ: *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 131.

479 En este sentido, PRADO SALDARRIAGA: *Derecho PUCP* 53 (2000), p. 924.

480 En este sentido, LANDROVE DÍAZ: *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 131.

481 Vid., ROY FREYRE: *Causales de extinción de la acción penal y de la pena*, p. 248.

CAPÍTULO 22
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los planteamientos más importantes en la historia del Derecho Penal fue, sin duda, la escuela positivista italiana del siglo XIX, la que estudió el fenómeno criminal no desde la perspectiva del delito, sino del delincuente[1]. Para la propuesta positivista, la intervención jurídico-penal no tenía que sustentarse en la lesividad del hecho delictivo, sino en la peligrosidad del autor, lo que permitía acudir al Derecho penal con la sola presencia del estado peligroso del sujeto sin necesidad de la previa comisión de un hecho delictivo[2]. Con independencia de los diversos cuestionamientos que se esgrimieron en contra de las ideas positivistas, su enfoque influyó decisivamente en la llamada teoría de la prevención especial, desarrollada en Alemania en el marco del proyecto político-criminal de VON LISZT[3]. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos (delincuente ocasional). Pero si es que la pena impuesta al delincuente no produce el efecto intimidante esperado, la prevención especial establece que la pena tendrá que asumir, en este caso, la labor de corregir al sujeto inintimidable para que no vuelva a delinquir. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos[4].

---

1 Vid., BUSTOS RAMÍREZ: *Obras completas*, T. I., p. 721; PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias jurídicas*, p. 153.

2 Vid., BUSTOS RAMÍREZ: *Obras completas*, T. I, p. 722; BORJA JIMÉNEZ: *LH-Bramont-Arias*, p. 25 y s.

3 Vid., VON LISZT, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vörtrage*, T. I, p. 126 y ss.

4 Vid., la exposición de SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 26; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, p. 23.

Los esfuerzos de los representantes de la teoría de la prevención especial orientados a sustituir la toga negra del juez por la bata blanca del médico, no llegaron a imponerse plenamente en los sistemas penales del siglo XX, pues la pena siguió vinculada a la comisión de un injusto culpable[5]. Sin embargo, la prevención especial alcanzó relevancia en la imposición de las penas a través de la doctrina de la resocialización que tuvo un especial desarrollo en los años sesenta en Estados Unidos y los países escandinavos. No obstante, después de una década de gloria, la doctrina de la resocialización fue duramente cuestionada. Se le criticó, entre otras cosas, terminar justificando penas indeterminadas o muy severas[6], en la medida que la liberación del delincuente sólo procedía si se le conseguía resocializar, lo cual resulta casi un milagro en la situación actual de las cárceles[7]. Se le cuestionó además imponer al delincuente un determinado esquema de valores (el socialmente imperante[8]), vulnerando el reconocimiento constitucional de su propia autonomía[9]. Si bien el fin de resocialización de la pena se mantiene aún en el discurso penal actual, se circunscribe a ser una garantía para el delincuente, es decir, una posibilidad que se le ofrece de reinsertarse a la sociedad durante la ejecución de la pena. Si la aprovecha o no, queda sujeto a su libre arbitrio[10].

La introducción de la prevención especial en la ejecución de la pena no ha sido, sin embargo, la única incidencia del positivismo italiano en el sistema penal contemporáneo. De la mano de la llamada Escuela de la Política Criminal, la idea de la peligrosidad criminal logró abrir paso a una segunda vía del Derecho penal: Las llamadas medidas de seguridad[11]. Se trata de medidas de carácter preventivo que se imponen a los sujetos peligrosos para evitar que vuelvan a cometer hechos antijurídicos[12]. Estas consecuencias jurídicas del delito no se asientan, como las

5 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 27.

6 Así la crítica de ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 16, pues la pena tenía que perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida.

7 Sobre la inviabilidad de la resocialización en situación de privación de la libertad, BARATTA: *LH-Peña Cabrera* (1991), p. 101 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 200.

8 Vid., ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 17.

9 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 200.

10 Vid., con mayores precisiones, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 32 y s.

11 Vid., así, BORJA JIMÉNEZ: *LH-Bramont-Arias*, p. 26; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 2990; SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 21 y ss. Por su parte, GUZMÁN DALBORA: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, p. 71, hace la precisión de que el nacimiento de las medidas de seguridad bajo el planteamiento de la escuela positivista no debe llevar a soslayar el conjunto de condiciones materiales que lo propiciaron: la estructura social y económica en Europa, la marginalidad social de los pobres, el aumento de la criminalidad reincidente, etc.

12 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código Penal*, p. 18.

penas, en la culpabilidad del autor, sino en la lógica de la peligrosidad de un sujeto que debe ser tratado[13]. De esta manera, el sistema penal se conforma como un sistema de doble vía que autoriza al juez a imponer penas a los imputables y medidas de seguridad a los inimputables peligrosos[14]. En la doctrina penal se ha discutido encendidamente si la función que cumple cada una estas consecuencias jurídicas es la misma y si, en el fondo, producen una misma restricción de derechos, dando lugar a la disputa entre el monismo y el dualismo[15]. Al final se ha llegado, de alguna manera, a un punto intermedio en el que, reconociéndose sus diferencias de identidad, se permite una compensación en su ejecución: el llamado sistema vicarial[16]. De las penas se ocupó el capítulo anterior, por lo que este capítulo hará lo propio con las llamadas medidas de seguridad.

II. LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Fundamento

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal exige, para la imposición de una medida de seguridad, la existencia de intereses públicos predominantes[17]. Como puede verse, la aplicación de estas consecuencias jurídicas del delito no se sustenta en la culpabilidad del autor por el delito cometido, tal como sucede con las penas, sino en un interés público que le corresponde al Estado resguardar. Este interés se presenta cuando la persona que realiza una conducta antijurídica, pone en evidencia el peligro de que puede volver a delinquir[18], lo que requiere ser eliminado

13 Borja Jiménez: *LH-Bramont-Arias*, p. 26. El sistema de doble vía fue considerado en textos legales por primera vez en el Anteproyecto de Código penal suizo de 1893 (vid., Jorge Barreiro: *RPCP* 7-8, p. 285). Este sistema fue seguido por nuestro Código Penal de 1924 [Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 154 y s.; Pérez Arroyo: *Direito e Ciudadania*, N° 7 (1999), p. 131; Rodríguez Vásquez: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, p. 29 y s.].

14 Jorge Barreiro, en *LH-Juan del Rosal*, p. 726; Silva Sánchez, en *El nuevo Código Penal*, p. 24.

15 Vid., sobre esta disputa doctrinal, Sanz Morán: *Las medidas*, p. 31 y ss.

16 Vid., Pérez Arroyo: *Direito e Ciudadania*, N° 7 (1999), p. 137 y s.; Rodríguez Vásquez: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, p. 32 y s.

17 La tesis del interés preponderante fue formulada originalmente por Nowakwski: *FS-H. Von Weber*, p. 103 y ss. Desde entonces se ha consolidado como doctrina mayoritaria como lo indica Sanz Morán: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 973; Jorge Barreiro: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 566 y s. Críticamente, Alonso Rimo: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX (2009), p. 125 y ss.

18 La generalidad de la doctrina penal acepta que la peligrosidad del sujeto constituye el fundamento de las medidas de seguridad como lo señala Tapia Ballesteros: *Polít. Crim.* Vol. 8, N° 16 (2013), p. 576.

o reducido a un nivel tolerable mediante la imposición de medidas específicas de corrección o de custodia. No obstante, debe precisarse que tal interés no siempre autoriza la injerencia en la esfera individual del sujeto peligroso bajo la forma de una medida de seguridad. Para hacerlo no basta el interés público de eliminar o reducir la peligrosidad criminal expresada con la comisión del delito, sino que este interés debe ser lo suficientemente relevante como para predominar sobre los derechos individuales (como el derecho a la libertad) que se afectarían con la imposición de una medida de seguridad[19].

Podría decirse que a la peligrosidad criminal del autor de un delito se le podría hacer frente suficientemente con la misma imposición de la sanción penal correspondiente, en especial, si a ésta se le asocian efectos preventivos. Sin embargo, si el sujeto peligroso es un inimputable, no existirá entonces una sanción que despliegue el mencionado efecto preventivo, mostrándose claramente insuficiente que la sociedad se limite a mantener las medidas de prevención ordinarias (por ejemplo, la labor de prevención policial). Por esta razón, si la fuente del peligro se encuentra focalizada en la personalidad anómala del agente y no cabe imponerle una pena por carecer el mismo de culpabilidad jurídico-penal, la colectividad tendrá el claro interés de que el Estado tome algún tipo de medida preventiva específica sobre el inimputable peligroso para evitar que vuelva a delinquir. No se trata de castigar a un inimputable, sino de preservar a la colectividad de los riesgos criminales derivados de su personalidad desviada.

Para sustentar la predominancia del interés público por neutralizar la peligrosidad del inimputable, se propone incluir dentro de tal interés la mejora del propio inimputable o del sujeto con problemas de adaptación social[20]. El interés público no se quedaría, por lo tanto, en la mitigación del riesgo de comisión de nuevos delitos, sino que incluiría la rehabilitación del sujeto peligroso. Esta argumentación resulta absolutamente válida en el caso de inimputables que no pueden autoadministrarse responsablemente, pues tal situación deficitaria autorizaría a la colectividad a asumir la gestión del ámbito personal peligroso del inimputable con

19 Así, el valor preponderante del cumplimiento del deber de protección al costo de la libertad en las medidas de seguridad, FRISCH: *InDret* 3/2007, p. 23. En el mismo sentido, GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO: *InDret* 2/2010, p. 5 y s., al señalar, en el marco de la legitimación de las medidas de seguridad, que "*conclusiones –o costes– graves precisan de premisas –o razones, cuando menos– equivalentes*".

20 Así, ZIFFER: *Medidas de seguridad*, p. 95. Anteriormente WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 244 y s., hablaba de una admisibilidad ética frente al afectado por la medida de seguridad, en el sentido de un deber de tutela del Estado a los ciudadanos con un déficit de determinación moral. Críticamente, a partir de un modelo social de la discapacidad, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, p. 108.

la adopción de medidas de seguridad[21]. Tampoco habría problema para alcanzar con este razonamiento a los imputables relativos, siempre que la medida a imponer recaiga sobre los ámbitos que no puedan administrar responsablemente. De esta manera, encontraría plena justificación la posibilidad contemplada en el artículo 77 del CP de imponer a los imputables relativos o imputables alcohólicos o drogadictos una medida de seguridad, cuyo cumplimiento se contabiliza como parte de la pena que también se les impone. Sin embargo, el planteamiento precedente se torna problemático, si se pretende aplicar medidas de seguridad a imputables plenos, ya que, en tales casos, sí existe una autoadministración responsable del sujeto peligroso que impediría la injerencia estatal[22].

Muchos países prevén actualmente medidas de seguridad de carácter asegurativo que se imponen a imputables peligrosos, luego de haber cumplido con su condena (la llamada custodia de seguridad en Alemania[23] o la libertad vigilada en España[24]), lo que evidentemente abandona el paradigma vicarial del imputable relativo y entra en un sistema de acumulación[25]. Si bien el Perú no cuenta aún con una normativa similar, existen ya en el Congreso proyectos de ley que prevén este tipo de medidas para condenados por terrorismo y abuso sexual[26]. Se trata de una medida excepcional aplicable a supuestos muy específicos, en los que la prognosis de reincidencia, luego de cumplida la pena, es bastante alta. La idea central es que los efectos preventivos que despliega la pena ajustada a la culpabilidad, no resultan suficientes para hacer frente a la peligrosidad del sujeto imputable[27]. Lo dudoso aquí es que el interés colectivo por eliminar dicha situación de peligrosidad por

21 Vid., Jakobs: *InDret* 1/2009, p. 8.

22 Así, lo destaca Guanarteme Sánchez-Lázaro: *InDret* 2/2010, p. 9 y s.

23 Vid., al respecto, Jescheck/Weigend: *Tratado*, PG, II, p. 1215 y ss.; Gazeas, en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), p. 629 y ss.; Jorge Barreiro: *LH-Mir Puig*, p. 648 y ss.; Mir Puig, Carlos: *Actualidad Penal* 37 (2017), p. 52 y ss.; Gracia Martín: *LH-Gimbernat*, I, p. 987 y ss. El origen histórico de esta medida de seguridad complementaria a la pena, Muñoz Conde, en *Prólogo a Reincidencia y concurso de delito*, Maldonado (coord.), p. XXII, lo encuentra en el Proyecto de Código Penal Alemán de 1922 y que fue finalmente acogido en la Ley de Peligrosidad del Delincuente Habitual de 1933. Sobre la constitucionalidad de esta medida, Hall: *ZStW* 70 (1958), p. 54.

24 Vid., Huerta Tocildo: *LH-Rodríguez Ramos*, p. 117 y ss.; Jiménez Martínez: *Revista de Derecho Penal y Criminología* 7 (2012), p. 13 y ss.; Benítez Ortúzar: *CPC* 103 (2011), p. 95 y ss.; Tapia Ballesteros: *Polít. Crim.* Vol. 8, N° 16 (2013), p. 589 y ss.; García Rivas, en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), p. 602 y ss.

25 Así, Jakobs: *InDret* 1/2009, p. 10; Jorge Barreiro: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 584.

26 Vid., sobre los proyectos de ley que siguen esta tendencia de implementar medidas de seguridad postpenales, Oré Sosa/Palomino Ramírez: *Peligrosidad criminal*, p. 60 y s.

27 Vid., Ziffer: *Medidas de seguridad*, p. 31.

medio de medidas invasivas pueda ser considerado predominante frente al respecto de la autonomía individual que merece toda persona plenamente responsable.

La predominancia del interés público de evitar nuevos delitos para legitimar la imposición de medidas de seguridad a imputables peligrosos no puede ampararse, a nuestro modo de ver, en una visión utilitarista que legitime la afectación de los derechos de un individuo simplemente para beneficiar a la mayoría[28]. Tal línea de pensamiento podría prescindir incluso de la culpabilidad individual y legitimar la imposición de medidas contra sujetos inocentes, si es que resulta útil para el resto de la población. Una justificación razonable sólo podría alcanzarse, a nuestro modo de ver, si es que se le da a la medida de seguridad complementaria a la pena el carácter de una restricción de ámbitos de libertad ciudadana que se toma como contrapartida a la abierta inclinación del imputable a cometer delitos[29]. Se trata de asegurar cognitivamente un mínimo de confianza en que las normas serán observadas por quien vuelve a estar en ejercicio de su libertad. Sin embargo, la habilitación para imponer una medida de seguridad en tales casos, no debe olvidar que toda intervención estatal tiene un límite absoluto que se deriva de la dignidad humana y que impide la adopción de medidas que supongan la destrucción de componentes esenciales de la personalidad del sujeto[30].

2. Los principios informadores de las medidas de seguridad

La legitimidad de las medidas de seguridad no autoriza que su imposición se haga de manera absolutamente discrecional por parte del juez. El hecho de que no respondan a la culpabilidad del autor, no significa que carezcan de criterio alguno para controlar su imposición y específica medida. Al respecto se han desarrollado un conjunto de principios y garantías que deben rodear la imposición de las medidas de seguridad, las que no sólo son exigidas de manera unánime por la doctrina penal[31], sino que, en el caso de la regulación penal peruana, cuentan incluso con un respaldo legal expreso.

---

28 Una visión utilitarista que está implícita en la argumentación de ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 54. Críticamente, GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO: *InDret* 2/2010, p. 10 y ss.

29 Vid., JAKOBS: *InDret* 1/2009, p. 14: "*La legitimación de las medidas complementarias a la pena provienen de un defecto personal, causado de manera responsable, de aquél a quien hay que aplicar la medida: esto no ha cumplido la prestación debida consistente en velar por su fiabilidad cognitiva*". Por el contrario, con cuestionamientos a la legitimidad de este tipo de medidas, GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO: *InDret* 2/2010, p. 22.

30 En este sentido, JORGE BARREIRO: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 567; GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO: *Revista Penal* 17 (2006), p. 151.

31 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código Penal*, p. 49, en el sentido de dotar a esta segunda vía de un sistema propio de garantías.

A. *El principio de legalidad*

El Derecho de las medidas de seguridad se encuentra sujeto primeramente al principio de legalidad[32]. De acuerdo a las exposiciones doctrinales, la vigencia efectiva de la legalidad en las medidas de seguridad se alcanza por medio de cuatro garantías. La primera garantía es la criminal, la que exige que se determine previamente por ley el hecho previsto como delito que autoriza la aplicación de una medida de seguridad. La segunda garantía es la que se conoce como la garantía penal, según la cual sólo es posible imponer una medida de seguridad si ésta se encuentra previamente establecida en la ley. La jurisdiccional es la tercera garantía derivada del principio de legalidad, por cuya virtud una medida de seguridad sólo puede ser impuesta por parte de un órgano jurisdiccional. Finalmente, debe mencionarse la llamada garantía de ejecución, la que exige que la ley determine previamente la manera cómo debe ser ejecutada la medida de seguridad[33].

Nuestro Código Penal no ha plasmado de la manera más óptima las garantías del principio de legalidad. La garantía criminal debe ser deducida del artículo 72 inciso 1 del CP, en donde se exige que el agente haya realizado un hecho "previsto como delito". La garantía penal, por el contrario, sí se encuentra explícitamente recogida en el artículo II del Título Preliminar del CP que prescribe que nadie puede ser sometido a medida de seguridad que no se encuentre establecida previamente en la ley[34]. De igual firma, la garantía jurisdiccional está reconocida en toda su extensión por el artículo V del Título Preliminar del CP, en el que se establece que sólo el juez competente puede imponer medidas de seguridad y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley[35]. En donde la regulación penal resulta completamente deficiente es en la garantía de ejecución, pues el artículo VI del Título Preliminar del CP limita la legalidad de la ejecución a las penas, dejando de lado a las medidas de seguridad. Pese a las deficiencias regulativas acotadas, no tendría que haber mayor problema para, desde el reconocimiento general al principio de legalidad, dar cabida a las cuatro garantías que este principio abarca en relación con las medidas de seguridad.

En cuanto al alcance de la legalidad, las cuatro manifestaciones del principio de legalidad deben también expresarse en las medidas de seguridad: Reserva de ley, mandato de certeza, prohibición de analogía e irretroactividad de la ley[36]. La reser-

32 Vid., JORGE BARREIRO: *LH-Mir Puig*, p. 605.

33 En este sentido, JORGE BARREIRO: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6 (2000), p. 180; EL MISMO, *LH-Mir Puig*, p. 605 y s.; SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 112.

34 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 3034.

35 Vid., RODRÍGUEZ VÁSQUEZ: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, p. 35.

36 Vid., igualmente, SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 113.

va de ley impone que sólo por ley se pueden establecer medidas de seguridad[37]. El mandato de certeza, por su parte, obliga a que tanto los presupuestos que conducen a su imposición, como la medida de seguridad misma se encuentren definidos claramente en la ley[38]. De la prohibición de analogía se desprende que ésta no puede ser utilizada para determinar los presupuestos para la imposición de una medida de seguridad[39]. La manifestación de la legalidad más discutida en el ámbito de las medidas de seguridad es, sin duda, la irretroactividad de la ley penal. Unos autores sostienen que la ley aplicable debe ser la vigente al momento de la imposición de la medida, mientras que otros la vigente al momento de la comisión del hecho[40]. Si se pone el acento en la peligrosidad criminal, parecería razonable aplicar la ley vigente al momento de imponer la medida de seguridad, pues lo normal es que el último tratamiento dispuesto sea el más eficaz. Pero como la imposición de una medida de seguridad requiere también de la realización del hecho previsto como delito, entonces esta vinculación con el hecho obligará a aplicar la ley penal vigente al momento del hecho[41] (artículo 6 del CP), a no ser que la medida de seguridad vigente al momento de la imposición sea menos aflictiva para el sujeto (retroactividad benigna).

Un tema puntual que se relaciona con la legalidad, concretamente con el mandato de certeza, es la duración de la medida de seguridad. Por su propia naturaleza, no es posible fijar un plazo preestablecido que sea adecuado para el tratamiento de la peligrosidad de los distintos sujetos peligrosos. Eso ha llevado a un sector de la doctrina penal a oponerse a que se establezca previamente una duración máxima de la medida de seguridad[42]. Lo más razonable sería establecer evaluaciones periódicas para determinar la evolución del paciente y, de ser el caso, disponer la cesación de la medida si la elevada peligrosidad ha desaparecido. Esta posición no ha sido la que ha adoptado finalmente el legislador penal nacional, quien ha establecido que la duración de la medida de seguridad de internación no puede exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido aplicar

37 Vid., JORGE BARREIRO: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 570.

38 Aunque, como lo reconoce LASCURAÍN SÁNCHEZ: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 601 y s., el mandato de certeza no es tan exigente en las normas que imponen medidas respecto de las que prevén penas.

39 Vid., JORGE BARREIRO: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 570; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, p. 35.

40 Sobre este enfrentamiento de posiciones, JORGE BARREIRO: *Las medidas de seguridad*, p. 157 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 602 y s.

41 SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código Penal*, p. 16, señala que las medidas de seguridad, en cuanto postdelictuales, no pueden distanciarse radicalmente del hecho cometido.

42 Vid., JORGE BARREIRO: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6 (2000), p. 191 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código Penal*, p. 22 y s.; CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 790.

por el delito cometido[43]. Con independencia de la discusión sobre si corresponde establecer una duración máxima para las medidas de seguridad o si el criterio de la gravedad del delito cometido es el correcto, lo que queda claro es la absoluta inviabilidad de establecer como duración de la medida la pena concreta. Y ello es así en la medida que es imposible determinar cuál sería la pena concreta de un inimputable si hubiese actuado de manera culpable[44]. El legislador recurre, al final, a un parámetro hipotético que lo único que hace es darle absoluta discrecionalidad al juez para establecer la duración de la medida que, a su buen entender, corresponda dentro del marco penal abstracto.

B. La postdelictualidad

En el ordenamiento jurídico-penal actual, las medidas de seguridad solamente pueden ser impuestas por el juez luego de que, en juicio, se haya acreditado que el agente cometió una conducta antijurídica y se haya hecho patente su peligrosidad criminal con los correspondientes resguardos médicos (artículo 72 del CP). De esta exigencia se desprende que no es posible imponer una medida de seguridad con la sola peligrosidad social de un sujeto[45]. Es necesario que dicho sujeto haya realizado un hecho penalmente relevante que constituye la prueba de la elevada probabilidad de futura comisión de delitos[46]. El hecho previsto como delito no es, por lo tanto, la ocasión para imponer una medida de seguridad, sino la prueba de la peligrosidad criminal[47]. La exigencia de la postdelictualidad niega asidero a las llamadas medidas de seguridad predelictuales, como anteriormente se aceptó con las llamadas leyes de vagancia[48].

C. El principio de proporcionalidad

Toda medida que implique la restricción de derechos debe ser sometida a un juicio de proporcionalidad. Las medidas de seguridad no son una excepción a la regla de la proporcionalidad, por lo que su imposición debe hacerse de confor-

---

43 Vid., ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal*, p. 17. A favor de esta determinación temporal que también se ha hecho en la regulación penal española, ALONSO RIMO: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX (2009), p. 112 y s.

44 En este sentido, JORGE BARREIRO: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6 (2000), p. 186.

45 Vid., JORGE BARREIRO: *LH-Mir Puig*, p. 606 y s.

46 Vid., SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 120; CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 787; PÉREZ ARROYO: *Direito e Ciudadania*, N° 7 (1999), p. 143.

47 Vid., FRISCH, en *Prognoseentscheidungen*, Frisch/Vogt (Hrsg.), p. 377 y s.

48 Vid., ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal*, p. 20. Igualmente, en la regulación penal española, JORGE BARREIRO: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6 (2000), p. 181.

midad con esta exigencia básica de toda injerencia estatal sobre las personas[49]. Es doctrina unánime que el test de proporcionalidad está compuesto por un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, lo que se deberá aplicar al caso específico de las medidas de seguridad. Solamente se podrá considerar legítima entonces la medida de seguridad que se imponga bajo la observancia de estos aspectos de la proporcionalidad.

La medida de seguridad debe ser primeramente idónea para conseguir la finalidad procurada por la norma, esto es, limitar o reducir la comisión futura de nuevos hechos delictivos por parte del sujeto peligroso (juicio de idoneidad). Desde esta perspectiva resulta razonable asumir la transitoriedad de la medida de seguridad, en el sentido de que el cambio de situación (la ausencia de esa peligrosidad) puede dar lugar a una decisión inmediata de suspender la ejecución de la medida sin que sea necesario esperar a la expiración de un plazo fijo[50]. Esta idea está recogida legalmente en el artículo 75 del CP al establecer que la medida de internamiento cesa si las causas que hicieron necesaria la aplicación de esta medida han desaparecido y en el artículo 77 del CP al permitir que, en el caso del imputable relativo, se prescinda de la pena si la medida de seguridad ha sido exitosa. En el plano jurisprudencial se ha asumido igualmente la transitoriedad de la medida de seguridad en la sentencia vinculante R.N. N° 104-2005-Ayacucho.

En segundo lugar, las medidas de seguridad deben estar guiadas por el criterio de la necesidad. En atención al juicio de necesidad, se tendrá que prescindir de la imposición de una medida de seguridad, si es que es posible conseguir la misma finalidad preventiva frente a la peligrosidad criminal del sujeto con medidas de carácter extrapenal menos gravosas[51]. Pero además, aun cuando se llegase a la conclusión de que resulta necesaria la imposición de una medida de seguridad en sede penal, habrá que optar siempre por la medida de seguridad menos gravosa que sea igualmente idónea para resguardar los intereses públicos predominantes[52]. En esta línea de pensamiento, si la peligrosidad del sujeto se podría tratar de manera idónea, por ejemplo, con un tratamiento ambulatorio, sería desproporcionado imponerle la medida más restrictiva del internamiento.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto (o llamado juicio de proporcionalidad *stricto sensu*), lo que se hace es una ponderación entre la libertad

---

49 Vid., Ziffer: *Medidas de seguridad*, p. 101 y s.; Jorge Barreiro: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6 (2000), p. 183; El Mismo, *LH-Mir Puig*, p. 607; Lascuraín Sánchez: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 598.

50 Así, Ziffer: *Medidas de seguridad*, p. 96 y s.

51 Vid., Sanz Morán: *Las medidas*, p. 124. Bajo la idea de la mínima intervención, igualmente, Jorge Barreiro: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 580.

52 Sobre la importancia del criterio de la necesidad, vid., Frisch: *InDret* 3/2007, p. 30 y ss.

individual afectada por la medida de seguridad y la seguridad colectiva amenazada por la peligrosidad criminal para decidir si la segunda pesa por sobre la primera. Los criterios para hacer esta ponderación están previstos en el artículo 73 del CP, en donde se establece que la imposición de una medida de seguridad debe ser proporcional con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado[53]. Como puede verse, en este juicio se mezclan criterios retrospectivos con criterios prospectivos[54]. Teniendo en cuenta los criterios establecidos, no será legítimo, por ejemplo, imponer una medida de seguridad si la peligrosidad criminal no es relevante. En esa misma línea, el artículo 74 del CP ha establecido que la medida de internación sólo es aplicable si la peligrosidad criminal está referida a delitos considerablemente graves[55].

III. NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina penal dominante le asigna a las medidas de seguridad el carácter de sanciones penales[56]. Se sostiene que aunque la pena sea un instrumento para sancionar la culpabilidad y la medida de seguridad un mecanismo para tratar la peligrosidad criminal, en el fondo, tanto la una como la otra constituyen privaciones o restricciones de derechos impuestas en el ámbito penal, por lo que ambas deben ser consideradas auténticas "sanciones penales"[57]. En esta línea de pensamiento, el precedente vinculante de la Corte Suprema R.N. N° 104-2005-Ayacucho, establece que las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible.

Pese a lo extendido del parecer doctrinal antes mencionado y la adhesión de la Corte Suprema del Perú, consideramos que esta interpretación yerra al darle a las medidas de seguridad (post-delictuales) el carácter de sanción penal por el solo hecho de constituir restricciones de derechos impuestas en el marco de un proceso

53 Vid., PÉREZ ARROYO: *Direito e Ciudadania,* N° 7 (1999), p. 144; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ: *Peligrosidad e internación en Derecho penal,* p. 39. En la doctrina penal española, JORGE BARREIRO: *LH-Rodríguez Mourullo,* p. 576 y s.

54 Igualmente, en la regulación alemana, SANZ MORÁN: *Las medidas,* p. 130. Sin embargo, tal como lo destaca SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código Penal,* p. 44, la preferencia en la ponderación la debe tener la gravedad de los delitos que probablemente cometiera si no es tratado.

55 Vid., igualmente, la Sentencia de la Corte Suprema R.N. N° 104-2005-Ayacucho.

56 En el Perú, PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias jurídicas,* p. 156; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal,* PG, II, § 26, n.m. 2993; ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal,* p. 9. En España, BORJA JIMÉNEZ, en *LH-Bramont Arias,* p. 27; SANZ MORÁN: *Las medidas,* p. 71 y s.; TAPIA BALLESTEROS: *Polít. Crim.* Vol. 8, N° 16 (2013), p. 577.

57 BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal,* p. 256.

penal[58]. Con esa misma lógica habría que darle el carácter de sanción penal a la multa que el juez penal impone en el ejercicio de su poder disciplinar al abogado que altera el orden de la sala. Una medida restrictiva de la libertad o de otros bienes jurídicos solamente puede alcanzar el carácter de ser una sanción penal si es que es consecuencia de un juicio de culpabilidad hecho por el juez penal con base en los criterios de imputación jurídico-penales. Por el contrario, si la imposición de una medida restrictiva de derechos por parte de un juez no se ajusta al criterio de la culpabilidad penal, no se podrá hablar, en sentido estricto, de una sanción penal.

Tal como ya lo indicamos, las medidas de seguridad se sustentan en el criterio de la peligrosidad, el cual no es más que una especificación o adaptación al proceso penal de la idea más general del peligro social. Este criterio orienta la actividad asegurativa y coercitiva de la Administración Pública en atención al bien común. Por lo tanto, las medidas de seguridad no constituyen sanciones penales, sino medidas administrativas orientadas por el bien común[59]. El argumento de que solamente dotando a las medidas de seguridad de un carácter penal se podría asegurar el debido respeto de las diversas garantías del ciudadano[60], resulta cuando menos engañoso, pues las garantías individuales que evitan una injerencia abusiva del Estado son aplicables a cualquier medida que restrinja o limite los derechos de los ciudadanos[61]. El respeto de las garantías en la aplicación de las medidas de seguridad no depende de que se les asigne una naturaleza punitiva, sino de que se exija aquellas que se correspondan con su verdadera naturaleza.

IV. LOS PRESUPUESTOS

Tal como lo establece el artículo 72 del CP, las medidas de seguridad se aplican cuando concurran conjuntamente dos requisitos muy puntuales: i) Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y ii) Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. Cada uno de estos

---

58 También críticos se muestran en esta línea GONZÁLEZ RIVERO: *LH-Jakobs* (Colombia), p. 68; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 609 y s. En la doctrina penal nacional, PÉREZ ARROYO: *Direito e Ciudadania*, N° 7 (1999), p. 128.

59 Así, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 41, señalando que integrarían el Derecho de policía y administrativo. En sentido similar, GUZMÁN DALBORA: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, p. 83: "*medidas de policía*", Por su parte, ZIFFER: *Medidas de seguridad*, p. 31, habla de "*una respuesta de tipo de administrativo o de seguridad pública*".

60 Como lo hace ZUGALDÍA ESPINAR: *PJ* 46, p. 331, respecto a las consecuencias accesorias. Críticamente, ZIFFER: *Medidas de seguridad*, p. 230.

61 Por eso, señala correctamente LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 610, que las garantías de las medidas de seguridad encuentran su legitimidad no en el Derecho penal, sino en la Constitución.

requisitos contiene un conjunto de aspectos esenciales de los que nos ocuparemos seguidamente con mayor detalle. De manera común se discute, sin embargo, si su prueba debe seguir el mismo estándar de la certeza más allá de toda duda razonable y mantener la vigencia del *in dubio pro reo*[62]. Si bien parece razonable seguir este estándar en el caso del requisito de la realización de un hecho previsto como delito, no lo es para el requisito de la prognosis criminal, en la medida que se trata de un juicio de probabilidad futura que no es objeto de prueba[63].

1. La realización de un delito

Lo primero que se desprende de la exigencia del requisito de la realización de un hecho previsto como delito es que quedan fuera del ámbito penal la posibilidad de imponer medidas de seguridad de carácter pre-delictual[64], como eran las contempladas en la antigua la ley de vagancia que estuvo vigente en nuestro país hasta 1986. Una medida de seguridad precisa de la realización previa de un hecho previsto como delito. Lo que necesita, más bien, de una aclaración interpretativa es lo que debe entenderse por "hecho previsto como delito". Si bien no hay duda que tal determinación se debe hacer de la mano de la misma teoría del delito elaborada para la imposición de la pena[65], queda claro también que no es correcto exigir la realización de un injusto culpable, sobre todo si se tiene en cuenta que las medidas de seguridad suponen, en principio, la actuación de un sujeto inimputable. A partir de esta idea, la doctrina penal es prácticamente unánime al requerir solamente la realización de un hecho típico y antijurídico (esto es, un injusto penal) para habilitar la imposición de una medida de seguridad[66].

La rigidez del presupuesto de la realización de un injusto penal se ha empezado, sin embargo, a relativizar, en la medida que se ha planteado la posibilidad de imponer medidas de seguridad a personas que actúan sin dolo o culpa, faltándole, por tanto, a su conducta el carácter de típica (por falta de tipicidad subjetiva[67]). Piénsese en aquella persona que sufre algunas distorsiones en la percepción que

62 Vid., Jorge Barreiro: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 575.

63 Vid., así, Sanz Morán: *Las medidas*, p. 104 y s. Con razón Lascuraín Sánchez: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 605, sostiene que aplicar la regla del *in dubio pro reo* al juicio sobre el comportamiento futuro llevaría a la inaplicación de toda medida de seguridad.

64 Así, Frisch: *InDret* 3/2007, p. 28; Jorge Barreiro: *LH-Mir Puig*, p. 613; Oré Sosa/ Palomino Ramírez: *Peligrosidad criminal*, p. 11.

65 Vid., en este sentido, Sanz Morán: *Las medidas*, p. 44.

66 Vid., Ziffer: *Medidas de seguridad*, p. 221; Jorge Barreiro: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6 (2000), p. 182.

67 Vid., en este sentido, Silva Sánchez: *LH-Bacigalupo* (España), p. 867 y ss.; Molina Fernández: *LH-Gimbernat*, I, p. 1339; Joshi Jubert: *LH-Mir Puig* (2017), p. 648.

le impiden representarse la realidad correctamente o que carece absolutamente de una capacidad de inhibición. ¿Podría decirse que, en estos casos, su actuación fue intencional? Si se tiene en cuenta lo expuesto, no habrá duda de la necesidad de reconfigurar el presupuesto del injusto penal en las medidas de seguridad, de manera que permita la imposición de estas medidas en los casos anteriormente mencionados. En este sentido, el presupuesto consistente en "haber realizado un hecho previsto como delito" debe entenderse en un sentido fundamentalmente objetivo, esto es, como la realización de una conducta objetivamente desvalorada que lleva a la afectación de un bien jurídico. A la crítica que cuestiona que se use dos conceptos de antijuridicidad distintos[68], habría que replicar que eso no presenta ningún problema en un planteamiento que, como el sostenido aquí, les asigna a las medidas de seguridad una naturaleza distinta a la penal.

2. La peligrosidad criminal

El requisito de la llamada peligrosidad criminal hace alusión a la elevada probabilidad de que el agente cometa nuevos delitos en el futuro[69]. Esta peligrosidad se determina por medio de un pronóstico que debe llevar a cabo el juez penal[70]. Para que dicho pronóstico justifique la imposición de una medida de seguridad, el juez debe llegar al convencimiento de que el agente en libertad volverá a cometer nuevos hechos delictivos en los contextos de interactuación usuales u ordinarios, no siendo suficiente con proyectar una simple falta de adaptación a los cánones sociales en general. Pese a que algunos autores cuestionan la legitimidad e incluso la viabilidad científica de la prognosis criminal[71], el hecho es que el sistema penal peruano lo asume expresamente para determinar el presupuesto de la peligrosidad criminal como requisito para la imposición de medidas de seguridad.

Sobre la forma como debe determinarse el requisito del pronóstico criminal, la legislación no establece absolutamente nada. La doctrina penal es la que se ocupa de precisarlo, indicando que tal juicio debe estar compuesto por tres elementos: la diagnosis (la determinación de la situación en la que se encuentra el sujeto), la clasificación (la ordenación de la situación determinada en categorías de individuos semejantes de los que cabe esperar la comisión de futuros delitos) y la prognosis (la predicción acerca del cálculo de probabilidad de la conducta futura del sujeto

68 Así, MOLINA FERNÁNDEZ: *LH-Gimbernat*, I, p. 1353.

69 Vid., CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 790; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, p. 56 y s.; ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal*, p. 20, diferenciándola de la llamada peligrosidad social.

70 Vid., JORGE BARREIRO: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6 (2000), p. 182.

71 Vid., la referencia a estas posiciones críticas, SANZ MORÁN: *Las medidas*, p. 93 y ss.

comprendido en la clasificación)[72]. Si este procedimiento debe ser realizado por un perito o por el mismo juez penal, lleva la discusión a la cuestión de si la prognosis criminal constituye un dato empírico que debe ser verificado por un especialista o si se trata de un concepto normativo que el juez debe determinar valorativamente.

En la doctrina reina el consenso en cuanto a que resulta insuficiente el recurso a simple datos estadísticos o de probabilidad empírica para hacer la prognosis criminal, por lo que debe asumirse, más bien, una perspectiva normativista[73]. No se trata, por lo tanto, de un pronóstico empírico como el que se hace por las ciencias naturales, sino de una valoración que debe realizar el juez conforme a parámetros legalmente establecidos[74]. Esta valoración debe llevarle al convencimiento de que existe una situación del concreto autor a la que se le asigna, desde la perspectiva de la generalidad, un potencial lesivo suficiente para perturbar la tranquilidad pública[75]. Por esta razón, a la comunidad se le hace intolerable que el Estado omita, ante tal situación, una labor de prevención específica. Si bien el juicio de prognosis es practicado por el juez desde una perspectiva normativa, resulta lógico que utilice, como base de su valoración, los datos ofrecidos por las pericias psicológicas o psiquiátricas que se practiquen sobre el agente[76], las que pueden utilizar diversos métodos para pronosticar la comisión futura de delitos[77].

El legislador penal peruano ha establecido dos referentes para la realización de la prognosis criminal: el hecho cometido y la personalidad del agente. El primero debe ser entendido en el sentido de destacar aquellas circunstancias del hecho cometido que permitan inferir un peligro de reincidencia. La animosidad, la normalidad de la situación, la ausencia de alguna provocación externa, son algunos de los datos de los que se puede deducir la peligrosidad criminal. Por su parte, el estudio de la personalidad del agente ofrecerá también elementos para afirmar el peligro de futura comisión de delitos. De lo que se desprende de los factores legalmente establecidos para hacer el juicio de prognosis es que dicho juicio tiene una naturaleza de carácter individual, es decir, que debe estar referido a la probabilidad de que el

72 Vid., Jorge Barreiro: *LH-Mir Puig*, p. 614 y s.

73 En esta línea, Frisch: *InDret* 3/2007, p. 26 y s.

74 Vid., Frisch, en *Prognoseentscheidungen*, Frisch/Vogt (Hrsg.), p. 75 y s.

75 Así, el Frisch, en *Prognoseentscheidungen*, Frisch/Vogt (Hrsg.), p. 75 y ss.

76 Sobre el rechazo unánime a pronósticos intuitivos sin información psicológica o psiquiátrica, Sanz Morán: *Las medidas*, p. 97.

77 Vid., Rodríguez Vásquez: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, p. 58 y ss., destacando el método clínico puro, el método estadístico o actuarial y el método clínico estructurado. La referencia a estos métodos también en Jorge Barreiro: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 573.

sujeto concreto cometa nuevos delitos en el futuro y no simplemente concluir que pertenece a determinado grupo de riesgo.

En cuanto a la determinación de la peligrosidad criminal del sujeto a la que se llega por medio del juicio de prognosis, existen dos exigencias normativas que se desprenden del artículo 72 del CP. Por un lado, es necesario que la probabilidad de comisión de nuevos delitos sea elevada, por lo que resulta insuficiente contar con una mera posibilidad o con una probabilidad de grado medio. Por otro lado, los delitos que el sujeto peligroso muy probablemente cometerá en el futuro no deben ser de igual naturaleza que el previamente cometido. La terminología usada por la regulación legal es indeterminada ("nuevos delitos") e incluso, si se tiene en consideración que uno de los elementos del juicio de proporcionalidad es la gravedad de los delitos que probablemente cometería el sujeto si no fuese tratado, queda claro que eso supone que el hecho cometido no debe tener necesariamente la misma naturaleza de aquellos que el sujeto peligroso podría cometer en el futuro.

3. El caso de los imputables relativos o peligrosos

Los presupuestos antes mencionados para la imposición de las medidas de seguridad parecerían limitar su aplicación a los inimputables. Sin embargo, nuestro propio Código Penal establece que las medidas de seguridad se pueden imponer también a imputables relativos e incluso a drogadictos o alcohólicos imputables. Esta posibilidad no altera los presupuestos legalmente exigidos para imponer una medida de seguridad, sino solamente los redimensiona. En este orden de ideas, el presupuesto del "hecho previsto como delito" pasa a ser entendido como la realización de un injusto culpable. Por su parte, el presupuesto de la peligrosidad criminal adquiere un peso fundamental, pues la medida de seguridad que recae sobre el imputable relativo o el imputable con problemas de adicción o alcoholismo se le impone precisamente por el pronóstico de futura comisión de delitos, inferido del delito cometido y sus condiciones personales. Dada la imputabilidad del agente, éste recibe conjuntamente una pena (en algunos casos disminuida por una menor culpabilidad) y una medida de seguridad por la peligrosidad criminal que el juez llega a determinar por medio del juicio de prognosis.

V. CLASES

Desde el punto de vista legal, el artículo 71 del CP establece cuáles son las medidas de seguridad que se pueden imponer al sujeto peligroso en el sistema penal peruano: la internación y el tratamiento ambulatorio[78]. La internación consiste en

78 Vid., ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal*, p. 15; PÉREZ ARROYO: *Direito e Ciudadania*, N° 7 (1999), p. 147.

el ingreso y tratamiento del inimputable o sujeto peligroso en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado con fines terapéuticos o de custodia[79]. Por su parte, el tratamiento ambulatorio, como su propio nombre lo dice, consiste en un tratamiento con fines terapéuticos o de rehabilitación que se hace sin privar de la libertad al imputable relativo[80]. Dado que las medidas de seguridad están sujetas al principio de legalidad, su regulación debe entenderse bajo la lógica de un sistema cerrado, por lo que no será posible que el juez imponga una medida distinta a las previstas en la regulación penal.

En la doctrina penal, las distintas medidas de seguridad se suelen ordenar también en función de si su finalidad es curativa o asegurativa. Las primeras se orientan a eliminar las causas de la peligrosidad, mientras que las segundas se limitan a proteger a la sociedad del autor peligroso[81]. Si bien el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal les asigna a las medidas de seguridad una función sustentada en el aspecto curativo (curación, tutela y rehabilitación), no es posible excluir por completo algún efecto asegurativo. El que tanto la internación como el tratamiento ambulatorio se encuentren informados por un componente fundamentalmente curativo, no cierra la puerta a que pueda desplegarse algún efecto asegurativo. Tal situación se ve con claridad en la medida de internación, la que, si bien consiste en una privación de la libertad que apunta a cumplir con una función eminentemente curativa, permite también asegurar al agente peligroso durante el tiempo de su ejecución. En el caso del tratamiento ambulatorio, por el contrario, su función se circunscribe claramente a la rehabilitación[82], por lo que su aplicación no podrá desarrollar finalidad asegurativa alguna.

1. La internación

La medida de internación es una medida que implica la privación de la libertad del sujeto peligroso en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado con fines de tratamiento o custodia[83]. Esta medida puede imponerse a un inimputable, a un imputable relativo o a un imputable con adiciones al alcohol o a las drogas[84]. La finalidad del tratamiento de la internación está referida a curar al sujeto o a mejorar su estado, de modo tal que deje de ser peligroso. En cuanto a la

79 Crítico ante la reducción de opciones de las medidas de seguridad, Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 163.

80 Vid., Oré Sosa/Palomino Ramírez: *Peligrosidad criminal*, p. 18.

81 Vid., Ziffer: *Medidas de seguridad*, p. 30; Sanz Morán: *Las medidas*, p. 74.

82 Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 3031.

83 Sobre la doble finalidad de la medida de seguridad de internación, Rodríguez Vásquez: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, p. 49 y ss.

84 Así, Oré Sosa/Palomino Ramírez: *Peligrosidad criminal*, p. 16.

finalidad de custodia, lo que la internación busca es asegurar que el sujeto peligroso no se encuentre en situación de volver a cometer un delito. Si bien la normativa legal no establece la preponderancia de una finalidad por sobre la otra, en la doctrina penal se sostiene la primacía de la finalidad de custodia, pues si no se puede curar al sujeto peligroso, al menos se consigue neutralizarlo mientras dure la internación[85].

La imposición de la medida de internación cuenta con ciertas limitaciones legales. Del artículo 75 del CP se desprende que su aplicación sólo es posible si el sujeto peligroso ha realizado un delito sancionado con pena privativa de libertad, pues la duración de esta medida está en función de la duración de la pena privativa de libertad que hubiese correspondido por el delito cometido[86]. Es más, ni siquiera cualquier delito sancionado con pena privativa de libertad habilita al juez a imponer la medida de internación a un sujeto peligroso, sino que debe tratarse de un delito considerablemente grave. Conforme al artículo 74 del CP y a la doctrina jurisprudencial instaurada por el precedente vinculante R.N. N° 104-2005-Ayacucho, la medida de internación sólo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves[87]. Aunque no se cuente en el Código Penal con algún referente normativo que defina lo que es un delito considerablemente grave, no hay duda que debe tratarse de delitos que, por lo menos, deberían conllevar la imposición de una pena privativa de libertad efectiva.

Si bien el juez, al imponer la medida de internación, debe fijar una duración que no debe exceder lo que hubiese durado la pena privativa de libertad que se hubiese impuesto por el delito cometido, no es necesario que el tiempo de duración previsto en la sentencia se cumpla en su integridad. Se trata solamente de un límite temporal máximo, en el que debe procurarse la finalidad curativa del tratamiento. En efecto, el artículo 75 del CP dispone que cada seis meses la autoridad del centro de hospitalario o de rehabilitación remitirá al juez penal una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido. De ser éste el caso, el juez hará cesar la medida de internación

85 Vid., RODRÍGUEZ VÁSQUEZ: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, p. 50 y s.

86 Vid., ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal*, p. 17. Sobre la necesidad de precisar si este juicio hipotético del juez debe limitarse a los elementos que afectan el injusto o incluir también aspectos de la culpabilidad, vid., SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código Penal*, p. 38.

87 Vid., ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal*, p. 16. Si esa gravedad del delito no está presente en el caso concreto, nada impide que se pueda disponer la internación del inimputable en un centro psiquiátrico no penitenciario, como lo señala JORGE BARREIRO: *LH-Mir Puig*, p. 617.

impuesta[88]. Esta decisión de cese puede consistir en la sustitución de la medida de internación por una de tratamiento ambulatorio o en la supresión de ambas clases de medidas por considerarse innecesarias[89]. En caso de sustitución de la medida, nada impide que el juez pueda volver a la medida de internación si la situación del sujeto empeora con el tratamiento ambulatorio, siempre que se esté todavía dentro del plazo general establecido[90].

Si la medida de internación se aplica a un imputable relativo o a un alcohólico o drogadicto imputable, el juez dispondrá que esta medida se cumpla antes que la pena que se corresponde a su culpabilidad. El artículo 77 del CP se pone en este caso y se adhiere a lo que se conoce como el sistema vicarial[91], al disponer que el tiempo de privación de la libertad que implique el internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la pena. El dispositivo penal es incluso más flexible, en la medida que autoriza al juez a dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento. Sin embargo, esta decisión del juez no puede ser arbitraria, sino que debe responder al cumplimiento de una privación de la libertad que se ajuste al grado de culpabilidad del sujeto. No debe olvidarse que se trata de imputables, aunque con disminuciones, por lo que, si bien su culpabilidad es menor, eso no significa que puedan verse librados de cumplir con la pena que les corresponde por su específica culpabilidad.

2. El tratamiento ambulatorio

El tratamiento ambulatorio es una medida de seguridad de carácter periódico que se hace con fines terapéuticos o de rehabilitación. Para la aplicación de esta medida de seguridad, el legislador ha establecido una limitación que no parece razonable. Según lo dispuesto en la parte final del artículo 76 del CP, el tratamiento ambulatorio se debe aplicar conjuntamente con la pena al imputable relativo. Incluso en el ámbito de los delitos sexuales, el artículo 178-A del CP, admite la posibilidad de aplicar esta medida de seguridad para sujetos imputables a fin de facilitar su readaptación social. Pero los que quedarían al margen del ámbito de aplicación de esta medida serían los inimputables[92]. Bajo estos parámetros legales, si un inimputable comete un delito que no reúne una especial gravedad, no podrá ser sometido a un

88 Vid., ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal*, p. 17.

89 Vid., ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal*, p. 18. Igualmente, en la regulación penal española, JORGE BARREIRO: *LH-Mir Puig*, p. 633.

90 Vid., JORGE BARREIRO: *LH-Mir Puig*, p. 634.

91 BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código penal anotado*, p. 291, con apreciaciones críticas.

92 Igualmente, la crítica de ORÉ SOSA/PALOMINO RAMÍREZ: *Peligrosidad criminal*, p. 19; PÉREZ ARROYO: *Direito e Ciudadania*, N° 7 (1999), p. 148.

tratamiento ambulatorio, aunque exista una elevadísima probabilidad de que, en el futuro, vuelva a cometer delitos similares.

VI. EL PROCESO DE SEGURIDAD

El Código Procesal Penal ha incorporado, como un proceso especial, el llamado proceso de seguridad, el cual sirve para el juzgamiento de procesados inimputables susceptibles de ser sancionados con la medida de seguridad de internación[93]. La especialidad de este proceso se justifica en la necesidad de adaptar el itinerario procesal a la determinación de los presupuestos propios de la medida de seguridad de internación[94]. El proceso de seguridad no es aplicable, por el contrario, a los imputables relativos ni a los imputables dependientes del alcohol o las drogas, a los que también cabría imponer, dado el caso, medidas de seguridad[95]. En estos últimos supuestos, se aplicarán siempre las reglas procesales que rigen el proceso común, pues existe un ámbito de culpabilidad que debe determinarse con base en la normativa procesal ordinaria. Si en un proceso se encuentran implicados varios imputados y uno o más son inimputables, se dispondrá la desacumulación de los cargos contra estos últimos y se les hará un juzgamiento independiente conforme a las reglas del proceso de seguridad. La ley no hace alusión alguna a la competencia del juez en relación con ambos procedimientos, por lo que puede asumirse razonablemente que será el mismo juez penal el que habrá de realizar ambos juzgamientos de manera paralela o secuencial. Ello también resulta justificado materialmente, pues, el objeto de prueba será siempre el mismo hecho punible que fue materia de la investigación preparatoria y del requerimiento fiscal[96].

El proceso de seguridad puede incoarse de dos formas distintas. Por un lado, la incoación puede ser como consecuencia de la verificación de fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos. Esta determinación puede tener lugar durante la investigación preparatoria o durante el juicio, de oficio o a petición de parte. En efecto, el artículo 75 del CPP le da al Juez de la investigación preparatoria o al Juez penal colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, la potestad de ordenar un examen al procesado por un perito especializado. Con el informe pericial convoca a una audiencia con participación de las partes y del perito en la que, de estimar acreditada la inimputabilidad del procesado, dispone el inicio de un proceso especial de seguridad. Como puede verse, esta primera vía de acceso a la aplicación del proceso de seguridad depende

93 Vid., SÁNCHEZ VELARDE: *El nuevo proceso penal*, p. 378.

94 En este sentido, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 816 y s.

95 Vid., NEYRA FLORES: *Manual*, p. 450; SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 819.

96 Así, PRADO SALDARRIAGA: *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 23 y ss.

de una iniciativa y decisión jurisdiccional, pero eso no significa que al juez le corresponda abrir dicho proceso especial, sino que instará al fiscal para que éste se encargue de hacer el requerimiento correspondiente ante el juez de la investigación preparatoria[97].

La segunda forma de incoación del proceso de seguridad tiene lugar al terminar la etapa de la investigación preparatoria. Si el fiscal considera que el procesado es un inimputable y por su peligrosidad cabría aplicarle una medida de seguridad, dispondrá la realización de las diligencias de investigación imprescindibles sobre el hecho cometido, así como aquellas de carácter pericial que permitan consolidar y sustentar su posición. Si estima que se dan los presupuestos para imponer una medida de seguridad, procederá a requerir la apertura de juicio oral y formulará el correspondiente requerimiento de imposición de la medida de seguridad ante el juez de la investigación preparatoria, precisando su extensión temporal. La regulación procesal establece que el fiscal deberá observar los mismos requisitos que se exigen para la elaboración de una acusación y la solicitud de una pena. La doctrina procesal señala que, para instaurar el proceso de seguridad, no es necesario que exista certeza sobre la inimputabilidad del procesado, sino que basta con que, *prima facie*, no puede excluirse dicho estado[98].

La representación procesal del inimputable y, por ende, el ejercicio de sus facultades y derechos en el proceso de seguridad serán asumidos por su curador o por quien designe el juez de la investigación preparatoria. Todas las actuaciones procesales se entenderán con dicho representante, salvo las actuaciones judiciales que sean de carácter personal, como los interrogatorios o reconocimientos[99]. No obstante, debe tenerse presente que, si el estado del procesado inimputable no permite que pueda ser interrogado, se podrá prescindir de ello[100]. En este punto de la regulación legal, PRADO SALDARRIAGA hace una atingencia acertada en relación con un error de redacción del Código Procesal Penal, pues vincula el proceso de seguridad con los inimputables que se encuentran "*en la situación prevista en el artículo 20º.2 del Código Penal*", cuando esta disposición sustantiva no regula la imputabilidad por anomalía psicopatológica, sino por minoría de edad, lo que el propio Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 18 inciso 2, excluye del proceso penal común[101]. En consecuencia, hay que entender que el Código Procesal Penal hace referencia, más bien, a la imputabilidad prevista en el artículo 20 inciso

97 Vid., en este sentido, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 820.

98 En este sentido, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 817.

99 Así, PRADO SALDARRIAGA: *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 24.

100 Vid., SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 821.

101 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 24 y s.

1 del CP que se sustenta en anomalías psíquicas, afectaciones de la consciencia o alteraciones de la percepción.

Si bien la regulación procesal no es lo suficientemente clara en el sentido de establecer si existe una etapa intermedia en el proceso de seguridad, la doctrina procesal entiende que sí la hay[102]. El apoyo legal de este parecer se encontraría en el artículo 457 inciso 4 del CPP, en el que se establece que el juez de la investigación preparatoria puede rechazar el requerimiento de imposición de medidas de seguridad formulado por el fiscal, si considera que corresponde aplicar una pena, siendo esta decisión susceptible de apelación con efecto suspensivo. En consecuencia, recibido el requerimiento fiscal de imposición de una medida de seguridad, el juez de investigación preparatoria deberá correr traslado de dicho requerimiento a los sujetos procesales y convocar a una audiencia de control, en la que se discutirá los aspectos formales y sustanciales del requerimiento, así como la admisión de la prueba del componente fáctico de los presupuestos que sustentan el pedido de imposición de la medida de seguridad correspondiente.

En cuanto al juzgamiento en el proceso de seguridad, se deben observar las disposiciones procesales que correspondan al juzgamiento en el proceso común[103], ajustándose a la calidad del procesado, así como a los fines específicos de su juzgamiento. No obstante, la regulación procesal establece algunas reglas especiales. En primer lugar, en el proceso de seguridad el juicio se debe desarrollar sin la presencia de público. Si bien esta situación constituye una excepción al principio y garantía de la publicidad del juicio oral, se encuentra plenamente justificada por la calidad del procesado y la necesidad de no afectar su dignidad de persona[104]. Incluso se puede prescindir de la presencia del inimputable procesado durante el juzgamiento por su estado de salud o razones de orden o de seguridad. Estas particularidades del juzgamiento se compensan con la presencia obligatoria de su representante procesal y de su abogado defensor. Si no es posible que el procesado concurra al juzgamiento por las causales aludidas, se le podrá interrogar con anterioridad al juicio y con orientación de un perito. Este interrogatorio previo sólo podrá tener lugar si, a juicio del perito, la condición del procesado lo permite. En caso de no poder contar con la presencia del perito en el juicio o con una declaración previa, se podrán leer todas sus declaraciones anteriores sobre el objeto de prueba[105].

---

102 En este sentido, San Martín Castro: *Derecho Procesal Penal*, p. 821.

103 Igualmente, Neyra Flores: *Manual*, p. 451.

104 Así, Prado Saldarriaga: *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 25; San Martín Castro: *Derecho Procesal Penal*, p. 821.

105 Vid., Neyra Flores: *Manual*, p. 453.

En el proceso de seguridad el interrogatorio del perito en el juicio es imprescindible. Se trata del perito que examinó y emitió el dictamen sobre el estado de inimputabilidad o enfermedad mental del procesado. Al respecto, Prado Saldarriaga señala dos aspectos complementarios. Primero, que en el juicio se puede disponer, a resultas del interrogatorio practicado al perito, que se amplié el examen practicado al procesado por un nuevo perito. Segundo, que el interrogatorio, pese a que no lo dice la ley, deberá de focalizarse en torno a la peligrosidad potencial del procesado (probabilidad de que cometa en el futuro nuevos actos de carácter delictivo y considerablemente graves); y sobre la duración probable de su tratamiento (necesidad mínima y máxima del régimen de internación)[106].

El Código Procesal Penal señala finalmente que la sentencia versará sobre la absolución o sobre la aplicación de la medida de seguridad solicitada. El término absolución evidentemente no se debe entender en términos de un juicio de culpabilidad, sino de la pretensión de imponerle una medida de seguridad. La doctrina nacional ha cuestionado la concisión de esta disposición legal, pues, dada la novedad en nuestro medio del proceso de seguridad, debieron desarrollarse pautas más detalladas en torno al contenido y fundamentación del fallo de aplicación de la medida de seguridad de internación. Prado Saldarriaga sostiene, por ejemplo, que la sentencia debe precisar aspectos como la realización probada del hecho imputado, la vinculación directa o indirecta del procesado con la realización del hecho imputado, la condición acreditada de inimputabilidad del procesado al momento de la realización del hecho punible, el pronóstico de peligrosidad subjetiva futura del procesado, la necesidad del tratamiento, así como de sus características y duración para el caso concreto[107]. Adicionalmente, Neyra Flores precisa que también debe haber un pronunciamiento sobre la reparación civil que no forma parte de la pena y que, por lo tanto, no cabe excluirla de un proceso de seguridad[108].

La normativa procesal contempla también la posibilidad de transformar el proceso de seguridad en un proceso común. Dicha transformación procede cuando de los debates e interrogatorios realizados en el juicio oral, se advierta que no corresponde el proceso de seguridad y que es posible imponerle una pena al procesado[109]. El juez dictará, en tal caso, la resolución de transformación del proceso y advertirá de su decisión al imputado para que éste pueda argumentar lo conveniente a su defensa, dando la posibilidad de intervención a las otras partes procesales. En relación con esta decisión, la normativa procesal no establece la posibilidad de impugnación. Pero hay que coincidir con Prado Saldarriaga que, dada la trascendencia y

106 Vid., Prado Saldarriaga: *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 26.

107 Vid., Prado Saldarriaga: *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 27 y s.

108 Vid., Neyra Flores: *Manual*, p. 454 y s.

109 Vid., San Martín Castro: *Derecho Procesal Penal*, p. 822.

el efecto de la misma, el recurso de apelación debe ser autorizado[110]. Sin embargo, la norma procesal establece que, una vez emitida la resolución de transformación, el juicio se *suspenderá* para reiniciarse antes del octavo día, lo que significa que la referida apelación no podrá tener un efecto suspensivo[111].

La regulación procesal se pone también en el caso que sea el fiscal el que advierta la necesidad de transformar el proceso de seguridad. En tal caso, se deberá proceder de manera similar al supuesto procesal de la acusación ampliatoria o complementaria. El fiscal deberá, por tanto, observar las reglas específicas que definen los incisos 2 y 3 del artículo 374 del CPP, adecuando su acusación a las circunstancias del hecho punible y a la pena correspondiente. El juicio deberá suspenderse para que los otros sujetos procesales puedan adaptarse al nuevo requerimiento fiscal y al nuevo esquema del debate. La suspensión no podrá exceder de cinco días y permitirá a la defensa ofrecer las pruebas que sean pertinentes a su posición procesal. En cualquier caso, la normativa penal establece la necesidad de que se preserve siempre dentro del nuevo juicio la correlación entre acusación y sentencia. Si es que el procesado no estuvo presente en el desarrollo del juicio que se le seguía conforme al proceso de seguridad, se deberá repetir con presencia del procesado todas aquellas actuaciones del juicio que se realizaron en su ausencia.

Una figura inversa a la expuesta se presenta cuando, en el juzgamiento derivado de un proceso común, el fiscal determina, una vez concluido el debate probatorio, que al procesado le corresponde la imposición de una medida de seguridad. En tal caso, el artículo 387 inciso 2 del CPP establece que el fiscal podrá, en mérito de la prueba actuada en juicio, solicitar la imposición de una medida de seguridad en sustitución de la pena (inimputable) o en concurrencia con ella (imputable relativo). Tal posibilidad está condicionada evidentemente a que, sobre dicho extremo, se hubiera producido en juicio el debate contradictorio correspondiente. Lo mismo puede solicitar el abogado defensor al amparo de lo establecido en el artículo 390 inciso 2 del CPP. En tal caso, el juez deberá decidir la medida de seguridad que sustituya la pena o concurra con ella[112]. Incluso es posible que el mismo juez plantee, al amparo de lo previsto en el artículo 374 inciso 1 del CPP, la posibilidad de imponer una medida de seguridad, generando de esta manera el debate contradictorio que le habilitaría a imponer, de entenderlo procedente, una medida de seguridad[113].

---

110 Vid., PRADO SALDARRIAGA: *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 29 y s.

111 En ese sentido, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 822.

112 Vid., SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 823.

113 En este sentido, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 823.

CAPÍTULO 23
LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal Peruano regula, como una clase de consecuencias jurídicas del delito, las denominadas consecuencias accesorias. Bajo tal denominación se agrupan medidas de diversa naturaleza que difícilmente pueden reducirse a un único criterio regulatorio[1]. En común solamente tienen dos aspectos. En primer lugar, que no son formalmente penas ni medidas de seguridad, así como tampoco conceptos que se puedan integrar en la reparación civil por el daño producido[2]. En segundo lugar, que lo que caracteriza a estas reacciones jurídicas es que son accesorias, lo que no significa que exijan necesariamente una condena, sino que dependen de la existencia de un injusto penal principal, sin el cual no sería posible imponerlas[3]. Por encima de estos aspectos comunes, no hay duda que cada una de ellas cuenta con particularidades propias que hace necesario exponerlas diferenciadamente[4].

Las consecuencias accesorias reconocidas en nuestra legislación penal son dos: El decomiso y las medidas aplicables a las personas jurídicas[5]. Si bien su regulación

---

1 Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 387; CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 168; GÁLVEZ VILLEGAS/GUERRERO LÓPEZ: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 39.

2 Así, GÁLVEZ VILLEGAS/GUERRERO LÓPEZ: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 38.

3 Similarmente, CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p.174 y s. Sin embargo, críticos GÁLVEZ VILLEGAS/GUERRERO LÓPEZ: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 48 y s., en cuanto a la denominación de "accesorias".

4 Igualmente, GÁLVEZ VILLEGAS/GUERRERO LÓPEZ: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 48; GÁLVEZ VILLEGAS: *Decomiso*, p. 24.

5 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS/GUERRERO LÓPEZ: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 28; GÁLVEZ VILLEGAS: *Decomiso*, p. 24.

se encuentra contenida fundamentalmente en el Código Penal, resulta necesario tener en consideración también lo normado en ciertas leyes especiales. Así, en el caso del decomiso, se debe atender a lo establecido en las leyes especiales que prevén su imposición para delitos usualmente relacionados con el movimiento de bienes (p.e. la Ley de Delitos Aduaneros o la Ley contra el Lavado de Activos), así como también lo concerniente a la figura de la extinción de dominio de bienes vinculados con el delito que se encuentra recogida en el D. Leg. N° 1373. En lo que respecta a las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas, su regulación se debe complementar igualmente con las leyes penales especiales que contemplan su específica aplicación en diversos delitos tipificados fuera del Código Penal (p.e. la Ley Penal Tributaria, la Ley de Delitos Aduaneros, la Ley contra el Lavado de Activos o la Ley contra el Crimen Organizado).

II. EL DECOMISO

El artículo 102 del CP establece que el decomiso determina el traslado de los bienes relacionados con el delito a la esfera de titularidad del Estado [6]. Este traslado de los bienes no constituye necesariamente una expropiación, pues, en muchos casos, aunque el bien decomisado se encuentre fácticamente en la esfera de disposición de un particular, éste no cuenta con un derecho de propiedad sobre el mismo[7]. Por ello, si bien el término comiso proviene del término latín "*commissum*" que es traducido generalmente como confiscación, lo cierto es que ambas medidas no pueden ser identificadas, ya que la confiscación, además de ser entendida usualmente como una pena, supone, por lo general, la pérdida completa del patrimonio del autor del delito[8].

La regulación penal peruana precisa cuáles son los bienes relacionados con el delito que pueden ser pasibles de la medida del decomiso: los instrumentos, los objetos y los efectos (en especial, las ganancias) del delito[9]. El legislador penal peruano sigue el modelo de regulación español que prevé una sola medida aplicable a los distintos bienes relacionados con el delito[10]. El decomiso se encuentra normado

6 Vid., Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 62.

7 Vid., Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 44.

8 En este sentido, Rodríguez García: *El decomiso de activos ilícitos*, p. 130.

9 Chunga Hidalgo: *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 130.

10 Vid., al respecto, Roig Torres: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI (2016), p. 240. En el Derecho Penal Alemán, por el contrario, se siguió inicialmente un sistema de regulación que distinguía diversas medidas de pérdida de dominio o traslado de la propiedad de bienes relacionados con el delito: En el caso de los instrumentos y efectos lo que procedía era el decomiso (*Einziehung*, § 74 StGB), mientras que, si se trataba de ganancias lo que correspondía era la confiscación (*Verfall*, § 73 StGB), en donde se incluía, de manera

de manera general en el artículo 102 del CP, mientras que el artículo 104 del CP se ocupa de un supuesto especial de decomiso de ganancias ilícitas: las que obtiene una persona jurídica por medio de la comisión de delito por parte de sus miembros individuales. Por ello, se hará primero una exposición general sobre la figura del decomiso, para entrar luego en las particularidades del decomiso de ganancias de las personas jurídicas.

1. El decomiso de objetos, instrumentos y efectos del delito

En su redacción originaria, el artículo 102 del CP circunscribía el decomiso a los instrumentos del delito (*instrumentum scaeleris*) y los efectos provenientes de la infracción penal (*productum scaeleris*)[11]. Dentro de los primeros se consideraban los bienes que eran utilizados para cometer o intentar cometer el delito (p.e. el arma de fuego en un homicidio), mientras que por efectos se entendían aquellos bienes que resultaban o eran consecuencia directa del delito como la droga producida, el dinero falsificado o los bienes con marca falsificada[12]. La situación ha cambiado sustancialmente con las posteriores modificaciones al mencionado dispositivo legal que han terminado por regular el decomiso para tres bienes distintos: los instrumentos, los objetos y los efectos del delito. En cuanto a los instrumentos del delito, la regulación actual no contiene mayor variación respecto de la regulación originaria. Los cambios se han producido, más bien, en relación con lo que se entiende por objeto o por efecto del delito. Los bienes que anteriormente eran considerados efectos del delito, se les llaman ahora objetos del delito, junto con aquellos sobre los que recae la acción delictiva (p.e. la especie protegida traficada o la mercancía contrabandeada)[13]. La denominación de efectos hace referencia, por su parte, a los beneficios o ganancias derivadas del delito (p.e. el dinero recibido por la venta de la droga o el pago recibido por el sicario)[14].

---

específica, la privación de las ganancias ilícitas en el caso de las personas jurídicas (*Mehrerlösabführung*). Desde la reforma del 2017, también en Alemania se sigue ahora el sistema de una sola medida: el decomiso. Vid., al respecto, Saliger: *ZStW* 129 (2017), p. 995 y ss.

11 Vid., Castillo Alva: *Las consecuencias*, p 210; Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 57.

12 Críticamente, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p 212, alegando que no puede identificarse el objeto del delito con el efecto del delito. Esta discusión ha perdido piso con la actual redacción del artículo 102 del CP que recoge ambos supuestos dentro de la figura del decomiso.

13 Por el contrario, el Acuerdo Plenario N° 5-2010, limita el concepto "objeto del delito" a las cosas materiales sobre las que recae la acción típica (punto 9).

14 Así, destaca Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 56, que las ganancias son efectos mediatos del delito: se trata de los frutos o rentas de lo obtenido por el delito. Del mismo parecer, Delgado Tovar: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 52 (2013), p. 62.

A. Fundamento

Bajo la vigencia del tenor original del artículo 102 del CP, no había mayor discusión para sostener que el fundamento por el cual el juez penal podía decretar el decomiso de los instrumentos o efectos del delito, era su peligrosidad, en el sentido de que estos bienes podían producir, en el futuro, una nueva afectación de los bienes jurídicos penalmente protegidos[15]. Bajo esta perspectiva, el decomiso resultaba procedente cuando el juez hacía un juicio de prognosis positivo sobre tal peligrosidad. Se trataba de una medida cognitiva de aseguramiento ante una situación de peligro para los bienes jurídicos. En el actual escenario legislativo, resulta claro que la referida peligrosidad ha dejado de ser el fundamento común del decomiso, pues no alcanza para justificar su aplicación a las ganancias procedentes del delito. El fundamento del decomiso no puede ser, por lo tanto, el mismo en todos los casos, sino que dependerá del bien sobre el que recae dicha medida[16].

a. El decomiso de objetos del delito

En el caso de los objetos del delito, el fundamento del decomiso se mantiene en la peligrosidad de que estos bienes puedan ser usados para afectar los bienes jurídicos penalmente protegidos. Así, por ejemplo, si los bienes que el contrabandista introduce ilegalmente al país no se decomisaran, entonces tales bienes podrían terminar entrando, de alguna manera, en el tráfico patrimonial interno, afectándose igualmente el orden del mercado interno que los delitos aduaneros buscan proteger. Debe hacerse la precisión de que el posible uso lesivo de los objetos del delito que autoriza su decomiso no necesariamente debe reunir los elementos constitutivos de una conducta punible. Bajo esta consideración, por ejemplo, la droga en el delito del tráfico ilícito de drogas será peligrosa por el solo hecho de que drogodependientes puedan consumirla. El delito deja objetos que podrían terminar lesionando o intensificando la lesión del bien jurídico penalmente protegido, si es que no son oportunamente decomisados.

Si el objeto del delito tiene una naturaleza intrínsecamente delictiva, su decomiso procederá sin mayor cuestionamiento por su indiscutible peligrosidad[17]. Así, el material de pornografía infantil, por ejemplo, debe ser decomisado al que se le encuentra en posesión. Por el contrario, si se trata de objetos de lícito comercio, lo que procede es, más bien, su restitución a quien corresponda o, en todo caso,

---

15 Vid., así, CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p.198 y ss. En relación con la regulación penal española GRACIA MARTÍN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 394.

16 En este sentido, GÁLVEZ VILLEGAS: *Decomiso*, p. 40 y s. Igualmente en la regulación penal española, PUENTE ABA: *CIIDPE*, 2009, p. 5 y s.; DE LA MATA BARRANCO: *LH-Mir Puig* (2017), p. 942.

17 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS: *Decomiso*, p. 95.

su afectación al pago de la reparación civil. Esto último se desprende claramente del propio tenor del artículo 102 del CP, cuando establece que el decomiso de los objetos del delito procede si, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. En ese sentido, por ejemplo, el bien hurtado debe ser restituido a su propietario, del mismo modo que el patrimonio ocultado en el fraude concursal debe ser utilizado para el pago de la reparación civil a los acreedores defraudados.

b. El decomiso de instrumentos del delito

El decomiso de los instrumentos del delito se sustenta igualmente en la peligrosidad de dichos bienes, pero referida, de manera concreta, a su posible utilización en la comisión de un nuevo delito[18]. Lo que se busca con esta medida preventiva es retirar el instrumento del ámbito de disposición de su titular y evitar así un probable uso delictivo. En sintonía con esta idea, por ejemplo, el vehículo especialmente acondicionado para introducir oculta mercancía de contrabando debe ser decomisado, si es que no se quiere que vuelva a ser usado para los mismos fines delictivos. Una particularidad de la regulación legal es que el artículo 102 del CP restringe el decomiso de los instrumentos a los que se hayan utilizado para "ejecutar" el delito[19], sin alcanzar a los utilizados en la fase de preparación. Esta decisión legislativa no tiene ninguna razón atendible[20]. El decomiso de un instrumento del delito se decide a partir del peligro de ser nuevamente utilizado con la misma finalidad delictiva, no por la proximidad de su uso con el resultado lesivo.

La procedencia del decomiso de los instrumentos del delito bajo la idea de la peligrosidad objetiva es clara si se trata de bienes intrínsecamente delictivos, como una máquina para falsificar billetes[21]. Si se trata de bienes de lícito comercio, pero especialmente peligrosos como las armas de fuego, explosivos, etc., el decomiso procederá si no hay certeza de un uso seguro por quien lo tiene a su disposición[22]. Un caso especial de decomiso de instrumentos del delito previsto expresamente por el artículo 102 del CP tiene lugar cuando los bienes de procedencia lícita se utilizan como medios para ocultar o convertir bienes de ilícita procedencia. La peligrosidad

18 Igualmente, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 221; García Navarro: *JuS Doctrina & Práctica* 6 (junio de 2007), p. 50; Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 79.

19 En el Derecho penal español, por el contrario, se ha zanjado esta discusión incluyendo expresamente los instrumentos utilizados en la preparación. Vid., al respecto, Puente Aba: *CIIDPE*, 2009, p. 13.

20 De otro parecer, sin embargo, Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 81; Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 62.

21 Vid., Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 63.

22 Igualmente, Gálvez Villegas: *Decomiso*, pp. 60, 64.

de los bienes, en estos casos, no se encuentra en su naturaleza, sino en la predisposición de su titular para usarlos como medio para ocultar o impedir la identificación del origen delictivo de otros bienes[23]. Por el contrario, si los bienes utilizados como instrumentos del delito carecen de peligrosidad objetiva, no cabrá su decomiso, sino, en todo caso, su secuestro para fines de investigación (prueba material) o su embargo para hacer frente a la eventual reparación civil por el daño producido, siempre que sobre el propietario se pueda ejercer efectivamente la correspondiente acción civil.

c. El decomiso de efectos del delito

Los efectos del delito están referidos, en la actual regulación del decomiso, a la rentabilidad de la actividad delictiva. Por tales se entiende los bienes, dinero, beneficios o ganancias provenientes de la infracción penal. No interesa si la rentabilidad es inmediata o mediata, por lo que pueden incluirse tanto los beneficios obtenidos directamente por el delito (p.e. la recompensa cobrada por el sicario), como los que se producen con posterioridad (p.e. el precio recibido por la venta de un bien robado)[24]. En cuanto al fundamento que autoriza su decomiso, resulta claro que no reside en la peligrosidad de estos bienes relacionados con el delito, pues las ganancias no son, en sí mismas, peligrosas. El decomiso de los efectos del delito debe encontrar, por lo tanto, una justificación distinta a la que sustenta esta medida cuando se trata de los instrumentos u objetos del delito.

En la doctrina penal se sostiene, de manera relativamente extendida, que el decomiso de los beneficios de origen delictivo se fundamenta en que el delito no es un título legítimo para generar riqueza de forma jurídicamente reconocida, por lo que no se puede admitir un incremento patrimonial mediante la comisión de un delito[25]. Se trataría, por lo tanto, de un mecanismo de redistribución que tiene lugar en el proceso penal ante una situación de enriquecimiento sin causa jurídicamente válida (cuasi enriquecimiento sin causa)[26]. Tal enfoque no es erróneo, pero resulta, por lo menos, incompleto, pues el fundamento del decomiso de lo ilícitamente ganado reside finalmente en desincentivar la actuación del delincuente bajo

23 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS: *Decomiso*, p. 92.

24 Igualmente, en la regulación penal española, VIZUETA FERNÁNDEZ: *Revista Penal* 19 (2007), p. 164 y s.

25 Vid., GARCÍA NAVARRO: *JuS Doctrina & Práctica* 6 (junio de 2007), p. 49 y s.; GÁLVEZ VILLEGAS/GUERRERO LÓPEZ: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 89; GÁLVEZ VILLEGAS: *Decomiso*, p. 68; VIZUETA FERNÁNDEZ: *Revista Penal* 19 (2007), p. 166.

26 Así, un sector importante de la doctrina penal alemana habla de una medida de compensación por un cuasi enriquecimiento sin causa (*quasi-kondiktionelle Ausgleichsmassnahme*), tal como lo informa ESER: StGB-*Kommentar*, Schönke/Schröder: § 73, n.m. 18, con mayores referencias bibliográficas.

la idea de que el delito no vale la pena[27]. No hay duda que las ganancias ilícitas se decomisan porque el delito no es una forma legítima de enriquecerse, pero la razón de hacerlo es para desincentivar la decisión de cometer delitos.

La determinación del fundamento del decomiso de los efectos o ganancias del delito permite dimensionar su alcance. Por un lado, los beneficios mediatos podrán decomisarse, aunque la vinculación con el delito se encuentre intermediado por un acto lícito. Así, por ejemplo, la renta procedente de alquilar el bien robado sigue siendo un efecto del delito a efectos del decomiso. Si el delito no puede ser un título válido para obtener incrementos patrimoniales, no hay razón para no englobar bajo el concepto de ganancia los beneficios lícitos obtenidos con los bienes procedentes directamente de un delito[28]. Por otro lado, si el decomiso de los beneficios del delito fuese solamente una medida que impide el enriquecimiento sin causa lícita, entonces tendría que ajustarse a la ganancia neta, pues si se dirige al ingreso bruto, se desbordaría el fundamento del enriquecimiento sin causa y se entraría en un ámbito propiamente punitivo de pérdida de lo invertido[29]. El enfoque es, sin embargo, distinto si se tiene en cuenta que el decomiso apunta finalmente a desincentivar la comisión de delitos, pues limitar la ganancia decomisable a la neta llevaría a que el infractor juegue a ganar o no ganar con el delito. Por ello, el decomiso de las ganancias solamente podrá producir el efecto desincentivador esperado si es que el decomiso alcanza también a la inversión bajo la lógica del ingreso bruto.

El que los efectos del delito se definan de forma extensiva requiere, sin embargo, establecer algún tipo de limitación, pues, de lo contrario, existe el peligro de convertir en ilícita gran parte de la economía legal. Se deben encontrar ciertos límites normativos a la vinculación causal con el delito para mantener las condiciones mínimas de funcionamiento del mercado. En primer lugar, puede mencionarse el caso de la mezcla de las ganancias del delito con fondos lícitos. Si se siguiese un criterio puramente causal, todos los fondos y los derivados de esos fondos se convertirían en efectos del delito, lo cual no parece ser lo más adecuado para el funcionamiento de la economía, pues la contaminación se expandiría por la economía lícita como una mancha de aceite en el mar[30]. Por esta razón, solamente la parte ilegal debería ser considerada como un efecto del delito, siempre que tenga cierta

27 Así, Chunga Hidalgo: *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 135, destaca la funcionalidad preventiva del decomiso de los efectos del delito.

28 De otro parecer, Vizueta Fernández: *Revista Penal* 19 (2007), p. 165 y s.

29 Así, Eser: StGB-*Kommentar*, Schönke/Schröder: § 73, n.m. 19; Vizueta Fernández: *Revista Penal* 19 (2007), p. 171. De otra opinión, sin embargo, Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 88, por razones de aligeramiento probatorio.

30 Vid., así, en el caso del lavado de activos Aránguez Sánchez: *El delito de blanqueo de capitales*, p. 210.

significancia en el conjunto. Lo anterior no rige si los fondos lícitos son utilizados para ocultar o lavar los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso pueden ser también decomisados bajo la calidad de instrumentos del delito. En segundo lugar, hay que mencionar los casos de transformación, en el que el bien original se transforma en otro distinto. Para que en estos casos se pierda la vinculación con el delito previo, debe tratarse de una transformación esencial que cambie incluso la naturaleza del bien originario. En tercer lugar, la procedencia delictiva debe limitarse cuando existe una adquisición de buena fe[31].

B. Naturaleza

Desde el punto de vista, por lo menos formal, el decomiso no está contemplado en la regulación penal nacional como una clase de pena (artículo 28 del CP), a diferencia de cómo estuvo regulado, por ejemplo, en la anterior regulación española[32]. Tampoco puede ser considerado una medida de seguridad, si se tiene en cuenta el dato puntual de que el artículo 71 del CP no lo incluye como alguna de las medidas aplicables a los sujetos peligrosos. La situación no es distinta en relación con la reparación civil, pues, aunque se regulen en un mismo capítulo, el decomiso no forma parte de los conceptos que abarca la reparación civil (artículo 93 del CP)[33]. Ante este escenario legislativo, surge entonces la pregunta lógica sobre cuál sería la naturaleza jurídica que le corresponde al decomiso.

Podría pensarse que, al tener el decomiso distintos fundamentos en función del bien sobre el que recae, su naturaleza jurídica no podría ser la misma en todos los casos. Tal conclusión es, sin embargo, apresurada, pues el distinto fundamento del decomiso no implica necesariamente que su naturaleza jurídica sea diferente en los distintos bienes sobre los que puede recaer. El decomiso responde, en todos los casos, a una finalidad preventiva de evitar el riesgo de una nueva afectación de bienes jurídicos: En un caso evitando que bienes peligrosos produzcan nuevas lesiones al bien jurídico, en otro eliminando los incentivos para cometer delitos en razón de los beneficios que se pueden obtener[34]. Dado que la finalidad preventiva no se sustenta en la culpabilidad del autor, queda claro entonces que su naturaleza

31 Vid., TIEDEMANN: *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 7, n.m. 281.

32 Vid., RAMÓN RIBAS, en *Nuevos retos del Derecho penal*, Faraldo Cabana (dir.), p. 218 y s. Como bien lo apunta GRACIA MARTÍN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 391 y s., este diferente tratamiento tiene repercusiones prácticas muy importantes, pues si se tratara de una pena se requerirá siempre la culpabilidad del autor, así como su aplicación personalísima, lo que significa que no podrían decomisarse objetos que no le pertenecieran al autor culpable.

33 Le niega esta naturaleza GÁLVEZ VILLEGAS: *Decomiso*, p. 37.

34 GRACIA MARTÍN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 485 y s.

jurídica no puede ser penal[35]. El decomiso es claramente una medida preventiva de carácter administrativo. Su diferencia con las medidas de seguridad es que no se enfocan en la persona, sino en los bienes, por lo que su imposición no responde a un principio de personalidad[36].

C. *Procedencia*

a. *Los bienes relacionados con el delito*

Conforme a nuestra regulación legal, como ya se dijo *supra*, el decomiso puede recaer sobre los instrumentos, objetos y efectos del delito. Un bien que no se encuentre relacionado con el delito en cualquiera de esas tres formas, no podrá ser pasible de esta medida preventiva. Sin embargo, debe quedar claro que el decomiso no procede en todos los casos, sino que resulta necesario que se cumpla con aquello que justifica su imposición. En ese sentido, el instrumento utilizado para cometer el delito debe contar con la peligrosidad de un nuevo uso delictivo, del mismo modo que los objetos del delito deben ser de ilícito comercio para ser decomisados. En el caso de las ganancias, la situación es más sencilla, pues el decomiso procede respecto de todas ellas, a no ser que deban amparar el pago de la reparación civil.

Dado que el decomiso está referido a bienes que se encuentran relacionados con el delito, resulta de suma importancia determinar el alcance del término "delito" a tales efectos. No parece conveniente asumir una interpretación amplia en el sentido de un "hecho punible", sino, más bien, una estricta en el sentido de un "injusto penal". En consecuencia, para que proceda el decomiso de un bien relacionado con el hecho penalmente relevante bastaría con que el juez determine que ese hecho es típico y antijurídico, sin que sea necesaria la culpabilidad del autor, ni mucho menos la punibilidad del delito[37]. De esto se desprende, por lo tanto, que el decomiso no está necesariamente atado a una sentencia condenatoria, sino que puede decretarse aunque se absuelva al procesado[38]. Lo que solamente se requiere es

---

35 De otro parecer, sin embargo, Gálvez Villegas/Delgado Tovar: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 152; Ramón Ribas, en *Nuevos retos del Derecho penal*, Faraldo Cabana (dir.), p. 225; De la Mata Barranco: *LH-Mir Puig* (2017), p. 948.

36 Así, Ramón Ribas, en *Nuevos retos del Derecho penal*, Faraldo Cabana (dir.), p. 229.

37 Igualmente, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 207; García Navarro: *JuS Doctrina & Práctica* 6 (junio de 2007), p. 51; Quispe Mejía, en *Estudios críticos*, p. 312; Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 58; Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 36; Chunga Hidalgo: *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 128. Igualmente, en la regulación penal española, por todos, Roig Torres: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI (2016), p. 205 y s.

38 Al respecto debe tenerse en consideración que el artículo 398.2 del CPP establece que la sentencia absolutoria ordenará la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén

que el juez penal determine un injusto penal, con el cual el bien se encuentre vinculado como instrumento, objeto o efecto. La Corte Suprema de la República no es, sin embargo, de este parecer en la Casación N° 540-2015-Puno, en donde sostiene que el decomiso sólo procede en caso de sentencia condenatoria, a excepción del caso en el que no se haya acreditado la participación del imputado en el delito, pero los bienes son intrínsecamente delictivos.

No existe una razón válida para limitar la medida del decomiso a los delitos dolosos, dejando al margen las realizaciones culposas penalmente sancionadas. Los delitos culposos constituyen también hechos delictivos, por lo que sus instrumentos, objetos o efectos deberían poder ser igualmente decomisados[39]. Lo mismo cabe decir sobre la tentativa del delito. Aunque el delito no se consuma en el caso de una tentativa, su ejecución constituye ya un hecho penalmente relevante. Bajo estas consideraciones, por ejemplo, los instrumentos que se utilizan en una ejecución no consumada del delito deberían ser también pasibles de un decomiso[40].

Una cuestión final es la referida a si la expresión "delito" debe reducirse a los delitos en sentido estricto o si debe abarcar también a las faltas[41]. Desde el punto de vista preventivo, no existe una razón para limitar el decomiso a los delitos, por lo que debería poder aplicarse a las faltas. Esta afirmación podría ser puesta en tela de juicio, sin embargo, si se tiene en cuenta que el artículo 102 del CP se refiere

---

sujetos a decomiso, lo que permite, interpretar *a contrario sensu*, que no se restituirán los objetos respecto de los que el decomiso procede. Por poner un ejemplo burdo: si una persona en cuya casa se encuentra droga y que luego se demuestra que ésta había sido dejada por un desconocido sin su conocimiento, ¿debe impedir la sentencia absolutoria el decomiso del bien?

39 No obstante, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 226, hace una reducción teleológica del término infracción penal y lo limita a los delitos dolosos. Del mismo parecer, García Navarro: *JuS Doctrina & Práctica* 6 (junio de 2007), p. 52; Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 41 y s. En el caso de la regulación penal española, inicialmente el decomiso se restringía expresamente a los delitos dolosos, pero el tenor actual de la ley incluye también a los delitos culposos, como lo destaca Roig Torres: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI (2016), p. 208.

40 Vid., Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 78; Chunga Hidalgo: *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 134. Igualmente, Gracia Martín: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 397, yendo incluso más allá, pues también estima procedente el decomiso en el caso de actos preparatorios punibles. La discusión puede llegar a ser terminológica, pues podría considerarse que la realización de un acto preparatorio punible constituye ya un delito consumado. En la doctrina nacional, admite el decomiso también en la tentativa García Navarro: *JuS Doctrina & Práctica* 6 (junio de 2007), p. 52.

41 Vid., así, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 206; García Navarro: *JuS Doctrina & Práctica* 6 (junio de 2007), p. 51. En la legislación española igualmente Gracia Martín: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 397; Puente Aba: *CIIDPE*, 2009, p.15 y s.

exclusivamente al delito, siendo claro que el texto punitivo lo diferencia de lo que es una falta. Sin embargo, no debe olvidarse que el artículo 440 del CP señala que las disposiciones referidas a la Parte General resultan aplicables también a las faltas. En este orden de ideas, la medida del decomiso podrá decretarse en el proceso por faltas sobre los bienes que sean considerados instrumento, objeto o efectos de la falta.

b. El decomiso facultativo o parcial

El artículo 103 del CP establece un supuesto en el que el decomiso es facultativo o, en todo caso, sólo parcial. Según este dispositivo legal, el juez podrá no decretar el decomiso o hacerlo sólo parcialmente si es que los efectos o instrumentos del delito no son de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y la gravedad de la infracción penal. Hay que precisar, sin embargo, que el artículo 103 se ha quedado con la redacción original del artículo 102 del CP, pues hace referencia únicamente a los instrumentos y efectos del delito[42]. Si el bien decomisable es un objeto del delito, su decomiso será, en todos los casos, obligatorio y total. Esta distinción carece de toda lógica, por lo que resulta necesario que, en una futura modificación legislativa, se ordene adecuadamente esta regulación especial del decomiso.

Para que el juez penal pueda prescindir de decomisar los efectos o instrumentos del delito, o hacerlo sólo parcialmente, resultan necesarias dos condiciones. En primer lugar, los bienes decomisables deben ser de lícito comercio. En segundo lugar, su valor no debe guardar proporción con la gravedad de la infracción penal cometida, en el sentido de tratarse de un bien de alto valor vinculado a un delito de escasa gravedad. Como puede verse, esta regla especial impregna el decomiso del principio de proporcionalidad[43]. Así, por ejemplo, el juez penal podrá no decretar el decomiso de la maquinaria pesada con la que se lesionó levemente a un trabajador. La Corte Suprema de la República en la Casación N° 423-2014 Puno señala que, en estos casos, el juez penal debe optar por el derecho a la propiedad (punto 10.2).

c. El decomiso de bienes en manos de terceros

Si los objetos, instrumentos o efectos del delito se encuentran en la esfera de dominio de terceros, esa situación no tiene por qué impedir la procedencia del decomiso. En la redacción anterior del artículo 102 del CP se establecía, de manera

42 Por el contrario, lo niega también en el caso de los efectos del delito, Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 102.

43 Como una regla de proporcionalidad, en relación con una disposición similar en el Derecho penal español, Gracia Martín: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 380; Puente Aba: *CIIDPE*, 2009, p. 12. En contra, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 236.

general, que el decomiso no procedía contra los bienes que pertenecían a terceros no intervinientes en la infracción penal[44]. Ahora, la regulación legal del decomiso admite expresamente tal posibilidad[45], aunque establece ciertas limitaciones, siempre que se trate de bienes de lícito comercio. La finalidad preventiva del decomiso no puede pasar por encima de los derechos de terceros que, sin tener relación con los hechos delictivos, hayan procedido conforme a Derecho y actuado de buena fe[46].

En el caso de los instrumentos del delito, el decomiso de bienes que pertenecen a terceros será posible si es que éstos prestaron su consentimiento para el uso. Está claro que esa autorización debe ser de carácter general y no para la específica comisión del delito, pues, de ser este último el caso, su titular ya no sería, en estricto, un tercero. La Corte Suprema de la República no sigue, sin embargo, este criterio en la Casación N° 423-2014-Puno, pues considera que su falta de intervención en el delito impide el decomiso de los instrumentos con los que se ejecutó el delito. En el caso de los efectos del delito, el decomiso directo no procede si es que los bienes han sido transferidos a terceros de buena fe a título oneroso, tal como se desprende del tenor del último párrafo del artículo 102 del CP que habilita el decomiso de valor equivalente para estos casos. Aunque respecto de los objetos del delito no existe una regulación expresa referida al caso de los bienes en poder de terceros, no hay duda que, si el bien ha sido transferido a un tercero de buena fe, esa transferencia deberá ser respetada por razones de orden en el tráfico patrimonial. El decomiso de los objetos del delito debe tener como límite la adquisición onerosa por un tercero de buena fe, en la medida que, de otro modo, se afectaría sensiblemente la seguridad en el tráfico patrimonial.

d. El decomiso y la reparación civil

El decomiso no resulta procedente si el bien en cuestión debe cubrir o asegurar el pago de la reparación civil o tiene que ser restituido al afectado[47]. Así, por ejemplo, el automóvil con el que se lesionó gravemente a la víctima debe ser asegurado mediante un secuestro conservativo para el pago de la reparación civil y no, más bien, incautado como un instrumento del delito con fines de decomiso. Del mismo modo, el objeto del delito de hurto, debe ser devuelto a su dueño y no, por el contrario, decomisado como un objeto del delito. La idea central es que el decomiso no perjudique el derecho de los perjudicados a ver cubierta satisfactoriamente la reparación civil.

Está claro que la limitación de la medida del decomiso para no afectar el pago de la reparación civil solamente se presenta respecto de bienes que sean de lícito

---

44 Críticamente con la anterior regulación, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 204 y s.

45 Vid., Chunga Hidalgo: *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 131.

46 Vid., Rodríguez García: *El decomiso de activos ilícitos*, p. 205 y s.

47 Vid., Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 75.

comercio, pues si se trata de bienes intrínsecamente delictivos, no podrán ser realizados para el pago de la reparación civil o restituidos a nadie. Tampoco procede medidas de aseguramiento con fines de reparación civil respecto de las ganancias del delito, pues hacerlas pasibles de tal afectación, implicaría admitir un derecho de propiedad del imputado sobre las ganancias del delito, lo que no es así[48]. Para que el bien pueda respaldar el pago de la reparación civil es necesario que el imputado o el tercero civilmente responsable sean propietarios legítimos de los bienes. La situación es distinta, sin embargo, si las ganancias del delito están constituidas por los bienes de las víctimas del delito como ocurren en las estafas o defraudaciones. En tal caso, lo que corresponde es la restitución de esos bienes.

e. La legitimidad procesal

Aunque el artículo 102 del CP asigna la decisión de decomisar los bienes al juez sin establecer expresamente si puede proceder de oficio o necesariamente a instancia de algún sujeto procesal, es evidente que tal cuestión forma parte de las pretensiones procesales asignadas al Ministerio Público[49]. Esta situación ha quedado, por lo demás completamente aclarada con la última modificación al artículo 349 del CPP, en la medida que se incluye, como parte del contenido de la acusación, la solicitud de las consecuencias accesorias (349.1 literal f). La introducción del decomiso en el debate penal obliga a que se tengan en cuenta también diversas garantías como el derecho de defensa, la legalidad o la proporcionalidad.

D. Formas especiales de decomiso

Además de la manera regular de realizar el decomiso de los bienes relacionados con el delito (el llamado decomiso directo, genérico, ordinario o propio[50]), existen ciertas formas especiales de decomiso que apuntan a potenciar su finalidad preventiva. Nuestra regulación legal recoge algunas de ellas, estableciendo ciertas condiciones particulares para su procedencia. Otras, sin embargo, no cuentan aún con un amparo legal para poder ser aplicadas por el juez penal.

a. El decomiso sustitutivo

Una forma especial de decomiso es el llamado decomiso sustitutivo, el cual recae sobre los bienes que sustituyen a los efectos o ganancias que proceden directamente del delito. Así, por ejemplo, si el narcotraficante se compra una vivienda con

48 En este sentido, Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 114; Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 114.

49 En este sentido, Gálvez Villegas/Delgado Tovar: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 179.

50 Vid., al respecto, Rodríguez García: *El decomiso de activos ilícitos*, p. 161.

el producto de las ventas de droga, el decomiso puede recaer sobre dicha vivienda. Tal posibilidad está expresamente prevista en el tenor actual del artículo 102 del CP, cuando establece que el juez penal dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, "cualesquiera sean las transformaciones que éstos hubieran podido experimentar"[51]. Sin embargo, lo que no precisa la norma es si resulta posible que el decomiso pueda recaer, a la vez, sobre el bien sustituto y el bien sustituido. Al respecto lo razonable es que el decomiso recaiga solamente sobre el bien sustituto, a no ser que la sustitución constituya un nuevo delito (lavado de activos, principalmente) que autorice el decomiso de ambos bienes.

b. El decomiso de valor equivalente

Otra forma especial de decomiso es el llamado decomiso de valor equivalente. Este decomiso tiene lugar cuando no es posible el decomiso de los efectos o las ganancias procedentes del delito porque éstos han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a terceros de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga. En tal caso, el juez dispondrá el decomiso de bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero (sin buena fe) por un monto equivalente al valor de los efectos o ganancias procedentes del delito que ya no pueden ser decomisados directamente. En un primer momento, la regulación del decomiso no contempló expresamente esta forma especial de decomiso[52], pero posteriormente, en la reforma del 2013, se le dio cabida mediante una modificación del artículo 102 del CP que apuntaba a adaptar la normativa del decomiso a los estándares de la OCDE[53].

En cuanto a los supuestos de aplicación del decomiso de valor equivalente, existen dos modelos legislativos posibles: el modelo de aplicación por frustrar el decomiso directo (Alemania) y el modelo de aplicación por cualquier impedimento (España)[54]. Podría pensarse que, al incluir la regulación nacional la cláusula general de "cualquier otra razón análoga", la decisión del legislador habría sido en favor de asumir el modelo del impedimento. Tal interpretación cobraría incluso mayor fuerza si se tiene en cuenta que se suprimió la referencia que inicialmente se hacía a que la razón de la improcedencia del decomiso directo debía ser atribuible al autor o partícipe. Sin embargo, los supuestos previstos por la regulación nacional están referidos claramente a actos de frustración del decomiso directo, lo que no cambia

51 Vid., Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 91 y s.; Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 85.

52 Así criticaba esta deficiencia de la legislación penal peruana, Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 106.

53 Vid., Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 88.

54 Vid., al respecto, Puente Aba: *CIIDPE*, 2009, p. 17 y s.

con la cláusula general de la razón análoga, pues esa otra razón tiene que ser similar a las expresamente contempladas. En consecuencia, la opción legislativa seguida es la del modelo de la frustración, aunque no importa si tal frustración ha sido provocada por los intervinientes en el delito o por terceros.

Al igual que el decomiso directo de los efectos o las ganancias del delito, el decomiso de valor equivalente se fundamenta en impedir que el delito sea una forma legítima de incrementar el patrimonio y que no valga la pena cometerlo[55]. Por esta misma razón, no existe ningún impedimento legal para aplicar conjuntamente un decomiso directo respecto de parte de las ganancias identificadas y un decomiso de valor equivalente respecto de la otra parte de las ganancias que ya no se puedan decomisar directamente[56]. Aunque no se establece una regla de exclusión, el recurso a esta forma especial de decomiso debe hacerse con el cuidado de no terminar dejando al condenado sin patrimonio que respalde el pago de la reparación civil.

Una cuestión que cabe discutir en relación con el decomiso de valor equivalente es si esta forma especial de decomiso resulta aplicable a aquellos beneficios que no se traducen en bienes concretos, por ejemplo, si lo que el delito produce es evitar una salida de bienes, como sucede con el delito de defraudación tributaria[57]. El decomiso de valor equivalente permitiría aplicar esta medida en otros bienes (de procedencia lícita) del beneficiado con el delito. Aunque esta posibilidad de decomiso pudiese entenderse justa desde el punto de vista de proscribir el enriquecimiento indebido por medio del delito, el modelo de regulación asumido por el artículo 102 del CP no da cabida a un supuesto como el descrito. Este dispositivo legal limita el decomiso de valor equivalente a los casos en los que los efectos o ganancias del delito han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a terceros de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga. Dentro de estos supuestos no se incluye el caso de beneficios que, por la naturaleza del delito, no se traducen en bienes concretos.

c. *El decomiso ampliado*

Nuestra legislación penal no acoge, por el contrario, la figura del decomiso ampliado que se regula, por ejemplo, en el Derecho penal español[58]. Esta forma

55 Vid., Vizueta Fernández: *Revista Penal* 19 (2007), p. 173; Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 88. Por ello, con razón, Puente Aba: *CIIDPE*, 2009, p.16 y s., recalca que el decomiso de valor equivalente no es aplicable a instrumentos u objetos del delito.

56 En el mismo sentido, Vizueta Fernández: *Revista Penal* 19 (2007), p. 175.

57 Vid., Vizueta Fernández: *Revista Penal* 19 (2007), p. 173.

58 Vid., al respecto, Roig Torres: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI (2016), p. 206 y ss.; Rodríguez García: *El decomiso de activos ilícitos*, p. 168 y ss.; Berdugo Gómez de la Torre: *LH-Mir Puig* (2017), p. 909 y ss.

especial de decomiso recae sobre el patrimonio de las organizaciones criminales o terroristas o de autores de delitos especialmente sensibles como el cohecho, aun cuando se hayan originado antes del delito específicamente juzgado. Pese a su reconocimiento legal, en la doctrina penal española se sostiene que su materialización no puede ejercerse de manera absolutamente discrecional, siendo necesaria la existencia de elementos probatorios que vinculen el origen de dicho patrimonio con la actividad criminal desplegada por la organización a lo largo del tiempo[59]. Lo que no se exigiría es el estándar probatorio propio para derribar la presunción de inocencia, sino uno más bajo relacionado más con la sospecha racional[60]. Dada la ausencia de una regulación que admita expresamente en nuestro país esta forma especial de decomiso en el proceso penal, el juez penal no podrá decretar el decomiso del patrimonio precedente de la organización criminal, quedando limitado su ámbito de aplicación a las ganancias derivadas del delito juzgado.

E. La extinción de dominio

A diferencia de otras legislaciones penales que admiten el decomiso en el proceso penal, aunque el juez no emita un pronunciamiento de fondo[61], la legislación nacional ha optado, más bien, por regular tal posibilidad por medio de un proceso autónomo de extinción de domino[62]. A través de este proceso especial la autoridad jurisdiccional declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado. La primera norma que asumió este modelo regulativo fue el Decreto Legislativo N° 992, el que fue reemplazado por el Decreto Legislativo N° 1104. Sin embargo, la falta de obtención de los resultados esperados en relación con la recuperación de activos vinculados al delito[63], ha motivado que, en tiempos recientes, se haya decidido promulgar el Decreto Legislativo N° 1373 que constituye la normativa actualmente vigente sobre el proceso autónomo de extinción de dominio.

a. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del proceso de extinción de dominio no es general, sino que se limita a determinados delitos. Bajo la vigencia del Decreto Legislativo

59 Vid., Vidales Rodríguez: *LH-Vives Antón*, II, p. 1993 y ss.; Berdugo Gómez de la Torre: *LH-Mir Puig* (2017), p. 910 y s.

60 Vid., Roig Torres: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI (2016), p. 250.

61 Como sucede, por ejemplo, en la legislación penal española, tal como lo informa Roig Torres: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI (2016), p. 239; Rodríguez García: *El decomiso de activos ilícitos*, p. 194 y ss.

62 Lo considera una forma de decomiso, Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 120.

63 Así lo destaca, Chávez Cotrina: *La pérdida de dominio*, p. 14.

N° 1104, el proceso de pérdida de dominio se limitaba a los delitos de "*tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado*" (artículo 2.2). En la actualidad, el Decreto Legislativo N° 1373 ha ampliado la base de delitos, pero no la ha abierto de manera general. En efecto, en su artículo I establece que la extinción del dominio "*se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las siguientes actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada*". Dicho de manera sintética, la extinción de dominio se aplica a los bienes relacionados con los delitos expresamente mencionados, los que generan ganancias y los vinculados a las actividades de una organización criminal.

b. La preminencia procesal

Pese a que en la redacción anterior del artículo 102 del CP se establecía una regla de preeminencia procesal a favor del proceso de pérdida de dominio, lo cierto es que los supuestos de procedencia que el Decreto Legislativo N° 1104 establecía[64], ponían en evidencia que dicho proceso sólo podía instaurarse si los instrumentos, objetos o efectos del delito no podían ser decomisados en el proceso penal. Por lo tanto, lo lógico no era partir de la preeminencia procesal del proceso autónomo de pérdida de dominio, sino, más bien, del decomiso en el proceso penal[65]. La situación ha cambiado con la aprobación del Decreto Legislativo N° 1373, en la medida que los supuestos de procedencia no se circunscriben a los casos en los que el bien relacionado con el delito no puede ser decomisado en el proceso penal. En efecto, en su artículo 7.1, literal a) establece que el proceso de extinción de dominio procede "*cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban ser destruidos o no sean susceptibles de valoración patrimonial*". En consecuencia, en el caso de los delitos abarcados por el Decreto Legislativo N° 1373, lo que procede es instaurar el proceso de extinción de dominio y dejar para el decomiso del proceso penal los bienes relacionados con delitos no abarcados por dicho dispositivo legal. El razonamiento precedente se oscurece, sin embargo, con lo dispuesto en el artículo 7.1, literal f) del Decreto Legislativo N° 1373, pues establece la procedencia del proceso

64 Vid., al respecto, Chávez Cotrina: *La pérdida de dominio*, p. 109 y ss.

65 Vid., Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 105 y s.

de extinción de dominio para "*bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa*". Al final, entonces, no queda claro qué medida resulta preminente sobre la otra: si la extinción de dominio sobre el decomiso o al revés.

Nuestra legislación actual establece la posibilidad de aplicar a un bien relacionado con el delito las medidas de extinción de dominio y de decomiso, las que producen finalmente la misma consecuencia: la traslación del bien al dominio del Estado. Es evidente, por lo tanto, que ambas medidas no pueden aplicarse conjuntamente, por lo que se debe establecer cuál de ellas tiene preminencia sobre la otra. En nuestra opinión, dicha preminencia debe recaer sobre la medida del decomiso. Y es que la naturaleza de la extinción de domino es claramente la de una medida de recogida, es decir, que su finalidad es permitir trasladar bienes relacionados con el delito que no pudieron ser decomisados, por alguna razón, en el proceso penal. Eso explica que se contemple la procedencia del proceso de extinción de dominio para los bienes relacionados con el delito que, habiendo estado afectados en un proceso penal, no fueron considerados en la investigación o no fueron objeto de un pronunciamiento de fondo. Pero además que proceda también para otros bienes que no han sido afectados en un proceso penal como los que se revelan por un incremento patrimonial no justificado, los bienes lícitos que encubren u ocultan bienes de origen delictivo, los bienes abandonados o no reclamados relacionados con una actividad ilícita, los bienes sustitutos de bienes relacionados con el delito o los bienes anteriores que se hayan transmitido a otros por sucesión en caso de muerte.

c. Fundamento

La legitimidad de la extinción de dominio no ha sido un tema pacífico, al menos en las primeras discusiones. Algunos cuestionaron su constitucionalidad por encerrar una medida que sería, al parecer, confiscatoria de la propiedad[66]. Sin embargo, lo cierto es que la extinción del dominio no recae sobre bienes legítimamente adquiridos, sino sobre aquellos que están relacionados con actividades ilícitas, por lo que no afecta, en estricto, el derecho a la propiedad constitucionalmente reconocido[67]. Lo que debe determinarse entonces es la razón por la que un juez puede extinguir el dominio sobre un bien. Pese a que la consecuencia jurídica de la extinción de dominio es la misma que la que produce el decomiso, su fundamento es distinto. La extinción de dominio tiene un fundamento esencialmente civil, es decir, que impide que se pueda adquirir la propiedad o derechos reales sobre bienes

66 En este sentido, Chang Kcomt: *JuS Doctrina y Práctica 4* (abril de 2008), p. 33.

67 Vid., ampliamente, Chávez Cotrina: *La pérdida de dominio*, p. 123 y ss.

por medio de actividades ilegales[68]. Eso explica que sea un proceso autónomo, es decir, que no dependa de la previa determinación de un delito o injusto penal. Es más, la redacción actual utilizada por el Decreto Legislativo N° 1373 no se refiere a actividades delictivas, sino ilícitas, por lo que podría proceder también respecto de bienes relacionados directa o indirectamente con actividades que, sin ser delitos, se encuentran al margen de la legalidad.

El proceso de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, por lo que le corresponde a un juez tomar la decisión, de carácter real y contenido patrimonial, de extinguir el dominio sobre un bien. Durante su tramitación se deben observar los derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, reconocidos en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú[69], así como los derechos a la defensa, a la prueba y a la doble instancia que forman parte del contenido del derecho al debido proceso. Las actuaciones comprendidas desde el inicio de la indagación son reservadas, pero el proceso pasa a ser público desde el momento de la notificación del auto que admite la demanda o desde que se materializan las medidas cautelares. La carga de la prueba para conseguir la extinción de dominio recae sobre el Fiscal Especializado, quien tiene que aportar la prueba requerida sobre el origen o destino ilícito del bien. La cosa juzgada debe ser tenida en cuenta en este proceso, siempre que exista identidad de sujeto, objeto y fundamento.

d. Las etapas del proceso de extinción de dominio

El proceso autónomo de extinción de dominio consta de dos etapas: Una etapa de indagación patrimonial y una etapa judicial. Al Fiscal Especializado le corresponde iniciar, de oficio o por denuncia, la etapa de indagación patrimonial que es de carácter reservado. Para ello debe emitir una decisión debidamente motivada, la que deberá ser notificada a la Procuraduría Pública Especializada para que participe conforme a sus funciones y atribuciones. La etapa de indagación patrimonial está a cargo del Fiscal Especializado, contando con el apoyo de la División Policial Especializada a fin de establecer y fundamentar la concurrencia de los presupuestos del proceso de extinción de dominio. Los objetivos de esta etapa del proceso de extinción de dominio son los siguientes: a) identificar, individualizar, localizar y ubicar los bienes de valor patrimonial sobre los cuales podría recaer el proceso, por encontrarse en un supuesto de extinción de dominio; b) localizar a los supuestos titulares de los bienes que se encuentran bajo un presupuesto de extinción de dominio, o a quienes podrían intervenir como terceros; c) recopilar elementos probatorios o indicios concurrentes y razonables que demuestren la concurrencia de

68 Por el contrario, Chávez Cotrina: *La pérdida de dominio*, p. 118, le niega a este proceso una naturaleza civil.

69 Vid., Chávez Cotrina: *La pérdida de dominio*, p. 128 y ss.

cualquiera de los presupuestos de extinción de dominio; y d) recopilar los medios probatorios o indicios concurrentes y razonables que demuestren el vínculo o nexo de relación entre cualquiera de los supuestos para declarar la extinción de dominio, la actividad ilícita que corresponde y los bienes objeto de extinción de dominio. Para alcanzar estos objetivos, al Fiscal Especializado se le otorga las siguientes facultades: a) utilizar cualquier medio probatorio y todas las técnicas de indagación que estime necesarias, siempre que garanticen el respeto de los derechos fundamentales; b) solicitar al juez se dicten las medidas cautelares que resulten necesarias para el aseguramiento de los bienes materia de investigación o adoptarlas excepcionalmente por razones de urgencia, en cuyo caso deberá solicitar la convalidación judicial; c) solicitar información y requerir la intervención de la Policía Nacional del Perú y la colaboración de los funcionarios y servidores públicos y d) solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario, secreto de las comunicaciones, reserva tributaria, reserva bursátil y otras medidas que resulten pertinentes. En esta etapa, el fiscal puede también solicitar al Juez que disponga la actuación de pruebas anticipadas e irreproducibles.

La indagación patrimonial finaliza cuando se ha cumplido su objeto o en un plazo máximo de doce meses, prorrogable por única vez, mediante decisión motivada por un plazo igual. En los casos que se declaren complejos, el plazo máximo será de treinta y seis meses prorrogables por igual plazo, por única vez mediante decisión motivada. Concluida la indagación patrimonial, el Fiscal Especializado puede demandar ante el Juez competente la declaración de extinción de dominio o archivar la indagación patrimonial, cuando no sea posible fundamentar ninguno de los supuestos de procedencia. La decisión de archivo puede ser objeto de queja por parte del Procurador Público dentro de los cinco días hábiles de notificada. El Fiscal Superior conoce de la queja interpuesta, debiéndose pronunciar dentro de los diez días hábiles de recibidos los actuados. De considerarla fundada, puede ordenar al fiscal a cargo de la indagación patrimonial la presentación de la demanda de extinción de dominio ante el juez competente o continuar con la indagación cuando se hubiera advertido la insuficiente actuación en esta etapa, observando los plazos antes señalados. En caso contrario, aprueba el archivo. Si no se interpone queja contra la disposición de archivo, ésta se eleva en consulta al Fiscal Superior, quien, dentro del plazo de veinte días hábiles, puede confirmarla u ordenar la presentación de la demanda al fiscal encargado de la indagación patrimonial. En cualquier caso, la disposición de archivo constituye cosa decidida y sólo puede iniciarse una nueva indagación patrimonial sobre los mismos bienes si se encuentran nuevas pruebas.

La etapa judicial se inicia cuando el fiscal formula por escrito ante el Juez la demanda de extinción de dominio, la que debe contener lo siguiente: a) los hechos en los que fundamenta su petición; b) la identificación, descripción y valuación económica de los bienes objeto de la demanda de extinción de dominio; c) el pre-

supuesto en que fundamenta la demanda; d) el nexo de relación entre los bienes y la actividad ilícita o el incremento patrimonial injustificado; e) el nombre, los datos de identificación y el domicilio de las personas que pudieran tener interés en el asunto o, en caso contrario, debe señalar la razón que imposibilitó su localización; f) el ofrecimiento de las pruebas o indicios concurrentes y razonables que sustenten la pretensión; y g) la solicitud de las medidas cautelares, si corresponde. El fiscal debe notificar la demanda también al Procurador Público para que participe como sujeto procesal durante la etapa judicial en defensa de los intereses del Estado.

Dentro del plazo de tres días hábiles, el Juez expedirá resolución debidamente fundamentada, pudiendo admitir a trámite la demanda, declararla inadmisible o improcedente, comunicando dicha decisión al Fiscal y al Procurador Público. En los supuestos que la demanda derive de casos declarados complejos el plazo será de diez días hábiles. En caso de advertir la ausencia de algún requisito formal la declara inadmisible, concediendo un plazo de tres días hábiles para la subsanación. Vencido dicho plazo, si no se subsana, la demanda se archiva. Contra la resolución que declara improcedente la demanda sólo procede el recurso de apelación dentro del plazo de cinco días hábiles. Vencido dicho plazo, si no se apela, la demanda se archiva. En la misma resolución de admisión de la demanda a trámite, el Juzgado resuelve sobre las medidas cautelares solicitadas en la demanda. La resolución que admite a trámite la demanda se notifica dentro de los dos días hábiles personalmente o mediante publicaciones (edicto o radiodifusión).

El requerido absuelve la demanda dentro de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que la admite a trámite, ofreciendo los medios probatorios que crea conveniente para acreditar la licitud de los bienes, objetos, efectos o ganancias que sean materia del proceso de extinción de dominio. Luego de ello, el juez señala fecha y hora para llevar a cabo la Audiencia Inicial, la cual debe realizarse dentro de los diez días hábiles siguientes. El juez declara la rebeldía del requerido si, pese a estar válidamente notificado, no contesta la demanda o no se presenta a la audiencia inicial o la audiencia de actuación de medios probatorios. En estos supuestos, el Juez solicita el nombramiento de un defensor público que vele por los derechos del requerido en el proceso. El rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que éste se encuentre.

La Audiencia Inicial es improrrogable, salvo que el abogado del requerido tome conocimiento de la causa en ese acto, en cuyo caso se puede prorrogar por única vez por un plazo de diez días hábiles. En la Audiencia Inicial el Juez verifica el interés y legitimación de las partes procesales, así como abre la posibilidad a que las partes propongan excepciones o nulidades. En la Audiencia Inicial el Juez decide lo concerniente a las excepciones, y la admisibilidad o rechazo de las pruebas ofrecidas. En ningún caso el proceso se suspende por cuestiones previas, defensas previas o cualquier otro mecanismo procesal que busque tal finalidad. Excepcional-

mente, cuando el caso revista complejidad, la Audiencia Inicial puede suspenderse y continuar con ella el día hábil siguiente, o en todo caso, en un plazo máximo de diez días hábiles. Una vez finalizada la Audiencia Inicial, el Juez fija fecha y hora para llevar a cabo la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios, la cual debe realizarse dentro de los diez días hábiles siguientes.

La Audiencia de Actuación de Medios Probatorios es improrrogable, salvo que el abogado del requerido tome conocimiento de la causa en ese acto, en cuyo caso podrá prorrogarse por única vez por un plazo igual de diez días hábiles. La Audiencia de Actuación de Medios Probatorios se realiza en un solo acto, en el local del Juzgado y se actúan los medios probatorios admitidos con participación directa del Juez, bajo responsabilidad. Excepcionalmente, cuando el caso revista complejidad, la audiencia se suspende y continúa en el día hábil siguiente, y de no ser esto posible, en un plazo máximo de cinco días hábiles. Sólo en caso el Juez disponga de oficio la realización de un examen pericial, luego de la actuación de medios probatorios ofrecidos por las partes, y éste sea observado por alguna de las partes, se lleva a cabo una audiencia complementaria de actuación de medios probatorios, la cual debe realizarse en un plazo no mayor de diez días hábiles de presentada la observación. La prueba es valorada en conjunto y de acuerdo con las reglas de la crítica razonada. Se excluye la prueba ilícita obtenida con violación de derechos fundamentales, debidamente identificados y sustentados. Las pruebas practicadas en los procesos penales, civiles, procedimientos administrativos o de cualquier otra naturaleza, se trasladan al proceso de extinción de dominio, siempre que cumplan con los requisitos de validez exigidos por la normatividad propia de cada proceso o procedimiento, y son valoradas en conjunto con los demás medios de prueba de acuerdo con las reglas de la crítica razonada.

Concluida la actuación de medios probatorios, el Fiscal, el Procurador Público, el abogado del requerido y el del tercero que se haya apersonado al proceso, presentan sus respectivos alegatos. Culminada la audiencia, el Juez dicta sentencia dentro de un plazo que no exceda de quince días hábiles. Excepcionalmente, cuando el caso revista complejidad, la expedición de la sentencia se prorroga hasta por quince días hábiles adicionales. La sentencia expedida en primera instancia debe pronunciarse sobre la fundabilidad o no de la demanda, sustentándose en los indicios concurrentes y razonables, o en las pruebas pertinentes, legales y oportunamente incorporadas al proceso. El Juez debe indicar la valoración que le da a cada una de las pruebas aportadas. La sentencia debe contener la identificación de los bienes y de las personas afectadas, el resumen de la demanda de extinción de dominio y de la oposición, los fundamentos de hecho y de derecho, la valoración de la prueba, la declaración motivada sobre la pretensión de extinción de dominio. De ser el caso, deberá establecer el reconocimiento de los derechos de los terceros de buena fe.

Si la sentencia declara fundada la demanda, debe declarar la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, así como la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso o el decomiso de los bienes previamente incautados a favor del Estado. Asimismo, debe ordenar que esos bienes pasen a la administración del Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) dentro de las veinticuatro horas de expedida la sentencia. Sin embargo, esta entidad no puede disponer de aquellos bienes hasta que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. Si los bienes son inscribibles, la sentencia deberá ordenar la inscripción de la sentencia en el registro público respectivo y de la emisión del oficio correspondiente para ello. Si la sentencia desestima la demanda de extinción de dominio, se ordena la devolución de los bienes o de cualquier otra titularidad patrimonial. En caso que los bienes hayan sido subastados anticipadamente se devolverá su valor equivalente. El requerido en el proceso de extinción de dominio, puede allanarse o reconocer la demanda, legalizando su firma ante el auxiliar jurisdiccional. En el primer caso, acepta la pretensión de extinción de dominio; en el segundo, además de aceptar la pretensión, admite la veracidad sobre los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta. El Juzgado valora dicha circunstancia y emite sentencia.

Contra la sentencia que declara fundada la demanda de extinción de dominio o que la desestima, procede únicamente el recurso de apelación con efecto suspensivo. Este recurso debe ser interpuesto ante el Juez que emitió la sentencia, dentro de los diez días hábiles siguientes de notificada. El recurso de apelación es admitido o rechazado dentro del término de tres días hábiles contados desde su presentación. De ser admitido, se remite el expediente a la Sala respectiva. La Sala fija fecha para la vista de la causa dentro de los quince días hábiles siguientes de la elevación del expediente y, cita a los interesados para que comparezcan a la misma y expongan sus argumentos y conclusiones. La Sala resuelve la apelación dentro de los quince días hábiles de realizada la vista de la causa, prorrogables excepcionalmente por un plazo igual, cuando el caso revista complejidad. Si la Sala anula la sentencia, el expediente vuelve al Juez de primera instancia para que emita una nueva sentencia. Si confirma o revoca la sentencia o emite cualquier resolución en el cual se pronuncia sobre el fondo, se entiende finalizado el proceso de extinción de dominio.

F. Destino final de los bienes decomisados

El decomiso de los bienes relacionados con el delito se debe disponer con la sentencia[70]. En la regulación originaria del decomiso no existía una disposición

70 Así, Chunga Hidalgo: *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 138.

general sobre el destino de los bienes decomisados[71]. En la actual redacción del artículo 102 del CP se dispone que los bienes intrínsecamente delictivos deben ser decomisados y luego destruidos. A esta regulación general se suman regulaciones específicas en ciertos delitos recogidos en la Parte Especial del Código Penal o en leyes penales especiales. Por ejemplo, el artículo 224 del CP en el caso de delitos contra la propiedad industrial y el artículo 24 de la Ley de Delitos Aduaneros disponen que el destino final de los objetos decomisados sea su inutilización o destrucción[72]. De lo anterior se podría deducir que el destino final de los bienes decomisables es la destrucción. No obstante, cabe la posibilidad de decretar su adjudicación a instituciones públicas o sin fines de lucro en el caso de bienes que sean de lícito comercio, tal como lo prevé, por ejemplo, el artículo 23 de la Ley de Delitos Aduaneros. En este sentido, si los bienes decomisados son de lícito comercio cabe su adjudicación a instituciones públicas o sin fines de lucro, mientras que, si son intrínsecamente delictivos, lo que corresponde es su destrucción o inutilización.

G. La incautación cautelar

Como cuestión final, debe señalarse que los objetos, instrumentos o efectos del delito pueden decomisarse cautelarmente, es decir, antes de la expedición de la sentencia. A esta forma de proceder se le ha denominado incautación cautelar, la que se encuentra regulada en el Código Procesal Penal[73]. El Acuerdo Plenario N° 5-2010 ha dejado absolutamente claro su naturaleza cautelar respecto de bienes susceptibles de ser decomisados. Esta medida cautelar es realizada por la Fiscalía y, en caso de flagrancia, puede hacerlo incluso la Policía, pero requiere siempre de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria[74]. En casos en los que no exista urgencia, la incautación requiere de una resolución judicial previa que la disponga.

Debido a que el Código de Procedimientos Penales no cuenta con una regulación específica, la incautación de los objetos, instrumentos y efectos del delito ha sido regulada específicamente en diversos delitos económicos de la Parte Especial del Código Penal, como, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad industrial, así como también en delitos regulados en leyes especiales, como es el caso, por ejemplo, de los delitos aduaneros. En este último caso, la norma que regula la incautación dispone que el fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así

71 Vid., CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 241.

72 Vid., igualmente, ACHENBACH: *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), I 2, n.m. 23.

73 Vid., QUISPE MEJÍA, en *Estudios críticos*, p. 317; DELGADO TOVAR: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 52 (2013), p. 65.

74 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS: *Decomiso*, p. 230 y s.

como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo, los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene el decomiso o disponga su devolución al propietario.

La incautación de los bienes judicialmente decretada o confirmada, puede ser pasible de un reexamen si es que varían los presupuestos que motivaron su imposición, tal como lo establece el inciso 1 del artículo 319 del CPP[75]. Asimismo, esta posibilidad de reexamen se contempla también para el caso de los propietarios de buena fe de los bienes incautados que no hayan intervenido en el delito investigado. Se trata de un mecanismo similar a la tercería excluyente de propiedad que se contempla para el caso de la medida cautelar de embargo. Luego de la audiencia convocada para discutir la solicitud del reexamen, en la que debe participar el peticionario, el juez tomará la decisión correspondiente mediante la expedición de un auto debidamente motivado. Esta decisión puede ser objeto de un recurso de apelación.

En el caso de determinados bienes intrínsecamente delictivos como las drogas, o de bienes cuya alta peligrosidad objetiva no puede controlarse como los instrumentos usados para la minería ilegal en zonas de difícil acceso, se procede a disponer su incautación e inmediata destrucción. Esta inmediata destrucción de los bienes se sustenta en el riesgo que existe de que puedan desplegar efectos lesivos durante el tiempo que dure la emisión de una sentencia que disponga su decomiso y posterior destrucción. No es que, en estos casos, proceda el decomiso inmediatamente[76], sino que se ejecuta anticipadamente la destrucción de los bienes. La sentencia debe, de todas maneras, pronunciarse sobre el decomiso y confirmar, en todo caso, la decisión de destrucción de los bienes.

2. El decomiso de ganancias de las personas jurídicas

El artículo 104 del CP regula el decomiso de ganancias de las personas jurídicas[77]. Conforme a lo establecido en esta disposición legal, el juez decretará la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes. Como puede verse, se regula un supuesto de decomiso de las ganancias recibidas por una persona distinta

75 Vid., Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 233 y s.

76 Como lo sostiene Gálvez Villegas: *Decomiso*, p. 97.

77 Sobre estas medidas en referencia a la empresa, en el Derecho penal alemán, Achenbach: *JuS* 1990, p. 607; El Mismo: *FS-Stree/Wessels*, p. 549.

a la que ha cometido el delito que las genera, lo que ciertamente no es una posibilidad negada en la regulación general del decomiso. Pero lo que sí es una peculiaridad sumamente extraña a la figura del decomiso es que su alcance se encuentre condicionado por la responsabilidad civil de los responsables del delito.

Si bien las personas jurídicas pueden ser las que normalmente se benefician principalmente con la comisión de delitos (sobre todo económicos), a la regulación del artículo 104 del CP se le criticó, en un inicio, haber limitado el decomiso de ganancias ilícitas solamente a las personas jurídicas y no haber incluido a las personas naturales[78]. La acumulación de riqueza a través de la realización de delitos no es una posibilidad limitada solamente a las personas jurídicas. La actual redacción del artículo 102 del CP parece, sin embargo, haber levantado esta objeción, en la medida que permite el decomiso de ganancias en general. No obstante, al mantenerse vigente la regulación específica del artículo 104 del CP, surge la cuestión de cómo deben compatibilizarse ambas regulaciones[79]. Desde consideraciones sistemáticas, el artículo 102 del CP se aplicará para el decomiso de ganancias ilícitas de personas naturales, mientras que el artículo 104 del CP hará lo propio respecto de las ganancias ilícitas de las personas jurídicas. Lo que no queda claro en esta ordenación de la normativa sobre el decomiso de las ganancias ilícitas es la razón para tener dos regímenes legales distintos con claras diferencias en cuanto a su alcance[80].

A. Fundamento

En cuanto al fundamento del decomiso de ganancias ilícitas de personas jurídicas, hay cierta discusión. Unos consideran que el decomiso de las ganancias tiene por finalidad dejar claro a la persona jurídica que el crimen nunca paga[81]. El decomiso dotaría de eficacia a la sanción que le corresponde a la persona individual, pues no le saldría a cuenta a la entidad colectiva asumir el costo de esta sanción[82]. De esta manera, las personas jurídicas se verían desincentivadas a fomentar o no impedir que sus dependientes cometan delitos, aun cuando con ello obtengan al-

78 Así, MEINI MÉNDEZ: *La responsabilidad penal*, p. 187; GARCÍA CAVERO: *La persona jurídica en el Derecho penal*, p. 84.

79 GÁLVEZ VILLEGAS: *Decomiso*, p. 119, considera, por el contrario, que las ganancias de las personas jurídicas se deben decomisar con las reglas establecidas en el artículo 102 del CP que, al ser una norma posterior, deroga tácitamente el artículo 104 del CP.

80 Críticamente GÁLVEZ VILLEGAS/GUERRERO LÓPEZ: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 95.

81 Vid., ABANTO VÁSQUEZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 207; CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 252 y s. La legislación italiana, en la que se contempla como una medida "administrativa" el decomiso de las ganancias se enmarca claramente en la línea de este criterio. Vid., sobre esto último, CARMONA: *Premesse*, p. 225 y s.

82 En esta línea ABANTO VÁSQUEZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 204.

gún tipo de beneficio. Tal razonamiento preventivo no se ajusta, sin embargo, a la manera como está regulado el decomiso de ganancias previsto en el artículo 104 del CP. Desde una lógica preventiva no se explica por qué esta norma penal se automutila al limitar la cuantía del decomiso a lo que sea necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil que le corresponde a sus funcionarios o dependientes[83], si los bienes de estos últimos resultasen insuficientes. Si el decomiso de ganancias de las personas jurídicas encontrase su sustento en desincentivar la comisión de delitos por parte de sus miembros individuales, carece de todo sentido restringir esta medida a la parte de la responsabilidad civil que éstos no pueden solventar.

Más adecuado a la manera como está regulado el decomiso de ganancias ilícitas de las personas jurídicas es entenderla como una medida civil de compensación con fines redistributivos[84], dirigida a impedir que el delito sea un título legítimo de adquisición de bienes u obtención de ganancias. La naturaleza civil de esta medida se desprendería del hecho de que la normativa legal la vincula con el deber de indemnizar[85]. En efecto, el artículo 104 del CP establece que el dinero obtenido ilícitamente por la persona jurídica debe garantizar la obligación pecuniaria de naturaleza civil de sus funcionarios o dependientes. No obstante, consideramos que la reparación civil vinculada al decomiso no es la que corresponde por los daños producidos por el delito, pues para ello la persona jurídica puede ser constituida como tercero civilmente responsable, incluso con una responsabilidad civil solidaria y no subsidiaria. Se trata, más bien, del deber de indemnizar a los perjudicados por el enriquecimiento ilícito que ha experimentado la persona jurídica con el delito de sus dependientes; una obligación que se encuentra reconocida en el artículo 1954 del CC[86]. Esta fundamentación del decomiso es la que mejor se ajusta al tenor del

---

83 Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 207; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3269.

84 Similarmente, GRACIA MARTÍN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 400. Con mayor claridad GRACIA MARTÍN: *AP* 1993, p. 607 considera que el decomiso de ganancias ilícitas es una consecuencia jurídica de carácter civil cuyo fin es absolutamente reparador y distributivo. Similarmente, FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 217 y s.; EL MISMO, *RPCP* 9, p. 277, aunque crítico ante la regulación positiva del Código Penal Peruano.

85 Vid., así la naturaleza indemnizatoria del decomiso de ganancias ilícitas, MEINI MÉNDEZ: *La responsabilidad*, pp. 181, 187; GÁLVEZ VILLEGAS: *Decomiso*, p. 117.

86 GRACIA MARTÍN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 401, discrepa de esta interpretación en el Derecho Español. En una interpretación de nuestro Derecho Penal, señala que la "privación de ganancias" constituye simplemente una responsabilidad civil del delito subsidiaria (GRACIA MARTÍN, *Prólogo* a Castillo Alva, Las consecuencias, p. 28).

artículo 104 del CP, aunque la relación de subsidiariedad con la responsabilidad civil de sus dependientes no puede explicarse desde ninguna perspectiva[87].

B. Requisitos

El artículo 104 del CP establece un mandato al juez para decomisar (privar) los beneficios obtenidos por una persona jurídica como consecuencia de la infracción penal cometida por sus funcionarios o dependientes. Como puede verse, el tenor de la ley no es facultativo, sino que obliga al juez penal a decomisar los beneficios ilícitos producto del accionar ilícito de los miembros individuales de la persona jurídica[88]. Para poder decretar esta medida, el artículo 104 del CP exige dos requisitos: que los beneficios de la persona jurídica sean producto de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por parte de sus funcionarios o dependientes; y que los bienes de los sujetos individuales responsables resulten insuficientes para cubrir su responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil. En la medida que se trata de una medida de compensación civil, no se requiere un elemento de peligrosidad adicional.

En cuanto al primer requisito, la regulación positiva exige que los beneficios sean producto o efecto del delito. El tenor legal parecería limitarse a los efectos inmediatos del delito, dejando de lado los beneficios indirectos o mediatos del delito (por ejemplo, los nuevos bienes que se adquieren con los beneficios del delito). En nuestra opinión, esta interpretación restrictiva no se condice con el sentido de la norma y, por lo tanto, el decomiso debería alcanzar también a los activos que se adquieran con los bienes directamente obtenidos por la infracción penal. La solución no tendría que ser distinta en el caso de los beneficios generados con la inversión o utilización lícita de los bienes ilícitamente obtenidos. En donde sí existe un limitante es en la persona individual que comete el delito que genera los beneficios para la persona jurídica. Si estos beneficios se producen por la actividad delictiva de un tercero, aunque se haga aprovechándose de la organización de la persona jurídica, el decomiso de las ganancias no podrá decretarse. El decomiso de las ganancias solamente se podrá disponer si provienen de delitos cometidos por sus funcionarios o dependientes. Está claro que no se exige una pertenencia formal a la organización social, sino que basta con una incorporación fáctica en la estructura social.

El segundo requisito establece que el decomiso de las ganancias ilícitas solamente procederá si los bienes personales de los autores del delito (funcionarios o dependientes de la persona jurídica) no alcanzan para cubrir la reparación civil.

---

87 Críticamente sobre la subsidiariedad de la responsabilidad civil de la persona jurídica, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 201. En el Derecho Penal Peruano, igualmente crítico, MEINI MÉNDEZ: *La responsabilidad*, p. 188.

88 De un parecer distinto, CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 243.

Como puede verse, se establece una obligación civil subsidiaria a la persona jurídica que debe cubrirse con las ganancias decomisadas. Esta exigencia resulta desatinada e incoherente. Desatinada porque ya la figura del tercero civilmente responsable permite una responsabilidad civil solidaria, con lo que resultará procesalmente más indicado solicitar que la persona jurídica se constituya en tercero civilmente responsable que en parte pasiva del decomiso de ganancias ilícitas[89]. Y es incoherente porque no responde a la lógica de esta medida, sea en el sentido preventivo de que el crimen nunca paga o en el sentido redistributiva de que no cabe un enriquecimiento sin causa lícita.

III. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

La insuficiencia de las sanciones penales impuestas a los sujetos individuales para atajar la comisión de hechos delictivos en el marco de las actividades de las personas jurídicas, es un dato criminológico que se encuentra debidamente comprobado. Por un lado, se ha llegado a determinar con una base empírica cierta cómo la cultura corporativa de las organizaciones puede tornarse en criminógena, al fomentar la materialización de hechos delictivos por parte de sus miembros individuales en cumplimiento de directrices de conducta desarrolladas a su interior[90]. Por lo tanto, sancionar únicamente a los miembros individuales no erradicaría la cultura corporativa criminógena y, por tanto, el peligro de la futura comisión de hechos delictivos. Por otro lado, se ha demostrado también que la empresa moderna recurre con mayor frecuencia a la figura de los directivos de banquillo, es decir, a personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la entidad empresarial[91]. En este sentido, las sanciones penales perderían completamente su virtualidad preventiva si su imposición se quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría sólo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita[92].

Los datos criminológicos antes mencionados no pueden ser soslayados por el sistema jurídico-penal, por lo que resulta necesario la previsión de medidas

89 Así lo aconseja MEINI MÉNDEZ: *La responsabilidad*, p. 188, quien considera más diligente para el agraviado recurrir a la figura del tercero civilmente responsable que impone una responsabilidad civil solidaria. En el mismo sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3270.

90 Vid., con mayor detalle, SCHÜNEMANN: *Unternehmenskriminalität*, p. 22 y ss.; LAMPE: *La dogmática jurídico-penal*, p. 130 y s.; DANNECKER: *GA* 2001, p. 108; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Bases*, p. 240.

91 Vid., SEELMANN, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 44.

92 Vid., ZUGALDÍA ESPINAR: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 510 y s.

aplicables directamente a las personas jurídicas, dirigidas a impedir o eliminar la peligrosidad de su estructura organizativa. Es así que el artículo 105 del CP incorpora medidas preventivas de este tipo bajo el rubro de consecuencias accesorias. La necesidad de preverlas se hace aún mayor si es que no se cuenta con la posibilidad de imponer, por lo menos de manera general, sanciones penales a las personas jurídicas. Si bien estas medidas preventivas se regulan junto con otras de mayor tradición legislativa como el decomiso, no puede desconocerse la novedad que constituye su incorporación en las normas generales del Código Penal[93]. Una similar orientación legislativa se presenta también en las leyes penales especiales, en donde se han incorporado dispositivos específicos para aplicar consecuencias accesorias a las personas jurídicas, como es el caso de la Ley Penal Tributaria (artículo 17 del D. Leg. N° 813), la Ley de Delitos Aduaneros (artículo 11 de la Ley N° 28008) o la Ley contra el Crimen Organizado (artículo 23 de la Ley N° 30077)[94].

1. Fundamento

Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas recogen diversas medidas que van desde la suspensión o prohibición de actividades, pasando por la intervención o el cierre de los establecimientos, hasta llegar incluso a su disolución y liquidación. Su imposición se sustenta en la peligrosidad de la forma como se encuentra organizada en el sentido de favorecer u ocultar la comisión de futuros hechos delictivos[95]. En efecto, la imposición de sanciones penales a los miembros de las personas jurídicas no elimina la peligrosidad criminal de la estructura organizativa, por lo que resulta necesario imponer medidas directamente sobre la persona jurídica para erradicar o limitar significativamente esa peligrosidad. No se trata, por lo tanto, de sanciones penales que responden a la culpabilidad de la persona jurídica, sino de medidas preventivas impuestas para mitigar el peligro de que su

93 Vid., CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 247; ZUÑIGA RODRÍGUEZ: *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo, (dir.), p. 474. No obstante, anteriormente se contemplaron medidas similares en leyes como la Ley 16185 de represión del contrabando y defraudación de rentas de aduanas (en el artículo 9 establecía para las personas jurídicas la cancelación en los registros públicos de la personaría jurídica que gocen y de las licencias, patentes u autorizaciones administrativas o municipales que disfruten). Vid., sobre esto último, HURTADO POZO: *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 148; PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias*, p. 180 y s.

94 Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3221.

95 En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 189; FEIJOO SÁNCHEZ: *Sanciones*, p. 99. Para BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T III, p. 96, este criterio podría fundamentar incluso la imposición de sanciones penales.

organización pueda ser utilizada por sus representantes o administradores para la comisión de nuevos delitos.

De lo anterior se desprende que una consecuencia accesoria es aplicable a una entidad corporativa si existe un peligro relevante de que su organización facilite o encubra la realización de hechos delictivos[96]. El delito cometido por el sujeto individual pone a la vista del sistema penal una situación objetiva de peligrosidad criminal de la organización que debe ser erradicada de cara a una protección integral de los bienes jurídicos[97]. A diferencia de las penas, como puede fácilmente percibirse, la imposición de las consecuencias accesorias se guía por una lógica abiertamente prospectiva que no depende del delito cometido. Se trata claramente de consecuencias jurídicas que no tienen un carácter punitivo, sino preventivo. Lo que se procura es evitar que la persona jurídica pueda ser utilizada nuevamente en la realización de futuros delitos. Dado que no se trata de penas en sentido estricto, la peligrosidad de la organización no se atribuye personalmente a la entidad colectiva, sino que es considerada como una realidad existente y frente a la que se tiene que hacer algo para evitar que sea utilizada por las personas individuales para cometer nuevos delitos en el futuro.

2. Naturaleza jurídica

La incorporación legislativa de las consecuencias accesorias aplicables directamente a las personas jurídicas ha llevado a que la doctrina nacional empiece a preguntarse sobre su naturaleza jurídica. Es evidente que la respuesta a esta cuestión no sólo tiene un interés académico, sino fundamentalmente práctico, pues la determinación de los presupuestos materiales y procesales para su imposición dependerá indudablemente de la naturaleza jurídica que se le asignen[98]. Pese a que la decisión del legislador parece clara en el sentido de que las consecuencias accesorias no son penas, ni medidas de seguridad, sino un tercer género de consecuencias jurídicas del delito[99], eso no significa que su naturaleza no pueda ser penal o administrati-

96 Vid., en la doctrina penal nacional, García Cavero: *Derecho penal económico*, PG, p. 974 y s.; Arbulú Ramírez: *Actualidad Penal* 25 (2016), p. 59; Gálvez Villegas/Delgado Tovar: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 189; Reyna Alfaro: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 46 y s.; Rodríguez Jiménez: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 157.

97 Similarmente, Feijoo Sánchez: *Derecho penal económico*, p. 83 y s. desde la perspectiva de negar la capacidad delictiva de las personas jurídicas.

98 Vid., Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 256; Zúñiga Rodríguez: *Bases*, p. 210 y s.

99 Vid., Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, PG, p. 271; Chunga Hidalgo: *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 129. Igualmente en el Derecho español, Bacigalupo, S.: *La responsabilidad penal*, p. 279; Martínez-Buján Pérez: *Derecho penal económico*, PG, p. 538.

va[100]. Así, existen planteamientos que les asignan el carácter de sanciones penales, a diferencia de otros que consideran que se trata, más bien, de medidas preventivas que, para algunos, tendría una naturaleza penal, mientras que, para otros, sería administrativa.

A. Las consecuencias accesorias como sanciones penales

Un sector de la doctrina, siguiendo el parecer de ZUGALDÍA ESPINAR en la doctrina penal española[101], considera que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en la legislación peruana son, en realidad, penas[102]. A este entendimiento pareció haberse sumado el Acuerdo Plenario N° 7-2009 (punto 11), al sostener que las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas son sanciones penales especiales[103]. Sin embargo, tal afirmación de la Corte Suprema no debe ser entendida necesariamente como la asignación del carácter de pena a las consecuencias accesorias, sino simplemente como el reconocimiento de una naturaleza penal. De otra manera, no se podría comprender lo dicho en la Casación N° 134-2015-Ucayali de 16 de agosto de 2016 con carácter de doctrina jurisprudencial vinculante, en el sentido de que "*el código penal no regula la responsabilidad penal de la persona jurídica*". En consecuencia, a la jurisprudencia del máximo tribunal de justicia penal le queda claro que las consecuencias accesorias reguladas en el Código Penal (y en leyes penales especiales) no pueden ser tenidas como penas.

La posición jurisprudencial tiene pleno sentido, si se tiene en cuenta las particularidades de la regulación positiva sobre las llamadas consecuencias accesorias. En efecto, si estas consecuencias jurídicas se concibiesen como penas, su imposición no debería ser accesoria, es decir, no debería depender de la declaración de culpabilidad de una persona natural o de, cuando menos, la realización de un injusto

---

100 Sin embargo, REYNA ALFARO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 44, evita esta discusión sosteniendo que tienen una naturaleza sui generis, aunque sin precisar en qué consiste ese carácter único en su género.

101 Vid., ZUGALDÍA ESPINAR: *RPJ* 46 (1997), p. 327 y ss.; EL MISMO, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 502 y ss. En el mismo sentido, BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal*, p. 286; LA MISMA, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 102.

102 Vid., HURTADO POZO: *Anuario de Derecho penal*, 1996, p. 151; ABANTO VÁSQUEZ: *Derecho penal económico*, p. 158; PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias*, p. 179; EL MISMO, *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 287; MONTES FLORES: *RPDJP* 6, p. 322; SOTA SÁNCHEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 68. De sanciones penales especiales hablan HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3232; NÚÑEZ PÉREZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 114; CARO MAGNI: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 95 (2017), p. 60 y s.

103 Vid., QUISPE AGUEDO: *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 272; URTECHO NAVARRO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (2009), pp. 29 y ss., 37 y s., con fundadas consideraciones críticas.

penal. Su naturaleza accesoria dice lo contrario. Por otra parte, la persona jurídica tendría que ser tratada exactamente igual que un imputado en el proceso penal, lo que no es así, pues se le tiene que incorporar con una audiencia especial, una vez que se haya formalizado la investigación preparatoria en contra de una persona natural. Finalmente, si se tratase de una pena, el criterio para decidir la imposición y el *quantum* de las consecuencias accesorias sería la gravedad del hecho cometido (principio de culpabilidad), y no la peligrosidad de una comisión futura de nuevos delitos.

Está claro entonces que no es más que el deseo de aquellos autores que consideran posible una responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que les lleva a sostener, aunque sea recurriendo a interpretaciones muy discutibles de las disposiciones legales, que las consecuencias accesorias son en realidad penas. Esta pretensión, sin embargo, no puede hacerse de espaldas a la forma cómo se encuentran reguladas estas medidas preventivas en la legislación penal. Es evidente que la regulación positiva de las consecuencias accesorias impide, al menos de *lege lata*, considerarlas penas. Basta con destacar que no se encuentran incluidas en el catálogo de penas previstas en el artículo 28 del CP, sino que se agrupan, más bien, en un título aparte con la reparación civil derivada del delito[104]. Por lo tanto, las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas constituyen en nuestra legislación penal un tipo de consecuencias jurídicas del delito, pero no son propiamente penas. Lo acabado de decir encuentra mayor respaldo con la reciente incorporación de sanciones a las personas jurídicas por la comisión de determinados delitos (Ley N° 30424). Si con las consecuencias accesorias era posible sancionar a las personas jurídicas por cualquier delito, qué sentido habría tenido expedir una ley especial que las sancione sólo por algunos delitos.

B. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas

La interpretación doctrinal mayoritaria entiende que las consecuencias accesorias no son penas[105], en la medida que no se sustentan en la culpabilidad de la persona jurídica por el delito cometido. Se trata, más bien, de medidas de carácter preventivo que buscan eliminar la peligrosidad de su estructura organizativa respecto de la comisión de nuevos hechos delictivos[106]. A pesar de que el fundamento

104 Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 247; Alpaca Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40 (octubre de 2012), p. 63 y s.; Reyna Alfaro: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 131.

105 Vid., Martínez-Buján Pérez: *Derecho penal económico*, PG, p. 538. En la doctrina nacional, igualmente, Alpaca Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40 (octubre de 2012), p. 75.

106 Igualmente, Pinedo Hidalgo: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 99 y s.

de las consecuencias accesorias es, para este planteamiento, la peligrosidad, resulta evidente que no se trata de aquella que sustenta la finalidad curativa de las medidas de seguridad tradicionales. La peligrosidad de las medidas de seguridad está vinculada claramente a la constitución psico-física de una persona natural, no a la peligrosidad organizativa de una persona jurídica[107]. Por ello, si bien las consecuencias accesorias son medidas preventivas sustentadas en la idea de la peligrosidad, esta peligrosidad es entendida de una forma distinta a la que fundamenta las clásicas medidas de seguridad[108]. Se trata de una peligrosidad de la forma de organización de la persona jurídica, en el sentido de favorecer la comisión futura de hechos delictivos. La referencia de esta peligrosidad a la persona jurídica ha llevado a que la doctrina penal discuta si las consecuencias accesorias se aplican a la persona jurídica como un sujeto de imputación[109] o como un objeto peligroso[110]. La respuesta a esta cuestión, sin embargo, no presenta diferencias relevantes a nivel de las consecuencias prácticas[111].

Mayor relevancia práctica tiene la discusión sobre la naturaleza preventiva de las consecuencias accesorias, es decir, si se trata de medidas preventivas de naturaleza penal o de medidas administrativas que simplemente se imponen en sede penal por razones de economía procesal. Los que sostienen que las consecuencias accesorias tienen una naturaleza propiamente penal[112], lo hacen como consecuencia de haber negado la posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente, siendo, por tanto, la finalidad de estas medidas preventivas evitar la futura lesión de bienes jurídico que no se puede conseguir con la imposición de una pena a la persona jurídica por su incapacidad delictiva. Las consecuencias accesorias desplegarían, por tanto, una finalidad de prevención general y especial[113].

---

107 Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 271; MEINI MÉNDEZ: *La responsabilidad penal*, p. 193; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 539.

108 Igualmente, ALPACA PÉREZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40 (octubre de 2012), p. 76.

109 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 182 y s.

110 Vid., así FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 252; RAMÓN RIBAS, en *Nuevos retos del Derecho penal*, Faraldo Cabana (dir.), p. 247; CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 276.

111 FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 254, habla de diferencias accidentales, secundarias o de matiz.

112 Vid., LUZÓN PEÑA: *Curso*, I, p. 58; OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO: *LH-Cerezo Mir*, p. 1129; FERNÁNDEZ TERUELO: *Estudios*, p. 47; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 540; RAMÓN RIBAS, en *Nuevos retos del Derecho penal*, Faraldo Cabana (dir.), p. 245.

113 Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 191, que considera que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad jurídico-penales.

El otro punto de vista tiene como punto de partida la idea de que lo único propiamente penal es la imposición de una pena con base en la culpabilidad del autor, por lo que toda medida impuesta al margen de este criterio no puede ser genuinamente penal. La función del Derecho penal de devolver la vigencia a la norma infringida, solamente se puede cumplir si el delito se atribuye bajo el criterio de la culpabilidad. En la medida que las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica no se sustentan en su culpabilidad, no son medidas propiamente penales, aun cuando se impongan en un proceso penal. Estas medidas apuntan únicamente a evitar el peligro de utilización de la organización de la persona jurídica por parte de personas naturales para cometer delitos. Por tanto, las consecuencias accesorias constituyen medidas de carácter administrativo que se imponen en sede penal por razones de economía procesal[114].

C. *Toma de posición*

Lo primero que debe indicarse es que resulta incorrecto que se considere, como punto de partida, que la afirmación de que las consecuencias accesorias no tienen el carácter punitivo presupone haber negado previamente la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas. Esta asociación de ideas solamente encontraría razón para aquellos que pretenden asignarle a las consecuencias accesorias la función de cubrir los déficits de prevención provocados por la falta de capacidad delictiva de las personas jurídicas[115]. En nuestra opinión, sin embargo, las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas se sustentan con independencia de la posibilidad de imponerles penas, pues su fundamento no radica en la falta de culpabilidad de la entidad corporativa, sino en la peligrosidad de su organización[116]. En consecuencia, en un sistema penal pueden coexistir penas y consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas[117], siendo necesario únicamente delimitar adecuadamente el alcance de cada una de estas consecuencias derivadas del delito para evitar un fraude de etiquetas o, lo que es peor, una sobrerreacción del sistema penal.

En nuestra legislación penal a las personas jurídicas se les puede imponer tanto penas (Ley N° 30424), como consecuencias accesorias (artículo 105 del CP). Una alternativa de delimitación podría ser restringir la respuesta punitiva a los delitos por los que se admite la responsabilidad de la persona jurídica (cohecho, colusión

114 En una línea similar, Cerezo Mir: *Curso*, Parte General, II, p. 72 y ss.; Gracia Martín: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 394. En el Perú, Gálvez Villegas/Delgado Tovar: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 187 y s.

115 Así parece ser la interpretación de Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 249 y s.; Gálvez Villegas/Delgado Tovar: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 185 y s.

116 Similarmente, Meini Méndez: *La responsabilidad*, p. 195.

117 Igualmente, Vilcherrez Ato: *Ita ius esto*, 7, p. 256.

desleal, tráfico de influencias, lavado de activos y financiamiento del terrorismo) y dejar la aplicación de las consecuencias accesorias para los otros delitos. En refuerzo de esta propuesta se podría decir que la reforma a la Ley N° 30424, al incluir el delito de lavado de activos como uno de los delitos por el que la persona jurídica podría ser hecha responsable, derogó también el artículo 8 de la Ley contra el Lavado de Activos que preveía la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica, lo que cerraría, por tanto, esta posibilidad expresamente contemplada en la legislación anterior. Este planteamiento no es, sin embargo, indiscutible, pues, si bien se derogó el artículo que, en la ley penal especial de lavado de activos, preveía la imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas, la regulación general del artículo 105 del CP, aplicable también a las leyes especiales conforme al artículo X del Título Preliminar del CP, no ha sido expresamente limitada, por lo que, en principio, las consecuencias accesorias podrían aplicarse a las personas jurídicas en relación con cualquier delito. Bajo tal hipótesis interpretativa no es que la pena y la consecuencia accesoria cumplen la misma función, radicando la diferencia únicamente en el tipo de delito cometido, sino que a cada una le corresponde una función distinta.

Un criterio de distinción como el asumido por la regulación penal española que aplica las consecuencias accesorias a los entes no personificados no sería de recibo, pues el artículo 105 del CP está referido expresamente a las personas jurídicas de la misma forma que la Ley N° 30424. A mi entender, la única forma de conseguir una aplicación coherente de las sanciones y las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas sería encontrando el criterio de diferenciación que evite una imposición conjunta. En este sentido, si las sanciones de la Ley N° 30424 se sustentan en una responsabilidad penal por el hecho propio, su aplicación deberá limitarse a aquellas personas jurídicas que, por su complejidad organizativa, tienen la posibilidad de auto-configurarse y, por lo tanto, de ser penalmente culpables. Por el contrario, si la persona jurídica no tiene esa complejidad, pero existe el peligro de que su estructura pueda ser nuevamente utilizada por los miembros individuales para cometer un delito, entonces lo que corresponde no es la imposición de una pena, sino una consecuencia accesoria. Se podría, así, distinguir entre personas jurídicas inimputables e imputables en función de la complejidad organizativa[118]. Contra las primeras se podrá imponer consecuencias accesorias si existe el peligro de que su organización pueda ser utilizada nuevamente por una persona individual para cometer o encubrir un delito. Contra las segundas solamente penas si es que son culpables por estar defectuosamente organizadas.

118 Vid., así, GÓMEZ-JARA DÍEZ: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 425 y ss. Igualmente, NIETO MARTÍN, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 141 y s.

Si partimos del hecho de que las consecuencias accesorias no son penas, la cuestión que debe abordarse decididamente es si se trata de medidas penales o no. Nuestro parecer es que no. Lo único que puede comunicar en el Derecho penal es la pena, de manera que la imposición de otras medidas, aun cuando se haga en el marco de un proceso penal, no las hace, por ese solo hecho, de naturaleza pena. Los efectos de restablecimiento de la vigencia de la norma que estas medidas pudiesen desplegar en el terreno penal, constituyen simples reflejos empíricos de la protección, pero no su fundamento de legitimación. Estas medidas preventivas no revisten el carácter de una sanción penal[119], pues no se sustentan en el hecho cometido por la persona jurídica, sino en un juicio de peligrosidad sobre la comisión futura de nuevos hechos delictivos por sus miembros individuales. Se trata, por tanto, de medidas preventivas de carácter administrativo que se imponen, por razones de conveniencia, en un proceso penal[120].

Si se aprecia la regulación positiva sobre las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas, se podrá constatar que nuestra interpretación sobre su naturaleza jurídica no resulta incompatible con el tenor legal. Las medidas previstas en el artículo 105 del CP se corresponden claramente con una situación de peligrosidad objetiva que autoriza a la Administración a tomar medidas de prevención sobre bienes o actividades peligrosas de la persona jurídica. La realización de un hecho antijurídico por parte de sujetos individuales es solamente la ocasión que evidencia la peligrosidad de la organización de la persona jurídica respecto de futuros delitos. Si bien inicialmente no se contaba con una previsión legal de la que pudiese desprenderse con suficiente claridad el fundamento de estas consecuencias jurídicas del delito, la incorporación del artículo 105-A del CP por la Ley N° 30077 ha pretendido cubrir este vacío por medio de diversos criterios para fundamentar y determinar su imposición. No obstante, debe reconocerse que la redacción de este dispositivo legal no ha sido el más feliz, pues simplemente hace una enumeración de criterios sin precisar cuáles fundamentan y cuáles sólo sirven para determinar la específica consecuencia accesoria a imponer.

De los criterios que el artículo 105-A del CP recoge, consideramos que el que establece el fundamento de la imposición de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas es el establecido en el inciso 1: *Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible*. De ello se desprende que su finalidad es claramente preventiva, en el sentido de evitar que se vuelva a utilizar a la persona jurídica en la comisión de un delito. Pero además que el delito no es cometido por la persona jurídica, sino que ella es utilizada por una persona natural

119 De otro parecer, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 274, quien entiende que las consecuencias accesorias son sanciones administrativas.

120 Sigue este parecer, Peña Cabrera Freyre: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 10 (2010), p. 70; Rodríguez Jiménez: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 157.

para cometer un delito. En consecuencia, decir que las consecuencias accesorias son sanciones penales especiales no tiene asidero legal, pues no se imponen a la persona jurídica por haber cometido directamente o a través de sus representantes o administradores el delito, sino por haber sido utilizada por sus representantes o administradores en la comisión de un delito. Las consecuencias accesorias son medidas preventivas de carácter administrativo ante una situación objetiva de peligro.

3. Presupuestos

Para establecer los presupuestos necesarios para la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas juega un papel determinante el hecho de que no sean consideradas penas y que tampoco se les asigne un carácter penal. En este sentido, estas medidas no responden a una situación de necesidad de intensificar un efecto disuasorio o resocializador en la persona jurídica o en sus miembros individuales. En la medida que las consecuencias accesorias tienen una naturaleza administrativa no sancionatoria, sus presupuestos, tanto materiales como procesales, estarán orientados simplemente a eliminar una situación de peligro de una posible comisión futura de nuevos delitos por parte de los miembros individuales de una persona jurídica.

A. Presupuestos materiales

La aplicación de una consecuencia accesoria a una persona jurídica no es una decisión absolutamente discrecional. El juez debe acreditar, en el caso concreto, la existencia de un conjunto de presupuestos materiales que permitan afirmar que se cumple con el fundamento de la peligrosidad objetiva de la organización[121], así como justificar la clase y cuantía de la consecuencia accesoria concretamente a imponer. Tres son los presupuestos materiales que deben ser tenidos en consideración a estos efectos.

a. El hecho principal

Para imponer una consecuencia accesoria es necesario que se haya determinado previamente que una persona individual ha cometido un hecho punible en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo[122]. A diferencia de la regulación española[123], el Código

121 Igualmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3256.

122 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 194; URTECHO NAVARRO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (2009), p. 38; PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 295.

123 Vid., BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal*, p. 286 y ss.; LA MISMA, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 102 y ss.; GRACIA MARTÍN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 407 y s; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 545.

Penal Peruano no requiere que la consecuencia accesoria esté prevista en los tipos penales de la Parte Especial, por lo que el juez penal estará en capacidad de imponerlas en cualquier delito de la Parte Especial[124]. Solamente resulta necesario que el hecho punible se vincule a la actividad u organización de la persona jurídica. Si bien el término "hecho punible" puede abarcar tanto los delitos como las faltas, el carácter especialmente invasivo de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas aconsejarían reservarlo para lo hechos graves, es decir, para los hechos delictivos[125].

Los supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible realizado por el miembro individual son fundamentalmente tres. El primer supuesto de vinculación es que el delito haya sido cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica. Para precisar cuándo se presenta esta situación hay fundamentalmente dos teorías en discusión. Por un lado, está la teoría del interés que exige que la actuación delictiva de los sujetos individuales redunde en un beneficio para la persona jurídica. Por el otro, la teoría de la función que deja de lado el criterio del interés y se centra en el ámbito funcional de la persona jurídica, de manera que solamente exige que el delito se haya cometido en el marco de actuación del ente colectivo. Lo más adecuado es recurrir al criterio funcional, en la medida que el criterio del beneficio resulta siempre de difícil determinación y verificación[126]. Lo determinante no es la utilidad del hecho delictivo para los intereses de la persona jurídica, sino la realización de este hecho dentro del ámbito de actuación de la persona jurídica.

Los otros dos supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible se refieren no a su ámbito de actuación, sino a su organización. El primero de ellos se presenta cuando la organización de la persona jurídica ha favorecido la comisión del hecho delictivo. Se trata, como puede deducirse fácilmente, de actos de cooperación o favorecimiento al delito que se hacen utilizando la organización de la persona jurídica. En consecuencia, la persona individual que utiliza la persona jurídica no requiere tener el estatus de autor del delito, sino que basta una impu-

124 Vid., igualmente, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 301.

125 Vid., así, Prado Saldarriaga: *Las consecuencias*, p. 184. De otro parecer, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 281. El parecer de Castillo Alva ha quedado, sin embargo, sin piso con la expedición del nuevo Código Procesal Penal, en donde se contempla la posibilidad de aplicar cautelarmente medidas preventivas para asegurar la finalidad de las consecuencias accesorias únicamente respecto de delitos [vid., así, Espinoza Goyena, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 323 y s.].

126 En el mismo sentido, Meini Mendez: *La responsabilidad*, p. 201. Por su parte, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 288 y s., utiliza indistintamente ambos criterios. Sigue, por el contrario, la tesis del interés, Gálvez Villegas/Delgado Tovar: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 191.

tación a título de partícipe[127]. El segundo supuesto de vinculación con la organización de la persona jurídica tiene lugar cuando se utiliza la organización para encubrir el delito. El significado del término encubrir debe hacerse en un sentido penal, es decir, mediante una acción que configure el tipo penal de encubrimiento[128]. En este sentido, se trata de actos materializados, por lo general, con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

Como cuestión general, hay que señalar que el término hecho punible permite incluir también los casos de realización, favorecimiento o encubrimiento de una tentativa del delito[129]. Por otra parte, dicho término no debe interpretarse en un sentido extensivo que llegue hasta la punibilidad de la conducta, pues una interpretación acorde con el fin de protección de la norma debe llevar a entender que, para imponer una consecuencia accesoria, resulta suficiente que se haya realizado una conducta que muestre la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica, lo que se cumple indiscutiblemente con un hecho típico y antijurídico[130]. Por lo tanto, no es un requisito necesario para imponer una consecuencia accesoria una sentencia condenatoria de un sujeto individual[131].

En la medida que las consecuencias son, como su propio nombre lo dice, accesorias, será siempre necesaria la previa determinación del hecho propiamente penal realizado por una persona individual. No se requiere que se trate de un miembro formal de la persona jurídica[132], a diferencia del comiso de ganancias

---

127 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 195 y s.; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 190 y s. Precisa CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 292 que el favorecimiento incluye no sólo la complicidad, sino también la instigación.

128 Similarmente, CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 293.

129 Vid., CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 281; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 190; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 157. De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 194 y s., a partir de consideraciones sobre el principio de legalidad.

130 Vid., igualmente, ZUGALDÍA ESPINAR: *RPJ* 46 (1997), p. 340 y ss.; BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal*, p. 308; MEINI MÉNDEZ: *La responsabilidad*, p. 198; GRACIA MARTÍN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 409; TAMARIT SUMILLA: *LH-Cerezo Mir*, p. 1166; CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 285; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 189; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 157. De otra opinión ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Bases*, p. 212; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *LH-Cerezo Mir*, p. 1131.

131 De otra opinión, PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias*, p. 185; EL MISMO, *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 295; PEÑA CABRERA FREYRE: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 10 (2010), p. 73 y s.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3260.

132 Vid., así SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 197 y s.; MEINI MÉNDEZ: *La responsabilidad*, p. 207. De otra opinión RODRÍGUEZ ESTEVES: *El Derecho penal*, p. 359 y s.

obtenidas ilícitamente, en donde el tenor legal exige expresamente que la persona natural autor del delito sea un funcionario o dependiente de la persona jurídica. Basta, por lo tanto, la utilización delictiva de la organización. En la doctrina penal se discute si debe individualizarse a este sujeto individual o si resulta suficiente simplemente con determinar que alguien ha cometido un delito en las actividades o desde la organización de la persona jurídica. Pensamos que una individualización del sujeto individual no es indispensable.

En cuanto al alcance del término "persona jurídica", se discute si dicho término abarca tanto a las personas jurídicas de Derecho privado como a las de Derecho público. Si bien el artículo 105 del CP no precisa nada al respecto, una lectura completa de dicho artículo debe llevar a limitar necesariamente el ámbito de aplicación a las personas de Derecho privado[133]. En efecto, cuando el artículo 105 del texto punitivo enumera las consecuencias accesorias aplicables, las refiere claramente a las formas jurídicas de las personas jurídicas de Derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, cooperativas o comités) y no, más bien, a las de las personas jurídicas de Derecho público. Por contra, el término persona jurídica puede interpretarse en un sentido amplio que incluya las sociedades de hecho e irregulares[134]. El Derecho penal no tiene por qué estar vinculado a una interpretación accesoria que limite sus posibilidades de actuación. Por otra parte, la crítica de que las consecuencias accesorias están pensadas más para personas jurídicas debidamente constituidas resulta cuestionable, pues hasta la propia regulación societaria admite, por ejemplo, que la sociedad irregular pueda ser disuelta y liquidada.

Es precisamente a partir de las consideraciones materiales que orientan la interpretación de los criterios de imputación penal que se explica que el legislador penal haya incorporado, en la regulación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, una cláusula de facticidad en cuanto a la identidad de la persona jurídica. En efecto, en el último párrafo del artículo 105 del CP se indica que el cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas[135]. Se trata de evitar que, con un manejo de las formas jurídicas, se consiga sustraer a la persona jurídica de las consecuencias accesorias que corresponde imponerle por la peligrosidad de su organización.

---

133 Igualmente, NÚÑEZ PÉREZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 116; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 191. De otro parecer, CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 298.

134 De otro parecer en cuanto al tenor legal, CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 297; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Anuario de Derecho Penal*, 2001, p. 493.

135 Vid., REYNA ALFARO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 48 y s.

b. Juicio de prognosis

En segundo lugar, es necesario que el juez haga, a partir de la forma como está estructurada la persona jurídica, un juicio de prognosis sobre la probabilidad de que se cometan futuros hechos delictivos a través o con ayuda de la persona jurídica[136]. A este requisito se le conoce también como la peligrosidad objetiva de la estructura social. Por lo tanto, para que proceda la imposición de una consecuencia accesoria, la persona jurídica debe estar organizada de una forma tal que permita, favorezca o encubra la realización de hechos delictivos futuros (por ejemplo, la existencia de una planta contaminante o la creación de las llamadas sociedades fachada). Es importante destacar que se trata de una peligrosidad objetiva que, por lo tanto, no necesita determinar quién es el competente por esa situación de peligrosidad.

La peligrosidad de la organización puede manifestarse en diversos grados. Por un lado, puede ser que la persona jurídica esté ex profesamente organizada para cometer hechos delictivos. Por ejemplo, si se ha institucionalizado un sistema de doble facturación para reducir la base imponible en relación con el pago de los tributos. Pero puede suceder, por otro lado, que la peligrosidad de la organización se debe a que el mismo giro empresarial se mueve en un ámbito de alta probabilidad de comisión de determinados hechos delictivos (por ejemplo, contaminación medioambiental, receptación, tráfico de insumos químicos fiscalizados, entre otros), frente a lo cual la persona jurídica no implementa ningún sistema de prevención de delitos. En estos casos, la peligrosidad de la organización se dará en la medida que no exista un sistema de prevención idóneo en relación con la comisión de hechos delictivos altamente probables. Bajo estas consideraciones, las consecuencias accesorias se impondrán a la entidad empresarial por la peligrosidad de la actividad que no es atajada oportunamente con mecanismos de prevención idóneos[137].

Con base en las consideraciones precedentes, resulta evidente que si, por el contrario, la persona jurídica cuenta con un programa de cumplimiento normativo idóneo, no será posible sostener la peligrosidad criminal de la organización y, por lo tanto, no habrá sustento dogmático para imponerle alguna consecuencia accesoria, más allá del castigo al miembro individual por el delito que haya cometido[138]. El que la persona jurídica se encuentre organizada en *compliance* es un indicio de la

136 En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 548; URTECHO NAVARRO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (2009), p. 38.

137 Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO: *Criminal Compliance*, p. 139.

138 Igualmente, HURTADO HUAILLA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2017), p. 86 y s.; RUIZ/PALOMINO: *Actualidad Penal* 22 (2016), p. 73. Por el contrario, no ve relevancia del *compliance* en la imposición de consecuencias accesorias, CLAVIJO JAVE: *Derecho PUCP* 73 (2014), p. 644.

existencia de un *management* empresarial cuidadoso[139] y, por lo tanto, un argumento irrebatible frente a la pretensión de someterla a alguna consecuencia accesoria. La existencia de un programa de cumplimiento normativo permitirá tratar el delito cometido por la persona física como un accidente en las actividades de la persona jurídica[140].

c. Test de proporcionalidad

Como último presupuesto material, hay que señalar que la imposición de consecuencias accesorias a una persona jurídica, como toda medida que implique la restricción de derechos (libertad de empresa, derecho de propiedad, libertad de contratar), debe someterse al principio de proporcionalidad. En concreto, el juez debe someter la específica consecuencia accesoria aplicable a la persona jurídica a un *test* de proporcionalidad que abarca un juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto[141].

En el juicio de idoneidad debe tenerse en cuenta no sólo la finalidad preventiva antes señalada de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas (atajar la peligrosidad de la estructura social), sino también los intereses de los trabajadores y acreedores de la empresa afectada con dicha medida[142]. Esta permeabilidad de las consecuencias accesorias ante aspectos que no tienen un carácter preventivo-penal, ponen de manifiesto nuevamente que estas medidas no pueden ser medidas de naturaleza estrictamente penal. En consecuencia, estamos frente a medidas administrativas que requieren ponderar otros intereses sociales, no solamente la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica. El *test* de proporcionalidad exige hacer también un juicio de necesidad no sólo para decidir si se impone una consecuencia accesoria, sino también para elegir cuál de ellas debe imponerse en el caso concreto. Si la finalidad preventiva se consigue con una medida extrapenal menos lesiva o con una consecuencia accesoria menos grave, el juez deberá optar por la menos onerosa para la persona jurídica. Finalmente, debe hacerse también un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el que se determine si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la medida impuesta y la finalidad preventiva de la norma.

---

139 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ: *Derecho penal de la empresa*, p. 202.

140 Así, SILVA SÁNCHEZ, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 32.

141 Vid., así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Anuario de Derecho Penal*, 2001, p. 490; TAMARIT SUMILLA: *LH-Cerezo Mir*, p. 1167; URTECHO NAVARRO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (2009), p. 38 y s.; SOTA SÁNCHEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. Acuerdo Plenario N° 07-2009, punto 17.

142 Vid., en este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO: *Estudios*, p. 54 y s.

B. Presupuestos procesales

Hasta antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004, no se contaba con una regulación de los presupuestos de orden procesal para la imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas. Por esta razón, la jurisprudencia recurrió escasas veces a estas consecuencias jurídicas del delito y, cuando lo hizo, se apoyó en criterios poco uniformes. De esta situación da cuenta el Acuerdo Plenario N° 7-2009 en su punto 8, precisando que, si bien el Código Procesal Penal actual cubre el vacío de la falta de operatividad procesal de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas, su entrada en vigencia progresiva deja todavía sin referente legal los casos que se siguen ventilando con el Código de Procedimientos Penales. Por esta razón, el referido Acuerdo Plenario en el punto 22 establece cuáles son las reglas procesales que deben observarse, en los procesos ventilados con el Código de Procedimientos Penales, para imponer consecuencias accesorias a las personas jurídicas, las que se corresponden con los criterios establecidos en el nuevo Código Procesal Penal, teniendo obviamente en cuenta las particularidades del viejo modelo procesal.

a. Incorporación al proceso penal

Para poder imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica dentro de un proceso penal es evidente que previamente debe haber sido incorporada al proceso a requerimiento de la parte legitimada[143]. Dada la ausencia de alguna disposición al respecto en el Código de Procedimientos Penales, la jurisprudencia se encargó en un primer momento de desarrollar esta exigencia, señalando que las personas jurídicas debían ser emplazadas e incorporadas al proceso bajo la forma de "parte pasiva"[144]. El Acuerdo Plenario N° 7-2009 ha consolidado esta línea de interpretación al exigir primeramente un requerimiento de inclusión de la persona jurídica en el proceso por parte del Fiscal en la denuncia o durante la etapa de instrucción. Sobre la base de este requerimiento, el Juez Penal comprenderá en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario a la persona jurídica involucrada en el hecho punible como "sujeto pasivo imputado". En el caso de los procesos penales ventilados con el Código Procesal Penal de 2004,

143 Vid., REYNA ALFARO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 49; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 160.

144 Vid., REYNA ALFARO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 132 y s. Igualmente en la jurisprudencia nacional, el auto de 26 de febrero de 2002 en el Exp. N° 25-2001 (caso de América Televisión) y la Sentencia de primera instancia de 30 de abril de 2004 del Exp. N° 493-02 (caso de la Discoteca Utopía). Ambas resoluciones judiciales son reproducidas parcialmente en la parte pertinente por ESPINOZA GOYENA: *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 313 y s.

la exigencia de incorporación al proceso es clara, pues su artículo 90 exige expresamente el emplazamiento e incorporación de la persona jurídica en el proceso penal a instancia del fiscal para poder imponerle alguna consecuencia accesoria.

Sobre el requisito del requerimiento fiscal se presenta una cuestión debatible. Cierto sector de la doctrina se pronuncia, con base en el principio acusatorio, sobre la potestad exclusiva del Ministerio Público para incorporar a una persona jurídica como sujeto pasivo[145]. Por nuestra parte, no consideramos que ésta sea la razón de la exigencia del requerimiento fiscal de la consecuencia accesoria. Como ya lo adelantamos, estas medidas, aplicables a las personas jurídicas, no son penas, sino medidas preventivas de carácter administrativo, por lo que el fiscal no es el titular exclusivo para solicitarlas. Sin embargo, en la nueva estructuración del proceso penal, en donde el fiscal asume y dirige la investigación, es evidente que es éste quien se encuentra en la mejor posición para poder determinar si se presentan los presupuestos para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica. Por consiguiente, la exigencia del requerimiento fiscal se sustentaría por su posición en el proceso penal más que por el carácter jurídico-penal de las consecuencias accesorias.

El Código Procesal Penal establece en su artículo 91 la oportunidad para incorporar a una persona jurídica como sujeto pasivo en un proceso penal: Esta incorporación debe darse entre la formalización de la investigación y la conclusión de la misma[146]. El pedido del fiscal sigue el trámite establecido para los medios de defensa técnica. En la audiencia prevista para estos casos resulta de sustancial importancia la intervención de la persona jurídica emplazada. Si se aplican las reglas de los medios de defensa, el auto que resuelve la incorporación de la persona jurídica como parte pasiva podrá ser apelado, tal como lo establece el artículo 9 del CPP[147]. En el caso de los procesos que se rigen por el Código de Procedimientos Penales, el Acuerdo Plenario N° 7-2009 establece igualmente que la oportunidad procesal para incorporar a la persona jurídica como sujeto pasivo va desde la formalización de la denuncia hasta la conclusión de la instrucción. Sin embargo, la incorporación la decide el juez sin que se le dé la posibilidad de oponerse a la persona jurídica. El Acuerdo Plenario simplemente dispone que a la persona jurídica se le notifique su incorporación como sujeto pasivo.

---

145 Vid., así, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 307 y s.; Tamari Sumilla: *LH-Cerezo Mir*, p. 1168; Espinoza Goyena, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 316; El Mismo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56 (febrero de 2014), p. 122.

146 Vid., Espinoza Goyena: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56 (2014), p. 122; Reyna Alfaro: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 50.

147 Admite igualmente la posibilidad de apelación, Espinoza Goyena: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56 (2014), p. 123.

b. Parte procesal

La incorporación de la persona jurídica como parte pasiva debe permitirle gozar de una participación activa en el proceso que asegure el respeto de sus derechos, sobre todo del derecho de defensa[148]. Por disposición constitucional, las personas jurídicas deben tener la posibilidad de defenderse dentro del proceso penal ante la eventual imposición de una medida restrictiva como es precisamente una consecuencia accesoria. En el nuevo Código Procesal Penal se establece el marco adecuado para garantizar el derecho de defensa de la persona jurídica. Se dice expresamente en el artículo 92 que, una vez que la persona jurídica es incorporada al proceso, se requerirá a su órgano social que designe un apoderado judicial que no puede ser el imputado por el hecho principal[149]. Si en el plazo de cinco días de requerido no designa un apoderado judicial, lo hará el juez. Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 7-2009 dispone igualmente que, una vez comprendida la persona jurídica en el proceso penal, ésta sea notificada para que nombre a un apoderado judicial en los mismos términos que el artículo 92 del NCPP.

El artículo 93 del CPP le reconoce a la persona jurídica todos los derechos y garantías del imputado, aunque en el segundo párrafo permite que se le impongan las consecuencias accesorias en rebeldía o falta de apersonamiento. El Acuerdo Plenario N° 7-2009 hace lo mismo respecto de los procesos penales tramitados con el Código de Procedimientos Penales, indicando que rigen para la persona jurídica todos los derechos y garantías previstas para el imputado durante la instrucción y el juicio oral. El tenor utilizado por el Acuerdo Plenario se inclina abiertamente por considerar que las consecuencias accesorias son penas que se imponen a las personas jurídicas por su responsabilidad en el hecho punible, tan es así que indica que la acusación debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. A nuestro entender, como ya se dijo, las consecuencias accesorias no son realmente penas, por lo que si bien se le reconoce a la persona jurídica un derecho amplio a participar en las diversas etapas del proceso[150], debe quedar claro que no es, en sentido estricto, un imputado. Por lo tanto, a la persona jurídica no se le puede extender ciertas garantías o beneficios exclusivos del imputado, como, por ejemplo, el "derecho" a poder mentir sobre su responsabilidad penal sin que

148 Vid., así, NÚÑEZ PÉREZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 120; REYNA ALFARO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 50. En la regulación penal española, del mismo modo, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 145; BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal*, p. 289.

149 Destacan lo acertado de esta limitación, GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 211.

150 Vid., así, ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 318 y s.

ello conlleve un delito de perjurio o falsedad. En este sentido, el apoderado judicial de la persona jurídica no podrá eximirse de responsabilidad penal si es que en sus argumentos de defensa utiliza dolosamente datos falsos.

4. Clases

En los diversos sistemas penales existen fundamentalmente dos modelos de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. Por un lado están las medidas de control externo que intentan orientar desde fuera la actividad de la persona jurídica, y por el otro, las medidas de control interno que inciden sobre la estructura de la persona jurídica[151]. Las medidas pecuniarias materializan de forma más clara la forma de control externo, aunque también poseen esta misma orientación medidas como el cierre de establecimiento, la suspensión de actividades y la disolución y liquidación[152]. Por su parte, las medidas que buscan desarrollar un control interno sobre la persona jurídica encuentran su mejor expresión en la medida de intervención en la estructura organizativa de la persona jurídica. Un repaso del artículo 105 del CP permite concluir que el modelo de consecuencias accesorias seguido por nuestra legislación penal se corresponde con un sistema mixto, pues asume tanto rasgos de control externo como rasgos del control interno.

A. Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo

La clausura de locales o establecimientos de la persona jurídica tiene lugar cuando existe objetivamente peligro de realización de nuevos hechos delictivos por la forma como están dispuestos estos locales o establecimientos. Por ejemplo: La medida de clausura debe tomarse si los locales abiertos al público de la persona jurídica no reúnen las condiciones mínimas de seguridad exigidas por la normativa administrativa. No es necesario que los locales sean de propiedad de la persona jurídica, ni tampoco que en esos locales se haya realizado el delito que motiva el proceso penal[153]. La realización del delito no constituye el fundamento de la consecuencia accesoria, sino la ocasión para poder constatar la peligrosidad de los locales o establecimientos usados por la persona jurídica.

---

151 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 199. Una ordenación distinta realiza GRACIA MARTÍN, en *Lecciones*, Gracia/Boldova/Alastuey: p. 406, quien habla, por un lado, de medidas preventivas de carácter asegurativo y, por el otro, de medidas coercitivas.

152 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 200.

153 De una opinión distinta, PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias*, p. 182; CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 311.

La clausura de locales o establecimientos puede ser temporal o definitiva. En caso sea temporal, su duración no puede exceder los cinco años. La clausura definitiva no significa la pérdida del local o establecimiento, pues el inmueble puede ser utilizado perfectamente para otros fines o actividades legalmente permitidos. La legislación penal no establece los criterios para saber cuándo procede una clausura definitiva y cuándo una temporal[154], por lo que quedará al arbitrio del juez esta decisión. En cualquier caso, parece lógico entender que, por razones de proporcionalidad, la clausura definitiva solamente será aplicable cuando no exista forma alguna de revertir la peligrosidad del local o establecimiento[155].

La pregunta que cabe plantearse respecto a la consecuencia accesoria de clausura es si esta medida puede levantarse si las circunstancias que hacían objetivamente peligrosos los locales o establecimientos de la persona jurídica han sido corregidas o han cesado. Si se defiende el carácter sancionatorio de estas medidas, difícilmente se podría levantar la medida, salvo que exista una especie de beneficios penitenciarios para las consecuencias accesorias que permitan levantar anticipadamente el cumplimiento efectivo de la medida. Por el contrario, si se entiende que esta consecuencia accesoria es estrictamente una medida preventiva, aunque se haya impuesto en el marco de un proceso penal, la clausura podría ser levantada sin mayores inconvenientes, pues la peligrosidad objetiva habría desaparecido. No obstante, en la medida que ha sido el juez penal el que la ha impuesto, el levantamiento de la medida no podrá ser ordenada por la Administración, sino que se tendrá que solicitar que sea el mismo juez penal el que proceda a levantar dicha medida. Debe quedar claro que esta limitación procesal no se debe al carácter jurídico-penal de la medida, sino al rango de la autoridad judicial.

B. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años

La suspensión de actividades constituye una medida temporal que le impide a la persona jurídica realizar su actividad social, la cual puede durar hasta dos años[156]. El fundamento de esta consecuencia accesoria reside en el hecho de que la conducta delictiva producida en el marco de las actividades de la persona jurídica puede seguir desarrollándose. Por ejemplo: Si el proceso productivo de la empresa ha generado productos defectuosos que han perjudicado a los consumidores, es

154 Vid., SOTA SÁNCHEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 70. Igualmente, en el Derecho español, BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal*, p. 302.

155 Limita esta medida a casos de extrema gravedad, DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 200.

156 Destaca su carácter temporal, DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 202.

lógico que mientras no se resuelva estos defectos de organización o se reformule el proceso productivo utilizado, el peligro de futuros delitos de la misma índole se mantiene latente. El plazo máximo de la suspensión de actividades se establece con el ánimo garantista de evitar una medida indeterminada de restricción de derechos (principio de proporcionalidad). Si cumplido el plazo establecido por el juez la peligrosidad objetiva se mantiene, la Administración Pública estará autorizada a tomar las medidas administrativas correspondientes para controlar dicha peligrosidad.

Si la actividad en cuestión de la persona jurídica que no está sometida a una autorización administrativa, entonces la imposición de la consecuencia accesoria de suspensión impedirá que la entidad colectiva pueda realizar esta actividad como cualquier otra persona. Si se trata, por el contrario, de una actividad que requiere de una autorización administrativa, entonces la persona jurídica deberá contar con dicha autorización, pues, si no la tiene, simplemente no le asistirá el derecho de poder realizar dicha actividad. En este sentido, la suspensión de una actividad sometida a autorización administrativa presupone que la persona jurídica cuente con una autorización legal para poder llevarla a cabo. Queda claro que la suspensión de una actividad no le impide a la persona jurídica poder desplegar su accionar empresarial en otro sector o ámbito económico permitido[157].

C. *Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la clase de aquéllas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito*

La medida de prohibición de actividades de la persona jurídica debe recaer sobre el ámbito de actuación en el que se ha realizado el delito por el miembro individual y existe el peligro de que se pueda volver a cometer[158]. Constituye, en el fondo, una inhabilitación, la cual no debe entenderse, en este caso, como una pena, sino como una medida que se impone porque la persona jurídica se ha mostrado como incompetente para realizar determinadas actividades sectoriales. Esta medida podrá tener un carácter definitivo o temporal, siendo su plazo máximo de duración, en este último caso, de cinco años.

A diferencia de la consecuencia accesoria de suspensión de actividades, la prohibición de actividades es parcial, en el sentido que no impide a la persona jurídica su funcionamiento, sino que la inhabilita en determinados ámbitos de actuación. Por ejemplo, cuando una empresa ha realizado una defraudación a las rentas de aduanas en su actividad importadora de insumos y existe el peligro de seguir ha-

157 Así, De Vicente Martínez, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 202.

158 Vid., en este sentido, Gracia Martín: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 410.

ciéndolo. En estos casos, tendrá que adquirir los productos que necesita (insumos), vía una empresa importadora o recurrir a productos nacionales. No se le niega la posibilidad de seguir realizando sus actividades, sino que se limita su intervención en ciertos sectores específicos. Dada la incompetencia de la persona jurídica para desenvolverse correctamente en determinado sector, el juez toma la medida cognitiva de suspender sus actividades en ese sector. El aseguramiento es, pues, cognitivo y no normativo.

D. La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité

La consecuencia accesoria de disolución de la persona jurídica constituye la medida más drástica que se le puede imponer a una persona jurídica, en la medida que implica la pérdida de su existencia jurídica[159]. Por esta razón, esta medida debe proceder cuando resulta claro que la persona jurídica ha sido creada con fines únicamente delictivos[160]. Nos estamos refiriendo concretamente a las sociedades pantalla o fachada, las cuales se utilizan sólo con fines delictivos como, por ejemplo, para defraudar los tributos o lavar activos de procedencia delictiva[161]. La existencia de la persona jurídica ha tenido, en estos casos, un fin exclusivamente delictivo, de manera tal que su permanencia en el mundo jurídico no tiene ninguna razón válida. El último párrafo del artículo 105-A del CP es categórico en este mismo sentido, al disponer la disolución de la persona jurídica cuando resulta evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

E. La intervención de la persona jurídica

El penúltimo párrafo del artículo 105 del CP contempla la posibilidad de una intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores. Debe tenerse especialmente en cuenta que no se trata de una medida autónoma, sino que debe tomarse de la mano de cualquiera de las consecuencias

159 Vid., Bacigalupo, S.: *La responsabilidad penal*, p. 303; Gracia Martín: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 410; De Vicente Martínez, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 201.

160 Igualmente, Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 143; Bacigalupo, S.: *La responsabilidad penal*, p. 303; Meini Méndez: *La responsabilidad*, p. 212; Núñez Pérez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 115; Sota Sánchez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 71. Exigen una alta probabilidad de que vuelva a involucrarse en delitos, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: *Derecho penal*, PG, II, § 29, n.m. 3249.

161 Vid., Gálvez Villegas/Delgado Tovar: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 199.

accesorias anteriormente mencionadas, lo cual condiciona también su duración[162]. Sin embargo, el legislador penal ha establecido un plazo máximo de dos años para evitar cualquier exceso en la imposición de esta medida complementaria a las consecuencias accesorias.

La intervención de la persona jurídica en el marco del artículo 105 del CP debe diferenciarse de otras formas de injerencia sobre la entidad colectiva, En primer lugar, debe quedar claro que no es propiamente una administración judicial, sino la existencia de un interventor con finalidades fundamentalmente de supervisión para que no se afecten los intereses de los trabajadores o acreedores. Del mismo modo, esta medida tampoco se puede confundir con un embargo en forma de intervención, pues la intervención no se hace con la finalidad de resguardar determinados bienes, sino para proteger los intereses de los terceros antes mencionados. La administración de la persona jurídica sigue encargada a sus directivos, existiendo solamente una especie de órgano de control judicialmente impuesto que resguarda los intereses de los trabajadores o acreedores durante el cumplimiento de la consecuencia accesoria.

Un aspecto que conviene precisar es quién resulta la autoridad competente que debe disponer la intervención de la persona jurídica por orden del juez. Dado que se trata principalmente de la defensa de los intereses de los trabajadores, esta autoridad competente será la autoridad de trabajo[163]. Debe quedar claro que la autoridad administrativa no puede dejar de cumplir la orden del juez. Su discrecionalidad se mueve solamente en el plano de la ejecución del mandato de intervención. En ámbitos de actuación sometidos a regulación y control especial por parte del Estado, parecería más adecuado que el órgano interventor sea el organismo encargado del control del desenvolvimiento de las empresas en el sector, por ejemplo, la Superintendencia de Banco y Seguros en el caso de las entidades financieras y de seguros, o la Superintendencia de Mercado y Valores en el caso de empresas que cotizan en bolsa.

5. Carácter facultativo u obligatorio de las consecuencias accesorias

Un aspecto especialmente discutido en la doctrina penal sobre la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas es su carácter facultativo u obligatorio, es decir, si el juez penal está obligado o solamente facultado a imponerlas. En la doctrina nacional existen posiciones encontradas en función del distinto tenor que ha tenido el artículo 105 del CP. Con base en la redacción original, ciertos au-

162 Así, MEINI MÉNDEZ: *La responsabilidad*, p. 210; PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias*, p. 183; CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 320.

163 Igualmente, MEINI MÉNDEZ: *La responsabilidad*, p. 209.

tores consideraron que estas medidas tenían un carácter potestativo o facultativo[164], mientras que con el actual tenor la posición defendida es, más bien, que su imposición es obligatoria[165]. En el fondo, consideramos que esta discusión es más retórica que de contenido, no dependiendo la solución de la manera como eventualmente se encuentre redactado el artículo 105 del CP.

Si se parte de la idea generalizada de que el juez siempre tiene un margen de decisión para determinar si se dan los presupuestos que fundamentan una determinada consecuencia jurídica, la imposición de las consecuencias accesorias no es obligatoria. Pero si se entiende que, en el caso concreto, se dan completamente los presupuestos exigidos, la imposición será obligatoria, pues el juez no puede dejar de aplicar sin razón alguna lo dispuesto por la ley. En consecuencia, hay que decir que las consecuencias accesorias deben ser impuestas por el juez si es que se presentan, en el caso concreto, los presupuestos materiales y procesales anteriormente desarrollados. En donde sí se da un margen de discrecionalidad judicial es en cuanto a la necesidad de aplicar todas o algunas de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del CP. Pero debe destacarse que esta discrecionalidad no significa arbitrariedad, por lo que el juez deberá justificar esta decisión en un criterio material, a saber: el principio de proporcionalidad.

6. Los criterios de determinación de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas

El artículo 105-A del CP establece los criterios que el juez penal debe tener en cuenta a la hora de determinar motivadamente la consecuencia accesoria a imponer a la persona jurídica en cuyas actividades se ha cometido un delito o cuya organización haya sido utilizada para facilitarlo o encubrirlo. Para algunos autores nacionales, la principal razón de la falta de aplicación práctica de las consecuencias accesorias era precisamente la ausencia de una previsión legal con reglas claras sobre su determinación judicial[166]. Por ello, el citado dispositivo se ha ocupado de indicar qué referentes debe tener el juez para decir la específica consecuencia accesoria aplicable a la persona jurídica. Debe hacerse, sin embargo, la precisión de que estas consecuencias jurídicas del delito no son penas, por lo que su determinación no se guía por un injusto culpable propio, sino por el principio general de la proporcio-

164 Así, PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias*, p. 184; CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 304, a lo que se le dio como sustento el principio de mínima intervención. De otro parecer, sin embargo, MEINI MÉNDEZ: *La responsabilidad*, p. 206.

165 Vid., en este sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3255; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p.193.

166 Así, PRADO SALDARRIAGA: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 288.

nalidad. En ese sentido, los criterios deben ordenarse en función de los juicios que, de manera general, engloba el llamado test de proporcionalidad.

En el plano de la idoneidad, no hay duda que la finalidad preventiva de la consecuencia accesoria prevista en el inciso 1 es el criterio esencial. Esta consecuencia jurídica del delito debe ser idónea para evitar la futura utilización de la persona jurídica en la comisión de nuevos delitos. También el criterio de la modalidad y la motivación del uso delictivo de la persona jurídica previsto en el inciso 2 entra en juego al momento de decidir cuál de las consecuencias accesorias es la idónea, pues la peligrosidad objetiva de la persona jurídica solamente se podrá dimensionar adecuadamente si se tiene en cuenta cómo dicho peligro se ha concretado en el hecho punible cometido por sus miembros individuales.

El juicio de necesidad es expresado en el inciso del artículo 105-A del CP, en donde se establece como criterio de determinación la finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. De esta manera, se podrá establecer si la persona jurídica ha sido creada realmente para desplegar una actividad lícita, aunque se haya utilizado eventualmente para la comisión de un delito, o si su finalidad real fue la comisión de ilícitos penales. Este criterio se concreta en la última parte del artículo 105-A del CP, en donde se señala que la disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas. No es posible acudir directamente a la consecuencia accesoria más gravosa, aunque sea idónea. La medida preventiva de la disolución debe reservarse únicamente para los casos en los que no haya otra forma de reducir eficazmente el peligro de comisión de nuevos delitos utilizando a la persona jurídica. Tal situación se presenta solamente cuando la razón de ser de la persona jurídica es servir a la comisión de actividades delictivas.

Los criterios previstos en los incisos 3, 4, 5 y 6 del artículo 105-A del CP entran a tallar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. En primer lugar, no toda situación de peligrosidad objetiva de la persona jurídica justifica la imposición de una medida restrictiva con fines preventivos. Si la peligrosidad está referida a hechos de escasa gravedad o daño exiguo, entonces no resulta razonable adoptar una medida preventiva que repercute también en terceros como los proveedores, acreedores y, especialmente, los trabajadores. Por ello, la peligrosidad de la persona jurídica debe estar referida a afectaciones relevantes que justifiquen la imposición de una medida altamente invasiva como son las consecuencias accesorias que, como ya se dijo, pueden llegar hasta la disolución de la persona jurídica. Pero, en segundo lugar, la intensidad de la medida dependerá también del tipo de peligro que encierre la actividad u organización de la persona jurídica. Debe recordarse que la

consecuencia accesoria no se impone por la gravedad del hecho cometido[167], sino por el peligro que revela el delito cometido por el miembro individual. Si dicho delito es sumamente grave, pero está excluido que la persona jurídica pueda volver a ser utilizada para tal fin, entonces la imposición de una consecuencia accesoria no se encuentra legitimada.

Un último aspecto de especial relevancia es el criterio establecido en el inciso 6 del artículo 105-A del CP para determinar judicialmente la imposición de una consecuencia accesoria. Conforme a este dispositivo legal, la reparación espontánea por parte de la persona jurídica de las consecuencias dañosas del hecho punible, debe ser considerada a efectos de determinar la imposición o la intensidad cualitativa o cuantitativa de la consecuencia accesoria. Se trata claramente de un mecanismo de mitigación de los efectos lesivos que debe ser considerado por el juez al momento de hacer el juicio de proporcionalidad. Si finalmente es la propia persona jurídica la que reduce el efecto lesivo del delito cometido por su miembro individual, la peligrosidad que expresa su organización es sin duda menor que la de aquella que se desentiende del problema[168]. En consecuencia, se podrá prescindir de imponer la consecuencia accesoria o hacerla más benigna por los niveles existentes de compensación de la peligrosidad.

7. La imposición cautelar de consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas

El artículo 105 del CP no contempla la posibilidad de aplicar cautelarmente las consecuencias accesorias a las personas jurídicas durante la sustanciación del proceso penal. Solamente una norma de carácter especial lo contempla, que es el caso del artículo 314-C del CP que, en los delitos contra el medio ambiente, permite aplicar, como medida cautelar, la suspensión de actividades y la clausura del establecimiento. A partir de esta regulación especial se plantea la cuestión de si dicha posibilidad de imponer cautelarmente una consecuencia accesoria puede hacerse también en otros delitos. En principio, y en la medida que no se trata de penas, no se aprecia inconvenientes materiales para extender esta posibilidad a otras medidas y delitos.

De todas formas, y para resolver cualquier duda, el nuevo Código Procesal Penal ha viabilizado de manera general la posibilidad de aplicar cautelarmente las consecuencias accesorias mediante la regulación de las llamadas medidas preventivas en su artículo 313. Un sector de la doctrina procesal señala que estas medidas

167 Como, por el contrario, parece ser la opinión de Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 293 y s.

168 En el mismo sentido, Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 294.

no constituyen, en sentido estricto, medidas cautelares, pues no buscan garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia[169]. Esta afirmación, sin embargo, parte, a nuestro modo de ver, de una limitación de los efectos de la sentencia al ámbito civil y penal. En la medida que la legislación penal ha incorporado al proceso penal también medidas administrativas como las consecuencias accesorias, resulta lógico ampliar también los efectos de la sentencia a la consecución de objetivos de carácter administrativo. Por lo tanto, si las llamadas medidas preventivas tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la finalidad administrativa de las consecuencias accesorias[170], podrá considerárseles también medidas de carácter cautelar.

La finalidad de las consecuencias accesorias es evitar que la peligrosidad objetiva de la estructura organizativa de la persona jurídica permita, favorezca o encubra la realización de hechos delictivos por parte de sus miembros individuales. En la medida que la duración del proceso penal puede afectar el cumplimiento oportuno y efectivo de esta finalidad, el Código Procesal Penal ha incorporado atinadamente las llamadas medidas preventivas. La finalidad instrumental de estas medidas explica también por qué se contemplan nuevas medidas, no previstas como definitivas, en el Código Penal, como el nombramiento de un administrador judicial, el sometimiento a vigilancia judicial y la anotación o inscripción registral del procesamiento penal. No se trata de medidas autónomas, sino de medidas dirigidas a asegurar la consecución efectiva y oportuna de las finalidades de las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal y en las leyes penales especiales[171].

Los requisitos para poder imponer cautelarmente las medidas preventivas a las personas jurídicas están previstos en el propio artículo 313 del CPP. Por un lado, se encuentra la exigencia del *fumus bonus iuris*, es decir, que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y de la vinculación de la persona jurídica a los supuestos previstos en el artículo 105 del CP[172]. Es muy importante, en cuanto a este requisito, la existencia de prueba suficiente. En segundo lugar, se exige el *periculum in mora* o peligro en la demora, el cual puede manifestarse de dos formas: como peligro criminal (de permanencia o prolongación de los efectos lesivos del delito, o de comisión de nuevos delitos de la misma clase) o peligro procesal (peligro concreto de entorpecimiento de la averiguación de la verdad). Si se cumplen estos requisitos, el juez penal podrá tomar cautelarmente cualquiera de las medidas previstas sobre la persona jurídica que haya sido constituida en parte pasiva dentro del proceso penal. Es evidente que, en la medida que la imposición cau-

169 Vid., Espinoza Goyena, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 319 y s.

170 Así, Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito*, p. 176.

171 Vid., igualmente, Bacigalupo, S.: *La responsabilidad penal*, p. 293.

172 Similarmente, Bacigalupo, S.: *La responsabilidad penal*, p. 294.

telar de una consecuencia accesoria implica una injerencia sobre la persona jurídica, debe tenerse en cuenta también el principio constitucional de proporcionalidad[173].

IV. MEDIDAS PREVENTIVAS PREVISTAS EN LEYES ESPECIALES

Regulaciones especiales de las consecuencias accesorias se encuentra en diversas leyes penales especiales. Por un lado, cabe mencionar ciertas leyes penales especiales que, en esencia, reproducen los mismos parámetros de la regulación general del artículo 105 del CP, con algunos cambios mínimos sobre todo en cuanto a la duración de algunas consecuencias accesorias. Así lo hacen, por ejemplo, la Ley Penal Tributaria y la Ley de Delitos Aduaneros. La situación es distinta en otro grupo de leyes penales especiales, en donde la regulación especial de las consecuencias accesorias desborda el marco general del artículo 105 del CP. Aquí puede mencionarse la Ley contra el Crimen Organizado.

Dentro del segundo grupo de leyes penales especiales llaman especialmente la atención dos aspectos de la regulación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. En primer lugar, la incorporación de la multa y la cancelación de licencias, derechos o autorizaciones como nuevas consecuencias accesorias que no están previstas en la regulación general[174]. En segundo lugar, el establecimiento de criterios para la imposición de las consecuencias accesorias consistentes en la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible. De la conjunción de ambos aspectos podría cobrar fuerza la opinión de que se trata, más bien, de penas a las personas jurídicas[175], pues estas nuevas consecuencias accesorias se corresponderían más con las penas de multa e inhabilitación que con medidas preventivas, además de usar un criterio retrospectivo y no prospectivo para decidir su imposición.

A los argumentos precedentes a favor de una comprensión punitiva de las consecuencias accesorias especiales cabría hacerle la réplica elemental de por qué seguir entonces llamando de modo distinto a algo que es una pena. Pero no sólo eso, a la multa también se le ha considerado una forma de control preventivo externo de la persona jurídica de carácter no necesariamente punitivo[176], del mismo modo que la cancelación de autorizaciones administrativas puede ser vista como

---

173 Vid., así, con referencias de la jurisprudencia española, SILVA SÁNCHEZ: *InDret* 2/2006 (342), recuperado de www.indret.com, p. 9.

174 Vid., en relación con la ley contra el lavado de activos, GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 186.

175 Así parecer ser la opinión de ESPINOZA GOYENA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56 (2014), p. 118.

176 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 143.

una forma de prevenir daños futuros por la falta de idoneidad o capacidad de su titular. Por otro lado, la referencia al hecho cometido puede servir para medir la proporcionalidad en sentido estricto de una medida restrictiva, manteniéndose el fundamento de su imposición en la peligrosidad objetiva de la organización respecto de la comisión futura de nuevos delitos similares. Por lo tanto, el tenor legal no obliga a asumir una visión punitiva de las medidas de prevención mencionadas, por lo que puede mantenerse la comprensión no penal de las consecuencias accesorias.

Existen, por otra parte, leyes especiales que incorporan diversas medidas preventivas de carácter fundamentalmente administrativo. Estas medidas están configuradas en función de determinados delitos y apunta a prevenir su comisión en sectores sociales especialmente sensibles. De lo que se trata con estas medidas es de reducir la probabilidad de que el autor del delito pueda volver a cometerlo.

En el delito de libramientos indebidos, la legislación comercial y bancaria prevé ciertas medidas preventivas como la publicidad del inicio y culminación de un proceso penal contra el girador, así como el cierre de cuentas corrientes por giro de cheques sin fondos[177]. En cuanto a la publicidad, el artículo 88 de la LTV establece que las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación de notificar a la empresa o banco girado y a la Cámara de Comercio Provincial respectiva el inicio y culminación del proceso penal por libramiento indebido de cheques rechazados por falta de fondos. Por su parte, el artículo 183 de la LTV señala que los bancos están obligados a cerrar las cuentas corrientes de quienes hubieren girado cheques sin fondos[178]. La SBS publicará por lo menos mensualmente en el Diario Oficial El Peruano la relación de cuentas corrientes cerradas. Los titulares de las cuentas corrientes cerradas por haber girado cheques sin la correspondiente provisión de fondos, quedan impedidos de abrir nuevas cuentas corrientes con giro de cheques en cualquier empresa del sistema financiero, durante el plazo de un (1) año contado a partir del cierre respectivo. Durante el mismo tiempo, las empresas del sector financiero deben abstenerse de otorgar avances o sobregiros en favor de los titulares cuyas cuentas corrientes hubieran sido cerradas por haber girado cheques sin fondos. En caso de reincidir por primera vez, dicho impedimento y obligación de cierre durará tres (3) años. Si se reincide por segunda vez, la inhabilitación será permanente.

En el caso de delitos que inciden en la idoneidad de los profesores o maestros, se ha creado por Ley N° 29988 el Registro de Personas Condenadas con Sentencia Consentida o Ejecutoriada o Procesadas por Delito de Terrorismo, Apología del

177 Vid., con consideraciones críticas, CASTRO SALINAS: *Themis* 35, p. 36 y s.

178 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES: *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 54.

Terrorismo, Delitos de Violación de la Libertad Sexual o Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas. En este registro se inscriben a las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, o procesadas por cualquiera de los delitos de terrorismo previstos en el Decreto Ley N° 25475, por el delito de apología del terrorismo tipificado en el inciso 2 del artículo 316 del CP, por cualquiera de los delitos contra la libertad sexual previstos en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas.

CAPÍTULO 24
LA REPARACIÓN CIVIL

I. INTRODUCCIÓN

La realización de un delito no sólo legitima la imposición de una sanción penal, sino que puede dar lugar a una obligación de indemnizar por los daños producidos. En este sentido, la conducta delictiva, en cuanto suceso lesivo, constituye también un hecho civilmente relevante que autoriza al perjudicado a exigir el pago de una reparación civil. El camino regular para hacer efectiva la pretensión civil derivada del ilícito penal sería iniciar el proceso civil, en donde el juez civil determina el daño producido y establece una reparación acorde con dicho daño. Sin embargo, evidentes razones de economía procesal aconsejan ofrecer un modelo procesal en el que ambas pretensiones (penal y civil) se solventen en un mismo proceso (el proceso penal), evitando de esta forma el denominado "peregrinaje de jurisdicciones"[1].

En las legislaciones penales modernas se ha seguido el modelo conocido como *action civile*, en el que se reconoce la posibilidad de que el perjudicado se pueda constituir en el proceso penal como parte civil y exigir ahí el pago de la reparación civil[2]. El que ambas pretensiones se puedan dilucidar en un mismo proceso tiene varias ventajas, como la utilización de la misma base fáctica (siquiera parcial), la adaptación de las reglas de la responsabilidad civil a las particularidades del hecho lesivo (por ejemplo, el plazo de prescripción) o la incidencia de la reparación del daño en la determinación de la pena[3]. Sin embargo, debe precisarse que esta uni-

1 Vid., así, SILVA SÁNCHEZ: *InDret* 03/2001, p. 2. Vid., igualmente, GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 315.

2 Vid., ROIG TORRES: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 138, nota 98.

3 Vid., con mayor amplitud, ROIG TORRES: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 138 y ss.

ficación de pretensiones en un mismo proceso no implica que la acción penal se identifique con la acción civil, pues ambas pretensiones mantienen plenamente su independencia normativa. En este capítulo nos vamos a ocupar exclusivamente de los rasgos esenciales de la reparación civil en el proceso penal.

II. LA REPARACIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO

La reparación civil puede exigirse respecto de cualquier delito que haya generado daños o perjuicios[4]. Si bien tanto la pena como la reparación civil derivada del delito comparten, al menos parcialmente, un mismo presupuesto (la realización de un hecho fáctico que, desde cada uno de los ordenamientos sustantivos, es ilícito), no hay duda que regulativamente responden a criterios completamente distintos. Cada una de estas consecuencias jurídicas del delito valora el hecho desde su propia perspectiva, lo que se explica por el distinto fundamento del que parten. Así, mientras la pena se impone con la finalidad de mantener la vigencia de la norma culpablemente infringida, la reparación civil derivada del delito se centra en la función de reparar el daño provocado a la víctima por la acción penalmente relevante[5]. Esta distinción de fundamentos se aprecia claramente en la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, en donde señala textualmente lo siguiente: "*Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con 'ofensa penal' -lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente*".

1. Sistema de determinación

El artículo 92 del CP establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. De esta regulación se ha extraído la conclusión de que no es posible determinar la reparación civil si es que no se impone una pena al autor por el delito cometido. El Código Penal partiría efectivamente de una premisa clara: si no hay pena, no se puede determinar la reparación civil. Debe indicarse, sin embargo, que esta regla presenta excepciones, pues en el mismo texto punitivo se regulan supuestos en los que la reparación civil no presupone la imposición de una pena. En primer lugar, cabe mencionar el caso de la reserva del fallo condenatorio, en la que, si bien hay una declaración de culpabilidad, no se impone una pena concreta. En este caso, el artículo 64 inciso 4 del CP dispone que el juez pueda imponer, como regla de conducta, la reparación del daño, lo cual podría incluir evidentemente la

4 Vid., así, ALASTUEY DOBÓN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 420.

5 Vid., sobre el distinto fundamento, ROIG TORRES: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 119; GUILLERMO BRINGAS: *La reparación civil*, p. 41.

reparación civil. En segundo lugar, puede traerse a colación la nueva regulación del concurso real retrospectivo del artículo 51 del CP, en donde se señala que si uno de los delitos se castiga con cadena perpetua solamente se aplicará ésta, *sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito*. En este sentido, puede ser que el delito descubierto con posterioridad a la sentencia condenatoria no dé pie a una nueva condena penal (en caso de haber sido condenado ya el autor a cadena perpetua), pero esto no impide al juez penal fijar la reparación civil por el nuevo delito descubierto.

La entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal ha cambiado el panorama regulativo anteriormente descrito, al establecer en su artículo 12 inciso 3 que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impiden al órgano jurisdiccional emitir un pronunciamiento sobre la acción civil derivada del hecho investigado[6]. Como puede verse, se abandona el sistema de determinación conjunta de la reparación civil previsto en el Código Penal, facultándose ahora al juez penal para determinar la responsabilidad civil, aun cuando la responsabilidad penal se encuentre negada o excluida. Este sistema resulta completamente razonable, pues diversos supuestos de exclusión de la responsabilidad penal dejan intacto el ilícito civil y, por tanto, la obligación de reparar el daño[7]. En este sentido, el juez podrá fijar la reparación civil a favor de la víctima, aún en caso de no encontrar penalmente responsable al procesado, evidentemente si es que en el proceso penal se cuenta con los presupuestos necesarios para determinar la responsabilidad civil[8].

Admitida la posibilidad de que el juez penal pueda fijar una reparación civil, aunque absuelva al procesado, surge la cuestión de si esta facultad cuenta con algún tipo de limitación adicional a los presupuestos legales de la responsabilidad civil. Un sector de la doctrina entiende que la legitimidad del juez penal para imponer una reparación civil sólo exige que se acredite la existencia del hecho dañoso (sin que sea necesariamente típico) y la vinculación del procesado con el mismo[9]. Al respecto discrepo de este parecer, pues no considero que baste la sola exigencia de un hecho dañoso sin que sea necesario siquiera un juicio de tipicidad (por lo tanto, de prohibición penal general) para determinar la reparación civil en el proceso penal.

---

6 Vid., en este sentido, GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 363.

7 Vid., con mayor detalle, SILVA SÁNCHEZ: *InDret*, 03/2001, p. 6.

8 Por esta razón, DEL RÍO LABARTHE: *La etapa intermedia*, p. 80, destaca la necesidad de utilizar la audiencia de control del requerimiento de sobreseimiento como un espacio de discusión sobre la pretensión civil y para la aportación de prueba del daño. En la misma línea, GUILLERMO BRINGAS: *La reparación civil*, p. 82 y ss.

9 Vid., DEL RÍO LABARTHE: *La etapa intermedia*, p. 72 y s.; EL MISMO, *Derecho PUCP* 65 (2010), p. 227 y ss.; GUILLERMO BRINGAS: *La reparación civil*, p. 85; GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 364 y ss.

Dada la admisión de nexos de imputación puramente objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil, este juicio de tipicidad no tiene que abarcar su vertiente subjetiva, por lo que bastará con que el juez determine, respecto del hecho, su tipicidad objetiva y la ausencia de una justificación objetiva[10].

El parecer sostenido no discute la independencia de fundamento de la responsabilidad penal y civil, pero cuestiona la idea de que, en el proceso penal, lo único que hay es una simple acumulación de pretensiones, en la que cada una mantiene plena independencia sin que sea posible la exigencia de un elemento jurídico común mínimo. A mi modo de ver, la acumulación de pretensiones tiene lugar por algún criterio de conexión que les da necesariamente una base común, que no es simplemente una misma base fáctica (parcial). Si se dice que la acumulación de la pretensión civil en el proceso penal se da por razones de economía procesal, esto quiere decir que el juez penal, en su labor propiamente penal, va a tener que entrar a analizar determinados aspectos normativos, en donde puede, de paso, resolver también aspectos de orden civil. En este sentido, y dado que un presupuesto del daño civilmente indemnizable es su causación por un acto ilícito, esa ilicitud solamente puede ser la que le corresponde determinar al juez penal, es decir, la tipicidad (objetiva) de la conducta[11].

Debo precisar que con el parecer expuesto en el párrafo precedente no se pretende negar que pueda existir un ilícito civil sin ninguna relevancia penal, sino únicamente que, en estos casos, no hay legitimidad del juez penal para entrar a determinar la responsabilidad civil. De lo contrario, estaríamos abriendo la puerta a un fraude de acciones, pues los abogados, con la finalidad, por ejemplo, de no pagar las tasas judiciales o de aprovecharse de un plazo de prescripción más amplio, procurarían una indemnización civil denunciando un hecho de alguna manera como delito (ejemplos muy comunes serían los incumplimientos contractuales como delitos de estafa o de apropiación ilícita), con lo que conseguirían que el juez penal, aun cuando califique la conducta abiertamente de atípica, deberá pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual.

2. La determinación de la responsabilidad civil en el proceso penal

A. Naturaleza jurídica

En la doctrina penal resulta prácticamente indiscutida la afirmación de que la reparación civil no es una pena[12]. Ni siquiera se le puede asignar, en principio,

10 En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ: *InDret*, 03/2001, p. 8.

11 Vid., ROIG TORRES: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 138.

12 Vid., por todos, GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 204. Igualmente, el precedente vinculante establecido en la sentencia R.N. N° 948-2005-Junín.

una naturaleza penal[13]. Pese a que la llamada reparación civil derivada del delito se establece en el marco de un proceso penal, la determinación de la responsabilidad civil sigue vinculada a los criterios de regulación del Derecho Civil, tal como lo pone de manifiesto además la cláusula de remisión del artículo 101 del CP[14]. En consecuencia, su naturaleza es privada y responde, por ello, al interés específico del afectado por el delito[15]. Tal naturaleza no cambia aunque sea el Ministerio Público el que ejercita la acción civil en el proceso penal, pues su actuación, en este aspecto específico, se orienta igualmente a la satisfacción del interés privado de la víctima[16].

El que en el actual proceso penal la intervención de la víctima no se limite a la exigencia de una reparación civil, no cambia la naturaleza privada de su pretensión. En efecto, la víctima ha dejado de ser una simple parte civil en el proceso penal para convertirse en un sujeto cuya intervención en el delito y en el proceso penal puede alcanzar relevancia también desde el punto de vista de las consecuencias jurídico-penales. Muestras claras de esta nueva orientación de la cuestión penal son la competencia de la víctima en la imputación objetiva, el acuerdo reparatorio en el ejercicio de la oportunidad procesal, la reparación espontánea del daño como atenuante e incluso como causa de exclusión de la pena, el derecho a la verdad de la víctima, etc. Debe quedar claro, sin embargo, que esta mayor participación de la víctima en el tema penal e incluso la relevancia de la reparación civil en la imposición de la consecuencia jurídico-penal, en nada cambia la naturaleza privada de la acción civil ejercida. La reparación civil sigue determinándose con las reglas jurídico-civiles.

Lo anterior no debe desconocer, sin embargo, que la reparación civil por el delito adquiere ciertos rasgos particulares que implican un cambio de las reglas generales de determinación civil, pero no constituyen un abandono de su naturaleza privada. Se trata de la llamada "mutación del título", en virtud de la cual la obligación civil se amplía más allá de lo que se dispone en la regulación general de la responsabilidad civil. En efecto, en un proceso penal, la obligación civil puede ampliarse por la comisión del delito a personas cuya intervención es posterior a la producción del daño, como sería el caso de los receptadores o encubridores[17], así como abarcar una obligación contractual o legal preexistente a la realización del hecho delictivo, como sería el caso de los delitos tributarios o la violación de la

13 Gálvez Villegas: *Anuario de Derecho Penal, Ministerio Público*, 2011-12, p. 189 y ss.

14 Igualmente, Salinas Siccha: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 55; Peña-cabrera Freyre: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 9 (2010), p. 77.

15 En este sentido, Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 202; Del Rio Labarthe: *Derecho PUCP* 65 (2010), p. 226 y s.; León Velásquez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 38 (2012), p. 122; Reátegui Sánchez: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 133.

16 Así, Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 205 y s.

17 Vid., la referencia, Silva Sánchez: *InDret*, 03/2001, p. 10.

libertad del trabajo[18]. En nuestra doctrina jurisprudencial, el Pleno Jurisdiccional Penal de 1999 tema 5 ha seguido esta línea, al acordar que el juez penal puede ordenar el pago de las obligaciones laborales incumplidas que se encuentren liquidadas en el delito de violación de la libertad de trabajo. La mutación del título tiene adicionalmente otra manifestación: La alteración de los plazos de extinción de la responsabilidad civil, pues el artículo 100 del CP dispone que la acción civil no se extinguirá mientras subsista la acción penal[19].

B. Fundamento

El resarcimiento civil no se encuentra sustentado en aspectos propios de la imputación penal en el sentido de una infracción culpable de la norma que debe ser sancionada, sino, más bien, en el daño ilícitamente producido que debe ser íntegramente resarcido[20]. Bajo esta perspectiva, se dice acertadamente que la reparación civil postulada en el proceso penal no es *ex delicto*, sino *ex damno*[21]. Si bien tanto la infracción penal, como la civil parten de una infracción del deber general de no dañar a otro (*alterum non laedere*), lo que sustenta la responsabilidad civil es la obligación de resarcir el daño producido, mientras que la penal encuentra su fundamento en la necesidad de mantener la vigencia de la norma que particulariza el referido deber general.

El daño que fundamenta la responsabilidad civil no tiene que ser un elemento típico del delito cometido (concretamente, el resultado típico)[22]. Es, por ello, que los delitos de peligro abstracto o la tentativa del delito no se encuentran exentos de una determinación de la responsabilidad civil, pues, si bien el tipo penal renuncia a un resultado lesivo para fundamentar el castigo, esta situación no excluye que efectivamente se produzcan daños típicamente no previstos que generen una obligación de reparación[23]. Lo erróneo es sostener que el peligro abstracto o el solo

---

18 Vid., con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ: *InDret*, 03/2001, p. 10. Con consideraciones críticas en los delitos tributarios, SILVA SÁNCHEZ: *LH-Cobo del Rosal*, p. 919 y ss.

19 Vid., así, GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 505. Aunque CASTILLO ALVA: *Las consecuencias*, p. 162, hace la precisión que esta disposición tiene un alcance estrictamente procesal, de manera que, si la acción civil se interpone en el ámbito civil, se ajustará a los plazos previstos en la normativa civil. Críticamente ante la posición de Castillo Alva, SALINAS SICCHA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 58, con base en la obligatoriedad *erga omnes* de las leyes.

20 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS: *Anuario de Derecho Penal, Ministerio Público*, 2011-12, p. 208.

21 VILLEGAS PAIVA: *El agraviado*, p. 180.

22 Así, SILVA SÁNCHEZ: *InDret*, 03/2001, www.indret.com; GUILLERMO BRINGAS: *La reparación civil*, p. 79 y ss.

23 Vid., así, SILVA SÁNCHEZ: *InDret*, 03/2001, p. 4 y s.; ALASTUEY DOBÓN: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 420; ROIG TORRES: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 124

desvalor de la conducta produzcan un daño al ordenamiento jurídico civilmente indemnizable[24]. Frente a este panorama, puede concluirse que la responsabilidad civil determinada en el proceso penal no es propiamente "derivada del delito", sino que se establece con base en los criterios de imputación jurídico-civil de un daño, con independencia de si ese daño constituye un elemento constitutivo del injusto penal[25].

C. *Los elementos*

La responsabilidad civil por el daño producido por una conducta penalmente relevante es, en principio, de carácter extracontractual[26]. En consecuencia, el ejercicio de la acción civil en el proceso penal debe enfocarse en los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual por infracción del deber genérico de no dañar a otro. En las exposiciones doctrinales, se precisa cuáles son estos elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual: la acción o hecho dañoso, el daño producido, la relación de causalidad entre la acción y el daño, y finalmente los factores de atribución.

a. La acción dañosa

El primer elemento de la responsabilidad civil extracontractual es la acción que produce el daño. Esta acción debe tener, en el plano factico, una coincidencia, siquiera parcial, con la conducta que resulta penalmente relevante. Al igual que la acción jurídico-penal, esta acción puede ser tanto activa como omisiva[27]. Pero lo que es distinto al ámbito penal es que la acción dañosa no tiene que ser necesariamente imputada como propia al sujeto civilmente responsable[28]. En el Derecho civil se admite supuestos de responsabilidad indirecta, esto es, de responsabilidad por el hecho de un tercero. La figura del tercero civilmente responsable prevista en el proceso penal permite precisamente decidir en sede penal estos supuestos de responsabilidad civil.

---

y s.; Guillermo Bringas: *La reparación civil*, p. 88. De otro parecer, Zarzosa Campos: *La reparación civil*, p. 178; Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 263 y ss. El Acuerdo Plenario N° 6-2006 se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de que en los delitos de peligro pueda establecerse una reparación civil por ocasionar daños civiles. Críticamente con el Acuerdo Plenario, Peña-Cabrera Freyre: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 9 (2010), p. 85.

24 En este sentido, Villanueva Juipa: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 98 (2017), p. 63.

25 Vid., en este sentido, Silva Sánchez: *InDret*, 03/2001, p. 5.

26 Vid., Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 183 y s.

27 Así, Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 78; León Velásquez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 38 (2012), p. 124.

28 Vid., Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 131 y s.

La acción dañosa debe ser antijurídica, pues los daños derivados de una acción lícita no pueden sustentar una responsabilidad civil[29]. Esta antijuridicidad no debe entenderse en los mismos términos que la categoría del delito, sino sencillamente como la existencia de la obligación jurídica de reparar el daño[30]. Bajo esta idea, queda claro, por ejemplo, que el daño producido en legítima defensa no es civilmente antijurídico, pues no existe por parte del que se defiende una obligación de indemnizar al agresor afectado. La situación es distinta en aquellos supuestos en los que solamente se levanta la antijuridicidad penal de la conducta, pero el deber de tolerancia del daño no incluye asumir también los costos económicos de la agresión, tal como sucede, por ejemplo, con el llamado estado de necesidad agresivo[31].

b. El daño

El daño consiste en la afectación o lesión de un interés jurídicamente reconocido[32]. Esta afectación no tiene que traducirse necesariamente en la alteración o destrucción de un bien material. El interés puede lesionarse simplemente con eliminar o impedir el disfrute de un bien sin que se altere su sustancia (por ejemplo, si se despoja indebidamente de un bien a su dueño)[33]. El daño producido puede tener un carácter patrimonial o extra-patrimonial, existiendo respecto de ambos aspectos un deber de resarcimiento[34]. Importante para decidir el resarcimiento es determinar la entidad o magnitud del daño. En el lenguaje técnico se suele utilizar el término "daños y perjuicios" como si se trataran de dos conceptos distintos, pero lo cierto es que se refieren a lo mismo.

---

29 Vid., LEÓN VELÁSQUEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 38 (2012), p. 124.

30 El artículo 1971 del CC establece, en esta línea, que no hay responsabilidad en los siguientes casos: 1.- En el ejercicio regular de un derecho; 2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno; y 3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

31 En la Casación N° 229-2015-Lima de 10 de noviembre de 2015, se recoge claramente este razonamiento en el considerando Vigésimo Cuarto: "*Entonces, cuando un acto está protegido por una causa de justificación, este será lícito, incluso en el ámbito civil, de ahí que no podría caber una reparación civil. Esta consideración no es absoluta, pues puede haber casos en los cuales a pesar de no ser antijurídica la conducta supone un daño civil*".

32 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 80.

33 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 85.

34 Vid., LEÓN VELÁSQUEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 38 (2012), p. 126.

En el caso de la acción civil ejercida en el proceso penal, el daño civil resarcible no tiene que formar parte del tipo penal del delito juzgado[35], por lo que no sólo el titular del bien jurídico protegido puede constituirse en actor civil. El artículo 94.1 del CPP es muy claro al señalar que el agraviado en el proceso penal es tanto el ofendido por el delito (titular del bien jurídico penalmente protegido), como el perjudicado por las consecuencias del mismo (el que padece daños civilmente reparables)[36]. Solamente el agraviado que es perjudicado por el delito conforme a la normativa jurídico-civil, puede constituirse en actor civil dentro del proceso penal (artículo 98 del CPP). Así, si un agraviado solamente es afectado por el delito, pero no perjudicado, no podrá constituirse en actor civil (por ejemplo, el que salió ileso del disparo dirigido a matarlo). Del mismo modo, el perjudicado por el delito podrá constituirse en actor civil, aunque no haya sido ofendido por el delito (por ejemplo, el chofer que se queda sin trabajo por el robo del automóvil a su empleador)[37]. Reducir la calidad de actor civil al ofendido por el delito que sufre daños es una estrechez conceptual inaceptable[38].

c. La relación de causalidad

En el lenguaje civilista, la relación de causalidad vincula la acción u omisión con el daño resarcible. Como puede verse, no se maneja una concepción naturalista de la causalidad que se limite a las causaciones, sino que se incluye sin mayores cuestionamientos a las omisiones. Por ello, las teorías utilizadas para determinar la relación de causalidad en la responsabilidad civil se corresponden fundamentalmente con las teorías individualizadoras de la causalidad que, en cierto momento, se discutieron en el Derecho Penal. De entre ellas, la que más reconocimiento ha recibido entre los civilistas es la teoría de la causa adecuada, según la cual una causa es adecuada respecto del resultado cuando de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana debe ser capaz o adecuada para producir el daño causalmente provocado[39]. En el plano legislativo, esta caracterización de la relación de causalidad es la que asume, por lo demás, el artículo 1985 del CC[40].

Dado que el artículo 101 del CP establece que las disposiciones del Código Civil resultan aplicables a la reparación civil ejercida en el proceso penal, la relación

35 Así, REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 135.

36 Así, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 228; GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 331 y s.

37 En este sentido, GÁLVEZ VILLEGAS: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 39 (2012), p. 141.

38 Igualmente, DEL RIO LABARTHE: *Derecho PUCP* 65 (2010), p. 230.

39 Vid., TABOADA CÓRDOVA: *Elementos de la responsabilidad civil*, p. 76 y s.

40 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 115 y s.; REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 140.

de causalidad debería determinarse con el parámetro de la causa adecuada recogida en el artículo 1985 del CC. Sin embargo, el precedente vinculante establecido en la sentencia R.N. N° 948-2005-Junín parece asumir un parámetro de interpretación distinto, al sostener que los daños deben desprenderse directamente del delito[41]. Tal delimitación jurisprudencial traería como consecuencia que se excluyan de la reparación civil deducida en el proceso penal los daños que no son consecuencia directa del delito, asumiendo, de alguna manera, la teoría de la causa próxima. Una explicación lógica a este planteamiento podría encontrarse si se atiende al objeto de prueba del proceso penal. El juez penal se centra probatoriamente en la conducta delictiva, por lo que no se podría ampliar el objeto de prueba a otros hechos, aunque estén causalmente vinculados. Si el juez penal pudiese salirse del ámbito delimitado por el hecho delictivo, el proceso penal dejaría de ser un proceso penal para convertirse en un proceso penal-civil.

La relación de causalidad puede fracturarse y, por lo tanto, reconducir el daño a otra causa en cuatro supuestos legalmente previstos: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho determinante de un tercero y la imprudencia de la propia víctima (artículo 1972 del CC). Si bien resulta inexacto hablar de una fractura del nexo causal, pues el nexo causal no se fractura, sino, en todo caso, se desvía del proyectado, lo cierto es que, en una comprensión de la causalidad tan desligada de la comprensión naturalista como lo es la civilista, puede admitirse tal denominación. Lo que debe resaltarse es que estos supuestos muestran que la única defensa que se tiene en el proceso penal, en cuanto a la reparación civil, no es negar la existencia del hecho dañoso, sino que también es posible alegar que se ha producido una fractura del nexo causal, aun cuando tal dato no sea relevante para la imputación penal.

d. Los factores de atribución

La sola producción de un daño no es suficiente para hacer civilmente responsable a alguien de ello. Es necesario que, con base en los criterios de ordenación del Derecho Civil, se le pueda atribuir jurídicamente el daño producido. Simplificando la discusión doctrinal, puede decirse que los factores de atribución pueden ser de dos tipos. Por un lado, están los factores de atribución de carácter subjetivo que responden a situaciones internas del causante del daño: la culpa y el dolo civil. Por otro lado, se encuentran los factores de atribución de naturaleza objetiva que van desde la sola adecuación de la acción para causar el daño hasta criterios de distribución eficiente del riesgo. Un ordenamiento jurídico no tiene que optar necesariamente por uno de estos tipos de factores de atribución, sino que puede decidir

41 Igualmente, la jurisprudencia penal española la limita a los daños directos, como lo informa ROIG TORRES: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 226.

operativamente su aplicación en función de los ámbitos en los que se produce el daño civilmente reparable. Así lo ha hecho precisamente el Código Civil Peruano.

Conforme al artículo 1969 del CC, la responsabilidad civil extracontractual requiere la concurrencia de criterios objetivos de imputación junto con los subjetivos (dolo o culpa)[42]. El dolo civil consiste en la conciencia y voluntad de producir el daño[43]. La culpa existe cuando se omite la diligencia debida o el cuidado ordinario exigido por la actividad que se realiza y por las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Esta culpa admite graduaciones en leve, lata, grave e inexcusable. El que la regla general en la responsabilidad civil extracontractual sea exigir un factor subjetivo de atribución, no excluye que, en determinados ámbitos con mayores exigencias de estandarización, el factor de atribución sea solamente objetivo. Por ejemplo, si el daño se produce por un bien o una actividad riesgosa, el deber de reparar es objetivo (artículo 1970 del CC).

3. Alcance de la reparación civil

En cuanto a su contenido, existe acuerdo en que la responsabilidad civil por el delito debe ser integral[44]. En esta línea, el artículo 93 del CP establece los conceptos que abarca la llamada reparación civil. Por un lado, se encuentra la restitución del bien y, por el otro, la indemnización por daños y perjuicios. De manera excepcional, la reparación civil puede albergar también una pretensión anulatoria, conforme a los términos del artículo 94 del CP, si es que los bienes que deben ser restituidos se encuentran en poder de terceros[45]. Al estar la reparación civil dirigida a resarcir, en estricto, el daño producido, no habrá espacio para incluir conceptos de carácter punitivo (el llamado daño punitivo). Lo que nuestra regulación penal, sin embargo, no contempla, a diferencia de la española[46], es la posibilidad de que la reparación civil se exprese en una obligación de hacer o no hacer.

A. La restitución del bien

La restitución del bien opera para delitos que han implicado un despojo o apropiación de bienes[47]. Esta restitución no debe interpretarse en el sentido de

42 Vid., León Velásquez: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 38 (2012), p. 127; Reátegui Sánchez: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 140.

43 En este sentido, Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 130.

44 Vid., así, Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 106.

45 Vid., Gálvez Villegas/Delgado Tovar: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 82 y s.

46 Vid., Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 129.

47 Vid., igualmente, Alastuey Dobón: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 424; Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 284; Reátegui Sánchez: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 129.

devolución del bien a quien antes del delito lo tenía, sino a quien jurídicamente le corresponde tenerlo[48]. Aunque el término restitución pudiese evocar la idea de un desplazamiento del bien, no hay duda de que no es así, pues existe consenso respecto de la inclusión de los bienes inmuebles como objetos restituibles[49]. La restitución debe ser integral (*restitutio in integrum*), lo que no excluye que pueda ser parcial, si es que es imposible restituir una parte del bien por pérdida, destrucción o derecho adquirido legítimamente de un tercero (p.e. la venta de un piso del inmueble a un tercero de buena fe). Respecto de la parte no restituida es posible aplicar el concepto de la indemnización[50]. Los bienes que, por el contrario, están excluidos de restitución son los bienes fungibles, en especial el dinero[51].

Si no es posible la restitución del bien, el artículo 93 inciso 1 del CP establece que se deberá pagar su valor. En este punto, se discute a nivel doctrinal si el pago del valor debe proceder únicamente cuando ya no sea posible la restitución del bien, regla que no podrá alterarse incluso en los casos en los que el perjudicado esté dispuesto a hacer un pago por el bien, cuya restitución aún es posible. Aunque el tenor literal podría abogar por una respuesta afirmativa, el hecho es que la naturaleza civil de la restitución del bien la somete plenamente al acuerdo de los particulares, por lo que no debería haber ninguna objeción de fondo para que se admita un pago por un bien que aún es posible restituir[52]. Si el bien restituido ha sufrido algún menoscabo, es lógico que debe abonarse lo que corresponda a ello, tal como lo dispone la regulación penal española[53]. El que el artículo 93 inciso 1 del CP no contemple expresamente este concepto, no impide que se le pueda tomar como parte de la indemnización que puede acompañar a la restitución del bien.

B. La indemnización por daños y perjuicios

El segundo concepto que engloba la reparación civil es la llamada indemnización por los daños y perjuicios. Se trata de un concepto que intenta abarcar todo el daño producido por el autor del delito. Este daño no se reduce al de carácter económico, pues como lo ha establecido el acuerdo del Pleno Jurisdiccional Penal de 1999, la reparación civil debe comprender el daño económico, moral y personal[54].

---

48 Así, Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 153 y ss.

49 Vid., Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 164.

50 Vid., Reátegui Sánchez: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 129.

51 Del mismo parecer, Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 168 y s.

52 Igualmente, Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 152.

53 Vid., Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 177 y ss.

54 En el mismo sentido, Alastuey Dobón: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 429; Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 228; Zarzosa Campos: *La reparación civil*, p. 178.

En este sentido, el objeto de la reparación no es solamente el daño patrimonial, sino también el de carácter extra-patrimonial, tal como lo ha reafirmado también el Acuerdo Plenario N° 6-2006, en el punto 8. A pesar de que no existe una regulación explícita al respecto, la indemnización debería incluir los intereses devengados desde el momento de la producción del daño hasta su debido resarcimiento, más aún si los procesos penales llegan a durar varios años[55]. Así lo consideró el Pleno Jurisdiccional Penal de 1999: "*En sede penal es procedente aplicar a la reparación civil los intereses compensatorios devengados desde la fecha en que se provocó el daño al agraviado*".

En cuanto al daño económico, hay que decir que éste no está constituido solamente por el daño emergente, sino que incluye el lucro cesante, es decir, aquellos ingresos económicos que el afectado ha dejado de percibir por el acto ilícito[56]. En el Acuerdo Plenario N° 6-2006 se ha definido ambos aspectos de los daños patrimoniales. El daño emergente es caracterizado como la disminución de la esfera patrimonial del afectado, mientras que el lucro cesante se define como el no incremento en el patrimonio del afectado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir. Para conseguir la efectiva reparación del daño económico es fundamental que el actor civil demuestre no sólo la existencia de este daño, sino sobre todo su cuantía[57]. En casos en que sea necesario, deberá actuarse incluso una valorización o tasación del daño económico producido (artículo 201.2 del CPP).

En relación con el daño moral y personal (extra-patrimonial), hay que señalar que, aun cuando resulte poco frecuente alegarlo, también resulta posible su presencia en diversos delitos. En la doctrina se ha destacado la existencia de un daño moral en los casos en los que el delito produce una grave afección o preocupación en el perjudicado[58]. La afección puede ser consecuencia de la imposibilidad de usar o disfrutar un bien, o de recibir un servicio o prestación de hacer esperados. La preocupación del perjudicado puede presentarse cuando el delito lo deja en una situación de no saber la manera de poder subsistir o de lidiar con la posibilidad de sufrir un grave daño patrimonial futuro que no puede descartarse. Por su parte, el daño a la persona abarca las múltiples situaciones a las que el sujeto, afectado por sufrir una

55 Igualmente, Reátegui Sánchez: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 128.

56 Vid., Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 97; Reátegui Sánchez: *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 138 y s.

57 Sobre la carga de la prueba del daño en el actor civil, Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 226.

58 Vid., así, Cavanillas, en *La responsabilidad civil "ex delicto"*, p. 97 y ss. En la jurisprudencia penal española se ha hecho incluso la precisión de que este daño no debe probarse cuando su existencia se desprende inequívocamente de los hechos (vid., Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 226).

lesión en su integridad sicosomática, está normalmente sometido y que producen consecuencias no patrimoniales sobre la persona considerada en sí misma.

Tanto respecto del daño patrimonial como del no patrimonial, el juez penal debe estar en capacidad de poder evaluarlos y proceder a determinar motivadamente una reparación civil justa. Sin embargo, una rápida revisión de los pronunciamientos judiciales muestra un excesivo grado de discrecionalidad al momento de cuantificar el daño derivado del delito[59], lo que puede explicarse por los pocos referentes legales o jurisprudenciales que al respecto se han establecido. A lo más, lo que se ha hecho es negar la relevancia de ciertos aspectos en la cuantificación del daño, como sucedió con el Pleno Jurisdiccional Penal de 1999 que dejó expresamente establecido que el monto de la reparación civil no puede aumentarse ni reducirse por la gravedad del delito o la capacidad económica del agente, lo que ha venido a ser confirmado por el precedente vinculante R.N. N° 948-2005-Junín del siete de junio de dos mil cinco.

C. *La anulación de transferencias*

El artículo 94 del CP establece que la restitución debe hacerse con el mismo bien, aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda[60]. De esta regulación se desprende con claridad la capacidad del juez penal para anular la transferencia a un tercero del bien que debe ser restituido, lo que ha sido además expresamente confirmado por el artículo 11.2 del CPP. Si bien el dispositivo legal no exige el cumplimiento de ciertas condiciones esenciales para la anulación de la transferencia, tal capacidad del juez no puede ser interpretada en términos absolutos, pues llevaría a graves incoherencias con el régimen jurídico-civil de transferencia de bienes. Ello obliga a realizar una interpretación compatible con las disposiciones jurídico-civiles.

En el caso de los bienes registrables (principalmente inmuebles), existe el principio de la buena fe registral, conforme al cual el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante en virtud de causas que no consten en los registros públicos[61]. Esta buena fe se presume mientras no se pruebe que el adquiriente conocía la inexactitud del registro. En consecuencia, la restitución solamente pro-

---

59 Sobre la ausencia de motivación en la determinación de la reparación civil en los procesos penales, GUILLERMO BRINGAS: *La reparación civil*, p. 140.

60 En este sentido, destaca el carácter preferente de la restitución en la reparación civil, QUINTERO, en *La responsabilidad civil "ex delicto"*, p. 51.

61 En el mismo sentido la regulación española, como lo informa ROIG TORRES: *La reparación del daño causado por el delito*, p. 184.

cederá si el tercero adquiriente no tiene buena fe[62]. En el caso de los bienes muebles no registrables, la *traditio a non domino* no opera para bienes adquiridos con infracción de la ley penal. Por lo tanto, la buena fe del adquiriente no le permite adquirir la propiedad del bien mueble, si es que su procedencia es delictiva[63]. Sin embargo, esta regla tiene una excepción: si el bien mueble se adquiere en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si se encuentran amparados por facturas o pólizas de vendedor[64]. En este caso, como en todos los demás en los que no es posible la restitución del bien, el artículo 93 del CP dispone que el que resulte civilmente responsable deberá pagar su valor.

4. Los sujetos de la reparación civil

A. Los responsables civiles

La responsabilidad civil alcanza solidariamente a todos los responsables del hecho punible como responsables directos, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda realizar quien pagó el integro de la reparación civil frente a los otros responsables (artículo 1983 del CC). Por lo tanto, la decisión del juez penal que afirma la culpabilidad del imputado por el hecho, lo declarará también obligado al pago de la reparación civil que, en la sentencia, se disponga. La distinción jurídico-penal que, a efectos de la determinación de la responsabilidad penal, se hace entre autores y partícipes, carece de toda relevancia a nivel de la responsabilidad civil.

Los responsables civiles directos por el daño producido no sólo pueden ser los condenados por el delito, sino también los absueltos, en la medida que, respecto de ellos, se haya podido determinar que se cumple con los elementos propios de la responsabilidad civil extracontractual. Tal posibilidad se encuentra habilitada por el artículo 12.3 del CPP. Aunque no exista una regulación que específicamente lo autorice, tampoco debería haber problema para declarar civilmente responsable a un absuelto, junto con otros que sí han sido condenados. Así, por ejemplo, no debería existir ningún inconveniente para que, en el caso de un delito que se sanciona únicamente a título de dolo, se declare civilmente responsable, junto con los condenados por el delito, a quien se le excluye de responsabilidad penal por haber actuado culposamente.

La responsabilidad civil puede alcanzar también al llamado tercero civilmente responsable, es decir, a aquella persona natural o jurídica que resulta responsable con base en los criterios de imputación de responsabilidad jurídico-civiles, pero que

62 Igualmente, GUILLERMO BRINGAS: *La reparación civil*, p. 98 y s. De otro parecer, GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, p. 83.

63 Vid., así, BIGIO CHREM, en *Para leer*, Vol. I, p. 211.

64 Vid., así, BIGIO CHREM: *Para leer*, Vol. 1, p. 211.

no responde penalmente[65]. De conformidad con lo establecido en el artículo 95 del CP, la responsabilidad civil del tercero civilmente responsable es solidaria con los responsables penales del hecho punible[66]. Para que el tercero civilmente responsable pueda responder civilmente del pago de la reparación que se imponga con la sentencia, debe haber sido previamente constituido en el proceso penal como sujeto civilmente responsable, a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. Como se trata de un tema jurídico-civil, su rebeldía o falta de apersonamiento no obstaculiza el trámite del proceso penal y queda igualmente obligado al pago de la reparación civil. Si el tercero no ha sido incorporado al proceso penal, el perjudicado podrá ir contra él para el pago de una reparación civil en la vía civil, no pudiendo hacerlo, por el contrario, si la sentencia penal le alcanza y no es, por tanto, un tercero[67].

Como se desprende de lo establecido en el artículo 111 del CPP, el tercero es aquel que debe asumir la responsabilidad civil conjuntamente con el imputado. Por ello, resulta necesario determinar la regulación civil que establece la responsabilidad del tercero. Por ejemplo, en el caso de los accidentes de tránsito, al propietario del vehículo le alcanza objetivamente la responsabilidad civil, por lo que no importa si él era el que conducía o no el vehículo al momento del accidente. Lo mismo alcanza al empleador por los daños realizado por su dependiente o encargado conforme a lo establecido en el artículo 1981 del CC[68]. La calidad de tercero civil se extiende también al asegurador que ha sido contratado para cubrir la reparación civil (artículo 113.3 del CPP)[69]. Preciso es señalar que, aunque la jurisprudencia nacional apenas se lo plantee[70], tercero civilmente responsable puede ser también el Estado respecto de los delitos cometidos por sus funcionarios públicos en agravio de particulares[71].

A diferencia de la responsabilidad penal que tiene un carácter estrictamente personal que no permite extender la imposición de la pena a personas no intervinientes en el delito, la obligación de pagar la reparación civil fijada en la sentencia

65 Vid., Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 213; Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 287.

66 Lo cual marca una diferencia con el sistema español que contempla una responsabilidad subsidiaria. Vid., sobre la regulación española, Alastuey Dobón: *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 452 y ss. En relación a la regulación peruana Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 221; El Mismo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 1 (2009), p. 49.

67 Vid., Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas*, p. 289.

68 Así lo admite la Casación N° 423-2014-Puno.

69 Vid., Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 226.

70 Aunque la Casación N° 423-2014-Puno, admite expresamente en el punto VIII que tercero civil puede ser el Estado respecto de la actuación de los funcionarios públicos.

71 Con toda claridad, Aya Onsalo, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (ed.), p. 72.

se transmite a los herederos del responsable civil en caso de muerte[72]. Sin embargo, esta obligación se trasmitirá hasta donde alcancen los bienes de la masa hereditaria. Si la muerte acaece en el transcurso del proceso penal, el juez penal podrá pronunciarse sobre la reparación civil, en la medida que la etapa procesal alcanzada lo permita, pues de no ser posible el proceso fenecerá, sin perjuicio de que el perjudicado pueda acudir a vía civil[73].

B. El actor civil

Conforme a lo establecido en el artículo 98 del CPP, la acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito. Lo mismo es establecido en el artículo 11.1 del CPP. La cuestión que se plantea en este punto es si en el proceso penal se puede constituir en parte civil a cualquier perjudicado por el delito o solamente a la víctima que es perjudicada. Si se sigue el precedente vinculante establecido por la sentencia R.N. N° 948-2005-Junín, la reparación civil deberá resarcir el daño o lesión producido sobre la víctima, lo que significa que no podrá incluirse en la reparación civil derivada del delito el daño causado a personas distintas a la víctima. Solamente el titular del bien jurídico penalmente protegido podrá constituirse en actor civil por el perjuicio que se le ha acarreado.

El planteamiento jurisprudencial mencionado no resulta conciliable con el sentido, más bien, extensivo que el Código Procesal Penal le quiere dar a la reparación civil en el proceso penal. Ni siquiera la calidad de agraviado se limita al ofendido (víctima), sino que se extiende también al perjudicado por el delito. En consecuencia, resulta ilógico que, en relación con el actor civil, se asuma un concepto restrictivo que admita solamente al perjudicado que es víctima del delito. El tema es legislativamente claro, aunque la práctica de los tribunales se muestre aún un poco restrictiva. Por esta razón, se entiende que la Corte Suprema haya emitido el Acuerdo Plenario N° 5-2011, en el que señala contundentemente que se puede constituir en actor civil tanto al ofendido por el delito, como al perjudicado por un daño indemnizable (punto 11).

5. El incumplimiento del pago de la reparación civil

En caso de incumplimiento del pago de la reparación civil, se puede solicitar vía ejecución de sentencia el embargo y remate de los bienes de los responsables civiles (artículo 493.1 del CPP). Si el condenado no tiene bienes realizables para

72 Así, Castillo Alva: *Las consecuencias*, p. 160; Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 502.

73 En este sentido, Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 502 y s.

pagar la reparación civil, el artículo 98 del CP faculta al juez a señalar hasta un tercio de su remuneración para cumplir dicho pago. La ley penal contempla la posibilidad de un fraude al acreedor (en el presente caso, el actor civil o agraviado) por parte del obligado al pago de la reparación civil. Ante esta situación, el artículo 97 del CP dispone la nulidad de los actos jurídicos practicados o de las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, en la medida que disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación. El artículo 188 A del Código de Procedimientos Penales y el artículo 15 del Código Procesal Penal se encargan, respectivamente, de establecer las vías procesales para hacer efectiva esta acción de nulidad en el proceso penal[74].

La nulidad de los actos de disposición de bienes en el proceso penal procede respecto de actos jurídicos de disposición de bienes como de asunción de obligaciones. No cabe, por el contrario, deducir esta acción de nulidad respecto de actos que frustran el incremento patrimonial, como, por ejemplo, la renuncia a una herencia[75]. Esta acción puede dirigirse tanto a los procesados por el delito, como al tercero civilmente responsable[76]. La acción de nulidad no alcanza a los actos jurídicos celebrados de buena fe[77], aunque debe precisarse, por una interpretación sistemática con las normas jurídico-civiles, que la buena fe no debería impedir la nulidad del acto jurídico si se ha realizado a título gratuito.

Llama la atención que el artículo 97 del CP no contemple, como lo hace la regulación civil, la ineficacia del acto jurídico, sino su nulidad, lo que le daría a la reparación civil en el proceso penal un carácter más de orden público que estrictamente privado[78]. En cualquier caso, la intención del legislador es la misma: evitar el fraude a los acreedores, aunque por coherencia con la regulación civil debería haberse contemplado, más bien, la ineficacia de los actos de disposición del patrimonio. Como cuestión final al respecto, hay que señalar que nuestro Código Penal ha incorporado, siguiendo al Derecho penal español, una sanción penal para aquellos que generan dolosamente una situación de insolvencia para evitar el pago de la reparación civil en el proceso penal (artículo 417-A del CP).

---

74 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Nulidad de actos jurídicos*, p. 48 y s.

75 Así, GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Nulidad de actos jurídicos*, p. 60.

76 En este sentido, GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Nulidad de actos jurídicos*, p. 62.

77 En el mismo sentido, GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 415; EL MISMO/DELGADO TOVAR: *Nulidad de actos jurídicos*, p. 146; PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias jurídicas*, p. 289, aunque citando una jurisprudencia aparentemente en sentido contrario.

78 GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR: *Nulidad de actos jurídicos*, p. 59, consideran más adecuada, de *lege ferenda*, la solución de la ineficacia, siendo posible la nulidad solamente si es que en el caso concreto se presentan razones de interés superior al simplemente reparatorio, pero de *lege lata* sostienen que se debe asumir como un supuesto de nulidad sui generis, en la medida que autoriza al agraviado a optar por la nulidad o la ineficacia.

6. Las vías judiciales

Muy discutido en el plano doctrinal y con líneas jurisprudenciales encontradas ha sido el tema de la obligatoriedad de la acción civil en el proceso penal. Mediante una interpretación unida al tenor del artículo 92 del CP, un sector doctrinal defiende la obligatoriedad de la reparación civil en sede penal, de manera que una sentencia penal que omita pronunciarse sobre la reparación civil es nula[79]. Por nuestra parte, no compartimos esta interpretación, sino que pensamos que, en la medida que la acción civil se rige por un principio transitivo, no puede adquirir un carácter de orden público[80]. Si bien la LOMP establece que le corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción civil[81], la cuestión civil no se somete al principio de legalidad procesal. Al incumplimiento por parte del fiscal de su obligación de ejercer la pretensión resarcitoria a favor de los agraviados[82], le corresponde solamente una responsabilidad funcional, sin perjuicio de que el perjudicado pueda acudir a los tribunales civiles para ser debidamente resarcido.

De la naturaleza privada de la reparación civil en el proceso penal se desprenden lógicamente otras consecuencias. Así, el perjudicado no sólo podrá renunciar al pago de una reparación civil, sino que está facultado a reservarse su derecho de solicitar el pago de la reparación civil en la vía civil, quedando el Ministerio Público impedido, en dichos casos, de ejercer la acción civil en el proceso penal. La intervención del defensor de la legalidad tiene solamente un carácter tuitivo para evitar que la víctima se quede sin el resarcimiento correspondiente, pero resulta desplazado cuando ésta asume la defensa de su pretensión civil o renuncia expresamente a ella[83]. En cuanto a la reparación civil, el Ministerio Público actúa procesalmente a nombre propio, pero afirmando derechos subjetivos ajenos[84].

Resulta conveniente dejar esclarecido que la renuncia del perjudicado a una reparación civil no implica su exclusión como agraviado del proceso penal. El agraviado constituye un sujeto procesal cuya intervención, con independencia del ejercicio o no de su pretensión civil, resulta necesaria para decidir el aspecto penal del conflicto. Esta relevancia de la intervención de la víctima se aprecia con mayor facilidad en el caso de los delitos perseguibles a instancia de parte o por querella. El Código Procesal Penal actual ha visto con mejor criterio esta situación, por lo que ha regulado de forma diferenciada la intervención en el

79 Vid., así, Zarzosa Campos: *La reparación civil*, p. 181.

80 En la misma línea, Sánchez Velarde: *Manual*, p. 152.

81 Vid., Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 333.

82 Sobre esta obligación del representante del Ministerio Público, Gálvez Villegas: *Anuario de Derecho Penal, Ministerio Público*, 2011-12, p. 203.

83 Similarmente, Gálvez Villegas: *La reparación civil*, p. 333 y s.

84 Así, San Martín Castro: *Derecho Procesal Penal*, I, p. 342.

proceso penal del agraviado, el querellante particular y el actor civil. Sólo este último puede efectivizar una pretensión civil en el proceso penal, siempre que se constituya como tal en dicho proceso. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, tal como ha dispuesto la sentencia vinculante R.N. N° 1538-2005-Lima, la falta de constitución del perjudicado como parte civil en el proceso penal no le impide solicitar el pago de la reparación civil alcanzada a instancias del fiscal, pues no se trata aquí de su participación procesal, sino de hacer cobro de un derecho judicialmente determinado.

Otro aspecto discutido en el plano doctrinal y jurisprudencial es la posibilidad de revisar en la vía civil la reparación civil impuesta mediante una sentencia penal. El principio general debe ser que la reparación civil impuesta definitivamente en el proceso penal constituye cosa juzgada y, por lo tanto, no debería volverse a ejercer la misma pretensión en un nuevo proceso civil. Así se desprende, además, de lo establecido en el artículo 106 del CPP que impide a quien se ha constituido en actor civil a presentar una demanda indemnizatoria en la vía extrapenal. No obstante, lo señalado no implica que, en ningún caso, pueda revisarse en la vía civil una reparación civil establecida en sede penal. Tal situación se puede presentar en dos casos.

En primer lugar, puede presentarse el caso en el que no exista identidad de objeto, de manera que no puede hablarse, en estricto, de cosa juzgada[85]. Así sucedería, por ejemplo, si en el proceso penal la parte civil solamente ha recibido como reparación la restitución del bien, pero no existe pronunciamiento sobre la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. En un supuesto como éste, el actor civil mantiene plenamente su derecho de accionar en la vía civil para exigir el pago de la indemnización. Este razonamiento ha sido acogido por la Corte Suprema en la Casación N° 1221-2010-Amazonas emitida por la Sala Civil Permanente en relación con los daños morales o los daños futuros que no se reclamaron en el proceso penal[86].

En segundo lugar, debe recordarse que las resoluciones judiciales que tienen el carácter de cosa juzgada pueden tener un alcance absoluto o relativo[87]. Bajo esta lógica, consideramos que la cosa juzgada tendrá un carácter relativo, si en el proceso penal no se actuaron pruebas dirigidas a demostrar la entidad del daño por razones no atribuibles a los afectados. En tales casos, la tutela judicial efectiva exigirá no

85 Vid., sobre la identidad objetiva y subjetiva SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho procesal penal*, I, p. 388; SÁNCHEZ VELARDE: *Manual*, p. 354; GARCÍA CAVERO: *Normas legales*, T. 357 (febrero de 2006), p. 240.

86 Vid., al respecto, GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 363. Sobre lo establecido en la referida Casación, vid., EL MISMO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 39 (2012), p. 144 y ss.

87 Vid., GARCÍA CAVERO: *Normas legales*, T. 357 (febrero de 2006), p. 240 y s.

negar la posibilidad de que, en sede civil, pueda acreditarse la entidad del daño y recibir una reparación civil justa. Esta situación es especialmente patente cuando el Ministerio Público ejerce, en representación del agraviado, la reparación civil, pues lo usual es que centre su investigación y la actividad probatoria en la acreditación de la pretensión penal.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000.

ABANTO QUEVEDO: «Ejecución penal en clave de favorabilidad», *Actualidad Penal* 26 (2016), p. 105 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ: «Sentido y función de la pena: ¿Conceptos distintos o necesariamente vinculados?», *Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo*, Lima, 2013, p. 39 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ: «Teoría de la imputación objetiva y participación delictiva», en *Imputación y sistema penal, Libro Homenaje al Prof. César Paredes Vargas*, Lima, 2012, p. 26 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ: «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», *Revista Penal* 18 (2009), p. 3 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ: «Acerca de la teoría de los bienes jurídicos», en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, Libro Homenaje a Juan Bustos Ramírez*, Lima, 2007, p. 1 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ: «Acerca de la naturaleza de la prescripción», *Libro Homenaje al Prof. Raúl Peña Cabrera*, I, Lima, 2006, p. 545 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ,: «El principio de "certeza" en las leyes penales en blanco», *RPCP* 9, p. 15 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ: *Derecho penal económico, Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997.

ABANTO, César: «El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al sistema nacional de pensiones», *RPCP* 11, p. 77 y ss.

ACALE SÁNCHEZ: «Los delitos de mera actividad», *RDPC* 10 (2002), p. 25 y ss.

ACHENBACH: *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 2. Aufl., C.F. Müller, 2004.

ACHENBACH: «Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen», *Festschrift für Stree und Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 549 y ss.

ACHENBACH: «Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Umbruch», *JuS* 1990, p. 607 y ss.

Achenbach: *Historische und dogmatische Grundlagen des strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.

Adrianzén Román: «Intervención delictiva en los delitos de infracción de deber», *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 51 y ss.

Alan Castillo /Mori Anto: «Coautoría en casos de órdenes dictadas por el superior en organizaciones criminales», *Actualidad Penal* 54 (2018), p. 75 y ss.

Alan Castillo: «Populismo punitivo y el derecho penal como instrumento de comunicación política», *Actualidad Penal* 27 (2016), p. 365 y ss.

Albrecht: «Der Zugriff des Strafrechts auf die Kriminologie», en *Festschrift für E.A. Wolff*, Springer-Verlag, Berlin, 1998, p. 1 y ss.

Albrecht: *Der untaugliche Versuch*, Basel, 1973.

Alcácer Guirao: *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, Barcelona, 2004.

Alcácer Guirao: *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Bogotá, 2004.

Alcácer Guirao: ¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento, Granada, 2002.

Alcácer Guirao: «La protección del futuro y los daños cumulativos», *RECPC* 04-08 (2002), Granada, punto II.

Alcácer Guirao: *Tentativa y formas de autoría*, Madrid, 2001.

Alcócer Povis: *La reincidencia como agravante de la pena*, Lima, 2018.

Alcócer Povis: *Introducción al Derecho penal*, Parte General, Lima, 2014.

Alcocer Povis: *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, Lima, 2009.

Alonso Álamo: «Derecho penal y solidaridad (en particular, bienes jurídicos colectivos de seguridad)», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 253.

Alonso Fernández: *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, Barcelona, 1999.

Alonso Rimo: «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX (2009), p. 107 y ss.

Alpaca Pérez: «Algunos apuntes sobre la presunta responsabilidad penal de las personas jurídicas y sobre los programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*) en los Proyectos de Ley N.° 4054/2014-PE y N.° 3492/2013-CR», *Actualidad Penal* 15 (2016), p. 208 y ss.

Alpaca Pérez: «Apreciaciones sobre la reserva de fallo condenatorio como mecanismo alternativo a la pena privativa de libertad en el Código penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 73 y ss.

Altenhain: «Die Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen: Einzelverbrechen oder Idealkonkurrenz?», *ZStW* 107 (1995), p. 398 y ss.

Alvarado La Rosa: «La circunstancia atenuante genérica de obrar por móviles nobles o altruistas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 99 (2017), p. 101 y ss.

Álvarez Dávila: «La actio libera in causa. ¿Es plausible de aplicación en el ordenamiento jurídico peruano?», *Eta ius esto* 1, p. 127 y ss.

Álvarez García: *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001.

Álvarez García: «Bien jurídico y Constitución», *CPC* 43 (1991), Madrid, p. 5 y ss.

Alwart: *Strafwürdiges Versuchen*, Berlin, 1982.

Ambos: «Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial», *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 119 (2011), ciudad de Mexico, p. 1 y ss.

Ambos: Introducción, en *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Ambos/Malarino/Woischnik (ed.), Montevideo, 2006, p. 34 y ss.

Ambos: *Nuevo Derecho penal internacional*, Curso Andino sobre la Corte Penal Internacional, Lima, 2004.

Amelung: «Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch», *ZStW* 120 (2008), Berlin, p. 205 y ss.

Amelung: «El concepto de "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», (trad. Ortiz de Urbina), en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), Madrid, 2007, p. 227 y ss.

Amelung: «Die Neutraliesierung geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands», *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden, 1999, p. 16 y ss.

Amelung: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesselschaft*, Frankfurt a.M., 1972.

Andrés Domínguez: «Habituales y reincidentes», *Revista de Derecho Penal*, N° 22 (2007), p. 69 y ss.

Angioni: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, A. Giuffre, Milan, 1983.

Angulo Arana: «Efectos y requisitos de la prescripción de la pena», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 2 (2009), p. 76 y ss.

Antolisei /Conti: *Istituzioni di diritto penale*, Milán, 2000.

Antolisei: *La acción y el resultado en el delito*, México, 1959.

Aránguez Sánchez: *El delito de blanqueo de capitales*, Barcelona, 2000.

Arbulú Ramírez: «Fraude de etiquetas en la responsabilidad de las personas jurídicas de la Ley N° 30424», *Actualidad Penal* 25 (2016), p. 56 y ss.

Arbulú Martínez: «Derecho penal internacional y sus fuentes», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 66 (2014), p. 335 y ss.

Arburola Valverde: «La criminología de campo o funcionalista», *Actualidad Penal* 45 (2018), p. 263 y ss.

Arévalo Minchola: «Apuntes normativos sobre la *aberratio ictus* y su solución aplicable», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 58 (2014), p. 69 y ss.

Arismendis Amaya: «Los delitos de organización en el sistema de organización criminal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 89 (2016), p. 42 y ss.

Arismendiz Amaya: «La demostración del dolo en la intervención delictiva: A propósito de la Casación N° 367-2011-Lambayeque», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 85 (2016), p. 71 y ss.

Arismendiz Amaya: «La intervención del extranei en los delitos especiales e infracción de deber», *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 79 y ss.

Armas Cabrera: «Apuntes sobre la doctrina de la ignorancia deliberada: ¿es posible su aplicación en el Derecho penal peruano?», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 114 (2018), p. 49 y ss.

Armaza Galdós: «Sobre la fuerza irresistible», *Estudios de Derecho Penal, Libro Homenaje a Domingo García Rada*, Emilio Armaza Galdós (coord.), Arequipa, 2006, p. 123 y ss.

Armaza Galdós: «Estado agresivo y defensivo de necesidad», en *Anuario de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), 2003, p.283 y ss.

Armaza Galdós: «La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico», *RDPC* 1 (1998), Madrid, p. 119 y ss.

Armaza Galdos: «El error de prohibición», *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 41 y ss.

Armenta Deu: *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona, 1995.

Arocena: *Interpretación gramatical de la ley penal*, Lima, 2006.

Arrieta Ramírez: «¿Es posible la conversión de la pena con posterioridad a la sentencia?», *Actualidad Penal* 31 (2017), p. 137 y ss.

Arroyo Zapatero: «Derecho penal económico y Constitución», *Revista penal* 1 (1998), Valencia, p. 1 y ss.

Artaza Varela: «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal», en *Responsabilidad de la empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, Hortal/Valiente (coord.), Buenos Aires, 2014, p. 231 y ss.

Arzt: «Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt», *ZStW* 91 (1979), p. 857 y ss.

Auris Evangelista: «La ley penal intermedia: un caso de favorabilidad retroactiva y ultractiva (la vigencia de la destipificación del delito de tráfico de influencias simuladas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 107 (2018), p. 273 y ss.

Ávalos Rodríguez: *Determinación judicial de la pena. Nuevos criterios*, Lima, 2015.

Ávalos Rodríguez: «Limitación de días libres en el Derecho Peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4 (2009), p. 43 y ss.

Ávalos Rodríguez / Robles Briceño: *Jurisprudencia penal del Tribunal Constitucional*, Lima, 2006.

Avalos Rodríguez: *Código penal comentado*, Castillo Alva, L. (coord.), Lima, 2004, artículo 14.

Aya Onsalo: «La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en los delitos de los funcionarios públicos», en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (ed.), Bilbao, 1997, p. 71 y ss.

Azabache Caracciolo: «El delito provocado o la violación a la prohibición de hacer trampas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 63 (2014), p. 33 y ss.

Bacigalupo Zapater: «Sobre la función motivadora de las normas, la noción de injusto (ilícito) no culpable y el concepto personal de lo ilícito», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 447 y ss.

Bacigalupo Zapater: «La justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal», en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?*, Madrid, 2012, p. 55 y ss.

Bacigalupo Zapater: *"Compliance" y derecho penal*, Buenos Aires, 2012.

Bacigalupo Zapater: *Los delitos impropios de omisión*, Madrid, 2006.

Bacigalupo Zapater: «Los fundamentos de la teoría del error en el Derecho penal europeo actual», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 35 y ss.

Bacigalupo Zapater: «Problemas actuales del dolo», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 63 y ss.

Bacigalupo Zapater: *Derecho penal*, Parte General, Lima, 2004.

Bacigalupo Zapater: *Técnica de resolución de casos penales*, 2ª ed., Buenos Aires, 2002.

Bacigalupo Zapater: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002.

Bacigalupo Zapater: «La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico», y «El delito fiscal», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, pp. 53 y ss., 299 y ss.

Bacigalupo Zapater: *Delito y punibilidad*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999.

Bacigalupo Zapater: «El nuevo delito fiscal», *AP* 45 (1995), p. 883 y ss.

Bacigalupo Zapater: «La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición», en *El Derecho penal hoy, Libro homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995, p. 140 y ss.

Bacigalupo Zapater: «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, Núm. 20, mayo-agosto, 1987, p. 83 y ss.

Bacigalupo Zapater: «Responsabilidad de órganos directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)», en *Comentarios a la legislación penal*, Cobo del Rosal (dir.), T.V, Vol. 1, 1985, Madrid, p. 315 y ss.

Bacigalupo: «Infracción de deber y participación», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 433 y ss.

Bacigalupo: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madrid, 2007.

Bacigalupo: «Las consecuencias accesorias aplicables a las personbas jurídicas en el Código penal de 1995», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 91 y ss.

Bacigalupo: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998.

Backes: *Strafrechtswissenschaft als Sozialwissenschaft. Die sogenannte Parallelwertung in der Laiensphäre, Habilitationsschrift*, Bielefeld, 1976.

Baigún: *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Buenos Aires, 1970.

Bajo Fernández: «Modelo para un Derecho Penal de las personas jurídicas», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 719 y ss.

Bajo Fernández/S. Bacigalupo: *Derecho penal económico*, Madrid, 2001.

Baldó Lavilla: *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994.

Baldomino Díaz: «(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una ley penal en blanco», *Polít. crim.* Vol. 4, N° 7 (julio de 2009), p. 125 y ss.

Balmaceda Quirós: «Las personas jurídicas y su responsabilidad "administrativa" autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo N.° 1352», *Actualidad Penal* 33 (2017), p. 15 y ss.

Baratta: «Resocialización o control social», *Libro homenaje a Peña Cabrera*, Lima, 1991, p. 101 y ss.

Bauer: *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, 1830 (reimpresión, Goldbach 1996).

Baumann/Weber/Mitsch: *Strafrecht*, AT, 10. Aufl., Bielefeld, 1995.

Baumann: *Strafrecht*, AT, 8. Aufl. Bielefeld, 1977.

Bautista Pizarro: *El principio de confianza en un Derecho penal funcional*, Bogotá, 2008.

Beccaria, C.: *De los delitos y de las penas*, (trad. Sentís/Ayerra), Buenos Aires, 1974.

Beckemper, K.: «Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge», *Jura* 2001, p. 169 y ss.

Behrendt, H. J.: «Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 303 y ss.

Behrendt, H.J.: *Die Unterlassung im Strafrecht*, Baden-Baden, 1979.

Beling, E.: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000.

Beling, E.: *Esquema de Derecho penal*, (trad. Soler), Buenos Aires, 1944.

Beling, E.: *Deutsches Reichstrafprozessrecht*, Leipzig, 1928.

Beling, E.: *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.

Bello Gordillo, C.: *Principio de irretroactividad de la ley penal: Fundamento y alcances*, Lima, 2008.

Bemmann, G.: *Zur Frage der objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, Schwartz & Co., Göttingen, 1957.

Benavides Falen, A. R.: «El principio de proporcionalidad de las leyes penales. Un estudio preliminar», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 97 y ss.

Bendezú Barnuevo, R.: «¿Legítima defensa de bienes patrimoniales? El caso de Francisco Arce o del "robo de la laptop"», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23 (2011), p. 49 y ss.

Benítez Ortúzar, I.: «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del Derecho penal del enemigo por la LO 5/2010», *CPC* 103 (2011), p. 95 y ss.

Benlloch Petit, G.: «Las diferencias entre el injusto de la tentativa imperfecta y el de la tentativa perfecta y sus consecuencias en materia de desistimiento», en *Entre el funcionalismo y el principialismo, y las instituciones dogmáticas*, Sánchez Herrera (coord.), 2002, p. 306 y ss.

Bentham, J.: *El panóptico*, Puebla, 1989.

Bentham, J.: *The Rationale of Punishment*, London, 1830.

Berdugo Gómez de la Torre, I.: «"Garantizar que el delito no resulte provechoso". El decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 903 y ss.

Bermejo, M. G./Palermo, O.: «La intervención delictiva del *compliance officer*», en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (ed.), Madrid, 2013, p. 171 y ss.

Bermeo Cevallos, L. A.: «La prohibición de aplicar la responsabilidad restringida en delitos graves: ¿Respuesta frente a la criminalidad violenta?», *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 33 y ss.

Bernal Del Castillo, J.: «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», en *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 91 y ss.

Berner, A.F.: *Wirkungskreis des Strafgesetzes*, Frankfurt a.M., 1969.

Berner, A.F.: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, Neudruck, 1857.

Berner, A. F.: *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843.

Bernsmann, K.: *„Entschuldigung" durch Notstand*, Heymanns, C., 1989.

Berz: «Die entsprechende Anwendung von Vorschriften über die tätige Reue am Beispiel der Unternehmensdelikte», *Festschrift für Stree und Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 331 y ss.

Berz: *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, 1986.

Besio Hernández: «Valoración y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes», *InDret* 1/2012, p. 1 y ss.

Bigio Chrem: «La compra venta y transmisión de propiedad», en *Para leer el Código civil*, Vol. I, Lima, 1988, p. 211 y ss.

Binding: *Grundriß des deutschen Strafrechts*, AT, 8 Aufl., Leipzig, 1913.

Binding: *Lehrbuch des Gemeinen Deustchen Strafrechts*, Besonderer Teil, I, Leipzig, 1902.

Binding: *Handbuch des Strafrechts*, Tomo I, Leipzig, 1885.

Binding: *Die Normen und ihre Übertretung*, Vier Bände, Leipzig, Meiner, 1872-1920.

Birnbaum: *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, (trad. Guzmán Dalbora), Valparaíso, 2010.

Blanco Lozano: «La aplicación temporal de las normas penales», *CPC* 71 (2000), p. 279 y ss.

Blauth: *„Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht*, Heidelberg, 1968.

Blei: «Das Wahnverbrechen», *JA* 1973, p. 601 y ss.

Bloy: *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976.

Bock: *Criminal compliance*, Baden-Baden, 2011.

Bock: *Produktkriminalität und Unterlassen*, Aachen, 1997.

Bockelmann: «Wann ist de Rücktritt vom Versuch freiwillig?», *NJW* 1955, p. 1417 y ss.

Bodero: *Relatividad y delito*, Bogotá, 2002.

Bohnert: «Warum Gesamtstrafenbildung?», *ZStW* 105 (1993), p. 859 y ss.

Boix Reig: «La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 123 y ss.

Boix Reig/Orts Berenguer: «Consideraciones sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y su papel en orden a la determinación de la pena», *RPCP* 7-8, p. 302 y ss.

Boldova Pasamar/Quinteros Camacho: «Incomunicabilidad en las circunstancias de la participación», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19 (2011), p. 45 y ss.

Boldova Pasamar: *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995.

Bolea Bardon: «Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 459 y ss.

Borja Jiménez: «La naturaleza de las medidas de seguridad en el Derecho español», en *Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 23 y ss.

Borja Jiménez: «La terminación del delito», *ADPCP* 1995, p. 104 y ss.

Bornemann: *Das Zusammentreffen vertatbestandlichter Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe*, Baden-Baden, 2002.

Bosch: *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden 2002.

Bottke: «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen „stramündig" werden?», *Wistra* 1997, p. 244 y ss.

Bottke: «Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland», en *Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität*, T. III, Köln, 1996, p. 73 y ss.

Bottke: *Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB*, Berlin, 1980.

Brähler: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten und –ordnungswidrigkeiten*, Berlin, 2000.

Bramont Arias: «Los principios rectores del nuevo Código penal. Título Preliminar», *Derecho PUCP* 46 (1992), p. 13 y ss.

Bramont Arias/Bramont-Arias Torres: *Código Penal anotado*, 4ª ed., Lima, 2001.

Bramont Arias: *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima, 1950.

Bramont-Arias Torres, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, Lima, 2004.

Bramont-Arias Torres, L.A.: «Alcances de la Ley penal contra lavado de activos», *Actualidad jurídica* 105 (2002), p. 65 y ss.

Bramont-Arias Torres, L.A: «Algunas precisiones respecto de los beneficios penitenciarios en el Reglamento del Código de Ejecución Penal», *Actualidad Jurídica* 93 (agosto de 2001), p. 73 y ss.

Bramont-Arias Torres, L.A.: «Aspectos penales de la nueva Ley de Títulos Valores Ley 27287», *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 51 y ss.

Bramont-Arias Torres, L.A.: «Controversias sobre la determinación del concurso de leyes y concurso de delitos», *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 19 y ss.

Bramont-Arias Torres/García Cantizano: *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 4ª ed, Lima, 1998.

Brehm: *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1973.

Bricola: «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, Torino, 1973.

Brousset Salas/Vilchez Limay: «¡Vae victis! El tratamiento de los beneficios penitenciarios en la encrucijada y su resignada regla de la aplicación temporal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 95 (2017), p. 11 y ss.

Bruns: «Zur strafrechtlichen Relevanz des gesetzumgehendes Täterverhaltens», *GA* 1986, p. 1 y ss.

Bruns: *Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., Köln, 1985.

Bruns: «Die sog. „tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht», *JR* 1984, p. 133 y ss.

Bruns: «Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 StGB, § 9 OWiG)», *GA* 1982, p. 1 y ss.

Bruns: «Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung», *JZ* 1958, p. 461 y ss.

Bruns: «Juristische Personen können wegen Devisenvergehens bestraft werden», *JZ* 1954, p. 253 y ss.

Bruns: «Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht», *JZ* 1954, p. 12 y ss.

Bruns: Befreiung des Strafrechts von zivilistischen Denken, Berlin, 1938.

Bruns: Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?, Breslau, 1931.

Bünger: «Über Handeln und Handlungseinheit, als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe», *ZStW* 8 (1888), p. 523 y ss.

Bunster: «Acerca de la concepción roxiniana de la acción jurídico-penal», *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3 (2003), p. 11 y ss.

Burgos Alfaro: «La imputación válida para el cómputo del plazo de prescripción ordinaria», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 26 y ss.

Burgstaller: «Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder Verletzten selbst», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 363 y s.

Burgstaller: *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974.

Burkhardt: «La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal», (trad. Alcácer), en *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Alcácer (comp.), Buenos Aires, 2007, p. 29 y ss.

Burkhardt: «Rechtsirrtum und Wanhdelikt», *JZ* 1981, p. 681 y ss.

Burkhardt: *Der „Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung*, Berlin, 1975.

Burkhardt: «Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen», *JZ* 1971, p. 352 y ss.

Busch: *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, 1933.

Busch, R.: «Über die Abgrenzung von Tatbestand- und Verbotsirrtum», *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*, München, 1954, p. 165 y ss.

Bustamante Requena: «La inducción en cadena en el dominio de la organización», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 73 y ss.

Bustamante Requena: «El dolo de la tentativa delictiva», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 75 (2015), p. 55 y ss.

Bustamante Requena: «Redefinición de las relaciones entre dolo y culpa: el ocaso de la delimtación dolo eventual-culpa consciente», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 74 (2015), p. 61 y ss.

Bustinza Siu: «El dolo como concepto normativo. Acerca de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 59 (2014), p. 85 y ss.

Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée: «Principio de legalidad y "ne bis in idem"», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 163 y ss.

Bustos Ramírez: *Obras completas*, I, Derecho penal, Parte general, Lima, 2004.

Bustos Ramírez: «Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)», *EPC* XII, Santiago de Compostela, 1989, p. 105 y ss.

Bustos Ramírez: *Introducción al Derecho penal*, Bogotá, 1986.

Bustos Ramírez: «Política criminal y dolo eventual», *RJCat* 1984, p. 321 y ss.

Cadus: *Die faktische Betrachtungsweise*, Berlin, 1984.

Calcina Hancco: «Atipicidad por responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima)», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 82 (2016), p. 71 y ss.

Calderón Soto: «La accesoriedad como fundamento de la punibilidad del partícipe en los delitos convencionales. Un análisis de la modificación al artículo 25 del CP por el D. Leg. 1351», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 72 y ss.

Calderón Soto: «Sobre la prueba del dolo y su motivación en las resoluciones judiciales», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 84 (2016), p. 59 y ss.

Calderón Susin: *Arrepentimiento espontáneo* (Estudio del artículo 9-9ª del Código penal), Madrid, 1990.

Calderón Valverde: «Teoría general del hecho punible», *Actualidad Penal* 8 (2015), p. 102 y ss.

Callies: *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1974.

Cancio Meliá: «Psicopatía y Derecho penal: Algunas consideraciones introductorias», en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio/Maroto (coord.), Madrid, 2013, p. 529 y ss.

Cancio Meliá: *Delitos de organización*, Buenos Aires, 2008.

Cancio Meliá: «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 247 y ss.

Cancio Meliá: «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en *Dogmática penal y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 57 y ss.

Cancio Meliá: «¿"Derecho penal" del enemigo?», en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 59 y ss.

Cancio Meliá: «"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo», *RPCP* 13, p. 155 y ss.

Cancio Meliá: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, 2001.

Cancio Meliá: *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México, 2001.

Cancio Meliá: «Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor», *RPDJP* 1, 2000, p. 17 y ss.

Cancio Meliá: «Dogmática penal y Política criminal en una teoría funcional del delito», en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 17 y ss.

Cancho Alarcón: «Concurso real retrospectivo: Acumulación y refundición de penas en la legislación peruana», en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), Lima, 2018, p. 643 y ss.

CANCHO ESPINAL: «¿Política criminal en la tipicidad? Esbozo a partir de principios de Derecho penal», en *Imputación y sistema penal, Libro Homenaje al Prof. César Augusto Paredes Vargas*, Lima, 2012, p. 459 y ss.

CANCHO ESPINAL: «La disolución del error de tipo al revés y del error de prohibición al revés», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (2010), p. 48 y ss.

CANCHO ESPINAL: «Un esbozo hacia una posible objetivación del dolo», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 15 (2010), p. 75 y ss.

CARBONELL MATEU: *La justificación penal*, Madrid, 1982.

CARDENAL MONTRAVETA: «Dogmática creadora, política criminal y determinación de la pena del concurso real de delitos», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 915 y ss.

CARMONA: *Premesse a un corso di diritto penale dell'economía*, Milán, 2002.

CARO CORIA: «"Sociedades de riesgo", bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo», *RPCP* 9, p. 197 y ss.

CARO CORIA: «El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», www.unifr.ch/derechopenal/articulos, [consulta: 11 de abril de 2006].

CARO CORIA, en *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Ambos/Malarino/Woischnik (ed.), Montevideo, 2006 p. 373 y ss.

CARO CORIA: «Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código penal peruano», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 319 y ss.,

CARO CORIA, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 20 inciso 3.

CARO CORIA: «Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado», *Actualidad Jurídica* 123 (febrero de 2004), p. 46 y ss.

CARO CORIA: *Derecho penal del ambiente*, Lima, 1999.

CARO JOHN: «La participación del extraneus en los delitos funcionariales», *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 1 y ss.

CARO JOHN: «Responsabilidad penal restringida por la edad: el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal», *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 15 y ss.

CARO JOHN: «Imputación a la víctima y su efecto excluyente de la tipicidad. Comentario al caso de la motocicleta», *Ius Puniendi* 1 (2015), p.143 y ss.

CARO JOHN: «La autoría delictiva del funcionario público», *Ius Puniendi* 2 (2015), p. 21 y ss.

CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, 2014.

CARO JOHN: «El principio de legalidad», *Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo*, Lima, 2013, p. 105 y ss.

CARO/POLAINO: «Conductas neutras en Derecho penal: Algunas consecuencias dogmáticas», en *Imputación y sistema penal, Libro Homenaje al Prof. César Paredes Vargas*, Lima, 2012, p. 63 y ss.

CARO JOHN: «Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión», en La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. *Anuario de Derecho Penal, 2009*, Lima, 2011, p. 83 y ss.

Caro John: *Dogmática penal aplicada*, Lima, 2010.

Caro John: *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima, 2010.

Caro John: *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbot*, Baden-Baden, 2007.

Caro John: «Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima desde una perspectiva funcional del Derecho penal», en *Estudios de Derecho penal, Libro Homenaje a Domingo García Rada*, Armaza (coord.), Arequipa, 2006, p. 85 y ss.

Caro John: «La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 335 y ss.

Caro John: «La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia», *RPCP* 4, p. 733 y ss.

Caro John: Recensión a Derecho penal económico, Parte general, Ara editores, Lima, 2003, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 5 (2004), p. 441 y ss.

Carrasco Andrino: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada, 2002.

Carrión Díaz: «La acción comunicativa como parámetro orientador de concepto de autor en el Derecho penal peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 60 y ss.

Castillo Alva: «El indulto en el Derecho peruano» *Ius puniendi* 6 (2018), p. 67 y ss.

Castillo Alva: «El principio de taxatividad en el Derecho penal y en el Derecho administrativo sancionador: Una lectura constitucional y convencional», *Actualidad Penal* 1 (2014), p. 132 y ss.

Castillo Alva: *El delito de aborto*, Lima, 2005.

Castillo Alva: *Principios de Derecho penal*, Parte general, Lima, 2002.

Castillo Alva: *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo I, artículo VII.

Castillo Alva: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima, 2001.

Castillo Alva, José Luis: «El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano», *Normas Legales*, T. 279 (agosto de 1999), p. 61 y ss.

Castillo Lira: «Aplicación de la pena de inhabilitación en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos», *Actualidad Penal* 33 (2017), p. 93 y ss.

Castiñeira: *El delito continuado*, Barcelona, 1977.

Castro Cornejo: *El error en el Derecho penal*, Lima, 2010.

Castro Salinas: «Algunos aspectos referentes al contrato de cuenta corriente bancaria», *Themis* 35, p. 31 y ss.

Castro Trigoso: «La reforma penal de las faltas introducida por la Ley N° 20407», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 26 y ss.

Cerezo Mir: «La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos (1)», *ADPCP* 2009 p. 67 y ss.

Cerezo Mir: *Derecho Penal*, Parte General, Montevideo, 2008.

Cerezo Mir: «Valor de la acción y valor del resultado en las causas de justificación», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 743 y ss.

Cerezo Mir: «La regulación del error de prohibición en los códigos penales español y peruano», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 211 y ss.

Cerezo Mir: «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *RDPC* 10 (2002), p. 52 y ss.

Cerezo Mir: «Reflexiones críticas sobre el sistema de penas en el Nuevo Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 338 y ss.

Cerezo Mir: «La regulación del "iter criminis" y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español», *RDPC* 1 (1998), p. 13 y ss.

Cerezo Mir: *Curso de Derecho Penal español*, PG, II, 5ª ed., Madrid, 1997.

Cerezo Mir: «La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 77 y ss.

Cerletti: «Juicios de imputación y juicios causales», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, I, Bogotá, 2003, p. 239 y ss.

Cid/Larrauri: «Penas alternativas a la prisión en el Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 363 y ss.

Clavijo Jave: «Criminal Compliance en el Derecho penal peruano», *Derecho PUCP* 73 (2014), p. 625 y ss.

Clemente Casas/Álvarez Feijoo: «¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídicas», *Actualidad Jurídica*, Estudio Uría Menéndez, 28 (2011), p. 26 y ss.

Cobo del Rosal/Vives Antón: *Derecho penal*, Parte General, 5ª ed., Valencia, 1999.

Coca Vila: «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), Barcelona, 2013, p. 43 y ss.

Coca Vila: «Entre la solidaridad y la responsabilidad. El estado de necesidad defensivo», *InDret* 1/2011, p. 1 y ss.

Contreras González: «El principio de proporcionalidad de las penas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8 (2010), p. 57 y ss.

Corcino Barrueta: «Autoría mediata en aparatos organizados de poder», *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 82 y ss.

Corcino Barrueta: «Redefiniendo la coautoría», en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), Lima, 2011, p. 375 y ss.

Corcoy Bidasolo: «Relación entre causalidad e imputación objetiva», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 171 y ss.

Corcoy Bidasolo: *El delito imprudente. Criterios de imputaciòm del resultado*, 2ª ed., Buenos Aires, 2005.

Corcoy Bidasolo: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999.

Córdova: *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, 2012.

Córdoba Roda: «Consideraciones sobre el principio de legalidad», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 237 y ss.

Córdoba Roda: *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977.

Córdova Rojas: «El proceso de imputación objetiva en los tipos de comisión por omisión: Deslegitimando posibles interpretaciones», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 66 (2014), p. 45 y ss.

Córdova Rosales: «Discusión de la constitucionalidad del segundo párrafo del art. 22 del CP acerca de la responsabilidad restringida», *Actualidad Penal* 51 (2018), p. 49 y ss.

Cox Leixelard: *Delitos de posesión*, Buenos Aires, 2012.

Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/Schröder: *StGB*, 26. Aufl., München, 2001, §§ 15, 16.

Cristóbal Támara: «La instigación o inducción», *Ius Puniendi* 7 (2018), p. 255 y ss.

Cristóbal Támara: «Apuntes sobre el delito continuado y el delito masa: Análisis de la Casación N° 1121-2016-Puno», *Actualidad Penal* 44 (2018), p. 91 y ss.

Cristóbal Támara: «Fundamentos de la cosa juzgada y la instigación en masa», *Actualidad Penal* 36 (2017), p. 53 y ss.

Cruz del Carpio: «Tratamiento jurisprudencial del error de comprensión culturalmente condicionado», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 108 (2018), p. 63 y ss.

Cruz del Carpio: «El consentimiento como causa de reducción de la pena en los delitos de violación sexual de menores de edad (artículo 173.2 del CP)», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 104 (2018), p. 80 y ss.

Cruz del Carpio: «La responsabilidad restringida por la edad en la jurisprudencia (artículo 22 del Código Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 149 y ss.

Cruz Vegas: «La disposición fiscal de inicio de las diligencias preliminares: ¿Interrumpe la prescrición de la acción penal? A propósito de la Casación N° 347-2011-Lima», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 35 y ss.

Cuello Contreras: «Sobre el tipo de tentativa», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 253 y ss.

Cuerda Riezu: «Límites temporales de la participación delictiva según el Código Penal. La accesoriedad cuantitativa», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 497 y ss.

Custodio Ramírez: «La tentativa y su trascendencia en la determinación judicial de la pena: ¿Causal de disminución de punibilidad o atenuante privilegiada?», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 89 y ss.

Chanjan Documet: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un olvido o reintepretación de los principios del Derecho penal», *Ius Puniendi* 8 (2018), p. 69 y ss.

Chaján Documet: «Las comunidades indígenas y el "derecho penal del enemigo"», *Actualidad Penal* 26 (2016), p. 263 y ss.

Chang Kcomt: «Ley de pérdida de dominio: Un enfoque civil y penal», *JuS Doctrina y Práctica* 4 (abril de 2008), p. 25 y ss.

Chávez Cotrina: *La pérdida de dominio. Implicancias en el Perú*, Lima, 2018.

Chávez Hernández: «Reincidencia y derecho penal del enemigo», *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 84 y ss.

Chávez Sánchez: «Imputación objetiva del resultado e imputación objetiva del comportamiento: Fundamentos y delimitación conceptual», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 139 y ss.

Chinchay Castillo: «La participación en el enriquecimiento ilícito: visión de lege data y de lege ferenda», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 111 (2018), p. 39 y ss.

Chinchay Castillo: «Proporcionalidad, legalidad, política criminal, boca de la ley y otros intentos de objetivar la justicia»: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 13 y ss.

Chocano/Valladolid: *Jurisprudencia penal*, Lima, 2002.

Choclán Montalvo: *El delito continuado*, Madrid, 1997.

Christie: *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, 2004.

Christie: *Los límites del dolor*, (trad. de Caso) México, 1988.

Chunga Hidalgo: «Desacuerdos jurisprudenciales en el tratamiento de los beneficios penitenciarios», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 86 (2016), p. 37 y ss.

Chunga Hidalgo: «Las consecuencias accesorias y el decomiso», *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 120 y ss.

Chunga Hidalgo: «La reserva del fallo condenatorio y las dificultades de su aplicación», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 41 (2012), p. 53 y ss.

Dannecker: «Der zeitlische Geltungsbereich von Strafgesetzen und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts», *ZIS* 7/2006, p. 309 y ss.

Dannecker: «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände», *GA* 2001, p. 119 y ss.

Dannecker: «La configuración de las causas de justificación y exculpación en el Derecho penal comunitario», (trad. Nieto Martín), *Revista penal* 3 (1999), p. 18 y ss.

Dannecker: «Das Unternehmen als "good Corporate Citizen" – ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung?», en Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 6 y ss.

Dannecker: «Sanciones y principios de la parte general en el Derecho de la competencia de las Comunidades Europeas», en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 553 y ss.

Dannecker: *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993.

Darnstädt: «Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», *JuS* 1978, p. 441 y ss.

David: *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Buenos Aires, 2009.

De la Cuesta Arzamendi: «Vigencia y actualidad del principio de resocialización», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 299 y ss.

De la Mata Barranco: «El fundamento del decomiso como "consecuencia" del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p.

De la Mata Barranco: «El funcionario público ante el Derecho Penal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 20 (enero de 2010), p. 13 y ss.

De la Mata Barranco: *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, 2007.

De León Villalba: «Alternativas a las penas privativas de libertad en el Código penal español de 1995», *RPCP* 7-8, p. 417 y ss.

De Vicente Martínez: «La eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal Español», en *Imputación y Sistema Penal, Libro Homenaje al Prof. Paredes Vargas*, Lima, 2012, p. 89 y ss.

De Vicente Martínez: *El principio de legalidad penal*, Valencia, 2004.

De Vicente Martínez: «El delito continuado. Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones contra el patrimonio», en *El Nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 193 y ss.

Dedes: «Die Sinndeutung der Handlung», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 187 y ss.

Del Rio Labarthe: «La acción civil en el nuevo proceso penal», *Derecho PUCP* 65 (2010), p. 221 y ss.

Del Río Labarthe: *La etapa intermedia en el nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Lima, 2010.

Del Rosal Blasco: *La provocación para cometer delito en el Derecho español (Exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código penal)*, Madrid, 1986.

Delgado Guembes: *Prerrogativas parlamentarias*, Lima, 2007.

Delgado Tovar: «Incautación y decomiso. Pretensiones olvidadas por el órgano persecutor del delito», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 52 (2013), p. 59 y ss.

Delzo Livias: «La injerencia como fuente de posición de garante en el artículo 13 del Código Penal Peruano», *Actualidad Jurídica*, T. 169 (diciembre de 2007), p. 124 y ss.

Demetrio Crespo: «"Compatibilismo humanista": Una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal», en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), Buenos Aires, 2013, p. 17 y ss.

Demetrio Crespo: «Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas», en *Cuestiones de Derecho Penal, Procesal Penal y Política Criminal*, Lima, 2010, p. 261.

Demetrio Crespo: *Culpabilidad y fines de la pena*, Lima, 2008.

Demetrio Crespo: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999.

Dencker: «Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung», *SV* 1988, p. 263 y ss.

Derksen: *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992.

Díaz Pita: *El dolo eventual*, Valencia, 1994.

Díaz y García Conlledo: «Actuación en el marco de un aparato organizado de poder: ¿autoría o participación?»: *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 509 y ss.

Díaz y García Conlledo: *La autoría en derecho penal*, 2ª ed., Santiago de Chile, 2011.

Diez Ripollés: «La categoría de la punibilidad en el Derecho penal español», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 523 y ss.

Diez Ripollés: *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003.

Diez Ripollés: «Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3 del CP de 1980 (I)», *ADPCP* 1982, p. 627 y ss.

Donatsch: «Die Selbstgefährdung des Verletzten im Strafrecht», *SchwZStr* 105 (1988), p. 361 y ss.

Donatsch: «Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum», *SchwZStr* 102 (1985), p. 16 y ss.

Donini: «Dolo e prevenzione generale nei reati economici», *RTDPE* 1-2 (1999), p. 5 y ss.

Donna: «Capacidad de culpabilidad o imputabilidad», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 3 (1998), p. 45 y ss.

Dopico Gómez-Aller: *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, 2006.

Dopslaff: «Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale», *GA* 1987, p. 1 y ss.

Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999.

Dreher: «Über Strafrahmen», *Festschrift für Bruns*, Köln, 1978, p. 141 y ss.

Duttge: «Anliegen und Grundfragen einer Strafrechtswissenschaftstheorie», en *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), Göttingen, 2010, p. 31 y ss.

Ehrhardt: *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Berlin, 1993.

Engisch: *La causalidad como elemento de los tipos penales*, (trad. Sancinetti), Buenos Aires, 2008.

Engisch: *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, (trad. Guzmán Dálbora), Buenos Aires, 2006.

Engisch: *Einführung in das juristische Denken*, 8. Aufl., Stuttgart, 1983.

Engisch: «Der „umgekehrte Irrtum" und das „Umkehrprinzip"», *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, 1972, p. 186 y ss.

Engisch: *Vom Weltbild des Juristen*, 2. Aufl., Heidelberg, 1965.

Engisch: «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen», *ZStW* 70 (1958), p. 566 y ss.

Engisch: «Sinn und Tragweite juristicher Systematik», *Studium Generale* 10. Jhg. 1957, p. 173 y ss.

Engisch: «Die normativen Tatbestandmerkmale im Strafrecht», *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*, München, 1954, p. 127 y ss.

Engisch: *Untersuchugen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930.

Erb: «Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht», *JuS* 1994, p. 455 y ss.

Erb: *Rechtsmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Berlin, 1991.

Escobar Antezano: «El concurso aparente como un conflicto de reglas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 57 y ss.

Escrivá Gregori: «Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución», en *Papers* 13 (1980), p. 141 y ss.

Escriva Gregori: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976.

Eser, en Schönke/Schröder: *StGB*, 26. Aufl., München, 2001, §§ 1-7, 73.

Eser: *Estudios de derecho penal médico*, Lima, 2001.

Eser: *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, (trad. Cancio), Bogotá, 1998.

Eser: *Derecho penal, medicina y genética*, Lima, 1998.

Espinoza Bonifaz: «Una nueva concepción de resocialización como fin de la pena», *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 119 y ss.

Espinoza Goyena: «La persona jurídica, en el nuevo proceso penal», en *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), Lima, 2005, p. 313 y ss.

Espinoza Montes: «La participación del *extraneus* en los delitos de infracción del deber», *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 93 y ss.

Espinoza Urbina: «La acción típica como elemento de la imputación penal», *Gaceta Jurídica,* T. 204, noviembre 2010, p. 102 y ss.

Exner: «Fahrlässige Zusammenwirken», *Festgabe für Frank,* I, Tübingen, 1930, p. 569 y ss.

Exner: *Theorie der Sicherungsmittel,* Berlin, 1914.

Exner: *Das Wesen der Fahrlässigkeit,* Leipzig, 1910.

Fabián Caparrós: *El delito de blanqueo de capitales,* Madrid, 1998.

Fakhouri Gómez: *El objeto del dolo en Derecho penal,* Bogotá, 2012.

Fakhouri Gómez: *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: Un caso problemático,* Pamplona, 2009.

Falcone: «Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho», *Ius Puniendi* 7 (2018), p. 163 y ss.

Falkenstett: *Zur Rechtsnatur der Vorsatz-Fahrlässigkeit-Kombinationen,* Diss., Heidelger, 1976.

Faraldo Cabana: *Las causas de levantamiento de la pena,* Valencia, 2000.

Farré Trepat: *La tentativa del delito,* 2ª ed., Buenos Aires, 2011.

Fedders: *Tatvorsatz und tätige Reue bei Vorfeldelikten,* Baden-Baden, 2002.

Feijoo Sánchez: *La pena como institución social. Retribución y prevención general,* Buenos Aires, 2017.

Feijoo Sánchez: «La teoría de la ignorancia deliberada: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret* 3/2015, p. 1 y ss.

Feijoo Sánchez: «Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias», en *Neurociencias y Derecho penal,* Demetrio Crespo (dir.), Buenos Aires, 2013, p. 269 y ss.

Feijoo Sánchez: «Derecho Penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?», *InDret* 2/2011, p. 1 y ss.

Feijoo Sánchez: «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho», *InDret* 1/2007, p. 1 y ss.

Feijoo Sánchez: *Retribución y prevención general,* Montevideo, 2007.

Feijoo Sánchez: «Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo,* Navarra, 2005, p. 307 y ss.

Feijoo Sánchez: «¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor?», en *Dogmática penal y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo,* I, Barcelona, 2004, p. 235 y ss.

Feijóo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia,* Bogotá, 2003.

Feijoo Sánchez: «Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes,* García Cavero (coord.), Lima, 2002, p. 217 y ss.

Feijoo Sánchez: *Imputación objetiva en Derecho penal,* Lima, 2002.

Feijoo Sánchez: *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente,* Madrid, 2002.

Feijoo Sánchez: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?», *RPCP* 9, p. 277 y ss.

Feijoo Sánchez: «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *CPC* 65 (1998), p. 271 y ss.

Felip i Saborit: «El objeto del conocimiento de la antijuricidad», *RPDJP* 2 (2001), p. 145 y ss.

Felip i Saborit: *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona, 2000.

Fernández Sessarego: «Breves apuntes sobre el concepto jurídico de persona (desde la edad clásica hasta nuestros días)», *Ius et veritas* 12, p. 102 y ss.

Fernández Teruelo: «Algunos apuntes sobre la discusión doctrinal y jurisprudencial relativa a la naturaleza del modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 975 y ss.

Fernández Teruelo: *Estudios de Derecho penal económico*, Madrid, 2003.

Fernández: *Culpabilidad y teoría del delito*, Montevideo, 1995.

Ferrajoli: *Derecho y razón*, (trad. Andrés Ibañez y otros), Madrid, 2006.

Ferreres Comella: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid, 2002.

Ferschl: *Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt*, Frankfurt a.M., 1999.

Feuerbach: *Tratado de Derecho penal*, 14ª ed., (trad. Zaffaroni/Hagemeier), Buenos Aires, 2007.

Feuerbach: *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz, 1800.

Fiandaca/Musco: *Derecho penal*, Parte General, (trad. Niño), Bogotá, 2006.

Figueroa Cortez: «La teoría de la prohibición de regreso en la praxis», *Actualidad Penal* 1 (2014), p. 178 y ss.

Figueroa Gutarra: «La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (2011), p. 23 y ss.

Figueroa Navarro: «Criterios para la elaboración de un sistema legal de penas conminadas en el Código Penal», en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), Lima, 2011, p. 415 y ss.

Figueroa Navarro: «Reserva del fallo condenatorio ¿Pena abstracta o pena concreta?», en Portal Derecho Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 1 y ss.

Flechtheim: *Hegels Strafrechtstheorie*, 2. Aufl., Berlin, 1975.

Francia Arias: «Notas sobre el principio de certeza de la ley penal», en *Libro Homenaje al Prof. Peña Cabrera*, I, Lima, 2006, p. 595 y ss.

Frank: *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Montevideo, 2004.

Frank: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen 1931.

Franzheim: «Parteispenden – Steuerhinterziehung – Straffreiheit?», *NStZ* 1982, p. 137 y ss.

Freudenthal: *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, (trad. Guzmán Dalbora), Montevideo, 2006.

Freund: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Heidelberg, 1998.

Freund: *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln, 1992.

Freund: *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung"*, Heidelberg, 1987.

Frisch: «La teoría de la conciencia del injusto: debilidades y necesidad de una revisión», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 569 y ss.

Frisch/Freund: *Cuestiones fundamentales del Derecho penal*, García Cavero/Pariona (coord.), Lima, 2014.

Frisch: «Cuestiones de conciencia en el Derecho penal», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 903 y ss.

Frisch: «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias del Derecho penal», *InDret* 3/2007, p. 1 y ss.

Frisch/Robles Planas: *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo, 2006.

Frisch: *Comportamiento típico e imputación objetiva del resultado*, (trad. Cuello/Serrano), Madrid, 2004.

Frisch: «Delito y sistema del delito», en *El sistema integral del Derecho Penal*, Wolter/Freund (ed.), Madrid, 2004, p. 193 y ss.

Frisch: «Beihilfe durch neutrale Handlungen», *Festschrift für Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2002, p. 539 y ss.

Frisch: «Faszinierendes, Berechtiges und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 219 y ss.

Frisch: «La imputación objetiva: estado de la cuestión», (trad. Robles Planas), en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 43 y ss.

Frisch: «El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad», (trad. Peñaranda), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires 1999, p. 18 y ss.

Frisch: «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa», (trad. Paredes Castañón), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 125 y ss.

Frisch: *Tipo penal e imputación objetiva*, (trad. Cancio Meliá y otros), Madrid, 1995.

Frisch: «La atenuación del marco penal en la tentativa», (trad. Sancinetti), *ADPCP* 1994, p. 161 y ss.

Frisch: «Strafrechtliche Prognoseentscheidungen aus rechtswisseschaftlicher Sicht», *Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, en Frisch/Vogt (Hrsg.), Baden-Baden, 1994, p. 55 y ss.

Frisch: *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsvertändnis im Umweltstrafrecht*, Heidelberg, 1993.

Frisch: «An den Grenzen des Strafrechts», *Festschrift für Stree und Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 97 y ss.

Frisch: «Selbstgefährdung im Strafrecht», *NStZ* 1992, pp. 1 y ss., 62 y ss.

Frisch: «Über die „Bewertungsrichtung" von Strafzumessungstatsachen», *GA* 1989, p. 354 y ss.

Frisch: «Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter" Afekttaten», *ZStW* 101 (1989), p. 610 y ss.

Frisch: «Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements», *Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1987, p. 113 y ss.

Frisch: *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983.

Frister: *Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed. (trad. Sancinetti), Buenos Aires, 2011.

Frister: Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 53.

Frister: «Nowehr im System der Notrechte», *GA* 1988, p. 291 y ss.

Fuentes Osorio: *La preparación delictiva*, Granada, 2007.

Fuentes Osorio: «Formas de anticipación de la tutela penal», *RECPC* 08-08 (2006), p. 1 y ss.

Galain Palermo: «Suspensión del proceso y tercera vía: Avances y retrocesos del sistema penal», *Revista Penal* 20 (2007), p. 57 y ss.

Galain Palermo: «¿La reparación del daño como "tercera vía" punitiva?» *Redur* 3 (2005), p. 183 y ss.

Galván Ramos: «Supuestos de inimputabilidad penal», *Actualidad Jurídica*, T. 196 (marzo de 2010), p. 95 y ss.

Gálvez Villegas: *La reparación civil en el proceso penal*, 3ª ed., Lima, 2016.

Gálvez Villegas: *Decomiso, incautación y secuestro*, 2ª ed., Lima, 2015.

Gálvez Villegas/Delgado Tovar: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, Lima, 2013.

Gálvez Villegas: «Posibilidad de recurrir a la vía civil luego de concluido el proceso penal en el que el agraviado se ha constituio en actor civil y se ha amparado su pretensión. Análisis de la Casación N° 1221-2010-Amazonas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 39 (2012), p. 131 y ss.

Galvez Villegas: «El Ministerio Público y la reparación civil proveniente del delito», *Anuario de Derecho Penal, Ministerio Público*, 2011-12, p. 179 y ss.

Gálvez Villegas: «La solidaridad de la reparación civil entre los responsables del delito y los terceros civilmente obligados», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 1 (2009), p. 48 y ss.

Gálvez Villegas/Guerrero López: *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*, Lima, 2009.

Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 2ª ed., Lima, 2009.

Gálvez Villegas/Delgado Tovar: *Nulidad de actos jurídicos de disposición de bienes en el proceso penal*, Lima, 2008.

Gálvez Villegas: *La reparación civil en el proceso penal*, 2ª ed., Lima, 2005.

Gallas: «Das Wesen des strafrechtlichen Unterlassens und seine Stellung im System der Verbrechenslehre» en *Studien zum Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1989, p. 52 y ss.

Gallas: «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», *Festschrift für Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 155 y ss.

Gallas: «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», *ZStW* 80 (1968), p. 1 y ss.

Gallas: «Täterschaft unnd Teilnahme», en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, p. 92 y ss.

Gallas: *La teoría del delito en su momento actual*, (trad. Córdoba Roda), Barcelona, 1959.

Gallego Soler: «Criminal compliance y proceso penal: Reflexiones iniciales», en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Hortal/Valiente (coord.), Buenos Aires, 2014, p. 195 y ss

Gallegos Mejía: «La naturaleza jurídica del delito continuado», *Actualidad Penal* 33 (2017), p. 101 y ss.

Garaycott Orellana: *La función resocializadora de la pena privativa de libertad*, Lima, 2007.

García Alberó: *"Non bis in idem" material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995.

García Álvarez: *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999.

García Amado: «Interpretar, argumentar, decidir», *Anuario de Derecho Penal, 2005*: Interpretación y aplicación de la ley penal, Hurtado Pozo (dir.), Lima, 2006, p. 31 y ss.

García Aquino: «Enfoque postpositivista principialista del concurso de normas penales», *Actualidad Penal* 34 (2017), p. 95 y ss.

García Aquino: «Un enfoque post positivista principialista de la determinación judicial de la pena: A propósito de una propuesta de un modelo de determinación de la pena», *Actualidad Penal* 38 (2017), p. 63 y ss.

García Arán: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *EPC* XVI, Santiago de Compostela, 1993, p. 63 y ss.

García Calizaya: «La calificación de reincidencia delictual a partir del tipo de pena de condena anterior», *Actualidad Penal* 16 (2015), p. 120 y ss.

García Cantizano: *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 8, p. 332 y ss.

García Cavero: *Criminal Compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*, Lima, 2017.

García Cavero: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *III Convención de Derecho Público*, García Rivera (coord.), Lima, 2016, p. 133 y ss.

García Cavero: *Derecho penal económico*, Parte Especial, I, II y III, Lima, 2015-2016.

García Cavero: *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Lima, 2012.

García Cavero: «Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Estudios de la Justicia*, N°16 (2012), p. 55 y ss.

García Cavero: «La criminalización en el estado previo a la lesión del bien jurídico por razones de seguridad ciudadana: el delito de marcaje», *RPCP* 24 (2012), p. 327 y ss.

García Cavero: *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, Lima, 2010.

García Cavero: «El derecho a la vida del concebido en los casos de aborto terapéutico», *Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura*, Vol. 1 (2010), p.193 y ss.

García Cavero: «La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori», en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima, 2010, p. 189 y ss.

García Cavero: *Derecho penal económico*. Parte General, I, 2ª ed., Lima, 2007.

Garcia Cavero: ¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo? *Derecho penal del enemigo*, Tomo I, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 925 y ss.

García Cavero: «El carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales», en *Normas legales*, T. 357 (febrero de 2006), p. 240 y ss.

García Cavero: «Acerca de la función de la pena», en *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, 2005, p. 71 y ss.

García Cavero: «La imputación subjetiva en Derecho penal», en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Lima, 2005, p. 15 y ss.

García Cavero: *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo VIII (p. 211 y ss.), y artículo IX (p. 257 y ss.).

García Cavero: *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Lima, 2003.

García Cavero: «El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa», *RPDJP* 1 (2000), p. 505 y ss.

García Cavero: «La nueva política criminal intimidatoria e inocuizadora: el caso de la seguridad ciudadana», *RPCP* 10, p. 211 y ss.

García Cavero: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999.

García de Enterría: *Curso de derecho administrativo*, t. I, 4ª ed., Madrid, 1983.

García Huayama: «Las sanciones para los adolescentes infractores de la ley penal», *Actualidad Penal* 17 (2015), p. 82 y ss.

García León: «La punibilidad del partícipe extraneus en los deltios especiales», *Actualidad Penal* 42 (2017), p. 15 y ss.

García León: «La doctrina del actuar precedente o injerencia en el derecho penal», *Actualidad Penal* 23 (2016), p. 90 y ss.

García Navarro: «Implicancias penales y procesales del decomiso», *JuS Doctrina & Práctica* 6 (2007), p. 41 y ss.

García Pérez: *El encubrimiento y su problemática en el Código Penal*, Barcelona, 2008.

García Pérez: *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997.

García Puente: «Nuestra concepción de las excusas absolutorias», *ADPCP* 1981, p. 84 y ss.

García Rivas: «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad», en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), Buenos Aires, 2013, p. 601 y ss.

García Vitor: *Diversidad cultural y Derecho Penal*, Santa Fe, 1994.

García, L.: *Reincidencia y punibilidad*, Buenos Aires, 1992.

García-Pablos de Molina: «Los retos de la moderna criminología empírica», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Libro Homenaje al Prof. Tomas Vives Antón*, I, Valencia, 2009, p. 693 y ss.

García-Pablos de Molina: *Criminología*, 1ª ed., Lima, 2008.

García-Pablos de Molina: *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000.

García-Pablos de Molina: «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo», *ADPCP* XXXII (1979), p. 645 y ss.

Garland: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, (trad. Sozzo), Barcelona, 2005.

Garófalo: *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, (trad. Dorado Montero). Reimpresión, Buenos Aires, 2016.

Gazeas: «La nueva regulación de la custodia de seguridad en Alemania», en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), Buenos Aires, 2013, p. 629 y ss.

Geerds: «Der vorsatzausschließende Irrtum», *Jura* 1990, p. 421 y ss.

Geerds: *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, 1961.

Geilen: «Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung», *Festschrift für Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, p. 655 y ss.

Geppert: «Die Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB», *Jura* 2011, p. 30 y ss.

Geppert: «Zur straf- und strafverfahrensrechtlichen Bewältigung von Serienstraftaten nach Wegfall der Rechtsfigur des „fortgesetzten Handlung" – 1. Teil», *NStZ* 1996, p. 60 y ss.

Geppert: «Grundzüge der Konkurrenzlehre», *Jura* 1982, pp. 358 y ss., 418 y ss.

Gerónimo Chacaltana: «Apuntes sobre la pena de ejecución suspendida en el Código penal peruano», *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 258 y ss.

Gierhake: *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, Berlin, 2005.

Gil Gil: *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007.

Gili Pascual: «La eficacia en el desestimiento del partícipe», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Libro Homenaje al Prof. Tomas Vives Antón*, I, Valencia, 2009, p. 717 y ss.

Gimbernat Ordeig: *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999.

Gimbernat Ordeig: «Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)», en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 326 y ss.

Gimbernat Ordeig: «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», *ADPCP*, 1997, p. 11 y s.

Gimbernat Ordeig: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990.

Gimbernat Ordeig: *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990.

Gimbernat Ordeig: «Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem», *Festschrift für Wezel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974.

Gimbernat Ordeig: *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971.

Gimbernat Ordeig: *Autores y cómplices en Derecho penal*, Madrid, 1966.

Gimbernat Ordeig: «La causalidad en Derecho penal», *ADPCP* 1962, p. 544 y ss.

Glandien: *Der Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Nebenstrafrecht*, Herdecke, 2000.

Goena Vives: «Atenuante por colaboración», en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), Barcelona, 2013, p. 229 y ss.

Goldschmidt: *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed., Montevideo, 2002.

Goldschmidt: *Der Notstand, ein Schuldsproblem, Viena*, 1913.

Gómez Benítez: *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988.

Gómez Benítez: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1984.

Gómez-Jara Díez: «La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica», *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), Madrid, 2013, p. 503 y ss.

Gómez-Jara Diez: «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bajo/Feijoo/Gómez-Jara, Madrid, 2012, p. 111 y ss.

Gómez-Jara Díez: *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, Lima, 2010.

Gómez-Jara: «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?», *InDret* 2/2008, p. 1 y ss.

Gómez-Jara: «Autorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial», en *RECPC* 08-05 (2006).

Gómez-Jara Díez: «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*: Navarra, 2005, p. 425 y ss.

Gómez-Jara Díez: *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005.

Gómez Lucana: «Las oscuridades y complicaciones de la teoría del autor en Derecho penal», en *Imputación y sistema penal, Libro Homenaje al Prof. César Augusto Paredes Vargas*, Lima, 2012, p. 127 y ss.

Gómez Martín: «Concepto de acción y función clasificatoria: una retrospectiva metodológica», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 595 y ss.

Gómez Martín: *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, Buenos Aires, 2017.

Gómez Martín: «Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código penal español», en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), Buenos Aires, 2014, p. 99 y ss.

Gonzalez Cussac: *Los delitos de quiebra*, Valencia, 2000.

González Rivero: «Imputación jurídico-penal en estado de defecto», en *Dogmática penal y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 263 y ss.

González Rivero: *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, Berlin, 2001.

Gössel: «La medición de la pena en el sistema del Derecho penal», (trad. Polaino Navarrete), *CPC* 42 (1990), p. 551 y ss.

Gössel: «Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB», *Festschrift für Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976, p. 219 y ss.

Gössel: Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, Berlin, 1974.

Gracia Martín: «Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho», *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal* (7 de junio de 2012), IJ-LXIV-965.

Gracia Martín: «Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 975 y ss.

Gracia Martín: «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"», *RECPC* 07-02 (2005).

Gracia Martín: «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *RECPC* 06-07 (2004), p. 07:1 y ss.

Gracia Martín: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.

Gracia Martín: «¿Qué es modernización del Derecho penal?», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 361 y ss.

Gracia Martín: «Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, p. 420 y ss

Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobos: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Gracia Martín (coord.), Valencia, 1996.

Gracia Martín: «Instrumentos de imputación en la criminalidad de empresa y reforma penal», *AP* 16 (1993), p. 213 y ss.

Gracia Martín: *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993.

Gracia Martín: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986.

Gracia Martín: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985.

Graf zu Dohna: *La estructura de la teoría del delito*, (trad. Fotán Balestra/Friker), Buenos Aires, 2006.

Graf zu Dohna: «Grenzen der Idealkonkurrenz», *ZStW* 61 (1942), p. 131 y ss.

Gross: *Handbuch für Untersuchungsrichter aus System der Kriminalistik*, Graz, 1894.

Groteguth: Norm- und Verbots(un)kenntnis § 17 Satz 2 StGB, Berlin, 1993.

Grünwald: «Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad», (trad. Ziffer), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 167 y ss.

Grünwald: *Das unechte Unterlassungsdelikt*, Göttingen, 1956.

Guanarteme Sánchez-Lázaro: «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad», *Revista Penal* 17 (2006), p. 142 y ss.

Gübel: *Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer*, Baden-Baden, 1994.

Guillermo Bringas: *La reparación civil en el proceso penal: Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2011.

Guillermo Bringas: «La prohibición de regreso en el Derecho penal», *Iuris lex societas*, 1 (2006), p. 281 y ss.

Guillermo Bringas: «Intervención delictiva y Prohibición de regreso: Apuntes sobre la normativización en el ámbito de la participación», *Revista Jurídica*, 1998, Colegio de Abogados de La Libertad, p. 204 y ss.

Günther, H.L.: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln, 1983.

Günther, K.: «Acción voluntaria y responsabiolidad criminal», (trad. Alcácer), en *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Alcácer (comp.), Buenos Aires, 2007, p. 95 y ss.

Günther, K.: *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt a.M., 2005.

GÜNTHER, K.: «Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens», en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, I, Lüderssen (Hrsg.), Baden-Baden, 1998, p. 319 y ss.

GUZMÁN DALBORA: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 2009.

GUZMÁN: *Manual de criminalística*, Buenos Aires, 2008.

HÄLSCHNER: *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Tomo 1, Bonn 1881.

HALL: «Sicherungsverwahrung und Sicherungstrafe», *ZStW* 70 (1958), p. 41 y ss.

HARDWIG: «Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW* 78 (1966), p. 1 y ss.

HARDWIG: «Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt», *GA* 1965, p. 97 y ss.

HARDWIG: «Über den Begriff der Täterschaft», *JZ* 1965, p. 667 y ss.

HARDWIG: *Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrecht*, Hamburg, 1957.

HARDWIG: «Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum», *GA* 1956, p. 369 y ss.

HARDWIG: «Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe», *GA* 1954, p. 353 y ss.

HARTUNG: *Steuerstrafrecht Kommentar*, 3. Aufl., Berlin, 1962.

HASSEMER: «Líneas de desarrollo del derecho penal alemán. Desde la época de posguerra hasta la actualidad», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I Madrid, 2008, p. 371 y ss

HASSEMER: «Strafrecht, Prävention, Vergeltung», *ZIS* 7/2006, p. 266 y ss.

HASSEMER: «¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal)», en *RPDJP* 1 (2000), p. 109 y ss.

HASSEMER: *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000.

HASSEMER: «Interkulturelles Strafrecht», *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1998, p. 104 y ss.

HASSEMER: «¿Palabras justas para un Derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal», (Trad. Zafra), *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 143 y ss.

HASSEMER: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Obra conjunta con Muñoz Conde, Valencia, 1995.

HASSEMER: Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 2.

HASSEMER: «La ciencia jurídico-penal en la República federal alemana», (trad. Hormazábal), *ADPCP* 1993, p. 55 y ss.

HASSEMER: «Zeitgesetze und Gelegenheitsgesetze in strafrechtstheoretischer und kriminalpolitischer Perspektive», en *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1990, p. 201 y ss.

HASSEMER: «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», *Doctrina penal* 46-47 (1989), p. 275 y ss.

HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde/Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984.

HASSEMER: «Über die Berücksichtigung von Folgen bei Auslegung der Strafgesetze», en *Festschrift für H. Coing*, I, München, 1982, p. 504 y ss.

HASSEMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M., 1973.

HAU: *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*, Berlin, 1974.

HAVA GARCÍA: *El tipo de injusto del delito imprudente*, Buenos Aires, 2012.

Hefendehl: «El bien jurídico: Imperfecto, pero sin alternativa», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 389 y ss

Hefendehl: «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?», (trad. Salazar Ortuño), *RECPC* 04-14 (2002).

Hefendehl: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002.

Hegel: *Die Philosophie des Rechts*, Ilting (ed.), Stuttgart, 1983.

Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts, en *Theorie Werkausgabe*, Moldenhauer/Michel (ed.), Vol. 7, Frankfurt a.M., 1970.

Hegler: «Die Merkmale des Verbrechen», *ZStW* 36 (1915), p. 19 y ss.

Heine: «Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften», *SchwZStr*, 120 (2001), p. 23 y ss.

Heine: «Kollektive Verantwortlichkeit», en *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), Freiburg im Br., 1998, p. 97 y ss.

Heine: «Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als „zweite Spur"», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 91 y ss.

Heine: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995.

Hellmer: «Das Zusammentreffen von natürlicher Handlungs- und rechtlicher Tateinheit bei Verletzung höchstpersönlicher Interessen», *GA* 1956, p. 65 y ss.

Henkel: *Die „richtige" Strafe*, Tübingen, 1969.

Henkel: «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip», *Festschrift für Mezger*, München, 1954, p. 299 y ss.

Herberger: «Die deskriptiven und die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», en *Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie*, Koch (Hrsg.), Kronberg, 1976, p. 124 y ss.

Hernández Basualto: «Deberes de cuidado independientes del posible comportamiento posterior de oro y autoría imprudente (accesoria)», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 607 y ss.

Hernández Basualto: «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (julio de 2010), p. 207 y ss.

Hernández Plasencia: «Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?», *ADPCP* 1994, p. 111 y ss.

Herrera Guerrero: «¿Licencia para matar? Análisis de la modificación al artículo 20 inciso 11 del Código Penal que exonera de responsabilidad penal a policías y militares que causen lesiones o muerte en cumplimiento de sus funciones», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 57 (2014), p. 71 y ss.

Hervada: *Introducción crítica al Derecho Natural*, Piura, 1999.

Hervada: *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Pamplona, 1992.

Herzberg: «Setzt strafrechtliche Schuld ein Vermeidenkönnen voraus?», *ZStW* 124 (2012), p. 12 y ss.

Herzberg: «Zum Grundgedanken des § 24 StGB», *NStZ* 1989, p. 49 y ss.

Herzberg: «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes», *JuS* 1986, p. 249 y ss.

Herzberg: «Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH», *JuS* 1980, p. 469 y ss.

Herzberg: *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, Müchen, 1977.

Herzberg: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972.

Herzog: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Heidelberg, 1991.

Higuera Guimera: *Las excusas absolutorias*, Madrid, 1993.

Hilgendorf: *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft"*, Berlin, 1993.

Hinostroza Pariachi: «La responsabilidad restringuida por la edad y el principio de proporcionalidad en la individualización judicial de la pena», en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), Lima, 2018, p. 857 y ss.

Hirsch: «Acerca de la actual discusión alemana sobre la libertad de voluntad y Derecho penal», en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), Buenos Aires, 2013, p. 43 y ss.

Hirsch: «El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1005 y ss.

Hirsch: «Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho» (trad. Gúzman Dálbora), en *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2004, p. 129 y ss.

Hirsch: «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», *Festschrift für Lenckner*, München, 1998, p. 133 y ss.

Hirsch: «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW* 107 (1995), p. 289 y ss.

Hirsch: «Gefahr und Gefährlichkeit», *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg 1993, p. 548 y ss.

Hirsch: «El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel», (trad. Mariano Bacigalupo), en *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987, p. 19 y ss.

Hirsch: «Der „unmitellbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt», *Festschrift für Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln, 1985, p. 111 y ss.

Hirsch: Anmerkung, *JR* 1983, p. 78 y ss.

Hirsch: «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)», *ZStW* 94 (1982), p. 239 y ss.

Hirsch: «Zur Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte», *GA* 1972, p. 65 y ss.

Hohmann: «Gedanken zur Akzessorietät des Strafrechts», *ZIS* 1/2007, p. 38 y ss.

Hohmann: *Personalität und strafrechtliche Zurechnung*, Frankfurt a.M., 1993.

Honig: «Kausalität und objektive Zurechnung», *Festgabe für Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 174 y ss.

Honig: *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim, 1919.

Höpfner: *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, I, Berlin 1901.

Hormazábal Malarée: *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, Lima, 2005.

Horn: «Wider die „doppelspurige" Strafhöhenzumessung», *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 241 y ss.

Horn: *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.

Horn: *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlin, 1969.

Horn: *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Berlin, 1962.

Hörnle: *Straftheorien*, Tübingen, 2011.

Hörnle: «Matar para salvar muchas vidas», (trad. Pastor) *InDret* 2/2010, p. 1 y ss.

Hörnle: «La protección de sentimientos en el StGB», en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Hefendehl (ed.), Madrid, 2007, p. 383 y ss.

Hörnle: *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires, 2003.

Hruschka: «Die „Verabschiedung" Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen», *ZStW* 122 (2010), p. 493 y ss.

Hruschka: «Prohibición de regreso y concepto de inducción», (trad. Sánchez-Ostiz), en *Imputación y Derecho Penal*, Buenos Aires, 2009, p. 217 y ss.

Hruschka: «Reglas de conducta y reglas de imputación», (trad. Baldó Lavilla), en *Imputación y Derecho Penal*, Buenos Aires, 2009, p. 343 y ss.

Hruschka: «Wieso ist eigentlich die „eingeschränkte Schuldtheorie" „eingeschränkt?», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 441 y ss.

Hruschka: «Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten», *JZ* 1995, p. 22 y ss.

Hruschka: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl., Berlin, 1988.

Hruschka: «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Festschrift für Kleinknecht zum 75. Geburtstag*, München, 1985, p. 191 y ss.

Hruschka: «Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand», *NJW* 1980, p. 21 y ss.

Hruschka. *Strukturen der Zurechnung*, Berlin, 1976.

Hruschka: «Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten», *GA* 1967, p. 42 y ss.

Huamán Castellares: «La legitimación constitucional de la aplicación de la norma penal», en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), Lima, 2018, p. 35 y ss.

Huarcaya Ramos: «Fundamentos de la autoría y la participación», *Actualidad Penal* 49 (2018), p. 49 y ss.

Huarcaya Ramos: «El principio de proporcionalidad en el Código Penal vigente y en el nuevo Código Penal Peruano», *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 62 y ss.

Huerta Tocildo: «Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada», en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2012, p. 117 y ss.

Hugo Álvarez: «El principio de legalidad penal y la exigencia de un meta-principio», *Actualidad Penal* 18 (2015), p. 136 y ss.

Hugo Álvarez: «La racionalidad del principio de inaplicabilidad de la ley penal por analogía», *Actualidad Penal* 32 (2017), p. 99 y ss.

Hugo Álvarez: «El tipo penal y sus funciones en el orden general y específico de su constructo», *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 122 y ss.

Hugo Álvarez/Huarcaya Ramos: «La cadena perpetua revisable», *Actualidad Penal* 11 (2015), p. 86 y ss.

HULSMAN/BERNAT DE CELIS: *Sistema penal e inseguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, (trad. Politoff), Barcelona, 1984.

HULSMAN/DE CÉLIS: *Peines perdues. Le systeme pénal en question*, París, 1982.

HURTADO HUAILLA: «Responsabilidad penal de la persona jurídica y criminal compliance: ¿Una opción político-criminal?», *Gaceta penal & Procesal Penal* 77 (2017), p. 81 y ss.

HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, I y II, 4ª ed., Lima, 2011.

HURTADO POZO: *Derecho Penal*, Parte General, I, 3ª ed., Lima, 2005.

HURTADO POZO: «Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho penal suizo», en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Moreno Hernández (coord.), Col. Guadalupe Inn, 2001, p. 460 y ss.

HURTADO POZO: «Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo», en *Anuario de Derecho Penal: El sistema de penas del nuevo Código Penal*, Hurtado Pozo (dir.), Lima, 1999, p. 233 y ss.

HURTADO POZO: «La condena condicional» *Derecho PUCP* 31 (1973), p. 60 y ss.

IGLESIAS RÍO: «Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 6 (mayo de 2005), p. 13 y ss.

IÑIGO CORROZA: *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001.

JAEN VALLEJO: *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho penal internacional*, Barcelona, 2006.

JÄGER: *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, München, 1996.

JAKOBS: «Problemas de legitimación del Derecho penal. ¿Protección de bienes jurídicos?», *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 159 y ss.

JAKOBS: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt a.M., 2012.

JAKOBS: «Zum Begriff der Person im Recht», en *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), Göttingen, 2010, p. 69 y ss.

JAKOBS: «¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal», (trad. Polaino Orts), en *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Lima, 2010, p. 11 y ss.

JAKOBS: «Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena», *InDret* 1/2009, p. 1 y ss.

JAKOBS: «Dolus malus», (trad. Fakhouri), *InDret* 4/2009, p. 1 y ss.

JAKOBS: «*Bindings* Normen und die Gesellschaft», *Stvdia Ivridica* 98 (2009), p. 387 y ss.

JAKOBS: «Sobre la llamada causalidad en la intervención delictiva», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1061 y ss.

JAKOBS: *El Derecho penal como disciplina científica*, (trad. van Weezel), Madrid, 2008.

JAKOBS: «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», (trad. Cancio), en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Cancio/Feijoo (ed.), Madrid, 2008, p. 23 y ss.

JAKOBS: «Actuar y omitir», (trad. Cancio), *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 157 y ss.

JAKOBS: «La conducta de desistimiento», (trad. Cancio Meliá), en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 549 y ss.

JAKOBS: «El lado subjetivo del hecho», (trad. Cancio), en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Yacobucci (dir.), Lima, 2005, p. 119 y ss.

JAKOBS: *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004.

JAKOBS: «Personalidad y exclusión en el Derecho penal», (trad. Manso), *El Funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Bogotá, 2003, p. 71 y ss.

JAKOBS: «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» (trad. Cancio), en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 21 y ss.

JAKOBS: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, (trad. Cancio/Feijoo), Madrid, 2003.

JAKOBS: «Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y permisión», (trad. Feijoo), *RPDJP* 4 (2003), p. 195 y ss.

JAKOBS: "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", traducción de Suárez González, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004, p. 59.

JAKOBS: «La denominada *actio libera in causa*», *RPDJP* 2 (2001), p. 201 y ss.

JAKOBS: «Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 795 y ss.

JAKOBS: «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación» (Cancio Meliá), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, p. 621 y s.

JAKOBS: «La omisión: estado de la cuestión», (trad. Sánchez-Vera), en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 133 y ss.

JAKOBS: *Acción y omisión en el Derecho penal*, (trad. Rey/Sánchez-Vera), Bogotá, 2000.

JAKOBS: *Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., (trad. Cuello Contreras/González Serrano de Murillo), Madrid, 1998.

JAKOBS: *Norm, Person und Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Berlin, 1999.

JAKOBS: «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», (trad. Cancio Meliá), en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 165 y ss.

JAKOBS: «¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 43 y ss.

JAKOBS: «Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común», (trad. Cuadrado Ruiz), *PJ* 59, p. 130 y ss.

JAKOBS: «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma», (trad. Sánchez-Vera), *PJ*, 49 (1998), p. 297 y ss.

JAKOBS: *Sobre la teoría de la pena*, (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1998.

Jakobs: «Culpabilidad y prevención», (trad. Suárez Gonzalez), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 73 y ss.

Jakobs: «El concepto jurídico-penal de acción», (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p.101 y ss.

Jakobs: «El principio de culpabilidad», (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 365 y ss.

Jakobs: «La competencia por organización en el delito omisivo», (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 347 y ss.

Jakobs: «Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA* 1996, p. 253 y ss.

Jakobs: «Observaciones sobre la imputación objetiva», (trad. Fakhouri), *PJ* 56, p. 119 y ss.

Jakobs: *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996.

Jakobs: *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, (trad. Cancio), Bogotá, 1996.

Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho penal*, (trad. Cancio Meliá), Madrid, 1996.

Jakobs: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Cancio Meliá/ Feijoo Sánchez), Madrid, 1996.

Jakobs: «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», (trad. Cuello Contreras), *ADPCP* 1989, p. 635 y ss.

Jakobs: «Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?», en *Aspekte der Freiheit*, Regensburg, 1982, p. 75 y ss.

Jakobs: *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972.

Jansen: *Pflichtenkolissionen im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1977.

Janss: *Die Kettenteilnahme*, Bonn, 1988.

Jescheck/Weigend: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General (trad. Olmedo Cardenete), 2 Vol., Lima, 2014.

Jescheck: «Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts», *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 579 y ss.

Jescheck: «Die strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 139 y ss.

Jiménez Coronel: «La delimitación jurídica del derecho penal del enemigo en un Estado de derecho», *Actualidad Penal* 25 (2016), p. 92 y ss.

Jiménez de Asúa: *Principios de Derecho Penal, La ley y el delito*, Buenos Aires, 2005.

Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, I, Buenos Aires, 1950.

Jiménez Herrera: «La responsabilidad restringida: El segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal», *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 25 y ss.

Jiménez Martínez: *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Madrid, 2017.

Jiménez Martínez: «La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 7 (2012), p. 13 y ss.

Jiménez Niño: «La determinación de la pena... El esbozo continúa», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23 (2011), p. 35 y ss.

Jiménez Niño: «La determinación de la penal. Un primer esbozo a una interpretación que no se quiere ver», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (2010), p.63 y ss.

Jimenez Ruidias: «Una perspectiva constitucional de la pena en el marco del Estado democrático de derecho», *Actualidad Penal* 32 (2017), p.121 y ss.

Jorge Barreiro: «Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: Su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado», en *Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig,* Luzón Peña (dir.), Madrid, 2010, p. 599 y ss.

Jorge Barreiro: «Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho», en *Libro Homenaje al Prof. Gonzalo Rodríguez Mourullo,* Madrid, 2005, p. 564 y ss.

Jorge Barreiro: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* N° 6 (2000), p. 177 y ss.

Jorge Barreiro: «Las medidas de seguridad en la reforma penal española», en *Política criminal y reforma penal, Libro Homenaje a Juan del Rosal,* Madrid. 1993, p. 725 y ss.

Jorge Barreiro: «Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 285 y ss.

Jorge Barreiro: *Las medidas de seguridad en el Derecho español,* Madrid, 1976.

Joshi Jubert: «Algunas consideraciones sobre la "infracción penal" cometida por un enfermo mental», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig,* Buenos Aires, 2017, p. 643 y ss.

Joshi Jubert: *La doctrina de la «actio libera in causa»,* Barcelona, 1992.

Juárez Urbina: «La teoría de la acción en la dogmática penal», en *El Nuevo Código Penal Peruano,* Torres Caro (comp.), Lima, 2011, p. 473 y ss.

Kahlo: «Die Weisheit der absoluten Theorien», en *Festschrift für Hassemer,* Heidelberg, 2010, p. 383 y ss.

Kahlo: *Das Problem des Pflichtwidrikeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten,* Berlin, 1990.

Kant: *Metaphysik der Sitten,* 2. Aufl., Königsberg, 1798.

Kargl: *Handlung und Ordnung im Strafrecht,* Berlin, 1991.

Kargl: *Kritik des Schuldprinzips,* Frankfurt a.M., 1982.

Kaufmann, Armin: «Sobre el estado de la doctrina del injusto personal», en *Estudios de Derecho Penal,* (trad. Fernández), Buenos Aires, 2013, p. 135 y ss.

Kaufmann, Armin: «La función del concepto de acción en el Derecho penal», en *Estudios de Derecho Penal,* (trad. Fernández), Buenos Aires, 2013, p. 265 y ss.

Kaufmann, Armin: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie,* Göttingen, 1988 (reimpresión de la edición de 1954).

Kaufmann, Armin: «„Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?», *Festschrift für Jescheck,* I, Berlin, 1985, p. 251 y ss.

Kaufmann, Armin: «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», *Festschrift für Welzel zum 70. Geburtstag,* Berlin, 1974, p. 393 y ss.

Kaufmann, Armin: «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Conergan-Verfahren», *JZ* 1971, p. 569 y ss.

Kaufmann, Armin: «Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum», *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 319 y ss.

Kaufmann, Armin: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959 (traducción Dogmática de los delitos de omisión, traductores Cuello/Serrano, Madrid, 2006).

Kaufmann, Armin: «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», *ZStW* 70 (1958), p. 64 y ss.

Kaufmann, Armin: «Tatbestandseinschränkung und Rechtsfertigung», *JZ* 1955, p. 37 y ss.

Kaufmann, Arthur: *Filosofía del Derecho*, (trad. Villar/Montoya), Bogotá, 1999.

Kaufmann, Arthur: *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, München, 1982.

Kaufmann, Arthur: «Die ontologische Struktur der Handlung», *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1966, p. 79 y ss.

Kaufmann, Arthur: «La importancia de las causas del resultado hipotéticas en el Derecho penal», (trad. Sancinetti), en *Causalidad, riesgo e imputación*, (Sancinetti comp.), Buenos Aires, 2009, p. 135 y ss.

Kaufmann, Arthur: *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., Heidelberg, 1976.

Kaufmann, Arthur: «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Darstellung am Problem des Schwangerschaftsabbruchs», *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 340 y ss.

Kaufmann, Arthur: *Analogie und „Natur der Sache"*, Karlsruhe, 1965.

Kaufmann, Arthur: *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1950.

Kaufmann, H.: *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977.

Kaufmann, H.: *Strafanspruch, Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Göttingen, 1968.

Kelsen: *Teoría pura del derecho*, (trad. Nilve), Buenos Aires, 1977.

Kennedy: *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, (trad. Morón), Madrid, 2016.

Kienapfel: «Unrechtsbewußtsein und Verbotssirrtum», *ÖJZ* 1976, p. 113 y ss.

Kienapfel: *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1966.

Kindhäuser: «Acerca del génesis de la fórmula "el derecho no necesita ceder ante el injusto"», en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), Montevideo, 2015, p. 65 y ss.

Kindhäuser: *Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho*, pro manuscripto, 2013, p. 1 y ss.

Kindhauser: «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal», *Indret*, 1/2009, p. 1 y ss.

Kindhäuser: «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret* 4/2008, p. 1 y ss.

Kindhäuser: *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., Baden-Baden, 2008.

Kindhäuser: *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima, 2008.

Kindhäuser: «¿Indiferencia como dolo?», (trad. García Cavero), en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Lima, 2005, p. 33 y ss.

Kindhäuser: «Cuestiones fundamentales de la coautoría», (trad. Cancio), *Revista Penal* 11 (2003), p. 53 y ss.

Kindhäuser: «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad» (trad. García Cavero), *RPDJP* 1, p. 171 y ss.

Kindhäuser: «Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho», (trad. Córdova/Bruzzone), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 144 y ss.

Kindhäuser: *Strafrecht*, BT, II, Baden-Baden, 1998.

Kindhäuser: «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, Koch (Hrsg.), Berlin, 1997, p. 81 y ss.

Kindhäuser: «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», *GA* 1994, p. 200 y ss.

Kindhäuser: *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a.M., 1989.

Kindhäuser: «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit», *JuS* 1985, p. 100 y ss.

Kindhäuser: «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW* 96 (1984), p. 1 y ss.

Kindhäuser: *Intentionale Handlung*, Berlin, 1980.

Kindhäuser: *La lógica de la construcción del delito*, pro manuscripto, p. 1 y ss.

Kiss: *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, 2011.

Klug: «Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz», ZStW 68 (1956), p. 399 y ss.

Köhler, A.: *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Leipzig, 1917.

Köhler: «La imputación subjetiva: estado de la cuestión», (trad. Sánchez-Ostiz), en *Sobre el estado de la teoría del Derecho*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 71 y ss.

Köhler: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Berlin, 1997.

Köhler: *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986.

Kohlmann: *Steuerstrafrecht*, Kohlmann, 7. Aufl., Köln, 1997, estado: noviembre de 2000.

Kölbel: «Über die Wirkung außerstrafrechtlicher Normen auf die Strafrechtsauslegung», *GA* 2002, p. 403 y ss.

Koriath: «Über den Vorsatz und wir ihn beweisen könnte», en *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), Göttingen, 2010, p. 103 y ss.

Koriath: «Zum Streit um die Gefährdungsdelikte», *GA* 2001, p. 53 y ss.

Koriath: «Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre», *Jura* 1996, p. 113 y ss.

Koriath: *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994.

Köstlin: *Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845.

Krack: «Die tätige Reue im Wirtschaftsstrafrecht», *NStZ* 2001, p. 505 y ss.

Krack: «Zum Inhaltder subjektiven Rechtsfertigungselemente», en *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), Göttingen, 2010, p. 145 y ss.

Kratzsch: «Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?», *JA* 1983, pp. 420 y ss., 578 y ss.

Kremnitzer/Ghanayim: *„Die Strafbarkeit von Unternehmen"*, *ZStW* 113, 2001, p. 541 y ss.

Kretschmer: «Die Rechtfertigungsgründe als topos der objektiven Zurechnung», *NStZ* 2012, p. 177 y ss.

Krey/Schneider: «Die eigentliche Vorsatz- Fahrlässigkeitskombination nach geltendem und künftigem Recht », *NJW* 1970, p. 640 y ss.

KRÜMPELMANN: «Die normative Korrespondez zwischen Verhalten und Erfolg», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 313 y ss.

KUBICIEL: «Compliance als Strafausschlussgrund in einen künftigen Unternehmensstrafrecht», *Festschrift für Jürgen Wessing zum 65 Geburtstag*, München, 2016, p. 69 y ss.

KÜCHENHOFF: «Individueller Normenirrtum? – Höchstens genereller Normenirrtum als strafrechtlicher Entschuldigungsgrund», en *Festschrift für Rittler*, Aalen, 1957, p. 195 y ss.

KÜHL: «Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht», *Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1987, p. 819 y ss.

KUHLEN: «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía», (trad. Nanze), en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?*, Madrid, 2012, p. 151 y ss.

KUHLEN: «La restricción de las facultades de actuación en la legítima de defensa de terceros», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1099 y ss.

KUHLEN: *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, 2006.

KUHLEN: «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», (trad. Bolea Bardon), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 237 y ss.

KUHLEN: *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989.

KUHLEN: *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, Frankfurt a.M., 1987.

KUHLEN: «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)», *GA* 1986, p. 389 y ss.

KUNERT: «Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes», *NStZ* 1982, p. 276 y ss.

KUNERT: *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958.

KUNZ: «Strafausschluß oder –milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?», *GA* 1983, p. 457 y ss.

KÜPPER: *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990.

KÜPER: «Grundsatzfragen der „Differenzierung" zwischen Rechtsfertigung und Entschuldigung», *JuS* 1987, p. 81 y ss.

KÜPPER: «Strafvereiteilung und „sozialadäquate" Handlungen», *GA* 1987, p. 401 y ss.

KÜPPER: *Der „unmittelbaren" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, Berlin, 1982.

LABSCH: «Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH», *Wistra*, 1985, p. 1 y ss.

LACKNER: *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, 1967.

LAMPE: *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, (trad. Gómez-Jara/Orce/Polaino-Orts), Lima, 2003.

LAMPE: «Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht», *ZStW* 79 (1967), p. 476 y ss.

LANGE: «Die Strafgesetzgeber und die Schuldlehre», *JZ* 1956, p. 73 y ss.

LANGE: «Zum Denunziantenproblem», *SJZ* 48, p. 309 y s.

Langer: «Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung», *GA* 1976, p. 193 y ss.

Lang-Hinrichsen: «Bermerkungen zum Begriff der „Tat" im Strafrecht», *Festschrift für Engisch*, Frankfurt a.M., 1969, p. 353 y ss.

Lang-Hinrichsen: «Zur Problematik der Lehre von Tatbestands und Verbotsirrtum», *JR* 1952, p. 184 y ss.

Larenz: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, (trad. Díez Picazo), Madrid, 1990.

Larenz: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927.

Larrauri: *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, 2007.

Lascuraín Sánchez: «Omisiones equivalentes», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 673 y ss.

Lascuraín Sánchez: «Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 587 y ss.

Lascuraín Sánchez: *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002.

Lascuraín Sánchez: *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000.

Lascuraín Sánchez: «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 159 y ss.

Laurenzo Copello: *Dolo y conocimiento*, Valencia 1999.

Laurenzo Copello: *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992.

Laurenzo Copello: *El aborto no punible*, Barcelona, 1990.

Lauterbach: *Internationales Strafrecht und Teilnahme*, Breslau, 1933.

Lemke: Nomos-Kommentar zum *StGB*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2005, preliminares a los §§ 3-7.

Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder: *StGB*, 26. Aufl., München, 2001, § 14, preliminares a los §§ 13 y ss., preliminares a los §§ 32 y ss.

Lenckner: *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965.

León Alva: «Asociación ilícita para delinquir y concurso de delitos», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 127 y ss.

León Alva: «La idoneidad y la inidoneidad de la tentativa de delito. Sobre las pretendidas clases de tentativa delictiva», *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p. 117 y ss.

León Tomasto: «La participación de los extranei en los delitos contra la Administración Pública: comentarios al Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 103 (2018), p. 60 y ss.

León Velásquez: «La concepción privada de la reparación civil», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 38 (2012), p.115 y ss.

Lesch, «Notwehr», en *Festschrift für Hans Dahs*, Köln, 2005, p. 81 y ss.

Lesch: «Nothilfe gegen die nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht?», en *Zeitschrift für Lebensrecht*, 1 (2001), p. 1 y ss.

Lesch: *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, (trad. Ragués), Bogotá, 2001.

Lesch: *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, Paderborn, 2000.

Lesch: *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, 1999.

Lesch: «Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtum», *JA* 1996, pp. 346 y ss., 504 y ss.

Lesch: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Bogotá, 1995.

Lesch: *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a.M., 1992.

Limay Chávez/Sánchez Córdova: «El Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ-116: La inaplicación de la excepción del segundo párrafo del artículo 22 del CP», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 103 (2018), p. 73 y ss.

Lindner: «Die Behandlung des Verbotsirrtums als strafprozeßrechtliches Problem», *NJW* 1960, p. 657 y ss.

López Peregrín: *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997.

Lorenzen: *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlin, 1981.

Löw: *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtumm nach § 17 StGB*, Frankfurt a.M., 2002.

Lüderssen: «Irrtum und Prävention», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 469 y ss.

Lüderssen: «Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung», *Festschrift für Grünwald zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, p. 341 y ss.

Lüderssen: *Zum Strafgrund der Teilnahme*,Baden-Baden, 1967.

Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1995.

Luhmann: *El sistema jurídico y dogmática jurídica*, (trad. de Otto), Madrid, 1983.

Luhmann: «Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?», en *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a.M., 1981, p. 5 y ss.

Luzón Peña: «Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 685 y ss.

Luzón Peña: *Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Madrid, 2016.

Luzón Peña: «Causas de atipicidad y causas de justificación», en *Causas de justificación y de atipicidad en el Derecho penal*, Luzón Peña/Mir Puig (coord.), Pamplona, 1995, p. 21 y ss.

Lynch/Stretesky: *Exploring Green Criminology*, 2014.

Maier: «¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal?», en *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2004, p. 215 y ss.

Maihofer: «Der soziale Handlungsbegriff», *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 156 y ss.

Maiwald: «Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung», en *Festschrift für Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 465 y ss.

Maiwald: *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, Heidelberg, 1984.

Maiwald: «Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?», *ZStW* 86 (1974), p. 636 y ss.

Maiwald: «Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte», *GA* 1974, p. 257 y ss.

Maiwald: *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964.

Manso Porto: «La regulación del error en el Código penal peruano», *RPCP* 12, p. 70 y ss.

Manso Porto: *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Dykinson, 1999.

Mantovani: *Los principios del Derecho penal*, (trad. Botero), Lima, 2015.

Mañalich: «El principialismo político-criminal como fetiche», *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 29 (2018), p. 59 y ss.

Mañalich: «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), Montevideo, 2015, p. 177 y ss.

Mañalich: «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia*, N°12 (2010), p. 169 y ss.

Mañalich: «Ciudadanía y pena», *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6 (2005), p. 63 y ss.

Mañalich: «La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales», *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4 (2004), p. 137 y ss.

Maqueda Abreu: «La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado», en CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1994, p. 186 y ss.

Maraver Gómez: «El principio de confianza en el Derecho penal», en *Imputación objetiva*, Urquizo/Salazar (coord.), Lima, 2012, p. 147 y ss.

Maraver Gómez: *El principio de confianza en el Derecho penal*, Madrid, 2009.

Marca Romero: «La participación en los delitos de infracción de un deber: ¿Impunidad del extraneus?», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (2012), p. 85 y ss.

Marín de Espinosa Ceballos: «El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, N° 11 (2014), p. 119 y ss.

Marinucci: *El delito como "acción". Crítica de un dogma*, (trad. Sáinz-Cantero), Madrid, 1998.

Marticorena Collantes: «La individualización de los efectos de la prescripción», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 59 y ss.

Marticorena Collantes: «Criterios para la interpretación del tipo de omisión impropia previsto en el artículo 13 del Código Penal Peruano», *Actualidad Jurídica*, T. 166 (septiembre de 2007), p. 118 y ss.

Martin: *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, Freiburg, 1989.

Martínez Escamilla: «Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal», en *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 331 y ss.

Martínez Escamilla: «¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a derecho en la imputación objetiva del resultado?», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed.), Madrid, 1994, p. 106 y s.

Martínez Escamilla: *El desistimiento en Derecho penal*, Madrid, 1994.

Martínez Escamilla: *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.

Martínez-Buján Pérez: *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte General, 2ª ed., Valencia, 2007.

Martínez-Buján Pérez: «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en

La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir, Madrid, 2002, p. 415 y ss.

Martínez-Buján Pérez: «El delito de defraudación tributaria», *Revista penal* 1 (1998), p. 63 y ss.

Martínez Pérez: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1989.

Marx: *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut"*, Köln, 1972.

Marxen: Nomos Kommenter zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 14.

Mata y Martín: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.

Mathiesen: *The Politics of Abolition*, Oslo, 1974.

Matos Quesada: «La victimología», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 36 (2012), p. 418 y ss.

Matus Acuña: *El concurso aparente de leyes*, Santiago de Chile, 2008.

Maurach/Zipf: *Strafrecht*, AT, T. I, 8. Aufl., Heidelberg, 1992.

Maurach: «Das Unrechtsbewußtsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 301 y ss.

Mayer, H.: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart, 1967.

Mayer, M. E.: *Derecho penal*, Parte General, (trad. Politoff), Montevideo, 2007.

Mayer, M. E.: *Normas jurídicas y normas de cultura*, (trad. Guzmán Dalbora), Buenos Aires, 2000.

Mayhua Quispe: «La participación delictiva del extraneus en los delitos de infracción de deber», en *Imputación y sistema penal, Libro Homenaje al Prof. César Augusto Paredes Vargas*, Lima, 2012, p. 195 y ss.

Mayta Peña: «¿El extraneus instigador requiere alguna cualificación especial?», *Ius Puniendi* 10 (2018), p. 163 y ss.

Mazuelos Coello, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, art. 24.

Mazuelos Coello: «La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro"», *Advocatus* (diciembre de 2001), p. 173 y ss.

Mazuelos Coello: *Derecho penal económico y de la empresa*, Lima, 1996.

Mazurek: «Zum Rückwirkungsgebot gemäß § 2 Abs. 3 StGB», *JZ* 1976, p. 233 y ss.

Mc Lean M.: «Obediencia debida como defensa para los criminales de guerra en el Derecho nacional e internacional»: *Themis* 37, p. 209 y ss.

Medina Frisancho: «La imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (2010), p. 55 y ss.

Medina Tapia: «La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (2011), p. 13 y ss.

Meinecke: *Die Gesetzgebungssystematik der Versuchsstrafbarkeit von Verbrechen und Vergehen im StGB*, Frankfurt a.M., 2000.

Meini Méndez: *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Lima, 2014.

Meini Méndez: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, Lima, 2009.

Meini Méndez: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, Lima, 2008.

Meini Méndez: «Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciarios», *Actualidad Jurídica* 123 (febrero de 2004), p. 18 y ss.

Meini Méndez: «La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP», en Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal, *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dir.), Lima, 2003, p. 415 y ss.

Meini Méndez: «El "actuar en lugar de otro" en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código penal», *Revista jurídica del Perú*, N° 28 (noviembre de 2001), p. 127 y ss.

Meini Méndez: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PUCP, Lima, 1999.

Meini: «La obediencia debida en Derecho penal: ¿órdenes ilícitas vinculantes?», *Ius La Revista*, N° 37, p. 320 y ss.

Melendo Pardos: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Granada, 2002.

Melgar Cáceres: «La teoría de la infracción del deber y su repercusión en el delito de colusión», *Actualidad Penal* 46 (2018), p. 61 y ss.

Méndez Rodríguez: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.

Mendoza Ayma: «Concurso real de delitos: determinación de la pena», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 107 (2018), p. 49 y ss.

Mendoza Ayma/Mendoza Yana: «Autoría y formalismo normativo», *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 49 y ss.

Mendoza Ayma: *Presupuesto acusatorio. Determinación e individualización de la pena. Proceso Penal*. Lima, 2015.

Mendoza Buergo: «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», *RDPC* 9 (2002), p. 71 y ss.

Mendoza Váez: «Apuntes sobre la reformulación de la teoría de la autoría y participación a través de un injusto colectivo de intervención», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 115 y ss.

Mera Palomino: «La acción en la sistemática del Derecho Penal», *Actualidad Jurídica*, T.170 (enero de 2008), p. 120 y ss.

Merkel: *Derecho Penal*, Parte General, (trad. Dorado Montero), Montevideo, 2006.

Meyer, D.: «Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums und Erkundigungspflicht – KG, JR 1978, 166», *JuS* 1979, p. 250 y ss.

Meyer, F.: «Der Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht», *NStZ* 1986, p. 443 y ss.

Meyer, J.: «Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht – OLG Dusseldorf, *NStZ* 1981, p. 444», *JuS* 1983, p. 513 y ss.

Meza Fernández: «El principio de accesoriedad y el problema de la temporalidad de la conducta del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 95 y ss.

Meza Fernández: «Intervención en el delito: La reformulación del principio de accesoriedad en la moderna teoría del sistema de injusto único de participación», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (2012), p. 107 y ss.

Mezger: «Die Handlung im Strafrecht», *Festschrift für Rittler*, Aalen 1957, p. 119 y ss.

Mezger: *Tratado de Derecho penal*, PG, I y II, (trad. Rodríguez Muñoz), Madrid, 1957.

Mezger: *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1950.

Mezger: «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin, 1944, p. 180 y ss.

Mezger: «Der Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht», *JW* 1938, p. 3265 y ss.

Milla Vásquez: «Beneficios penitenciarios. Aplicación de leyes de ejecución penal en el tiempo», en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), Lima, 2018, p. 179 y ss.

Mir Puig: «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Libro Homenaje al Prof. Tomas Vives Antón*, II, Valencia, 2009, p. 1357 y ss.

Mir Puig: «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1307 y ss.

Mir Puig: *Derecho Penal*, Parte General, 7ª ed., Barcelona, 2005.

Mir Puig: «Conocimiento y voluntad en el dolo», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Jiménez Villarejo (dir.), CGPJ, Madrid, 1995, p. 11 y ss.

Mir Puig: «¿Qué queda en pie de la resocialización?», *Eguzquilore* extra 2 (1989), p. 35 y ss.

Mir Puig: «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», *ADPCP*, 1986, p. 49 y ss.

Mir Puig: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982.

Mir Puig: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976.

Mir Puig, Carlos: «El derecho penal de la seguridad: La custodia de seguridad», *Actualidad Penal* 37 (2017), p. 49 y ss.

Mir Puig, Carlos: «La metodología de la ciencia jurídico-penal alemana. La escuela de Franz von Liszt», *Actualidad Penal* 28 (2016), p. 151 y ss.

Miró Llinares: «La criminalización de conductas ofensivas», *RECPC* 17-23 (2015), p. 1 y ss.

Miró Llinares: *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid, 2012.

Mitsch: «Gesetzeseinheit im Strafrecht», *JuS* 1993, p. 471 y ss.

Moccia: «Reflexiones sobre la crisis de la legalidad en la crisis del sistema penal», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 333 y ss.

Moccia: «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», (trad. Ragués i Vallès), en *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 113 y ss.

Modolell González: «Sobre los conceptos naturalísticos en la teoría del delito: el ejemplo de la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 725 y ss.

Mohrbotter: «Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des § 250 StGB», *ZStW* 88 (1976), p. 923 y ss.

Molina Fernández: «El razonable "regreso" del dolo a la culpabilidad», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 735 y ss.

Molina Fernández: «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1329 y ss.

Molina Fernández: «La cuadratura del dolo: Problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 691 y ss.

Molina Fernández: *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bogotá, 2003.

Momethiano Santiago: «Legítima defensa como ratificación y no represión del Derecho Penal material y formal», en *El penalista de la América Austral*, Ofrenda académica al Prof. E. R. Zaffaroni, Mendoza/Armaza/Urquizo (coord.), Arequipa, 2010, p. 131 y ss.

Montenbruck: «Gesamtstrafe – eine verkappte Einheitsstrafe?», *JZ* 1988, p. 332 y ss.

Montero Cruz: «Imputabilidad penal por la edad, principio de igualdad y control difuso en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ-116», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 135 y ss.

Montes Flores, «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», *RPDJP* 6, p. 322 y ss.

Montiel: *Analogía favorable al reo*, Bogotá, 2011.

Morales Prats: «De nuevo sobre las definiciones en el Derecho penal», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Libro Homenaje al Prof. Tomas Vives Antón*, II, Valencia, 2009, p. 1407 y ss.

Moreno-Torres Herrera: *El error sobre la punibilidad*, Valencia, 2004.

Morselli: «Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva», en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Moreno Hernández (coord.), Col. Guadalupe Inn, 2001, p. 402 y ss.

Müller, H.: *Der Irrtum über negative Tatumstände*, Regensburg, 1958.

Muñoz Conde: «Estado de necesidad y tortura. Necessitas non habet legem?», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 769 y ss.

Muñoz Conde: *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., Montevideo, 2003.

Muñoz Conde: «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», *Revista penal* 9 (2002), p. 75 y ss.

Muñoz Conde/García Arán: *Derecho penal*, Parte General, 5ª ed., Valencia, 2002.

Muñoz Conde: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2000.

Muñoz Conde: «Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma», en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 265 y ss.

Muñoz Conde: *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985.

Muñoz Conde: «Theoretische Begründung uns systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch», *ZStW* 84 (1972), p. 778 y ss.

Murmann: *Versuchsunrecht und Rücktritt*, Heidelberg, 1999.

Musco: *Bene Giuridico e tutele dell'Onore*, Milan, 1974.

Müssig: «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización», (trad. Cancio Meliá), en *Teoría de los sistemas y Derecho penal* (Gómez-Jara ed.), Granada, 2005, p. 197 y ss.

Müssig: «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal», (trad. Cancio/Peñaranda), *RPDJP* 2 (2001), p. 317 y ss.

Müssig: *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a.M., 1994.

Nagler: «Die Problematik der Begehung durch Unterlassung», *Gerichtsaal,* 111, p. 1 y ss.

Nakasaki Servigón: *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 20 inciso 8.

Nakasaki Servigón: «Bases de una teoría general sobre el bien jurídico», *Advocatus* 1 (1990), p. 30 y ss.

Naucke: *Derecho Penal.* Una introducción, (trad. Brond), Buenos Aires, 2006.

Naucke: «Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts», en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, Heidelberg, 1983, p. 1 y ss.

Naucke: «Über das Regreßverbot im Strafrecht», *ZStW* 76 (1964), p. 409 y ss.

Navarro Frías: «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costos y beneficios», *InDret* 2/2010, p. 1 y ss.

Navas: «Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en Derecho penal», *Polít. Crim.* Vol. 10, N° 20 (diciembre de 2015), Art. 8, p. 678 y ss.

Neumann: «El principio de proporcionalidad como principio limitador del Derecho penal material», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 343 y ss.

Neumann: Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 17.

Neumann: «Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)», *JuS* 1993, p. 793 y ss.

Neumann: «Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts», en *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*. Lüderssen (ed.), 1990, p. 217 y ss.

Neumann: «Die Stellung des Opfers im Strafrecht», en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1987, p. 225 y ss.

Neumeyer: «Das verbotene Handlung im internationalen Strafrecht», *ZStW* 23 (1903), p. 439 y ss.

Neuss: *Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen*, Aachen, 2001

Neyra Flores: *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*, Lima, 2010.

Niedermair: «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *ZStW* 107 (1995), p. 507 y ss.

Nieto Martín: «Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental», en *Hacia une evaluación racional de las leyes penales*, Nieto/Muñoz/Becerra (dirs.), Madrid, 2016, p. 407 y ss.

Nieto Martín: «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Nieto Martín (dir.), Valencia, 2015, p. 49 y ss.

Nieto Martín: «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en *Compliance y teoría del derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (ed.), Madrid, 2013, p. 21 y ss.

Nieto Martín: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Madrid, 2008.

Nieto Martín: *El delito de quiebra*, Valencia, 2000.

Nieto Martín: *El conocimiento del Derecho*, Barcelona, 1999.

Nieto Martín: «Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia», en *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo/Tiedemann (ed.), Castilla-La Mancha, 1994, p. 125 y ss.

Nieto Martin: «*Introducción al Derecho penal económico español*», pro manuscripto.

Niggli: «Ultima ratio?», *SchwZStR* 1993, p. 236 y ss.

Nino: *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980.

Nitze: *Die Bedeutung der Entsprechgungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*, 1989.

Nowakwski: «Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Massnahmen», en *Festschrift für H. Von Weber*, Bonn, 1963, p. 98 y ss.

Núñez Pérez: «La imprescriptibilidad de los delios contra la humanidad con relación al "control de convencionalidad" aplicable dentro de nuestro ordenamiento jurídico», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 31 (2011), p. 97 y ss.

Núñez Pérez: «Las consecuencias accesorias como una modalidad de sanción penal especial y el proceso penal a las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 107 y ss.

Octavio de Toledo Ubieto: «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 1129 y ss.

Octavio De Toledo Y Ubieto, Emilio: «El actuar en nombre de otro», *ADPCP* 1984, p. 23 y ss.

Oehler: Voz: Internationales Strafrecht, en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss.

Oehler: *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl., Köln, 1983.

Oehler: «Theorie des Strafanwendungsrechts», *Festschrift für Grütner zum 65. Geburtstag*, Hamburg, 1970, p. 111 y ss.

Oehler: «Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt», *ZStW* 69 (1957), p. 503 y ss.

Oliver Calderón: «La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie», *Revista de Derecho*, Vol. XXVI (2013), p. 168 y ss.

Oliver Calderón: *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago de Chile, 2007.

Ontiveros Alonso: *Legítima defensa e imputación objetiva. Especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección*, México, 2004.

Oré Sosa: «Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 11 y ss.

Oré Sosa: *Temas de derecho penal*, Lima, 2009.

Oré Sosa: «Cadena perpetua», *Estudio Oré Guardia*, p. 1 y ss.

Ortega y Gasset: *El Espectador*, 4ª ed., 2007, Madrid.

Ortiz de Urbina Gimeno: «Sanciones penales contra empresas en España (*hispanica societas delinquere potest*)», en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (ed.), Madrid, 2013, p. 263 y ss.

Ortiz de urbina Gimeno: «La teoría de los elementos negativos del tipo: ¿Una invención jurídico-penal?», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1393 y ss.

Ossandón Widow: *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago de Chile, 2009.

Ostendorf: «Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts», *JuS* 1982, p. 426 y ss.

Otto: *Manual de Derecho Penal*, Teoría General del Derecho Penal, 7ª ed., Barcelona, 2017.

Otto: «Das Strafbarkeit berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens», *JZ* 2001, p. 441 y ss.

Otto: « „Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», *Festschrift für Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, p. 214 y ss.

Otto: *Grundkurs, Strafrecht*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996.

Otto: «Der Verbotsirrtum», *Jura* 1990, p. 645 y ss.

Otto: «Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)», *ZStW* 96 (1984), p. 339 y ss.

Otto: «Personales Unrecht, Schuld und Strafe», *ZStW* 87 (1975) p. 539 y ss.

Otto: «Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt», *GA* 1967, p. 144 y ss.

Paeffgen: «Observaciones acerca del error de tipo permisivo», (trad. Córdova), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 184 y ss.

Paeffgen: Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 18.

Pagliaro: *Principi di diritto penale*, Parte generale, 5ª ed., Milano, 1996.

Palermo: «Reincidencia, injusto y culpabilidad», en *Reincidencia y concursos de delitos*, Maldonado (coord.), Buenos Aires, 2016, p. 147 y ss.

Palermo: *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Buenos Aires, 2007.

Panta Cueva: «La prescripción en el acuerdo plenario N° 01-2010/CJ 116», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 20 (2011), p. 23 y ss.

Pardo/Patterson: «Fundamentos filosóficos de la neurociencia y del Derecho», *InDret* 2/2011, p. 1 y ss.

Paredes Castañón: «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), Caracas, 2002, p. 45 y ss.

Paredes Castañón: *El caso colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, obra conjunta con Rodríguez Montañés, Valencia, 1995.

Paredes Castañón: *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995.

Paredes Matheus: «Suspensión de la ejecución de la pena: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional vs. Circular de la Presidencia del Poder Judicial», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 66 y ss.

Paredes Pérez: *Actualidad Penal* 25 (2016), p. 77

Paredes Vargas: «Teoría del concurso de leyes y delitos», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12 (2010), p. 72 y ss.

Paredes Vargas: «Los delitos preterintencionales, los delitos cualificados y determinados por el resultado, y el principio de culpabilidad en el Código Penal Peruano», en *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, 2004, p. 375 y ss.

Paredes Vargas: *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 20 inciso 7.

Pariona Arana: «Consideraciones sobre la imputación objetiva y su consolidación en el derecho penal peruano», *Actualidad Penal* 9 (2015), p. 110 y ss.

Pariona Arana: *Derecho Penal.* Consideraciones dogmáticas y político-criminales, Lima, 2014.

Pariona Arana: «El "hecho posterior" impune en el Derecho penal», en *Derecho Penal y Modernidad*, Reyna Alfaro (coord.), Lima, 2010, p. 181 y ss.

Pariona Arana: «La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios: ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?)», *Actualidad Penal* 1 (2014), p. 168 y ss.

Pariona Arana: «La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23 (2011), p. 221 y ss.

Pariona Arana: «La teoría de los delitos de infracción de un deber», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19 (2011), p. 69 y ss.

Pariona Arana: «Sobre la aplicación de la regla especial de prescripción del artículo 80 *in fine* del Código Penal a los partícipes *extranei*», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (2011), p. 53 y ss.

Pariona Arana: *Autoría mediata por organización*, Lima, 2009.

Pastor Muñoz: *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: Una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, 2005.

Pastor, D.: «El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 777 y ss.

Pastor, D.: *Prescripción de la persecución y Código procesal penal*, Buenos Aires, 1993.

Pawlik: *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades, Barcelona*, 2016.

Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, 2012.

Pawlik: «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret* 1/2008, p. 1 y ss.

Pawlik: «La legítima defensa según Kant y Hegel», en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), Montevideo, 2015, p. 6 y ss.

Pawlik: «Strafe oder Gefahrenbekämpfung?», *ZIS* 7/2006, p. 274 y ss.

Pawlik: *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004.

Pawlik: *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, 2002.

Pawlik: *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, 1999.

Pawlik: «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», *GA* 1995, p. 360 y ss.

Paz Panduro: «Analisis de la participación del extraneus en los deltos especiales propios: el delito de enriquecimiento ilícito y el Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 114 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: «La inhabilitación perpetua en los delitos funcionales», *Actualidad Penal* 36 (2017), p. 41 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: «La punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito especial propio: La unidad del título de imputación», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 89 (2016), p. 97 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: «El proceso de determinación e individualización de la pena en el sistema de los "tercios"», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 69 (2015), p. 122 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: «Pena efectiva de privación de la libertad para los funcionarios y servidores públicos que cometen delitos funcionales de contenido patrimonial», *Actualidad Penal* 12 (2015), p. 36 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: «El uso de la fuerza pública por parte de los custodios del orden. A propósito de la modificación del artículo 20 inciso 8 del Código Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 58 (2014), p. 63 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: «El uso de menores de edad e inimputables en la comisión de delitos como circunstancia agravante: ¿Autoría mediata o instigación?», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 47 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: «La aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 10 (2010), p. 67 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: «Naturaleza jurídica de la reparación civil *ex delicto*», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 9 (2010), p. 73 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: «Objeciones a la legitimación del inciso 11 del artículo 20 del CP», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (2010), p. 23 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: «Otra vez sobre la reincidencia», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 13 y ss.

Peña-Cabrera Freyre: *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*, Lima, 2007.

Peña Cabrera: *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, Lima, 1994.

Peña terreros: «El retraso mental como causa de exclusión de la imputabilidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 71 y ss.

Peña Terreros: «La participación necesaria en los delitos de encuentro», *JuS Doctrina & Práctica* 11 (noviembre de 2007), p. 85 y ss.

Peñaranda Ramos: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Buenos Aires, 2015.

Peñaranda Ramos: «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: Una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de un deber», en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), Buenos Aires, 2014, p. 1 y ss.

Peñaranda Ramos: «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», en *Teoría de los sistemas y Derecho penal*, (Gómez-Jara ed.), Lima, 2007, p. 281 y ss.

Peñaranda Ramos: *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.

Perdomo Torres: «¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa», *InDret* 1/2008, p. 1 y ss.

Perdomo Torres: «Algunas consideraciones dogmáticas sobre la regulación de la comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano», *RPDJP* 2 (2001), p. 443 y ss.

Pérez Alonso: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, Granada, 1998.

Pérez Arroyo: «Derecho penal y diversidad cultural: El condicionamiento cultural en el Derecho penal», *Derecho & Sociedad*, 15 (2000), p. 241 y ss.

Pérez Arroyo: «Las medidas de seguridad en el Derecho penal peruano», *Direito e Ciudadania*, N° 7 (1999), p. 117 y ss.

Pérez Barberá: *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires, 2011.

Pérez Barberá: *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires, 2006.

Pérez del Valle: *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 2016.

Pérez del Valle: «El punto en la mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos», *InDret* 4/2006, p. 1 y ss.

Pérez López: «La aplicación espacial de la ley penal», *Actualidad Penal* 43 (2018), p. 109 y ss.

Pérez López: «El Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116 y la participación del extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 103 (2018), p. 51 y ss.

Pérez López: «La causalidad como antecedente de la imputación objetiva en el derecho penal», *Actualidad Penal* 40 (2017), p. 123 y ss.

Pérez López: «La complicidad en el D, Leg. 1351», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 18 y ss.

Pérez López: «La denominada "muerte civil" y el Decreto Legislativo N° 1243», *Actualidad Penal* 35 (2017), p. 105 y ss.

Pérez López: «El lugar y el momento de la comisión del delito en el Código penal peruano», *Actualidad Penal* 30 (2016), p. 83 y ss.

Pérez López: «El Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116: la aplicación del error de prohibición y los procesos interculturales en los casos de violación sexual de menores», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 86 (2016), p. 11 y ss.

Pérez López: «La instigación o inducción en el Código penal peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 87 (2016), p. 75 y ss.

Pérez López: «El error de tipo en el Código Penal peruano», *Actualidad Penal* 15 (2015), p. 188 y ss.

Pérez López: «El aberratio ictus y su tratamiento en el derecho oenal», *Actualidad Penal* 11 (2015), p. 102 y ss.

Pérez López: «El error sobre el objeto de la acción (error in personam vel in objecto) en el Derecho penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 68 (2015), p. 57 y ss.

Pérez López: «El estado de necesidad como causa de inculpabilidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 89 y ss.

Pérez López: «La fuerza física irresistible como causa excluyente de la acción», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 78 (2015), p. 53 y ss.

Pérez López: «La grave alteración de la conciencia como causa de inimputabilidad en el Código penal peruano», *Actualidad Penal* 18 (2015), p. 162 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «El principio de confianza y su aplicación en la jurisprudencia peruana», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 73 (2015), p. 85 y ss.

PÉREZ LÓPEZ. «La prohibición de regreso y su aplicación en la jurisprudencia peruana», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 139 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «La anomalía psíquica como causa de inimputabilidad en el Derecho penal peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 72 (2015), p. 46 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «La autopuesta en peligro de la víctima y su aplicación en la jurisprudencia peruana», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 64 (2014), p. 57 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «El error de prohibición en el Derecho Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 67 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «La reserva del fallo condenatorio: Especial consieración a las modificaciones realizadas por la Ley N° 30076», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 53 (2013), p. 11 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «La necesidad racional del medio empleado para repeles e impedir la agresión como elemento objetivo de la legítima defensa», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 13 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «¿El obrar en cumplimiento de un deber en el Derecho Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 33 (2012), p. 51 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «Análisis doctrinario del consentimiento del titular del bien jurídico», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 137 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «Comentarios a la Circular sobre la debida interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 54 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «El obrar por disposición de la ley», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25 (2011), p. 53 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «Naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 20 (2010), p. 281 y ss.

PÉREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ: «Presupuestos de la legítima defensa en el Código Penal Peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14 (2010), p. 45 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «La tentativa inidónea o delito imposible en el Código Penal Peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8 (2010), p. 45 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «El estado de necesidad como causa justificante», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (2010), p. 37 y ss.

PÉREZ LÓPEZ: «La doctrina de la actio libera in causa. ¿Es aplicable en el sistema penal peruano?», *Actualidad Jurídica*, T. 159 (febrero de 2007), p. 92 y ss.

PÉREZ MANZANO: «El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencias y responsabilidad penal», en *Neurociencias y Derecho penal*, Demetrio Crespo (dir.), Buenos Aires, 2013, p. 105 y ss.

PÉREZ MANZANO: «Dificultad de prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1453 y ss.

PÉREZ MANZANO: «Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales". La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 789 y ss.

Pérez Manzano: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1999.

Pérez Manzano: *Culpabilidad y prevención*, Madrid, 1990.

Philipps: *Der Handlungsspielraum*, Frankfurt a.M., 1974.

Pieth: «Internationale Anstösse zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz», *SchwZStr* 120 (2001), p. 1 y ss.

Pilz: *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, Frankfurt a.M., 2001.

Pinedo Sandoval: *Imputación objetiva. Introducción a sus conceptos elementales*, Lima, 2013.

Pinedo Sandoval: «La intervención del *extraneus* en los delitos especiales de infracción de deber contra la Administración Pública», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 427 y ss.

Pinedo Sandoval: «Hacia un verdadero sistema penal peruano», *Ita ius esto* 7, p. 189 y ss.

Pinedo Sandoval: «Ámbitos objetivo y subjetivo de la teoría de la imputación propuesta por el funcionalismo jurídico-penal alemán para sustentar la punición en los casos de "actio libera in causa": Un desafío para la dogmática afrontado por los sistemas penales normativista y teleológico. Exposición y crítica desde la perspectiva del sistema penal peruano», *Ita ius esto* 2, p. 119 y ss.

Piña Rochefort: *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Barcelona, 2005.

Piña Rochefort: «Rol social y sistema penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, II, Bogotá, 2003, p. 41 y ss.

Piña Garrido: «La retroactividad de la ley penal más favorable en los delitos contra la Hacienda Pública», en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dir.), Pamplona, 2002, p. 281 y ss.

Pisfil Flores: «Las actuaciones del Ministerio Público y su límite temporal: La prescripción de la acción penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 67 (2015), p. 13 y ss.

Pisfil Flores: «Notas sobre la prescripción de la acción penal: Especial referencia a la duplicación de los plazos de prescripción señalada por la Ley N° 30077», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (2013), p. 53 y ss.

Platzgummer: *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Wien, 1964.

Polaino Navarrete: *El bien jurídico en el Derecho penal*, Lima, 2008.

Polaino Navarrete: *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla, 1972.

Porciúncula: *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal*, Barcelona, 2014.

Portilla Contreras: «Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1519 y ss.

Prado Saldarriaga: «El Decreto Legislativo N° 1243 y la pena de inhabilitación», *Ius Puniendi* 1 (2017), p. 183 y ss.

Prado Saldarriaga: *Consecuencias jurídicas del delito*, Lima, 2016.

Prado Saldarriaga: «El sistema de penas», Estudio preliminar en *Código Penal*, Lima, 2011.

PRADO SALDARRIAGA: «Medidas alternativas a la pena privativa de libertad y el Anteproyecto de 2008/2009», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12 (2010), p. 47 y ss.

PRADO SALDARRIAGA: *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*, Lima, 2010.

PRADO SALDARRIAGA: «Las penas limitativas de derechos en el Código Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 2 (2009), p. 57 y ss.

PRADO SALDARRIAGA: «Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena», *Derecho PUCP* 53 (2000), p. 905 y ss

PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000.

PRADO SALDARRIAGA: «La determinación judicial de la pena», *RPDJP* 1(2000), p. 533 y ss.

PRADO SALDARRIAGA: *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Lima 1999.

PRADO SALDARRIAGA: «Las medidas alternativas a las penas privativa de libertad en el Código penal peruano», *Cathedra* 2 (1998), p. 78 y ss.

PRADO SALDARRIAGA: «El proceso de seguridad en el Código procesal penal de 2004», *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 1 y ss.

PREUSS: *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974.

PRITTWITZ: «El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿*Ultima ratio*?», (trad. Castiñeira Palou), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, p. 427 y ss.

PRITTWITZ: «La resurrección de la víctima en la teoría penal», (trad. Reyna Alfaro), en *La víctima en el sistema penal*, Schünemann/Albrecht/Prittwitz/Fletcher, Lima, 2006, p. 59 y ss.

PRITTWITZ: *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt a.M., 1993.

PUENTE ABA: «La regulación del comiso en el Código Penal Español», *CIIDPE*, 2009, p. 1 y ss.

PUPPE: «Justificación y certeza», (trad. Palermo), en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?*, Madrid, 2012, p. 251 y ss.

PUPPE: «El resultado y su explicación causal en Derecho penal», *InDret* 4/2008, p. 1 y ss.

PUPPE: *La imputación del resultado en Derecho penal*, (trad. García Cavero), Lima, 2003.

PUPPE: «Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 305 y ss.

PUPPE: «Error de hecho, error de derecho, error de subsunción», (trad. Cancio Meliá), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires 1999, p. 91 y ss.

PUPPE: «Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto», (trad. Cardenal Montraveta), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 215 y ss.

PUPPE: Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, §§ 15, 52.

PUPPE: *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992.

PUPPE: «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW* 103 (1991), p. 1 y ss.

PUPPE: «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA*, 1984, p. 111 y ss.

PUPPE: *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin, 1979.

Puschke: «Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito», *InDret* 4/2010, p. 1 y ss.

Queralt Jiménez: «"Ne bis in ídem": significados constitucionales», *Política criminal y reforma penal, Libro Homenaje a Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 885 y ss.

Quintano Ripollés: *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958.

Quintero Olivares: «Las visicitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Libro Homenaje al Prof. Tomas Vives Antón*, II, Valencia, 2009, p. 1573 y ss.

Quintero Olivares: «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», *InDret* 2/2008, p. 1 y ss.

Quintero/Cavanillas/De Llera: *La responsabilidad civil "ex delicto"*, Navarra, 2002.

Quintero, E.: «Delito impropio de omisión», en *Los desafíos del Derecho penal del siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Yacobucci (coord.), Lima, 2005, p. 549 y ss.

Quiróz Salazar: *La prueba del dolo*, Lima, 2014.

Quispe Agüedo: «Análisis actual sobre la responsabilidad de personas jurídicas y la vigencia del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116», *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 263 y ss.

Quispe Agüedo: «Imputación objetiva: Aproximación al problema de las conductas alternativas adecuadas a derecho», *Actualidad Penal* 8 (2015), p. 124 y ss.

Quispe Mejía: «Consecuencias accesorias del delito», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 305 y ss.

Radbruch: *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, (trad. Guzmán Dalbora), Buenos Aires, 2011.

Radbruch: «Sobre el sistema de la teoría del delito» (trad. Guzmán Dalbora), *RECPC* 12-r1 (2010), p. 1 y ss.

Radbruch: «Der Relativismus in der Rechtsphilosophie», en *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, p. 81 y ss.

Radbruch, en Recensión al libro *Tat und Schuld* de Kantorowicz, *SchwZStr* 51 (1937), p. 255 y ss.

Ragués i Vallès: «Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición?», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 815 y ss.

Ragués i Vallès: *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Madrid, 2017.

Ragués i Vallès: «Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: Hacia una visión integrada», en *Anuario de Derecho Penal: La reforma del proceso penal peruano*, Lima, 2004, p. 129 y ss.

Ragués i Vallès: *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004.

Ragués i Vallès: «¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del Derecho penal», en *El Funcionalismo en Derecho Penal, II, Libro Homenaje a Jakobs*, Bogotá, 2003, p.483 y ss.

Ragués i Vallès: «El Tribunal Penal Internacional. La última gran institución del siglo XX», *La Ley*, 17 de abril del 2002, p. 1 y ss.

Ragués i Vallès: «Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa», en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, Universidad del Externado, 2001, p. 244 y ss.

Ragués i Vallès: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

Ramón Ribas: «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del derecho penal de doble vía ¿al derecho penal de cinco vías?», en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Faraldo Cabana (dir.), Valencia, 2004, p. 179 y ss.

Ransiek: *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996.

Ransiek: *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, Heidelberg, 1989.

Reaño Peschiera: «La participación del extraneus en el delito especial: Punibilidad o no punibilidad (tratamiento sustantivo)», *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 71 y ss.

Reaño Peschiera: «El sistema del injusto único de intervención y los límites a la participación delictiva», en *Tres estudios de dogmática penal*, Lima, 2010, p. 103 y ss.

Reaño Peschiera: «Autoría y participación delictiva: El sistema del injusto único de intervención», en *Estudios de Derecho penal*, AAVV, Lima, 2005, p. 191 y ss.

Reaño Peschiera: «Sobre los fundamentos de la exención de pena por "desistimiento voluntario" de la tentativa», *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 345 y ss.

Reaño Peschiera: *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2004.

Reaño Peschiera: «El error de tipo en el Código penal peruano», en Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, *Anuario de Derecho Penal*, 2003, Hurtado Pòzo (dir.), Lima, 2003, p. 185 y ss.

Reátegui Sánchez: «La reparación civil en el Derecho penal: Concepto y determinación», *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 126 y ss.

Reátegui Sánchez: «Aplicación de los criterios de imputación objetiva al delito culposo de lesión», *Diálogo con la jurisprudencia* 35 (2001), p. 74 y ss.

Reátegui Sánchez: «La regulación de la exención de pena en el Código Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 2 (2009), p. 90 y ss.

Reátegui Sánchez: *Derecho Penal*, Parte General, Lima, 2009.

Reátegui Sánchez: *La contaminación ambiental como delito*, Lima, 2006.

Reátegui Sánchez: *La grantía del "ne bis in idem" en el ordenamiento jurídico-penal*, Lima, 2006.

Reátegui Sánchez: *El delito de omisión impropia*, Lima, 2002.

Rebollo Vargas: «La pena de arresto de fin de semana en el Nuevo Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 554 y ss.

Rehberg: *Zur Lehre vom „erlaubten Risiko"*, Zürich, 1962.

Rehbinder: «Rechtskenntnis, Rechtsbewusstsein und Rechtsethos als Problem der Rechtspolitik», *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* III, 1972, p. 25 y ss.

Rengier: *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, 1986.

Renzikowski: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997.

Renzikowski: *Notstand und Notwehr*, Berlin, 1994.

REVILLA LLAZA: «La pena de inhabilitación de incapacidad para el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos de parricidio y feminicidio», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 72 (2015), p. 24 y ss.

REVILLA LLAZA: «Incidencia del artículo 46 del CP sobre los plazos de prescripción de la acción penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 7 (2010), p. 58 y ss.

REVILLA LLAZA: *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículos 9, 17, 20 incisos 8, 23, 26.

REYES ALVARADO: «Causalidad y explicación del resultado», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 875 y ss.

REYES ALVARADO: *Imputación objetiva*, 3ª ed., Bogotá, 2005.

REYES ROMERO: «Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva», *Revista Ius et Praxis*, año 21, N° 1 (2015), p.137 y ss.

REYES TELLO: «Análisis crítico de la tentativa conforme al Código penal peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 73 (2015), p. 102 y ss.

REYES TELLO: «El Derecho penal del "enemigo"», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 75 (2015), p. 348 y ss.

REYNA ALFARO: «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Observaciones en torno a las propuestas legislativas de incorporación de la responsabilidad de la propia persona jurídica en el Perú», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 102 y ss.

REYNA ALFARO: «Individualización judicial de la pena. Notas al estitlo twitter», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 78 (2015), p. 47 y ss.

REYNA ALFARO: «¿Responsabilidad de la persona jurídica? Observaciones en torno a las propuestas legislativas de incorporación de la responsabilidad penal de la propia persona jurídica en el Perú», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 76 (2015), p. 102 y ss.

REYNA ALFARO: «Notas sobre la regulación legal de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas al estilo Twitter», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 43 y ss.

REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 1 (p. 265 y ss.), 2 (p. 279 y ss.), 3 (p. 300 y ss.).

REYNA ALFARO: «El aumento indebido de riesgo y su incidencia en la jurisprudencia penal peruana», *Revista peruana de jurisprudencia* 9 (2001), p. 33 y ss.

REYNA ALFARO: «La individualización de la pena. Especial referencia al artículo 46 CP peruano», en www.eldial.com

RISSING-VAN SAAN: *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1993, preliminares al § 52, § 52.

RIVERA PAZ: *Una sentencia histórica*, Lima, 2006.

ROBLES PLANAS: «La identidad de la dogmática jurídico-penal», en *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 2015, p. 3 y ss.

ROBLES/RIGGI: «El extraño artículo 65.3 del Código Penal», en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Robles Planas (dir.), Buenos Aires, 2014, p. 59 y ss.

ROBLES PLANAS: «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y otros casos trágicos», en *Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Luzón Peña (dir.), Madrid, 2010, p. 445 y ss.

Robles Planas: *Garantes y cómplices*, Barcelona, 2007.

Robles Planas: «¿Delitos de personas jurídicas?», *InDret* 2/2006 (344), p. 1 y ss.

Robles Planas: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003.

Robles Planas: «Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. La complicidad en el delito y las conductas neutrales», en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, Universidad del Externado, 2002, p. 370 y ss.

Robles Planas: «Participación en el delito e imprudencia», *RDPC* 6 (2000), p. 227 y ss.

Rodríguez Delgado: *El tipo imprudente*, Lima, 2007.

Rodríguez Delgado: «La reparación como tercera vía en el Derecho penal», en *Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 827 y ss.

Rodríguez Devesa/Serrano Gómez: *Derecho penal español*, PG, 17ª ed., Madrid, 1994.

Rodríguez Devesa: *Derecho penal español*, PG, 14ª ed., Madrid, 1991.

Rodríguez Estéves: *El Derecho penal en la actividad económica*, Buenos Aires, 2000.

Rodríguez Gómez: «La aplicación de los lineamientos de la justicia penal intercultural al caso de relaciones sexuales consentidas con menores de edad», en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), Lima, 2018, p. 141 y ss.

Rodríguez Horcajo: *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid, 2016.

Rodríguez Jiménez: «Reflexiones sobre la aplicación de las medidas accesorias a las personas jurídicas en la praxis judicial actual», *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 152 y ss.

Rodríguez Montañés/Paredes Castañón: *El caso colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.

Rodríguez Montañés: «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza"», en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 263 y ss.

Rodríguez Montañés: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.

Rodríguez Mourullo: «La reserva de ley para la regulación de los delitos y las penas desde la perspectiva constitucional», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 381 y ss

Rodríguez Mourullo, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (dir.), Madrid, 1997.

Rodríguez Mourullo: *Derecho penal*, PG, Madrid, 1978.

Rodríguez Mourullo: *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972.

Rodríguez Mourullo: «La punición de los actos preparatorios», *ADPCP* 1968, p. 277 y ss.

Rodríguez Olave: «Sobre el funcionario público en el Derecho penal», en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), Lima, 2018, p. 1133 y ss.

Rodríguez Vásquez: *Peligrosidad e internación en Derecho penal*, Lima, 2016.

Roeder: *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risiko und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau*, Berlin, 1969.

Rogat: *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, Frankfurt a.M., 1997.

Roig Torres: *El concurso ideal de delitos*, Valencia, 2011.

Roig Torres: «La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI (2016), p. 199 y ss.

Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito*, Valencia, 2000.

Roig Torres: «Sobre la imposibilidad de crear delitos y establecer penas mediante Decretos-leyes», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Libro Homenaje al Prof. Tomas Vives Antón*, II, Valencia, 2009, p. 1673 y ss.

Rojas Aguirre: «Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿Aporía teórica?», *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1 (julio de 2010), p. 233 y ss.

Rojas López: «La suspensión de la ejecución de la pena y su revocación», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 127 y ss.

Rojas Montoya: «La relación de sujeción especial de poder como límite del ne bis in idem», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 99 (2017), p. 85 y ss.

Rojas Vargas: *El delito. Preparación, tentativa y consumación*, Lima, 2009.

Rojas Vargas: «La atipicidad subjetiva del delito: inexistencia de dolo. Precisiones dogmáticas y jurisprudenciales», *Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 120 y ss.

Rojas Vargas: «Imputación objetiva: aproximaciones críticas a una temática contemporánea en la dogmática penal», *Diálogo con la jurisprudencia* 15 (1999), p. 99 y ss.

Rojas Vargas: «La responsabilidad objetiva en Derecho penal», *Diálogo con la jurisprudencia* 11 (1999), p. 67 y ss.

Rojas Vargas: *Jurisprudencia penal*, T.I, Gaceta jurídica, Lima 1999.

Romero Palacios: «La pena de prestación de servicios a la comunidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 48 (2013), p. 67 y ss.

Rosales Artica: «¿Luces? y ¿sombras? De la modificación del artículo 25 del Código Penal por el D. Leg. N° 1351», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 92 (2017), p. 11 y ss.

Rosales Artica: «El concepto de autor desde la perspectiva del delito como infracción del deber», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 79 y ss.

Rosales Artica: «Fuerza física irresistible como causal de exclusión del comportamiento en el Derecho penal peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (2013), p. 71 y ss.

Rosales Artica: «La complicidad primaria en el Derecho Penal peruano», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 181 y ss.

Rosales Artica: «El principio de territorialidad y su aplicación en el Derecho penal peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 16 (2010), p. 37 y ss.

Rosales Artica: «La ley penal peruana y su aplicación extraterritorial», *Gaceta Penal & procesal Penal* 17 (2010), p. 59 y ss.

Rosales Artica: «Sobre la relevancia de la "acción" en el Derecho Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 10 (2010), p. 79 y ss.

Rosales Artica: «Concepto normativo del dolo en el Derecho Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (2009), p. 71 y ss.

Rosillo Sánchez: «El consentimiento como causal de exención o atenuación de responsabilidad penal en la violación sexual de menores», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 355 y ss.

Roth, G.: *Das Gehirn und seine Wirklichkeit.* Kognitive Neurobiologie und ihre philosophischen Konsequenzen, Frankfurt a.M., 1997.

Roth-Stielow: «Kritisches zur fortgesetzten Handlung», *NJW* 1955, p. 450 y ss.

Rotsch: *Handbuch Wirtschafisstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 3. Aufl., 2012, 1. Teil, 4, n.m. 6.

Roxin. «El fundamento del castigo de la tentativa idónea e inidónea», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 843 y ss.

Roxin: «La imputación objetiva en su significado para la teoría del tipo penal», *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 241 y ss.

Roxin: «Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion», *GA* 2015, p. 185 y ss.

Roxin: *Derecho Penal*, Parte General, II, (trad. Luzón y otros), Madrid, 2014.

Roxin: «Causalidad y posición de garante en los delitos de omisiòn impropia», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1543 y ss.

Roxin: *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, 2008.

Roxin: *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007.

Roxin: «La cláusula de correspondencia en la omisión impropia», (trad. Pariona), *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 293 y ss.

Roxin: *Derecho procesal penal*, (trad. Córdova/Pastor), 25ª ed., Buenos Aires, 2000.

Roxin: «Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión», (trad. Castiñeira Palou), en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 169 y ss.

Roxin: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, (trad. Cuello/Serrano), Madrid, 1998.

Roxin: *Derecho Penal*, Parte General, I, (trad. Luzón/García/De Vicente), Madrid, 1997.

Roxin: «Bemerkungen zum Regreßverbot», *Festschrift für Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1989, p. 179 y ss.

Roxin: «Observaciones sobre la "actio libera in causa"», (trad. Muñoz Conde), *ADPCP* 1988, p. 21 y ss.

Roxin: «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?», (trad. Silva Sánchez), *CPC* 1986, p. 686 y ss.

Roxin: «Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum», en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986*, Hirsch (Hrsg.), Baden-Baden, 1987, p. 84 y ss.

Roxin: «Observaciones sobre la "actio libera in causa"», (trad. Muñoz Conde), *ADPCP* 1988, p. 21 y ss.

Roxin: «Der fehlgeschlagene Versuch», *JuS* 1981, p. 1 y ss.

Roxin: «Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981, p. 41 y ss.

Roxin: *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Berlin, 1980, § 14.

Roxin: «Prevención y determinación de la pena», (trad. Muñoz Conde), *CPC* 9 (1979), p. 55 y ss.

Roxin: *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, (trad. Bacigalupo), Buenos Aires, 1979.

Roxin: *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976.

Roxin: «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», *Festschrift für Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973, p. 241 y ss.

Roxin: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde), Barcelona, 1972.

Roxin: «Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch», *Festschrift für Heinitz*, Berlin, 1972, p. 251 y ss.

Roxin: «Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962», *ZStW* 76 (1964), p. 584 y ss.

Roxin: «Die provozierte Notwehrlage», *ZStW* 75 (1963), p. 541 y ss.

Roxin: «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW* 74 (1962), p. 411 y ss.

Roy Freyre: *Causales de extinción de la acción penal y de la pena*, Lima, 1998.

Rudolphi: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* 6. Aufl., 1997, § 1.

Rudolphi. «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», en *El Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, p. 81 y ss.

Rudolphi: «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 371 y ss.

Rudolphi: «Die zeitliche Grenzen der sukzessiven Beihilfe», *Festshrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 569 y ss.

Rudolphi: «Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung», *Gedächtnisschrift für Schröder*, München, 1978, p. 73 y ss.

Rudolphi: «Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre», *Festschrift für Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, p. 51 y ss.

Rudolphi: «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriff», en *Festschrift für Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, p. 158 y ss.

Rudolphi: *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, Göttingen, 1969.

Rudolphi: *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966.

Rueda Martín: «Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal», *Actualidad Penal* 28 (2016), p. 175 y ss.

Rueda Martín: «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *Revista penal* 9 (2002), p. 125 y ss.

Rueda Martín: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001.

Ruiz López: *La graduación del delito imprudente*, Bogotá, 2011.

Ruiz/Palomino: «Incorporación de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en el dictamen sobre el nuevo Código penal: ¿Ahora sí necesito un criminal compliance?», *Actualidad Penal* 22 (2016), p. 62 y ss.

Rüping: «Blankettnormen als Zeitgesetze», *NStZ* 1984, p. 450 y ss.

Sacher: *La evolución del tipo subjetivo*, Buenos Aires, 1998.

Sáenz Torres: «La carencia de antecedentes penales como circunstancia atenuante genérica en el Código Penal de 1991», *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 119 y ss.

Sáenz Torres: «El estado actual de la punibilidad en la ciencia penal», en *Libro Homenaje al Prof. Peña Cabrera*, Peña Cabrera/Montes/Sánchez Mercado (coord.), T. I, Lima, 2006, p. 915 y ss.

Salazar Sánchez: «Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción de un deber», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 70 (2015), p. 11 y ss.

Salazar Sánchez: «El lugar de realización del delito y el principio de ubicuidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6 (2009), p. 57 y ss.

Salazar Sánchez: «Autoría en los delitos de infracción de deber», en *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Salazar Sánchez (coord.), Lima, 2007. p. 533 y ss.

Salazar Sánchez: «La participación de los extraneus en los delitos de infracción de un deber», en *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, 2004, p. 427 y ss.

Salcedo Ordaya: «Pautas en la determinación judicial de la pena», *Actualidad Penal* 23 (2016), p. 108 y ss.

Saliger: «Grundfragen der Vermögensabschöpfung», *ZStW* 129 (2017), p. 995 y ss.

Salinas Siccha: «La extinción de la acción civil derivada del hecho punible», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 3 (2009), p. 53 y ss.

Salinas Siccha: «La teoría de la infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios», *Actualidad Penal* 40 (2017), p. 85 y ss.

Salinas Siccha: «Los delitos de infracción de deber. Unidad o ruptura del título de imputación», *Actualidad Penal* 29 (2016), p. 23 y ss.

Salinas Siccha: «Penas efectivas para los autores de peculado y colusión», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 65 y ss.

Salinas Zavala. «La inimputabilidad por minoría de edad como supuesto de exclusión de la capacidad de culpabilidad», *Actualidad Penal* 12 (2015), p. 102 y ss.

Salinas Zavala: «El desistimiento en tentativa acabada», *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 102 y ss.

Salinas Siccha: *Derecho Penal*, Parte Especial, 3ª ed., Lima, 2008.

Salinero Alonso: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Granada, 2000.

Salm: «Zur Rechtsprechung des BGH über den strafbefreienden Irrtum», *ZStW* 69 (1957), p. 522 y ss.

Samson/Schillhorn: «Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch anonymisierten Kapitaltransfer?», *Wistra* 2001, p. 5 y ss.

Samson: *Hypotetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1972.

San Martín Castro: *Derecho Procesal Penal*, Lima, 2015.

San Martín Castro: «La persecución penal de la corrupción política en el Perú», *JuS Doctrina & práctica* 7 (2007), p. 103 y ss.

San Martín Castro: «Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal», en *El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*, Cubas Villanueva/Doig Díaz/Quispe Farfán (coord.), Lima, 2005, p. 11 y ss.

San Martín Castro: *Derecho Procesal Penal*, I, 2ª ed., Lima, 2003.

San Martín Castro: «Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú», *Derecho PUCP* 39 (1985), p. 356 y ss.

Sancinetti: *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, 2001.

Sancinetti: «Obediencia debida y constitución nacional», *Lecciones y Ensayos,* N° 48, p. 261 y ss.

Sancinetti: *Teoría del delito y disvalor de la acción,* Buenos Aires, 1991.

Sánchez de la Cruz: «El principio de intervención mínima del Derecho penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 379 y ss.

Sánchez García de Paz: «La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea», en *El Nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz,* Pamplona, 2001, p. 693 y ss.

Sánchez Lázaro: «Deconstruyendo las medidas de seguridad», *InDret* 2/2010, p. 1 y ss.

Sánchez Málaga Carrillo: «El dolo: ¿Fenómeno espiritual o atribución normtiva?», *Themis* (2016), p. 61 y ss.

Sánchez Mercado: «La prescripción: Naturaleza procesal, aplicación en el tiempo y la lucha contra la corrupción», *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 144 y ss.

Sánchez Mercado: «La cosa juzgada y el delito continuado», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano,* Lima, 2011, p. 255 y ss.

Sánchez Mercado: «Anotaciones sobre participación delictiva y las modificaciones legislativas en materia de concurso», *JuS Doctrina & Práctica* 6 (junio de 2007), p. 21 y ss.

Sánchez Mercado: *La analogía en el Derecho penal,* Lima, 2007.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez: *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación,* Barcelona, 2014.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez: *Fundamentos de Política criminal,* Madrid, 2012.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez: «Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal», en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?,* Madrid, 2012, p. 207 y ss.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez: «Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias», en *Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig,* Luzón Peña (dir.), Madrid, 2010, p. 535 y ss.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez: «¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona», *RECPC* 11-11 (2009), p. 11:1 y ss.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez: *Los delitos de encubrimiento,* Lima, 2005.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez: «El elemento de "fraude" en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad social», en ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, p. 91 y ss.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez: *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria,* Navarra, 2002.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez: *El encubrimiento como delito,* Valencia, 1998.

Sánchez Torres: «Algunas precisiones en torno a la agravante de habitualidad en el delito (artículo 46-C del CP)», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 71 (2015), p. 53 y ss.

Sánchez Torres: «Evolución y modificaciones de la reincidencia: A propósito de la Ley N° 30076», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 25 y ss.

Sánchez Velarde: *Código Procesal Penal Comentado,* Lima, 2013.

Sánchez Velarde: *El nuevo proceso penal,* Lima, 2009.

Sánchez Velarde: *Manual de Derecho procesal penal*, Lima, 2004.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles: «Una lectura crítica de la ley de indulto», *InDret* 2/2018, p. 1 y ss.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles: «En los límites de la inducción», *InDret* 2/2012, p. 1 y ss.

Sánchez Vera: *El denominado "delito de propia mano". Respuesta a una situación jurisprudencial*, Madrid, 2004.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles: «Delitos de infracción de un deber», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, I, Bogotá, 2003, p. 273 y ss.

Sánchez Vera: *Delito de infracción de deber y participación* delictiva, Madrid, 2002.

Santana Vega: *El concepto de ley penal en blanco*, Buenos Aires, 2000.

Sanz Morán: «Una única acción ¿concurso real de delitos? La última aportación jurisprudencial», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 865 y ss.

Sanz Morán: «La reiteración delictiva: Modelos de respuesta», en *Reincidencia y concurso de delitos*, Maldonado (coord.), Buenos Aires, 2016, p. 1 y ss.

Sanz Morán: «Reflexiones sobre el bien jurídico», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Libro Homenaje al Prof. Tomas Vives Antón*, II, Valencia, 2009, p. 1753 y ss.

Sanz Morán: «Algunas consideraciones sobre la ciencia del derecho penal y su método», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 639 y ss.

Sanz Morán: «Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad», en *Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, p. 969 y ss.

Sanz Morán: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003.

Sanz Morán: «Teoría general de la justificación», *Revista penal* 5 (2000), p. 75 y ss.

Sanz Morán: «El concurso de delitos en la Reforma penal», en CDJ: *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, 1995, p. 208 y ss.

Satzger: «El error sobre la posición de garante. Hacia una delimitación del error de tipo y el error de mandato en el delito de omisión impropio doloso», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 45 (2013), p. 45 y ss.

Satzger: «Die rechtfertigende Pflichtenkollision», *Jura* 10/2010, p. 753 y ss.

Sauer: «Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis», *ZStW* 69 (1957), p. 8 y ss.

Sax: «Grundsätze der Strafrechtspflege», en *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin, 1972, p. 909 y ss.

Sax: *Das strafrechtliche ‚Analogieverbot'*, Göttingen, 1953.

Schaffstein: «Das Verbrechen als Pflichtverletzung», en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 108 y ss.

Schall: «Zum Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung», *JuS* 1990, p. 623 y ss.

Schild Trappe: *Harmlose Gehilfenschaft*, Bern, 1995.

Schild: «Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff», *GA* 1995, p. 101 y ss.

Schild: *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlin, 1994.

Schlosky: «Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen», *ZStW* 61 (1942), p. 245 y ss.

Schlüchter: *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1983.

Schmidhäuser: «Zum Begriff der Rechtsfertigung im Strafrecht», *Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1987, p. 77 y ss.

Schmidhäuser: *Strafrecht*, AT, Tübingen, 1982.

Schmidhäuser: «Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB)», *JZ* 1979, p. 361 y ss.

Schmidhäuser: «Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung», *Festschrift für Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1975, p. 129 y ss.

Schmidhäuser: «Zur Systematik der Verbrechenslehre», *Gedächtnisschrift für Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 260 y ss.

Schmidhäuser: *Vorsatzbegriff und Begriffjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968.

Schmidhäuser: «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1966, p. 317 y ss.

Schmidhäuser: «Objektive Strafbarkeitsbedingungen», *ZStW* 71 (1959), p. 559 y ss.

Schmidt, E.: «Soziale Handlungslehre», *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt a.M., 1969, p. 339 y ss.

Schmitt: «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», *ZStW* 75 (1963), p. 43 y ss.

Schoreit: «Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen», *Festschrift für Rebmann zum 65. Geburtstag*, München, 1989, p. 453 y ss.

Schröder: «Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht», *ZStW* 81 (1969), p. 14 y ss.

Schröder: «Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?», *JZ* 1967, p. 522 y ss.

Schröder: «Grundprobleme des Rücktritt vom Versuch», *JuS* 1962, p. 81 y ss.

Schröder: «Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II», *Festschrift für Eberhardt Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 290 y ss.

Schröder: «Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa», *GA* 1957, p. 297 y ss.

Schröder: «Die Irrtumsrechtsprechung des BGH», *ZStW* 65 (1953), p. 178 y ss.

Schröder: «Tatbestand- Verbotsirrtum», *MDR* 1951, p. 389 y ss.

Schröder: «Aufbau und Grenzen des Vorsatzsbegriffs», *Festschrift für Sauer*, Berlin, 1949, p. 207 y ss.

Schröder: «Die Teilnahme im internationalen Strafrecht», *ZStW* 61 (1942), p. 57 y ss.

Schroeder: «Die Rechtsnatur des Grundsatzes "ne bis in idem"», *JuS* 1997, p. 227 y ss.

Schroeder: *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1992, § 17.

Schroeder: «Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung», *JZ* 1989, p. 776 y ss.

Schroeder: «Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze», en *Festschrift für Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 785 y ss.

Schroeder: «Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts», *NJW* 1969, p. 81 y ss.

Schroeder: «Der räumliche Geltungsbereich der Strafgesetze», *GA* 1968, p. 353 y ss.

SCHROTH: *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Gießen, 1993.

SCHULTZ: «Zur Regelung des räumlichen Geltungsbereiches durch den E 1962», *GA* 1966, p. 193 y ss.

SCHULTZ: «Neue Entwicklungen im sogenannten internationalen Strafrecht», *Festschrift für von Weber*, Bonn, 1963, p. 305 y ss.

SCHUMANN: «Responsabilidad individual en la gestión de empresas», (Rodríguez Montañés), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 203 y ss.

SCHUMANN: «Zur Wiederlebung des „voluntativen" Vorsatzelement durch den BGH», *JZ* 1989, p. 427 y ss.

SCHUMANN: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986.

SCHÜNEMANN: «¿Puede una pena ser justa?», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 389 y ss.

SCHÜNEMANN: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, (traducción Cuello/Serrano), Madrid, 2009.

SCHÜNEMANN: «El llamado delito de omisiòn impropia o la comisión por omisión», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1609 y ss.

SCHÜNEMANN: «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret* 1/2008, p. 1 y ss.

SCHÜNEMANN: «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», (trad. Martin/Feldmann), en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), Madrid, 2007, p. 197 y ss.

SCHÜNEMANN: «Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas», en *XXV Jornadas Internacionales de Derecho penal*, Bernal Cuellar (coord.), Bogotá, 2003, p. 269 y ss.

SCHÜNEMANN: «Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft», *Gedächtnisschrift für Meurer*, Berlin, 2002, p. 43 y ss.

SCHÜNEMANN: «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 15 y ss.

SCHÜNEMANN: «Consideraciones sobre la imputación objetiva», (trad. Sacher), *RPDJP* 1 (2000), p. 409 y ss.

SCHÜNEMANN: «Concepto de dolo en la nueva dogmática del Derecho penal», *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 69 y ss.

SCHÜNEMANN: «Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad», (trad. Sacher de Köster), *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 95 y ss.

SCHÜNEMANN: «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», (trad. Sánchez-Ostiz), en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 89 y ss.

SCHÜNEMANN: «Aids und Strafrecht», en Aids und Strafrecht, Szwarc (ed.), Berlin, 1996, p. 9 y ss.

SCHÜNEMANN: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1996.

Schünemann: «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», (trad. Peñaranda Ramos/Pérez Manzano), en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 565 y ss.

Schünemann: *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1993, § 14.

Schünemann: «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal» (trad. Silva Sánchez), en *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Schünemann (comp.), Madrid, 1991, p. 31 y ss.

Schünemann: «Die Regeln der Technik im Strafrecht», *Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1987, p. 373 y ss.

Schünemann: *Unternehmenskrimiminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979.

Schünemann: *¿Nulla poena sine lege?*, Berlin, 1978.

Schünemann: «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA* 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., y 787 ss.

Schünemann: «Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?», *Festschrift für Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1975, p. 175 y ss.

Schürer-Mohr: *Erlaubte Risiken*, Frankfurt a.M., 1998.

Schwegler: *Der Subsumtionsirrtum*, Frankfurt a.M., 1995.

Seelmann: «El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de mercecimiento de pena», en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Hefendehl (ed.), Madrdid, 2007, p. 373 y ss.

Seelmann: «Punibilidad de la empresa: Causas, paradojas y consecuencias», (trad. García Cavero), en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004, p. 25 y ss.

Segura Valenzuela: «La prescripción de la acción penal luego de la reformal del artículo 41 de la Constitución y el problema de la temporalidad de las leyes», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 101 (2017), p. 88 y ss.

Seher: «La legitimación de las normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico», en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), Madrid, 2007, p. 69 y ss.

Seier: «Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen», *Jura* 1983, p. 225 y ss.

Seiler: D., *Die Sperrwirkung im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2002.

Seiler: *Strafrechliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Freiburg (Schweiz), 1967.

Seminara: «Compliance y Derecho Penal: La experiencia italiana», en *Responsabilidad de la empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, Hortal/Valiente (coord.), Buenos Aires, 2014, p. 127 y ss.

Senisse Anampa: «Entre el dolo eventual y la culpa consciente. A propósito del caso de la discoteca Utopía», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 72 y ss.

Sequeiros Vargas: «La suspensión de la pena privativa de libertad (una evaluación en torno a nuestra realidad)», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 79 (2016), p. 271 y ss.

Serrano González de Murillo/Merino Jara: «"Levantamiento del velo" y delito fiscal», *AJA* 264 (1996), p. 1 y ss.

Serrano Maillo: *Introducción a la Criminología*, 2ª ed., Madrid, 2004.

Serrano-Piedecasas Fernández: *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, Lima, 1999.

Sgubbi: *El delito como riesgo social*, (trad. Virgolini), Buenos Aires, 1998.

Sieber: «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht», en *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, p. 449 y ss.

Silva Carrillo: «Una segunda llamada al derecho penal: El D. Leg. N° 1352», *Actualidad Penal* 55 (2019), p. 67 y ss.

Silva Sánchez: *Legalidad y responsabilidad en el Derecho penal contemporáneo*, Lima, 2015.

Silva Sánchez: «La discusión sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», *Ius Puniendi* 2 (2015), p. 341 y ss.

Silva Sánchez: «Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe», *ZIS* 11/2014, p. 546 y ss.

Silva Sánchez: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), Barcelona, 2013, p. 15 y ss.

Silva Sánchez: «La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas», en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, 2008, p. 201 y ss.

Silva Sánchez: «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Discusiones* N° 7 (2007), p. 25 y ss.

Silva Sánchez: «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo», *InDret* 2/2007, p. 1 y ss.

Silva Sánchez: «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2007, p. 645 y ss.

Silva Sánchez: «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *InDret* 2/2006 (344), www.indret.com,

Silva Sánchez: «La sistemática alemana de la teoría del delito: ¿es o no adecuada a estos tiempos?», en *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2005, p. 15 y ss.

Silva Sánchez: «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 1007 y ss.

Silva Sánchez: «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de extranei hasta la imposición de intereses de demora», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 899 y ss.

Silva Sánchez: *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005.

Silva Sánchez: *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, 2004.

Silva Sánchez: «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad», en *Dogmática y Ley Penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, p. 867 y ss.

Silva Sánchez: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal Español", en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004, p. 101 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: «Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en *El sistema integral del derecho penal*, Wolter/Freund (ed.), Madrid, 2004, p. 15 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: «¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2003, p. 977 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: «Hacia el Derecho penal del "Estado de prevención". La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la Política criminal», en ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, p. 307 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: «¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal», *InDret* 03/2001, www.indret.com.

SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ: *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2000.

SILVA SÁNCHEZ: Nota preliminar a *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 15 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999.

SILVA SÁNCHEZ: «Ingeniería financiera y Derecho penal», en *Fenómenos delictivos complejos*, CDJ IX, 1999, p. 168 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: «Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en *Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 17 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», CDJ: *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997, 11 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ: «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las "leyes penales en blanco"», en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 697 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ: Introducción a la edición española del *Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Schünemann (compilador), Madrid, 1991, p. 11y ss.

SILVA SÁNCHEZ: *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones jurídico-políticas* (inédito), Barcelona, 1990.

SILVA SÁNCHEZ: «Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgseintritts», *GA* 1990, p. 207 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión: Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

SILVA SÁNCHEZ: «La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en corto circuito, reacciones automatizadas), en Comentario a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo, *ADPCP*, 1986, p. 905 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: «"Aberratio ictus" e imputación objetiva», *ADPCP* 1984, p. 347 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: «Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español», *ADPCP* 1982, p. 665 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», en *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 1, p. 101 y ss.

Sina: *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut"*, Basel, 1962.

Small Arana: *La situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*, Lima, 2006.

Sola Reche: «El principio de legalidad como garantía criminal», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 401 y ss.

Sommer: *Das »mildeste Gesetz« im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB*, Hanstein, 1979.

Sowada: «Probleme der natürlichen Handlungseinheit», *Jura* 1995, p. 245 y ss.

Sowada: «Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von durch einen Primärtäter ausgelösten Retterunfällen», *JZ* 1994, p. 663 y ss.

Spaemann: *Personen*, Stuttgart, 1998.

Spaemann: «Sobre el concepto de dignidad humana», en *Lo natural y lo racional*, Madrid, 1989.

Spendel: «Gegen den „Verteidigungswillen" als Notwehrerfordernis», *Festschrift für Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 245 y ss.

Spendel: *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-quo-non Formel im Strafrecht*, Heidelberg, 1948.

Stratenwerth: «La criminalización de los delitos contra bienes jurídicos colectivos», en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Hefendehl (ed.), Madrdid, 2007, p. 365 y ss.

Stratenwerth: «Zur Legitimation von Verhaltensdelikte», en *Mediating Principle. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006, p. 161 y ss.

Stratenwerth: «„Wahres" Strafrecht?», *Festschrift für Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2002, p. 374 y ss.

Stratenwerth: *Strafrecht*, AT, 4. Aufl., Köln, 2000.

Stratenwerth: «Vermeidbarer Schuldausschluß», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 490 y ss.

Stratenwerth: «Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 285 y ss.

Stratenwerth: «Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs», *ZStW* 71 (1959), p. 567 y ss.

Stree, en Schönke/Schröder *StGB*, 26. Aufl., München, 2001, § 13.

Stree: «Ingerenzprobleme», *Festschrift für Klug zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1983, p. 395 y ss.

Stree: «Objektive Bedingungen der Strafbarkeit», *JuS* 1965, p. 473 y ss.

Streng: «El principio de legalidad en el ámbito de la decisión sobre la capacidad de culpabilidad», (trad. Fuentes), en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?*, Madrid, 2012, p. 267 y ss.

Streng: «Rücktritt und dolus eventualis», *JZ* 1990, p. 212 y ss.

Streng: «Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstein», *ZStW* 101 (1989), p. 273 y ss.

Struensee: «La punibilidad de la tentativa», *Revista de Política criminal y Ciencias penales* (agosto de 1999), número especial 1, p. 21 y ss.

Struensee: «Versuch und Vorsatz», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 531 y ss.

Struensee: «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», *GA* 1987, p. 97 y ss.

Struensee: «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», *JZ* 1987, p. 53 y ss.

Stübel: *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1828.

Stübel: *Ueber den Thatbestand der* Verbrechen, 1805.

Suárez González/Cancio Meliá, Estudio preliminar: «La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva», en *La imputación objetiva en Derecho penal* de Günther Jakobs, Madrid, 1996.

Suárez López: *El concurso real de delitos*, Madrid, 2001.

Süss: «el trato actual del mandato de determinación», (trad. Felip i Saborit), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000, p. 223 y ss.

Sutherland: *El delito de cuello blanco*, (trad. Belloqui), Montevideo, 2009.

Sutherland/Cressey/Luckenbill: *Principles of Criminology*, 11ª ed., New York, 1992.

Swodoba: «Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen», *ZStW* 122 (2010), p. 24 y ss.

Tafel: *Die Geltung des Territorialprinzips im deutschen Reichsstrafrecht*, Stuttgart, 1902.

Tag: «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *JR* 1997, p. 56 y ss.

Tamarit Sumilla: «Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2003, p. 1166 y ss.

Tapia Ballesteros: «Las medidas de seguridad. Presente, pasado y ¿futuro? De su regulación en la legislación chilena y española», *Polít. Crim.* Vol. 8, N° 16 (2013), p. 574 y ss.

Tasayco, F.: «Imputación objetiva en el Derecho penal. Evolución, criterios y principios», *Actualidad Penal* 20 (2016), p. 122 y ss.

Tasayco, F: «Imputación subjetiva en el Derecho penal. Los peligros del dolo eventual y la ignorancia deliberada», *Actualidad Penal* 22 (2016), p. 148 y ss.

Tasayco, F: «Teorías de la pena», *Actualidad Penal* 6 (2014), p. 62 y ss.

Tasayco, F: *Derecho Penal.* Delitos de homicidio, Lima, 2011.

Teubner: «Unternehmenskorporativismus», *KritV* 1987, p. 63 y ss.

Tiedemann: *Wirtschaftsstrafrecht.* Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 3. Aufl., Köln, 2010.

Tiedemann: *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, Köln, 2004.

Tiedemann: *Constitución y Derecho penal*, Lima, 2003.

Tiedemann: *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993.

Tiedemann, voz: Auslegung, en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss.

Tiedemann, voz: Blankettstrafgesetzen, en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss.

Tiedemann, voz: Zeitgesetz, en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss.

Tiedemann: «Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht», *JuS* 1989, p. 691 y ss.

Tiedemann: «Die „Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», *NJW* 1988, p. 1169 y ss.

Tiedemann/Kindhäuser: «Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?», *NStZ* 1988, p. 337 y ss.

Tiedemann/Dannecker: *Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht*, Köln, 1985.

Tiedemann: *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985.

Tiedemann: «Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts- Versuch einer Zwischenbilanz», en *Festschrift für Dünnebier zum 75. Geburtstag*, Berlin, 1982, p. 525 y ss.

Tiedemann: «Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts», *NJW* 1977, p. 779 y ss.

Tiedemann: «Zeitliche Grenze des Strafrechts», *Festschrift für Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen*, 1974, p. 193 y ss.

Tiedemann: «Der Versuch der Zwechentfremdung im Steuerstrafrecht», *JR* 1973, p. 412 y ss.

Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969.

Timpe: «Fortsetzungszusammenhang und Gesamtvorsatz», *JA* 1991, p. 12 y ss.

Timpe: «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)», *JuS* 1985, p. 35 y ss.

Timpe: «Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums», *GA* 1984, p. 51 y s.

Timpe: *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelwertungsverbot*, Berlin, 1983.

Tischler: *Verbotsirrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Berlin, 1983.

Tisnado Solís: «Fundamentos de la intervención delictiva en el Código Penal Peruano», *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 187 y ss.

Tisnado Solís: «Fundamentos y límites de la intervención delictiva en el Derecho penal peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 104 (2018), p. 61 y ss.

Torío López: «El "error iuris". Perspectivas materiales y sistemáticas», en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1976, p. 313 y ss.

Torre Muñoz: *El proceso penal por faltas*, Lima, 2013.

Torres Berrio: «Apuntes sobre la suspensión de la ejecución de la pena o condena condicional», *Actualidad Penal* 12 (2015), p. 44 y ss.

Torres Gonzáles: *Beneficios penitenciarios*, Lima 2012.

Torres Jiménez: «Coautoría sin necesidad del acuerdo. Un estudio desde la teoría del dominio del hecho», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (2014), p. 61 y ss.

Torres Jiménez: *Temas controvertidos sobre autoría y participación*, Lima, 2014.

Torres Mendoza: «Coautoría por omisión. La intervención punible del superior en el hecho de su subordinado», *Ius Puniendi* 4 (2017), p. 75 y ss.

Torres Mendoza: «Delitos de omisión impropia. Su aplicación y desarrollo en la praxis jurisprudencial», *Ius Puniendi* 1 (2017), p. 207 y ss.

Torres Mendoza: «Delitos de omisión impropia-imputación objetiva en el tráfico rodado», *Actualidad Penal* 14 (2015), p. 116 y ss.

Torres Mendoza: «¿Es necesario exigir como requisito de la coautoría la intervención directa en el hecho punible? A propósito del caso Antauro Humala», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 57 y ss.

Toyohama Arakaki: «La determinación judicial de la pena. Aspectos críticos de su operatividad», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 217 y ss.

Tröndle/Fischer: *StGB-Kommentar*, 51. Aufl., München, 2003, preliminares a los §§ 218-219b.

Ugaz Heudebert: *La eximente de obediencia debida en el Derecho Penal*, Lima, 2011.

Ulsenheimer: *Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis*, Berlin, 1976.

Urquizo Olaechea: «El principio de proporcionalidad penal», en *El nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), Lima, 2011, p. 711 y ss.

Urquizo Olaechea: «El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código penal peruano», en *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Salazar Sánchez (coord.), Lima, 2007. p. 581 y ss.

Urrutia Oré: «Conductas neutrales en un escenario delictivo: Sobre el conocimiento y la conducta favorecedora de la situación delictiva», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 96 (2017), p. 55 y ss.

Urrutia Oré: «El hecho posterior copenado», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 71 y ss.

Urtecho Navarro: «La reincidencia en el Código Penal: Una reiterada búsqueda por satisfacción de la "seguridad ciudadana"», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 15 (2010), p. 59 y ss.

Urtecho Navarro: «La aplicación de las consecuencias accesorias en el proceso penal conforme al Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116», *Gaceta penal & Procesal Penal* 6 (2009), p. 21 y ss.

Valdez Pimentel: «Hacia una interpretación integral del artículo 15 del Código penal: Análisis y comentarios del Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 86 (2016), p. 23 y ss.

Valdez Pimentel: «Diversidad cultural e imputación objetiva en Derecho penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 35 (2012), p. 91 y ss.

Valdez Pimentel: «Problemas actuales de la antijuridicidad. Esbozo hacia una configuración estrictamente jurídico-penal de las causas e justificación», *Gaceta Penal Procesal Penal* 28 (2011), p. 129 y ss.

Van der Ven: «Verantwortung und Verantwortlichkeit», en *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), Tübingen 1983, p. 33 y ss.

Van Weezel: «Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad», *Polít. crim.* Vol. 13, N° 26 (diciembre 2018) Art. 12, p. 1074 y ss.

Van Weezel: «Dolo eventual», *Doctrina y Jurisprudencia Penal* 7 (2011), p. 23 y ss.

Van Weezel: «Intervención delictiva y garantismo penal», *ZIS* 8/2009, p. 432 y ss.

Van Weezel: *Pena y sentido. Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2008.

Van Weezel: «Normativización de la autoría mediata. Una explicación desde la problemática del comienzo de la tentativa», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Yacobucci (dir.), Lima, 2005, p. 603 y ss.

Van Weezel: «Coautoría en delitos de organización», en *El Funcionalismo en Derecho Penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, II, Bogotá, 2003, p. 279 y ss.

Van Weezel: «Contrapunto: El aborto terapéutico», *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 36, N° 1, p. 205 y ss.

Varela: *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Barcelona, 2016.

Vargas Sandoval: «El actuar en lugar de otro», *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 132 y ss.

Varona Gómez: *Derecho Penal y solidaridad*, Madrid, 2005.

Vásquez Shimajuko: «Teoría de los roles e imputación objetiva: Una crítica desde las ciencias sociales», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 110 (2018), p. 63 y ss.

Vásquez Shimajuko: *La imputación de los resultados tardíos.* Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva, Buenos Aires, 2013.

Vásquez Shimajuko, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 20.

Vásquez-Portomeñe Seijas: *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7 del Código penal)*, Valencia, 2001.

Vega Llapapasca: «El alcance de la voluntad impgnativa y las correctas interpretaciones de las agravantes», en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), Lima, 2018, p. 367 y ss.

Vega Vásquez: «La punición de la tentativa inidónea en el Perú: Un asunto pendiente», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 109 (2018), p. 305 y ss.

Vehling: *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt a.M., 1991.

Velásquez Delgado: «Comentarios sobre la circular relativa a la correcta determinación judicial de la pena», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 29 (2011), p. 13 y ss.

Velásquez Delgado: «La discrecionalidad del juez en la determinación de la pena», *Actualidad Jurídica*, T. 189 (agosto de 2009), p. 121 y ss.

Velásquez Velásquez: *Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Medellín, 2009.

Velásquez Velásquez: «Los criterios de determinación de la pena en el Código penal peruano de 1991», *Ponencia presentada el 21 de agosto de 2000*, PUCP, Lima, p. 1 y ss.

Vélez Fernández: «¿Requisito para la suspensión de la pena o restricción de facultades del juez?», *Actualidad Penal* 14 (2015), p. 134 y ss.

Vélez Fernández: *La desaparición forzosa de las personas y su tipificación en el Código penal peruano*, Lima, 2004.

Velten: *Normkenntnis und Normverständnis*, Baden-Baden, 2002.

Vidales Rodríguez: «El comiso ampliado: consideraciones constitucionales», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Libro Homenaje al Prof. Tomas Vives Antón*, II, Valencia, 2009, p. 2007 y ss.

Vidales Rodríguez: *Delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997.

Vilcherrez Ato: «Algunos apuntes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Ita ius esto* 7, p. 240 y ss.

Vilcherrez Ato: «El artículo 26 del Código penal y los delitos de infracción de un deber», *Gaceta Penal & procesal Penal* 16 (2010), p. 53 y ss.

Vílchez Chinchayán: «La intervención penal a través de los delitos de peligro: ¿Quedan preguntas por responder?», *Ius Puniendi* 6 (2018), p. 155 y ss.

Vílchez Chinchayán: *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Lima, 2018.

Vílchez Chinchayán: «El caso Odebrecht y sus repercusiones en nuestra forma de entener los delitos contra la ad inistración pública», *Actualidad Penal* 46 (2018), p. 85 y ss.

Vílchez Chinchayán: «La anticipación penal y los delitos de peligro: una perspectiva más allá de la dicotomía clásica», *Actualidad Penal* 40 (2017), p. 347 y ss.

Vílchez Chinchayán: «¿Más allá del Derecho penal en la sociedad del riesgo? Una nueva arma: Los delitos de comportamiento», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 101 (2017), p. 79 y ss.

Vílchez Chinchayán: «La anticipación de la intervención penal. ¿Es solo un problema de legitimidad?», *Actualidad Penal* 5 (2014), p. 102 y ss.

Vilchez Chinchayán: «Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 9 y ss.

Vílchez Chinchayán: «La participación en los delitos de infracción de deber: ¿Impunidad del extraneus», *Revista Jurídica del Perú*, T. 111 (mayo de 2010), p. 235 y ss.

Villa Stein: *Derecho penal*, Parte General, 4ª ed., 2014, Lima.

Villa Stein: «La determinación funcional de la pena», en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), Lima, 2011, p. 749 y ss.

Villa Stein: *La culpabilidad*, Lima, 1997.

Villanueva Juipa: «Análisis de la reparación civil en los delitos de peligro abstracto», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 98 (2017), p. 45 y ss.

Villavicencio Terreros/Carrión Díaz: «La Ley N° 30151 no es una carta blanca para el uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56 (2014), p. 105 y ss.

Villavicencio Terreros: *Derecho Penal*, Parte General, Lima, 2006.

Villavicencio Terreros: *Código penal comentado*, Lima, 2002.

Villavicencio Terreros: *Introducción a la criminología*, Lima, 2000.

Villegas Paiva: «La graduación de la pena por debajo del mínimo legal. Consideraciones a partir del principio de proporcionalidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 48 y ss.

Villegas Paiva: «La función de la pena en un Estado constitucional de Derecho. Una aproximación», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 75 (2015), p. 66 y ss.

Villegas Paiva: «El retraso mental y su relevancia jurídico-penal. La persona con retraso mental como sujeto activo del delito» *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), p. 80 y ss.

Villegas Paiva: *El agraviado y la reparación civil en el nuevo código procesal penal*, Lima, 2013.

Villegas Paiva: «La lucha contra el crimen organizado y el fundamento de la duplicación del plazo prescriptorio de la acción penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 52 (2013), p. 11 y ss.

Villegas Paiva: «Restricciones a la legítima defensa: El caso de las posiciones de garantías en las relaciones familiares y análogas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (2012), p. 41 y ss.

Villegas Paiva: «Elementos configurativos de la legítima defensa en el Derecho Penal Peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 77 y ss.

Vinelli Vereau/Loli Ausejo: «La unidad del título de imputación y la participación del extraneus en los deltios especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 102 (2017), p. 125 y ss.

Vinelli Vereau/Espadín Ventocilla: «Responsabilidad penal de los órganos de representación de las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24 (2011), p. 382 y ss.

Viveiros: «Los delitos de posesión y el principio de protección fragmentaria de bienes jurídicos en el Derecho penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 83 (2016), p. 51 y ss.

Vizueta Fernández: «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *Revista Penal* 19 (2007), p. 162 y ss.

Vogel: «Dolo y error», *CPC* 95 (2008), p. 5 y ss.

Vogel: «Wege zu europäisch-einheitliche Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts», *JZ* 1995, p. 341 y ss.

Vogel: «Los límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán», (trad. Nieto Martín), en *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo/Tiedemann (ed.), Castilla-La Mancha, 1994, p. 43 y ss.

Vogel: «Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung», *GA* 1990, p. 253 y ss.

Vogler: «Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit», *Festschrift für Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 715 y ss.

Vogler: «Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze», *Festschrift für Grütner zum 65. Geburtstag*, Hamburg, 1970, p. 149 y ss.

Volk: «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», *RPDJP* 3 (2002), p. 424 y ss.

Volk: «Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus», *ZStW* 97 (1985), p. 876 y ss.

Volk: *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis vom materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978.

Von Bubnoff: *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg, 1966.

Von Buri: *Einheit und Mehrheit*, Stuttgart, 1879.

Von Freier: *Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin, 1998.

Von Hippel: *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1932.

Von Hippel: *Deutsches Strafrecht*, T. 2, Berlin, 1930.

Von Hippel: «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, AT, T. III, Berlin, 1908, p. 373 y ss.

Von Kries: «Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht», *ZStW* 9 (1889), p. 528 y ss.

Von Kries: *Principien des Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886.

Von Liszt: «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en *Strafrechtliche Aufsätze und Vörtrage*, T. I (1875-1891), Berlin, 1905 (reimp. Berlin, 1970), p. 126 y ss.

Von Liszt: «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche», en *Strafrechtlichen Vorträge und Aufsätze*, I, Berlin 1905 (reimp. 1970), p. 212 y ss.

Von Liszt: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 22. Aufl., 1919.

Von Liszt: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 4. Aufl., 1891.

Von Liszt: *Tratado de Derecho penal*, trad. Jiménez de Asúa, 3ª ed., Madrid, S/f, I, II.

Von Weber: *Lineamientos del Derecho penal alemán*, (trad. Brond), Buenos Aires, 2008.

Von Weber : «Vom Subsumtionsirrtum», *GA* 1953, p. 161 y ss.

Walther: *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg i. Br., 1991.

Warda: «Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre», Jura 1979, pp. 1 y ss., 71 y ss., 113 y ss., 286 y ss.

Warda: *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlin, 1955.

Warda: «Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB», *JR* 1950, p. 547 y ss.

Weber: «Konzeption unnd Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)», *ZStW* 96 (1984), p. 381 y ss.

Wegner: «Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechtes», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, I, Tübingen, 1930, p. 145 y ss.

Wegscheider: *Echte und scheinbare Konkurrenz*, Berlin, 1980.

Weigend: «Grenzen strafbarer Beihilfe», *Festschrift für Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1998, p. 208 y ss.

Weiland: «Globalisierung und rechtliche Verantwortung. Die Unternehmung als Akteur der Gesellschaft», en Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 55

Welzel: *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Montevideo, 2006.

Welzel: *Estudios de Derecho penal*, (trad. Aboso/Löw), Montevideo, 2003.

Welzel: «Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes», en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 224 y ss.

Welzel: Irrtum über die Rechtsmäßigkeit des Handelns, (1948) en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 251 y ss.

Welzel: *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969.

Welzel: *El nuevo sistema del Derecho penal*, (trad. Cerezo Mir), Barcelona, 1964.

Welzel: *Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964.

Welzel: «Der Parteiverrat und die Irrtumslehre (Tatbestands-, Verbots-, Susbsumtionsirrtum», *JZ* 1954, p. 276 y ss.

Welzel: «Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht», *NJW* 1953, p. 487 y ss.

Welzel: «Arten des Verbotsirrtum», *JZ* 1953, p. 266 y ss.

Welzel: «Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum», *MDR* 1952, p. 584 y ss.

Welzel: «Persönlichkeit und Schuld», *ZStW* 60 (1941), p. 429 y ss.

Welzel: «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW* 58 (1939), p. 491 y ss.

Wellner: «Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions», *Cardozo Law Review* 27 (2005), p. 505 y ss.

Wiegand/Zabel: «Zur Notwendigkeit der Präzisierung des Merkmals der „Gegenwärtigkeit" des Angriffs im Rahmen der Dogmatik zu § 32 Abs. 2 StGB», *HRRS* 6/2004, p. 202 y ss.

Wieland, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 58

Wiesener: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Frankfurt, 1971.

Wilenmann: *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, 2017.

Wilenmann: «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret* 1/2016, p. 1 y ss.

Wilenmann: «Injusto, justificación e imputación», en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Mañalich (coord.), Montevideo, 2015, p. 99 y ss.

Wilkenbauer: *Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, Berlin, 1985

Willke: Systemtheorie I: Grundlagen, 5. Aufl., Stuttgart, 1996.

Witteck: *Der Betreiber im Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, 2004.

Wohlers: «Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit», *NStZ* 2000, p. 170 y ss.

Wohlers: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte*, Berlin, 2000.

Wohlers: «Gehilfeschaft durch „neutrale" Handlungen – Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten», *SchwZStr* 117 (1999), p. 425 y ss.

Wolf, E.: *Las categorías de la tipicidad*, (trad. Carrasco), Valencia, 2005.

Wolf, E.: «Die Wertung der Rechtsgüter im Reichsstrafgesetzbuch und ihre Umwertung durch die Reform», *Die Justiz* III (1927/1928), p. 110 y ss.

Wolff: «Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen», en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1987, p. 137 y ss.

Wolff: «Das neuere Verstädnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», en *ZStW* 97 (1985), p. 786 y ss.

Wolff: «Das Problem der Handlung im Strafrecht», *Gedächtnisschrift für Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 291 y ss.

Wolff: *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, Heidelberg, 1964.

Wolter: «Der „unmittelbaren" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt», *GA* 1984, p. 443 y ss.

Wolter: «Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte», *JuS* 1981, p. 168 y ss.

WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981.

WOLTER: «Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum», *JuS* 1979, p. 482 y ss.

WULF: «Strafbarkeit der Vermögensteuerhinterziehung und § 370 AO als Blankettgesetz», *Wistra* 2001, p. 43 y ss.

YACOBUCCI: «Criterios de imputación frente al delito flagrante provocado», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, 2017, p. 891 y ss.

YACOBUCCI: «Límites racionales al derecho penal», *Actualidad Penal* 10 (2015), p. 72 y ss.

YACOBUCCI: *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, 2002.

YARLEQUÉ MONTERO: «Precisiones cualitativas y cuantitativas del Decreto Legislativo N° 1243, que incorpora la inhabilitación perpetua», *Actualidad Penal* 31 (2017), p. 15 y ss.

YON RUESTA/TORRES COX: «Legítima defensa y acciones disvaliosas», *Actualidad Jurídica*, T. 172 (marzo de 2008), p. 103 y ss.

YON RUESTA: «El juez penal y el control difuso: análisis a partir de dos leyes», *Derecho PUCP* 53 (2001), p. 977 y ss.

YSHÍ MEZA: «El principio de legalidad (lex certa) y la pena de inhabilitación en los códigos penales peruano y español», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49 (2013), p. 82 y ss.

YVANCOVICH VÁSQUEZ: «El desistimiento en la tentativa acabada y la determinación material de su voluntariedad», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 53 (2013), p. 61 y ss.

ZACZYK: *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Bogotá, 2010.

ZACZYK: *Strafrechtliche Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993.

ZACZYK: «Der Begriff „Gesellschaftsgefährlichkeit" im deutschen Strafrecht», en *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), Frankfurt a.M. 1990, p. 113 y ss.

ZACZYK: «Der verschuldete Verbotsirrtum – BayObLG, NJW 1989, 1744», *JuS* 1990, p. 889 y ss.

ZACZYK: *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1987.

ZAFFARONI: *Manual de Derecho penal*, Parte General, I, Lima, 1998.

ZAFFARONI: *Tratado de Derecho penal*, I, Parte General, Buenos Aires, 1987.

ZANABRIA CHÁVEZ: *Acerca de la actio libera in causa*, Lima, 2004.

ZARZOSA CAMPOS: *La reparación civil del ilícito penal*, Lima, 2001.

ZIEHER: *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, Berlin, 1977.

ZIELINSKI: *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973

ZIESCHANG: *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin, 1998.

ZIFFER: *Medidas de seguridad*, Buenos Aires, 2008.

ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999.

ZIPF: «Principios fundamentales de la determinación de la pena», (trad. Mir Puig), *CPC* 17 (1982), p. 353 y ss.

ZIPF: *Introducción a la política criminal*, (trad. Izquierdo), Madrid, 1979.

Zornoza Pérez: «Levantamiento del velo y determinación de la couta en el delito de defraudación tributaria», en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dir.), Pamplona, 2002, p. 225 y ss.

Zugaldía Espinar: «El principio de culpabilidad en las reformas penales», en *Teoría del delito. Problemas fundamentales*. Pariona/Pérez Alonso (coord.), Lima, 2015, p. 207 y ss.

Zugaldía Espinar: «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 493 y ss.

Zugaldía Espinar: «Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en CDJ: *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997, p. 213 y ss.

Zugaldía Espinar: «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas», *RPJ* 46 (1997), p. 327 y ss.

Zugaldía Espinar: «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *CPC* 53 (1994), p. 613 y ss.

Zúñiga Ríos: «El error de tipo invencible como causa de exclusión de la responsabilidad penal», *Actualidad Penal* 7 (2015), p. 130 y ss.

Zúñiga Ríos: «El principio de confianza como causa de exclusión del tipo objetivo», *Actualidad Penal* 10 (2015), p. 96 y ss.

Zúñiga Ríos: «La determinación judicial de la pena. Reflexiones sobre las limitaciones a la arbitrariedad judicial», *Actualidad Penal* 3 (2014), p. 144 y ss.

Zuñiga Rodríguez: «Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP: Principales problemas de aplicación», *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dir.), Lima, 2003, p. 474 y ss.

Zúñiga Rodríguez: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Pamplona, 2003.

Zúñiga Rodríguez: *Política criminal*, Madrid, 2001.

Zúniga Rodríguez: «Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé/Anarte Borrallo (ed.), Huelva, 1999, p. 205 y ss.

Zúñiga Rodríguez: «La obediencia debida: Consideraciones dogmáticas y político-criminales», *Nuevo Foro Penal* 53 (1991), p. 331 y ss.

Derecho Penal - Parte general de Percy García Cavero,
se imprimió en la República de Perú en 2019.

Después de siete años cumplo con hacer entrega de una nueva edición del presente trabajo dedicado a la Parte General del Derecho Penal. Su primera edición estuvo dirigida a contribuir con la enseñanza del curso de Derecho Penal a los estudiantes de Derecho (por eso, el título inicial de "Lecciones"), pero la segunda edición alcanzó un nivel de mayor especialización en el tratamiento de los distintos temas. Esta tercera edición apunta a profundizar aún más el estudio de las instituciones generales del Derecho Penal, procurando un tratamiento integral y exhaustivo. Su estructura general se mantiene dividida en cuatro partes: Fundamentos, ley penal, teoría del delito y teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Además de la necesaria actualización bibliográfica y jurisprudencial realizada en cada uno de los capítulos, se ha agregado uno nuevo referido a las personas jurídicas a raíz de la aprobación de la Ley N° 30424. El capítulo que más cambios ha sufrido es el referido a la pena, debido a las múltiples modificaciones legales y a los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema, al punto de convertirse en el capítulo más largo.

Esta nueva edición ha sido la que más me ha costado concluir, posiblemente por el drama común del pluriempleo al que estamos condenados los profesores universitarios en el Perú. Pero sale en un momento, en el que, en mi modesta opinión, la discusión jurídica (y, en especialmente, la jurídico-penal) ha caído en un nivel de poca rigurosidad e incluso de manipulación: Legisladores que aprueban leyes penales para la tribuna sin ningún criterio técnico, periodistas que pontifican en temas penales en función de su línea editorial, políticos que presionan a jueces o fiscales con amenazas de escándalo, opinólogos que sirven a la tendencia de turno por cinco minutos de fama, activistas que creen que el derecho penal está a disposición de sus convicciones ideológicas y algún que otro mesías que cree que con el sistema penal va a cambiar el país y resolver los problemas de todos los peruanos.

ideas
Solución Editorial