CÍFI

CUT
LÍFIC

DERECHO PENAL
Parte general

JORGE PÉREZ LÓPEZ

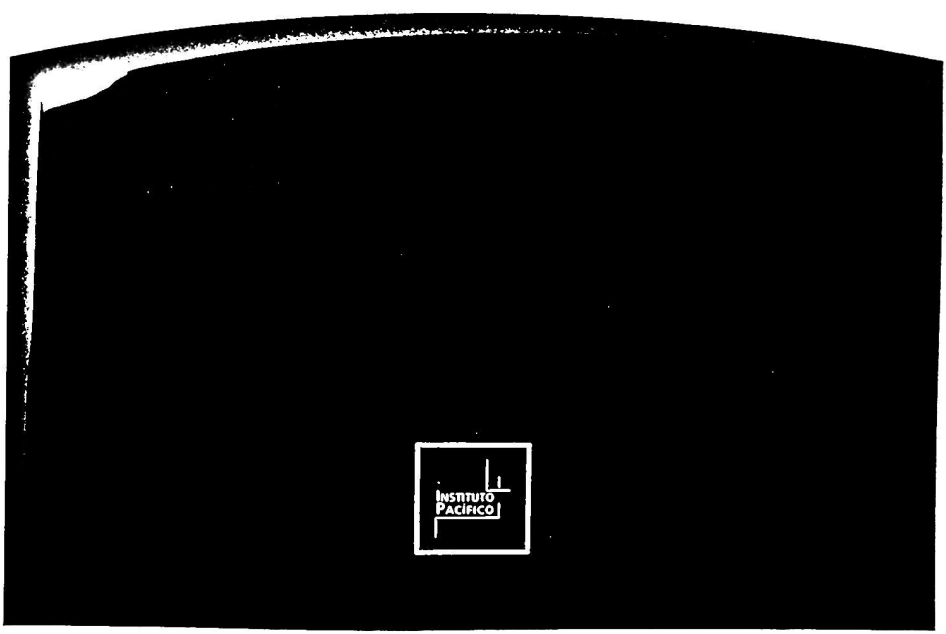
INSTITUTO PACÍFICO



JORGE PÉREZ LÓPEZ

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL



INSTITUTO
PACÍFICO

DERECHO PENAL- PARTE GENERAL

Autor:
© Jorge Pérez López, 2021

Primera edición- Marzo 2021

Copyright 2021
Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje: Luis Ruiz Martinez

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C.-2021
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 619-3700
E-mail: preprensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 3,500 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501052100080
ISBN : 978-612-322-270-3
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° : 2021-02248

Impresión a cargo de:
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 619-3720

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

A mi hermana Rosario y a mis sobrinos
Giancarlo, Luis Alberto y Pamela.

PRESENTACIÓN

Desde que me dedico a la enseñanza del derecho penal, hace más de diez años, una de las exigencias de mis estudiantes es que les recomiende bibliografía en la que se abarquen los lineamientos elementales de la parte general. En ese sentido, con la finalidad de que cuenten con otro material que pueda ser revisado para la adquisición de conocimientos básicos de esta importante rama del derecho, me animé a elaborar el presente manual. Está dividido en 14 lecciones, con el propósito de que el estudio de los institutos penales de la introducción, la teoría jurídica del delito y la teoría de la pena sea realizado de manera ordenada.

La primera lección está dedicada al estudio del derecho penal como medio de control social, cuya finalidad es imponer penas o medidas de seguridad cuando se han cometido actos considerados delictivos por el legislador. Este es el punto de partida de la presente publicación.

El derecho penal, en mérito al *ius puniendi*, tiene como una de sus principales características constituir el instrumento más enérgico del que dispone el Estado para evitar las conductas más indeseadas e insoportables de la sociedad, pues su intervención supone una grave afectación de derechos de los ciudadanos, sobre todo el de la libertad personal (libre tránsito). Por esta razón, su restricción y limitación debe producirse en concordancia con los principios fundamentales reconocidos en el título preliminar del Código Penal, que serán explicados uno a uno en la segunda lección de la presente obra.

En la tercera lección nos referiremos a la ley penal, que es la manifestación escrita de la voluntad del Estado en todo lo que atañe al ilícito

penal y a sus consecuencias jurídicas, los delitos, las faltas, las penas y las medidas de seguridad a imponer a las personas que sean penalmente responsables. Asimismo, explicaremos en qué consiste la aplicación territorial, temporal y personal de la ley penal.

La teoría del delito será abarcada a partir de la cuarta lección, como un instrumento sustancial para establecer la responsabilidad de una persona imputada por la comisión de un hecho delictivo. Toda conducta para constituir un delito debe ser típica, antijurídica y culpable, por lo que cada uno de estos elementos serán estudiados, así como los parámetros que, en cada caso en particular, deberán analizarse con la finalidad de establecer si se ha realizado la vulneración o amenaza de un bien jurídico considerado fundamental y, por ende, si la potestad persecutoria que ejerce el Ministerio Público o el interesado, en el caso de procesos de ejercicio privado de la acción, debe ser aplicada o no.

La teoría del delito constituye un medio o instrumento de garantía para el imputado, ya que es inconcebible el dictado de una sentencia condenatoria en contra de una persona acusada si antes dicha conducta no ha sido analizada a la luz de lo que informa, como medio idóneo para verificar el carácter delictivo de la ella. En esta misma línea, la falta de acción, la atipicidad de la conducta, la confluencia de una causa de justificación en dicha conducta, o la inculpabilidad de la persona acusada, podrían determinar que su conducta no sea considerada delictiva.

En la décima lección del presente libro estudiaremos el conjunto de actos realizados por el agente para llegar a la consumación del delito, que va desde la idea o el propósito de cometer lo que surge en la mente hasta el agotamiento del ilícito penal, pasando previamente por los actos preparatorios, los de ejecución y los de consumación. Este proceso es conocido doctrinariamente como *iter criminis* o camino del delito.

En la undécima lección abordaremos uno de los temas más comentados en la dogmática penal, esto es, la autoría y participación criminal, por lo que estudiaremos las diversas construcciones científicas que buscan establecer el criterio más adecuado para definir lo que ha de entenderse por autor (directo, mediato o coautor) o partícipe (instigador o cómplice), de conformidad con lo que el propio legislador y la doctrina ha establecido para distinguir cada una de las mencionadas categorías.

En la lección décimo segunda estudiaremos las consecuencias del delito, principalmente la pena, que es una manifestación directa del poder punitivo estatal, aplicada siempre y cuando se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado. Aunque la pena tradicionalmente utilizada por los operadores de justicia es la privación de la libertad, nuestro Código Penal introduce mecanismos alternativos a la cárcel, como la reparación civil y las consecuencias accesorias del ilícito penal. Estos serán materia de estudio.

En la lección décimo tercera analizaremos el concurso de leyes y de delitos, pues en estos casos el operador del derecho se encuentra con hechos de difícil subsunción en el tipo penal correcto. Este tema permite dilucidar si nos encontramos ante una sola acción o ante varias acciones delictivas, así como establecer cuál es el delito que se habría cometido y la norma penal aplicable.

Para culminar, en la última lección de la obra, abordaremos el estudio de la extinción de la acción penal y de la pena, lo que en ciertas situaciones permitirá establecer la imposibilidad de pronunciarse sobre la responsabilidad penal, para afirmarla o para negarla, y en otras ocasionará la exclusión total o parcial de los efectos de esta. Esto quiere decir que la extinción del poder estatal de sancionar puede presentarse antes de dictarse sentencia de condena o después de que ella se haya ejecutado o consentido. En el primer caso, se habla de extinción de la acción penal, mientras que en el segundo de la extinción de la pena.

Espero que el presente libro contribuya al estudio de la parte general del derecho penal y de sus más importantes instituciones. Finalmente, quisiera agradecer a todas las personas que contribuyeron con la elaboración y publicación del presente manual.

Lima, febrero del 2021
JORGE PÉREZ LÓPEZ

TABLA *de* CONTENIDO

Presentación 9

27 **LECCIÓN 1**
EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

1. Introducción 27
2. Control social 28
   - 2.1. El control social de acción 28
   - 2.2. El control social de respuesta o de reacción 29
     - 2.2.1. El control indirecto o informal 29
     - 2.2.2. Control directo o formal 30
3. Derecho penal 32
   - 3.1. Características del derecho penal 35
   - 3.2. Función y fines del derecho penal 36
4. Justificación del derecho penal 38
5. Derecho penal objetivo 39
   - 5.1. La norma penal 40
   - 5.2. La pena 41
     - 5.2.1. Las teorías absolutas de la pena 43
     - 5.2.2. Las teorías relativas de la pena 46
     - 5.2.3. Las teorías de la unión 53
   - 5.3. Las medidas de seguridad 56
6. Derecho penal subjetivo 58

7. Bien jurídico 60
8. Estructura tridimensional del derecho penal 65
8.1. La criminología 65
8.2. Dogmática penal 70
8.3. Política criminal 70
9. Derecho penal y derecho disciplinario 73

79 LECCIÓN 2
PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

1. Introducción 79
2. Principio de legalidad 83
3. Principio de prohibición de analogía 90
4. Principio de lesividad 93
5. Principio de jurisdiccionalidad de las penas y medidas de seguridad 98
6. Principio de ejecución legal de la pena 100
7. Principio de culpabilidad o de responsabilidad penal 102
8. Principio de proporcionalidad de la pena 106
8.1. Principio de necesidad y principio de mínima intervención 110
8.2. Principio de racionalidad y humanidad de las penas 112

113 LECCIÓN 3
LA LEY PENAL

1. Introducción 113
2. Definición y características de la ley penal 114
2.1. Las leyes penales incompletas 114
2.2. Leyes penales en blanco 116
2.3. Las leyes penales abiertas 116
3. La aplicación de la ley penal 117

3.1. Aplicación espacial o territorial de la ley penal 118
3.1.1. Principio de territorialidad 118
3.1.2. Principio de extraterritorialidad o ultraterritorialidad 132
3.1.3. Excepciones a la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana 139
3.2. Aplicación temporal de la ley penal 139
3.2.1. Principio general: irretroactividad de la ley penal 144
3.2.2. Principio excepcional: retroactividad de la ley penal 145
3.2.3. Principio excepcional de excepción: ultractividad de la ley penal 149
3.3. Aplicación personal de la ley penal 150
3.3.1. La inviolabilidad 151
3.3.2. La inmunidad 151
3.3.3. El privilegio procesal del antejuicio 152
3.3.4. Excepciones del derecho internacional 152

155 LECCIÓN 4
TEORÍA DEL DELITO

1. Introducción 155
2. Delito 156
3. Finalidad de la teoría del delito 159
4. Evolución y desarrollo de las teorías que explican el delito 160
4.1. Causalismo naturalista 160
4.2. Causalismo valorativo 163
4.3. La teoría finalista de la acción 165
4.4. La teoría del funcionalismo. Planteamientos político-criminales 169
4.4.1. El funcionalismo moderado 170
4.4.2. El funcionalismo sociológico o radical 172

175 LECCIÓN 5
ACCIÓN O CONDUCTA

1. Introducción 175
2. Definición 176
3. Evolución del concepto de acción 179
   3.1. Concepto causal o natural de la acción 180
   3.2. Concepto finalista de la acción 182
   3.3. Concepto social de la acción 185
   3.4. Concepto negativo de la acción 188
   3.5. Concepto personal de la acción 189
   3.6. Concepto funcional de la acción 191
4. Delitos comisivos y omisivos 193
   4.1. Delito de comisión (por acción) 194
   4.2. Delito por omisión 195
      4.2.1. Omisión propia 196
      4.2.2. Omisión impropia (comisión por omisión) 197
5. Tratamiento de las personas jurídicas 199
6. Ausencia de acción 206
   6.1. Fuerza física irresistible 206
   6.2. Movimientos reflejos 209
   6.3. Estados de inconsciencia 211
7. *Actio libera in causa* 212

215 LECCIÓN 6
TIPICIDAD OBJETIVA

1. Introducción 215
2. Tipo penal 216
3. Funciones del tipo penal 217
   3.1. Función seleccionadora 218

3.2. Función de garantía 218
3.3. Función indiciaria 218
3.4. Función motivadora 219
4. Estructura de la tipicidad 219
5. Tipicidad objetiva 220
5.1. Elementos que integran el tipo penal 220
5.1.1. Elementos descriptivos 221
5.1.2. Elementos normativos 221
5.2. Elementos referentes al bien jurídico protegido 222
5.2.1. Delitos de lesión 223
5.2.2. Delitos de peligro 223
5.3. Elementos referentes a la acción o conducta 224
5.3.1. Delitos de mera o pura actividad 226
5.3.2. Delitos de resultado 226
5.4. Elementos referentes al autor y sujeto pasivo 226
5.4.1. Sujeto activo 227
5.4.2. Sujeto pasivo 228
5.5. La relación causal 229
5.6. La imputación objetiva 234
5.6.1. Criterios para determinar la imputación objetiva . 235
5.6.2. Teorías de la imputación objetiva 243
5.7. Objeto material del delito 264
5.7.1. Aspecto material 264
5.7.2. Aspecto jurídico 265
5.8. Tipo y adecuación social 265
5.9. Teoría del tipo conglobante 267
5.10. Obrar por disposición de la ley 270
5.11. Obrar en cumplimiento de un deber 273
5.12. Consentimiento voluntario de la víctima 278

287 LECCIÓN 7 TIPICIDAD SUBJETIVA

1. Introducción 287
2. Tipo doloso 288
2.1. Clases de dolo 292
2.1.1. Dolo directo 293
2.1.2. Dolo de consecuencias necesarias 293
2.1.3. Dolo eventual 294
2.2. El error de tipo: ausencia de dolo 297
2.2.1. Error de tipo invencible o inevitable 303
2.2.2. Error de tipo vencible o evitable 305
2.3. Modalidades particulares de error 306
2.3.1. *Error in personam vel in objecto* (el error sobre el objeto de la acción) 306
2.3.2. *Aberratio ictus* 31
2.3.3. Dolus generalis 319
3. Tipo culposo o imprudente 325
3.1. Estructura del tipo imprudente 328
3.1.1. Elemento normativo 328
3.1.2. Elemento descriptivo 329
3.2. Clases de culpa 330
3.2.1. Culpa consciente (con representación) 330
3.2.2. Culpa inconsciente (sin representación) 332

333 LECCIÓN 8 ANTIJURICIDAD

1. Introducción 333
2. Antijuridicidad e ilicitud 334
3. Antijuricidad formal y antijuricidad material 337
4. Causas de justificación 342
4.1. Teorías de la justificación 345

4.1.1. Teoría monista de la justificación 345
4.1.2. Teoría pluralista de la justificación 346
4.2. Causas de justificación según el Código Penal 347
4.2.1. Legítima defensa 347
4.2.2. Estado de necesidad justificante 360
4.2.3. Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo 374
4.2.4. Obediencia debida o jerárquica 387
4.3. Fundamento de las causas de justificación 403
4.4. Elementos objetivos y subjetivos de las causas de justificación 407
4.5. Características generales de las causas de justificación 410
4.5.1. Están dadas por todo el ordenamiento jurídico 410
4.5.2. Contienen una autorización para realizar la acción típica 411
4.5.3. Si la situación de justificación ha sido creada intencionalmente, no procede el amparo de una causa de justificación 411
4.5.4. La existencia de una causa de justificación requiere el conocimiento de la situación objetiva que la fundamenta 411
4.6. Efectos de las causas de justificación 412

415 **LECCIÓN 9**
LA CULPABILIDAD O IMPUTACIÓN PERSONAL

1. Introducción 415
2. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad 416
2.1. Causales de inimputabilidad 417
2.1.1. Anomalía psíquica 418
2.1.2. Grave alteración de la conciencia 434
2.1.3. Alteraciones de la percepción 438
2.1.4. Minoría de edad 444

3. Conocimiento o conciencia de antijuricidad de la conducta.... 452
3.1. Error de prohibición.... 452
3.1.1. Error de prohibición directo.... 456
3.1.2. Error de prohibición indirecto.... 459
3.1.3. Error de prohibición vencible o evitable.... 461
3.1.4. Error de prohibición invencible o inevitable.... 462
3.2. Error de comprensión culturalmente condicionado.... 465
3.2.1. Conflicto de diversos sistemas de valores.... 474
3.2.2. Falta de comprensión o falta de determinación del carácter delictuoso de su comportamiento.... 475
3.2.2. Grado de integración con el sistema cultural oficial (vencibilidad del error).... 476
4. Exigibilidad de otra conducta.... 478
4.1. Estado de necesidad exculpante.... 479
4.1.1. Colisión de intereses de similar jerarquía: vida, integridad corporal y libertad.... 482
4.1.2. El peligro debe ser real, actual y grave.... 483
4.1.3. Acción necesaria: única posibilidad de salvación y elección de la vía de salvación menos lesiva.... 484
4.1.4. El círculo de personas privilegiadas.... 485
4.2. Miedo insuperable.... 486
4.2.1. La existencia del miedo.... 490
4.2.2. El miedo ha de ser insuperable.... 491
5. Punibilidad.... 497
5.1. Condiciones (objetivas) de punibilidad.... 499
5.2. Excusas legales absolutorias.... 501

503 LECCIÓN 10
FASES DEL DESARROLLO DEL DELITO

1. Definición del *iter criminis*.... 505
2. Fase interna del delito.... 509
2.1. Ideación.... 510

3. Fase externa del delito 513
3.1. Preparación (actos preparatorios) 514
3.2. Ejecución 520
3.2.1. Tentativa 521
3.2.2. Desistimiento voluntario 525
3.2.3. Tentativa inidónea 527
3.2.4. Delito putativo 534
3.2.5. Tentativa irreal o supersticiosa 536
3.3. Consumación 537
3.3.1. Agotamiento del delito 539
4. Delito culposo *e iter criminis* 541

543 **LECCIÓN 11**
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. Introducción 543
2. Distinción entre autores y partícipes 545
2.1. Concepto unitario de autor 546
2.2. Concepto extensivo de autor 547
2.3. Concepto restrictivo de autor 550
2.3.1. Teoría formal-objetiva 552
2.3.2. Teoría material-objetiva 554
2.3.3. La teoría del dominio del hecho 555
3. Autoría 564
3.1. Autoría directa 565
3.2. Autoría mediata 566
3.2.1. Supuestos de autoría mediata 568
3.3. Coautoría 578
3.3.1. Requisitos 579
3.3.2. Características 581
4. Participación delictiva 584
4.1. Instigación o inducción 594

4.1.1. Requisitos 598
4.2. Complicidad 605
4.2.1. Requisitos 608
4.2.2. Complicidad primaria 614
4.2.3. Complicidad secundaria 615
5. Participación en los delitos especiales 618
5.1. La no concurrencia en el cómplice de los elementos especiales del autor (D. Leg. N.° 1351) 620

625 LECCIÓN 12 CONSECUENCIAS DEL DELITO

1. Consecuencias jurídicas del delito: la pena 625
1.1. Características de la pena 627
1.1.1. Personal 627
1.1.2. Proporcional 627
1.1.3. Legal 628
1.2. Clasificación de las penas 628
1.2.1. Pena privativa de libertad 629
1.2.2. Pena restrictiva de la libertad: expulsión de los extranjeros 640
1.2.3. Penas limitativas de derechos 641
1.2.4. Pena de multa 649
1.3. Determinación de la pena 650
1.3.1. Circunstancias genéricas 653
1.3.2. Circunstancias específicas 655
1.3.3. Circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas 655
1.4. Reincidencia 657
1.5. Habitualidad 664
1.6. Instituciones de despenalización 666
1.6.1. Reserva del fallo condenatorio 666
1.6.2. Exención de la pena 670

1.7. Rehabilitación 671
1.8. Medidas de seguridad 674
1.8.1. Internación 675
1.8.2. Tratamiento ambulatorio 676
2. Consecuencias económicas del delito: la reparación civil 676
3. Consecuencias accesorias del delito 680
3.1. El decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito 680
3.2. Privación de beneficios obtenidos por personas jurídicas a causa de infracción penal de sus funcionarios 682
3.3. Medidas aplicables a las personas jurídicas 683
3.3.1. Clausura de locales o establecimientos 684
3.3.2. Disolución y liquidación de la sociedad 684
3.3.3. Suspensión de las actividades de la sociedad 685
3.3.4. Prohibición de realizar actividades 685
3.3.5. Intervención de la persona jurídica 685

687 LECCIÓN 13
CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS

1. Unidad y pluralidad de comportamientos 687
2. Concurso ideal de delitos 690
2.1. Requisitos del concurso ideal de delitos 691
2.1.1. La unidad de acción 692
2.1.2. Doble o múltiple desvaloración de la ley penal 692
2.1.3. La identidad del sujeto activo 693
2.1.4. La unidad y pluralidad de sujetos pasivos 693
2.2. Concurso ideal heterogéneo 694
2.3. Concurso ideal homogéneo 694
3. Concurso real de delitos 694
3.1. Concurso real heterogéneo 697
3.2. Concurso real homogéneo 697

3.3. Concurso real retrospectivo 697
4. Delito continuado 699
4.1. Elementos del delito continuado 701
4.1.1. Pluralidad de acciones y omisiones 701
4.1.2. Identidad del bien jurídico lesionado 702
4.1.3. Unidad de sujeto activo 704
4.1.4. Realización de las acciones en diversos momentos 705
4.1.5. Unidad de resolución criminal (requisito subjetivo) 706
5. Delito masa 707
6. Concurso aparente de leyes 709
6.1. Criterios aplicables al concurso aparente de leyes 710
6.1.1. Principio de alternatividad 711
6.1.2. Principio de especialidad 712
6.1.3. Principio de consunción 713
6.1.4. Principio de subsidiaridad 713

717 LECCIÓN 14
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL
Y DE LA PENA

1. Causales comunes a la extinción de la acción penal y de la pena 718
1.1. Muerte del imputado o condenado 719
1.2. Prescripción de la acción penal y de la pena 721
1.3. Amnistía 736
2. Causas exclusivas de extinción de la acción penal 739
2.1. Sentencia civil ejecutoriada que destipifica la imputación 739
2.2. Autoridad de cosa juzgada 740
2.3. Desistimiento 743
2.4. Transacción 745

2.5. Derecho de gracia 746
3. Causas exclusivas de la extinción de la pena 748
3.1. Indulto 748
3.2. Cumplimiento de la pena 750
3.3. Exención de la pena 751
3.4. Perdón del ofendido 752
3.5. Conmutación de pena 753

Bibliografía 755

LECCIÓN 1
EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN

El concepto *control social,* según BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, comprende "los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la comunidad responde a los comportamientos transgresores"[1].

Este amplio concepto "abarca cualquier cosa que garantice el orden social, como el sistema educativo, sanitario o asistencial del Estado y, en general, todo el sistema de organización social"[2]. Y es que toda sociedad se organiza en torno a un determinado "orden" (constituido por un cúmulo de valores, ideologías, historia... socialmente predominantes). El derecho es el instrumento jurídico que, sumado a los mecanismos sociales naturales (la educación, la familia, la religión, etc.), procura proteger dicho orden social, con una finalidad última: el mantenimiento de la convivencia pacífica de los ciudadanos.

1 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal,* vol. I, Madrid: Trotta, 1997, p. 15.

2 BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal,* ob. cit., p. 15.

2. CONTROL SOCIAL

Entendemos como control social al conjunto de medios o repercusiones sociales que sirven para ordenar y regular el comportamiento humano externo en diversos aspectos.

El control social, según Muñoz Conde y García Arán, es "una condición de la vida social. Con él se asegura el cumplimiento de las expectativas de conductas y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente [...]. El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros"[3], por ello es inimaginable una sociedad sin control social.

En el control social se complementan dos aspectos: 1) las estrategias de prevención de una conducta y 2) la reacción social frente a su realización. La primera consiste en actuar sobre el individuo para conformarlo mentalmente y que internalice las normas sociales, es decir, se actúa activamente para la construcción de la conformidad[4]; mientras que la segunda "se centra en las respuestas sociales que provoca una conducta no deseada"[5].

2.1. El control social de acción

Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée indican:

> Los *mecanismos sociales dirigidos a obtener la aceptación del sistema de valores del orden social* son múltiples y variados. En todo caso, *tienen*

3 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 69.

4 Cfr. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 16.

5 *Loc. cit.*

como objetivo común que el individuo internalice esos valores hasta el punto de aceptarlos como propios y que en sus relaciones sociales se comporte conforme a dichos valores. La interiorización de estos valores habrá de generar en el individuo controles internos. Estos controles [...] condicionarán un comportamiento conforme a la norma social, esto es, que se correspondan con lo que se espera de él.

En el proceso de construcción de la conformidad tienen especial importancia los llamados mecanismos de socialización [...]. Los mecanismos de socialización tienen por objeto inducir en el individuo las significaciones del mundo social, con la finalidad de que las internalice como realidad y así participar en la dialéctica social.

[...]

No obstante, *toda forma de control social, y en particular el preventivo, presenta deficiencias.* La naturaleza crítica del hombre limitada por los condicionamientos que le impone la estructura social pone de manifiesto la vulnerabilidad de esta forma de control. *Ante la eventual incapacidad en algunos casos del control social activo, surge como siguiente eslabón una respuesta o reacción del sistema social* ante una ocasional desviación[6]. [La cursiva es nuestra].

2.2. El control social de respuesta o de reacción

El control social de respuesta o reacción se divide en control social formal y control social informal. La diferencia entre ambos radica en la naturaleza del órgano que ejerce el control, por ejemplo, la familia posee un alto grado de formalización e institucionalización, pero es un mecanismo de control informal, como veremos a continuación.

2.2.1. El control indirecto o informal

Este control no se realiza a través del Estado, ya que su carácter represivo sobre las personas no se manifiesta de manera directa, sino

6 *Ibid.*, pp. 16-18.

que la presión viene de otros individuos o grupos, como, por ejemplo, la familia, la vecindad, la escuela, la iglesia, el centro de trabajo, el partido político, etc. Estos grupos no aceptan ciertas conductas, es decir, las rechazan socialmente y este rechazo es el que controla a la persona.

Para Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, "el control social informal lo ejercen instituciones sociales no en forma primordial sino como actividad complementaria [...]. [S]e rige por un sistema normativo informal de usos, costumbres, tradiciones y con frecuentes apelaciones a un código ético o moral no escrito y también a la reciprocidad. Sus sanciones pueden ser según las circunstancias muy duras, arbitrarias y desproporcionadas. Pueden consistir en burlas, pérdidas del puesto de trabajo, aislamiento social, reproches, pérdida de la consideración social, de posición e ingresos económicos"[7].

2.2.2. Control directo o formal

El control social formal se manifiesta a través del poder del Estado, ya que este es quien reprime y controla a las personas.

En ese sentido, es necesario tener conocimiento de la siguiente definición de control social formal:

> [E]s el que es ejercido por instancias que han sido establecidas precisamente con la finalidad de ejercer control social, como la policía, los tribunales, el derecho penal, el procedimiento penal, los establecimientos penitenciarios en un sentido amplio (cárceles, establecimientos socio-terapéuticos, etc.) y también las oficinas encargadas de registrar, clasificar y archivar la información sobre personas que alguna vez han sido objeto de alguna sanción penal. Al contrario de lo que sucede con el control social informal, la respuesta de este tipo de control ante la conducta desviada está regulada por el derecho escrito[8].

7 *Ibid.*, p. 18.

8 *Ibid.*, pp. 18 y 19.

La actividad punitiva, según HURTADO POZO, "constituye uno de los dominios en los que el Estado ejerce su poder, con el fin de establecer o conservar las condiciones necesarias para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria"[9]. En este sentido, el derecho penal es un *instrumento de control social* que opera junto con otros de idéntica finalidad.

Como vemos, esta rama del derecho no es el único medio de control social formal, pero sí es el último al que se debe recurrir (*ultima ratio*). El aspecto más destacable de las instancias de control social formal es "que todas se integran dentro de un sistema total dinámico en que cada una de ellas constituye una pieza con funciones definidas"[10].

Tanto en los casos que sanciona como en la forma de sancionar el derecho penal es violencia. Esta es la característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o la protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos; sin embargo, lo que diferencia al derecho penal de otras instituciones de control social es "la formalización del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas [...]. El control social jurídico-penal es, además, un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto"[11].

Por su parte, BACIGALUPO ZAPATER señala:

> El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social [...]. [P]rocura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con

9 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal*, 2.ª ed., Lima: Eddili, 1987, p. 10.

10 BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 19.

11 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., ob. cit., p. 31.

> sanciones de un rigor considerable: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que estas se conectan son —en principio— los más intolerables para el sistema social[12].

En síntesis, la finalidad de los controles sociales, tanto formales como informales, es mantener y asegurar la convivencia de las personas que conforman la sociedad. En ese sentido, el derecho penal se configura como un medio de control social caracterizado por imponer sanciones (penas o medidas de seguridad) cuando se han cometido conductas graves que atentan contra los bienes jurídicos de mayor valor. Entonces, el derecho penal cumple con una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito.

3. DERECHO PENAL

Hurtado Pozo, citando a Hart, refiere que "el derecho penal, como parte del derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común"[13].

> Mediante el [derecho penal] se determinan y definen ciertos comportamientos, los cuales no deben ser realizados [...] o, queridos o no, deben ser ejecutados [...]. A fin de conseguir que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten, según sea el caso, tales actos, se recurre a la amenaza de una sanción. El Estado espera [...] orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos a que sean realizados de cierta manera, para así lograr la aplicación de ciertos esquemas de vida social. Solo cuando fracasa su tarea de evitar la realización de los actos no deseados, interviene el funcionario judicial para hacer efectiva la sanción penal[14].

Por su parte, Mir Puig, criticando a Von Liszt, señala:

---

12 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Manual de derecho penal*, 3.ª reimp., Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998, p. 1.

13 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal*, ob. cit., p. 10.

14 *Loc. cit.*

> Von Liszt propuso una definición de derecho penal que ha servido de base a la mayor parte de las formuladas [...]: "Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, y a la pena, como legítima consecuencia".
>
> Esta definición es [...] excesivamente *estrecha*, porque no da cabida a las *medidas de seguridad*, que a lo largo de este siglo han ido ingresando en la mayor parte de los sistemas penales [...]. Por esta razón, las definiciones actuales del derecho penal suelen añadir a la fórmula de Von Liszt una referencia a las medidas de seguridad: El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que al delito como presupuesto asocian penas y (o) medidas de seguridad como consecuencia jurídica.
>
> [...]
>
> El derecho penal ya no es hoy solo el derecho de la pena. Se plantea con ello la cuestión de si [su] denominación [...] es, a la vista del nuevo contenido de nuestra disciplina, lo suficientemente amplia como para dar cabida a una de sus dos integrantes fundamentales, las *medidas de seguridad*[15].

Entonces, el derecho penal es un medio de control social que se caracteriza por imponer sanciones —penas o medidas de seguridad— cuando se han cometido acciones graves que atenten contra los bienes jurídicos de mayor valor de la sociedad[16]. "Es aquella parte del ordenamiento jurídico que define ciertas conductas como delitos y establece la imposición de penas o medidas de seguridad a los infractores"[17]. Roxin afirma que "se compone de todos los preceptos que regulan los presu-

15 Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2.ª ed., Montevideo: B de F, 2003, pp. 7 y 8.

16 Cfr. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 4.ª ed., traducción de la 11.ª ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 1 y 2.

17 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 8.

puestos o consecuencias de una conducta conminada con pena o con medida de seguridad"[18].

Cabe señalar que la naturaleza de la intervención penal comporta una grave afectación de derechos fundamentales de la persona, especialmente al derecho a la libertad. En ese sentido, HURTADO POZO señala lo siguiente:

> Debido a la naturaleza de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación de establecer límites al poder estatal. Este esfuerzo se ha orientado a la búsqueda de la justificación de la pena y a la determinación de un criterio suficientemente claro que permita discernir las acciones que deben ser prohibidas, para la fijación de las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción; y la especificación de los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva[19].

El derecho penal regula la conducta humana externa en el ámbito social para proteger bienes jurídicos que equilibran la convivencia social, en el sentido de mantener los límites del *ius puniendi* para evitar la justicia social unilateral, y así garantizar la protección de los particulares en intervenciones ilícitas por parte del Estado. En consecuencia, puede ser definido como un "conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor"[20].

---

18 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, t. I, traducción de la 2.ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1999, p. 41.

19 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal*, ob. cit., p. 10.

20 ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. I, Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 24.

Es conveniente señalar que el derecho penal es el instrumento más enérgico del que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseadas e insoportables en la sociedad.

Asimismo, de acuerdo con MIR PUIG, el concepto de derecho penal debe entenderse en dos sentidos distintos: objetivo y subjetivo.

> Es una distinción que procede del concepto general del derecho, que puede entenderse no solo como un conjunto de normas (*derecho en sentido objetivo*), sino también como facultad de un sujeto (*derecho en sentido subjetivo*). Aplicada al derecho penal, significa que: a) en el *sentido objetivo* es derecho penal el conjunto de normas que regulan la específica parcela del comportamiento humano propia de su disciplina, que habrá de precisar aquí, y b) en *sentido subjetivo* es derecho penal la facultad del Estado de dictar y aplicar dichas normas[21].

3.1. Características del derecho penal

De acuerdo con la doctrina, el derecho penal cuenta con las siguientes características[22]:

a) *Es público.* Las penas y las medidas de seguridad solo pueden ser impuestas por el Estado. Estas no se imponen en interés del ofendido, sino de la colectividad y, además, el objeto del derecho penal no es la relación entre individuos, sino entre el Estado, considerado como soberano, y los individuos.

b) *Es regulador de conductas humanas.* El derecho penal trata de regular la actividad de los hombres en cuanto trasciendan al exterior, es decir, nadie puede ser castigado por su pensamiento. En ese sentido, armoniza las relaciones puramente externas

---

21 MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, ob. cit., pp. 4 y 5.

22 *Vid.* BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, Lima: San Marcos, 1998, pp. 28-30.

de los hombres con la finalidad de fomentar la convivencia y la cooperación, que son indispensables en la vida común.

c) *Es cultural, normativo, valorativo y finalista.* La ciencia del derecho penal se ubica en la esfera del "deber ser", debido a la concepción fundamentalmente cultural de su principal objeto de estudio: el delito. El derecho penal es normativo, porque son las normas las que señalan lo permitido y lo prohibido; es valorativo, pues selecciona las conductas más peligrosas y dañinas para la sociedad; y es finalista, debido a que busca proteger los bienes jurídicos o intereses jurídicos que tienen como objetivo la consecución de un fin colectivamente perseguido, como, por ejemplo, el orden, el bienestar social, la paz, la justicia, etc.

d) *Sistema discontinuo de ilicitudes.* Todas las leyes describen conductas humanas, las cuales no son ni pueden ser integrales o exhaustivas, pues no se puede prever la totalidad de los conceptos humanos. La ley contiene la descripción de las acciones delictivas, en consecuencia, las conductas que no se encuentran descritas penadas carecen de relevancia en el orden penal.

e) *Las consecuencias son personalísimas.* La persona que comete un delito responde personalmente por las consecuencias penales de su conducta. La pena solo puede cumplirse para aquel que personalmente delinquió, por ello no se transmite a otras personas.

3.2. Función y fines del derecho penal

El objetivo del derecho penal es regular la conducta humana externa y proteger sus bienes y derechos fundamentales, incluso resguarda al Estado; todo ello a través del lenguaje del derecho, en consecuencia, da forma a las normas jurídicas generales y obligatorias.

El derecho penal cumple la función de ser un medio de control social que actúa de manera subsidiaria (*ultima ratio*), es decir, cuando han fallado todos los controles sociales informales. Además, se encarga

de regular los delitos y las penas y de señalar cuáles son las conductas que se encuentran prohibidas penalmente.

El derecho penal, al prohibir los delitos, intenta proteger bienes jurídicos[23]. Pero este objetivo no se logra porque interviene luego de que estos ya se vulneraron o se pusieron en peligro.

Jakobs señala:

> El fin del derecho penal no puede enunciarse como el de protección de objetos o estados pertenecientes, [...], a la naturaleza [...]. El marco de actuación del derecho se desarrolla, por el contrario, en el interior del sistema social, protegiendo los procesos de comunicación jurídicamente institucionalizados, es decir, las normas [...]. [Así], el delito no puede concebirse como la producción causal de un daño material de un bien jurídico, sino como acción con sentido, es decir, como acción interpretable y comprensible socialmente, el injusto penal es esencialmente un elemento de la sociedad como sistema de comunicación[24].

El derecho penal también buscaría prevenir los ilícitos penales a través de la función motivadora de la ley penal; finalidad que se cumpliría a través de la prevención general, dirigida a la sociedad en general, y de la prevención especial, en relación con la persona culpable del delito.

Cabe agregar que el delito es el quebrantamiento de la vigencia de las normas[25], mientras que la pena reafirma su vigencia. Así, en concordancia

---

23 Los bienes jurídicos pueden definirse como aquellos presupuestos que la persona (individual o colectivamente) necesita para que desarrolle su proyecto de vida y su personalidad en la sociedad.

24 Alcácer Guirao, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o como lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona: Atelier, 2003, p. 83.

25 "Es común que en la doctrina se afirme que este autor [Jakobs] renuncia al concepto de bien jurídico, lo cual es parcialmente inexacto si se entiende que no propone erradicar del vocabulario penal la expresión 'bien jurídico' y sustituirla por una mera concepción de lesividad social. Jakobs, más bien, manifiesta su desconfianza

con la línea funcional normativista, "la misión de la dogmática penal se cifra en desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado, con contenido expresivo, mediante otro acto con significado [la pena]"[26].

4. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL

El derecho penal moderno se vincula a la "dañosidad social, es decir, al delito y a su incompatibilidad con las reglas de una próspera vida en común"[27]. BRAMONT-ARIAS señala:

> El derecho penal se justifica porque tiende resolver los problemas graves que se producen dentro de la convivencia social, evitando la venganza privada, procurando la defensa de la sociedad y confirmando los valores prevalentes en esta. Es con esta finalidad que el derecho penal declara ciertos comportamientos como indeseables [delitos y faltas] y amenaza su realización con sanciones de un rigor considerable [...]. A pesar de tomarse este tipo de medidas —sanciones—, el derecho penal tiene una fundamentación racional que se centra en proteger tanto a los individuos —en forma particular como colectiva— como al sistema mismo.
>
> El derecho penal solo debe intervenir cuando se han realizado hechos graves que infringen reglas básicas de la sociedad, esto manifiesta un

---

hacia el bien jurídico, tal y como hasta ahora ha sido entendido, concluyendo que lo protegido por el *derecho penal es la vigencia de la norma jurídica*". CARO CORIA, Dino, "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de Jakobs", en *Themis. Revista de Derecho*, n.° 35, Lima: junio de 1997, p. 146.

26 CARO CORIA, citado por Eduardo ALCÓCER POVIS, *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Jurista Editores, 2018, p. 12.

27 JUÁREZ TAVARES, Xavier, *Teoría del injusto penal*, Montevideo: B de F, 2010, p. 194. Además, este autor indica: "El bien jurídico es una cualidad de valor y, consecuentemente, se halla inserto en el amplio aspecto de la finalidad del conjunto del ordenamiento jurídico".

> criterio seleccionador de comportamientos, que solo pueden ser establecidos por el acuerdo [o aceptación] dentro de la sociedad[28].

Por ejemplo, matar a otro es un comportamiento sumamente grave y es reconocido así universalmente; en cambio, si una persona llega tarde a clases no se le podría aplicar el derecho penal porque su comportamiento tiene un carácter mínimo (afectación mínima)[29].

Con la finalidad de orientar la conducta de las personas mediante reglas generales de carácter penal, se debe determinar cuáles son los comportamientos reprimibles, ya que el objetivo del derecho penal es evitar su realización.

5. DERECHO PENAL OBJETIVO

El derecho penal es un conjunto de normas jurídico-penales (posición clásica). El presupuesto para su aplicación es el delito. Su consecuencia es la pena o la medida de seguridad, que pueden ser aplicadas junto a la reparación civil, cuyo fundamento es la responsabilidad civil derivada del delito.

Desde un punto de vista objetivo, el derecho penal puede ser definido como "aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo (lo que comprende la teoría del delito) e individualiza al sujeto que lo realizó (a lo que se refiere la teoría del sujeto responsable), imponiéndole por su hecho una pena o una medida de seguridad (lo que abarca la teoría de la determinación de la pena)"[30].

---

28 Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Manual de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Lima: Eddili, 2008, pp. 31-34.

29 Cfr. Bramont-Arias Torres, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 34.

30 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 18.

En síntesis, el derecho penal objetivo está "constituido por las normas jurídicas referidas al delito, al sujeto responsable de su realización y a las consecuencias del mismo, esto es, a las penas y medidas de seguridad"[31].

5.1. La norma penal

Respecto a las normas penales, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée refieren lo siguiente:

> Las normas penales están dirigidas a la persona. Con ellas el Estado pretende vincular sus conductas. Así, por ejemplo, cuando el Estado dicta una norma prohibiendo que una persona lesione a otra con la amenaza de una pena si lo hace, o bien manda que se auxilie a una persona que se encuentra en peligro amenazándola también con pena, pero esta vez si no lo hace, está advirtiendo que no está dispuesto a soportar estos comportamientos y que se deben de buscar vías de solución diferentes a los conflictos sociales. Para ello, utiliza normas que contienen prohibiciones o mandatos. A la infracción de estas normas asocia una pena. Como resulta fácil deducir, con las normas el Estado instruye pautas de conducta y, por tanto, con ellas no prohíbe o manda resultados, sino solo conductas[32].

Por su parte, Muñoz Conde y García Arán indican:

> Dentro del control social, la norma penal [y] el sistema jurídico-penal ocupa[n] un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable un derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social. Es más, un derecho que funcionara de esta manera sería

31 *Loc. cit.*

32 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 36.

> absolutamente insoportable y la más clara expresión de una sociedad de esclavos. [Así] [...], el derecho penal como un todo, solo tiene sentido si se lo considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento[33].

Asimismo, Muñoz Conde señala que la norma penal funciona "protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos, que se abstengan de dañar esas condiciones elementales. La norma penal tiene, por tanto, una doble función: *protectora* y *motivadora* [...]. [Estas] son [...] inseparables e interdependientes de la norma penal"[34].

5.2. La pena

La pena es el mal o la expresión de la coerción estatal que impone el legislador, por la comisión de un delito, al culpable. Ella "se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas [en sociedad]. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible"[35].

En un Estado social y democrático de derecho que se asienta sobre la realidad social, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social. En el campo penal, esto significa la protección de los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado.

---

33 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 69 y 70.

34 *Ibid.*, p. 64.

35 Cárdenas Ruiz, Marco, "Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal", en *Derecho y Cambio Social*, n.° 2, año I, Lima: 2004. Recuperado de <https://bit.ly/33qT5Ih>.

Los bienes jurídicos están sometidos a constante revisión crítica, pues "un Estado democrático puede poner en rediscusión el derecho penal y la pena. De esta manera, la pena validada por la protección de bienes jurídicos no se convierte en un principio absoluto, sino en posibilidad de constante revisión democrática del sistema penal"[36].

Alcócer Povis resalta la importancia de la legitimidad de la pena:

> Es obvia la importancia del estudio de la legitimidad de la pena estatal, el cual no se circunscribe a meros debates teóricos sino que, por el contrario, tiene importantes efectos prácticos [...], alcanzando su influencia tanto en el ámbito legislativo (al permitir realizar un juicio crítico sobre la idoneidad de la pena prevista en un determinado tipo penal) como también en su determinación judicial (ya que la magnitud de la sanción estará de acuerdo a la concepción de la teoría de la pena que se adopte) y en la fase de ejecución de la pena (pues de acuerdo a la postura que se asuma se entenderá el contenido del denominado fin resocializador de la misma). En buena cuenta, esta visión amplia del tema, se corresponde con lo afirmado con razón por García Cavero: "La función de la pena debe informar todo el sistema penal"[37].

Respecto a las teorías de la pena, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée refieren:

> El fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el derecho penal. Esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena ["lucha de escuelas"]. Estas teorías [durante muchos años la han tenido como centro de gravedad sus discusiones y polémicas] son en el fondo del derecho penal, pues su objetivo es legitimarlo, esto es, justificar

36 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 54.

37 Alcócer Povis, Eduardo, *La reincidencia como agravante de la pena*, tesis para optar por el grado académico de doctor en Derecho, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2016, p. 60.

mediante explicaciones racionales la imposición de un castigo que puede afectar al patrimonio, la libertad o, incluso, la vida de una persona.

Las *teorías absolutas de la pena* parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre. Se trata con la pena de "que se haga justicia". Sus fines son alcanzar o afirmar la vigencia del derecho. El derecho penal, en consecuencia, se legitimaría como instrumento eficaz para el logro de esos fines.

Las *teorías relativas de la pena*, también llamadas de la prevención, prescinden de consideraciones trascendentes para la legitimación del castigo y lo fundamentan en la utilidad de la pena. La pena y el derecho penal se justificarían racionalmente porque serían útiles para prevenir el delito[38].

Comúnmente, se diferencia entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión[39]. La doctrina aclara que estas posiciones han tenido, entre ellas, conexión, por lo que no son estrictamente teorías unilaterales.

5.2.1. Las teorías absolutas de la pena

Muñoz Conde y García Arán señalan que "las teorías absolutas atienden solo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la *retribución*, en la imposición de un mal por el mal cometido"[40]. En ese sentido, la pena es únicamente un *castigo* al delincuente por su delito y no persigue otra función (preventiva o social) ulterior. En ello se extingue la función de la pena.

---

38 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., pp. 44 y 45.

39 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 52-57.

40 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 47.

Según Alcócer Povis, "en sus inicios, *la idea de retribución* fue concebida como una pura reacción frente al delito, en donde la cantidad y calidad de la misma se fundamentaban en la entidad del daño objetivamente creado. De manera que la pena debía ser matemáticamente proporcional a la mayor o menor gravedad material del evento"[41].

Además, Severino Mora indica:

> La pena es la consecuencia justa y necesaria del delito cometido. Se entiende como una necesidad ética, un imperativo categórico al modo que la entendió Kant en su conocido "ejemplo de la isla", allí sus habitantes, antes de abandonarla, debían ejecutar al último asesino que hubiera en la cárcel para que todo el mundo supiera el valor que merece este hecho [el valor "justicia"]; bien como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del derecho, como la concibió Hegel [necesidad de restablecer el ordenamiento jurídico].
>
> De algún modo, esta idea está fuertemente enraizada en la sociedad que reacciona frente a los más graves delitos. Exige el castigo de sus culpables "el que la hace, la paga". Las concepciones religiosas ven la pena como la expiación necesaria del mal (delito) cometido. También las ideas de venganza y de "castigo" se basan en una concepción retribucionista de la pena[42].

Finalmente, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée señalan:

> Ha de partir de un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien o el mal. Si la pena ha de ser expresión del derecho y no pura fuerza del Estado, obligatoriamente ha de poder motivar al individuo. Ahora dicho individuo a su vez tendrá que ser motivable, lo que supone su capacidad de reconocer el valor.

---

41 Alcócer Povis, *La reincidencia como agravante de la pena*, ob. cit., p. 61.

42 Severino Mora, Andrea, *Revocatoria del beneficio de libertad condicional*, tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, San José: Universidad de Costa Rica, 2009, p. 36.

> La teoría retributiva de la pena es una teoría consecuente con el pensamiento liberal y constituye decididamente un progreso frente a la arbitrariedad penal [...]. Hay en ella una idea de justicia que se concreta en la proporcionalidad entre la pena y el mal causado con el delito. Es una pena esencialmente garantista porque impide la intervención abusiva del Estado.
>
> Pero, si bien tiene ese aspecto valioso, tiene también otros negativos que han dado origen a las objeciones que se le han dirigido.
>
> [...]
>
> [L]a pena entendida como retribución no parece compatible con un Estado democrático. En efecto, que la teoría retributiva en Kant entienda que la pena *solo* consista en un mal, lo que inevitablemente nos lleva a asociarla a la idea de venganza, no es compatible con la dignidad de la persona.
>
> Tampoco la afirmación del derecho como expresión de la racionalidad absoluta, y que además se presume, es compatible con un sistema social y democrático de derecho, donde la libertad e igualdad son una propuesta de acción, una meta a conseguir, y no una realidad. Lo racional no se identifica con la realidad social[43].

En contra de esta teoría, Bacigalupo Zapater indica que "la necesidad de ejecución de la pena sin ninguna consideración de sus consecuencias sociales [...] choca con el sentimiento jurídico moderno"[44]. Asimismo, Polaino Navarrete refiere que las teorías retributivas confunden el medio con el fin, ya que la retribución no es un fin de la pena, aunque posiblemente sí un componente de esta[45].

---

43 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 46.

44 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 32.

45 Cfr. Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Barcelona: Bosch, 2008, p. 122.

A pesar de las críticas, no se puede negar que la teoría retributiva reconoce que el autor de un delito no deja de ser una persona y, por lo tanto, impuso el deber de no tratarlo como objeto del derecho de cosas; y, además, al señalar que la pena debía ser una reacción proporcional al delito cometido, estableció un límite a la pretensión punitiva estatal[46].

5.2.2. Las teorías relativas de la pena

Para las teorías relativas, el fin de la pena no se agota en la propia retribución del delito cometido, por el contrario, se proyecta socialmente en busca de un efecto preventivo de nuevos delitos[47]. Estas se dividen en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial.

A. Las teorías de la prevención general

De acuerdo con Muñoz Conde y García Arán, estas teorías "ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Su principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Feuerbach, que consideraba a la pena como una 'coacción psicológica' que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos"[48]. Esta posición presenta dos grandes variantes: la prevención general intimidatoria (negativa) y la prevención general positiva[49].

Sobre la *vertiente negativa*, encabezada por Feuerbach, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée señalan:

---

46 Cfr. Righi, Esteban, *La culpabilidad en materia penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 41.

47 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 34.

48 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., ob. cit., p. 48.

49 *Vid.* Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., pp. 47-50.

> Especial importancia tiene en la prevención general intimidatoria Feuerbach (Lehrbuch, § 13), que se destaca por la claridad de su planteamiento. Para este autor, la pena previene, en forma general, los delitos porque es una *intimidación* o *coacción psicológica* dirigida a todos los ciudadanos que reprimirán su impulso delictivo cuando sepan que inevitablemente seguirá la imposición de una pena a su hecho delictivo.
>
> [...]
>
> [L]a prevención general negativa o intimidatoria parte de una idea bastante próxima a la de la retribución: la consideración de una racionalidad absolutamente libre del hombre, que en este caso se expresaría en que, frente a la amenaza penal, sopesaría los costes y beneficios del delito [...]. También se postula la existencia de un Estado que en la definición de procesos criminales actuará dentro de un marco de racionalidad y no hará un uso abusivo de la amenaza penal que tan eficaz sería para evitar conflictos sociales. Ambos postulados constituyen una ficción y son indemostrables[50].

Se crítica esta postura en concordancia con los siguientes fundamentos:

> El fin preventivo general negativo intimidatorio, basado en la coacción psicológica y dirigido al delincuente como sujeto racional, es criticable, pues supondría aceptar la teoría del derecho penal asentada en la utilidad subjetiva que cada delito reporta al que lo comete y no sobre la magnitud objetiva del daño que dicho delito causa, abriendo el camino hacia el incremento desmedido de la pena a fin de aminorar la expectativa del beneficio que pudiera tener el delincuente con la conducta criminal[51].

---

50 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., pp. 47 y 48.

51 Falla Rosado, Miguel Á., "Teoría preventiva de la pena y análisis crítico del proceso inmediato en el Perú", en *LP. Pasión por el Derecho*, Lima: 19 de enero del 2017. Recuperado de <https://bit.ly/36yvozz>.

Sobre la *vertiente positiva o perspectiva integradora*, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée indican:

> Constituye un intento superador de las críticas formuladas a la prevención general intimidatoria [...]. *[L]a finalidad perseguida con la imposición de la pena trasciende del derecho penal a la sociedad y, en consecuencia, se espera que produzca consecuencias en la relación social*, concretamente de "estabilización de la conciencia del derecho", sus defensores postulan la orientación del derecho penal desde dichas consecuencias externas. Por ello, necesariamente el derecho penal debe conectar con los demás controles sociales y, en general, con las ciencias que estudian los fenómenos sociales.
>
> [...].
>
> El reconocimiento del derecho penal como un control social formalizado y sujeto a los límites del Estado social y democrático de derecho, así como su planteamiento de orientación de la política criminal desde las consecuencias, constituyen aspectos valiosos y rescatables.
>
> [...].
>
> *La prevención general positiva motivaría, no a través del miedo sino a través del derecho, que se cumpla una función comunicativa de los valores jurídicos.* Parte de la base, en consecuencia, de que el derecho contribuye al aprendizaje social. La amenaza penal simplemente estabilizaría esa conciencia adquirida a través del aprendizaje social[52]. [Las cursivas son nuestras].

Bacigalupo Zapater, describiendo esta teoría, afirma:

> Se postula en la actualidad que la función de la pena es la prevención general positiva, es decir, "la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social", o sea, "la afirmación y aseguramiento de las normas

52 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., pp. 49 y 50.

> fundamentales". Esto mismo se sostiene también diciendo que la "tarea del derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contacto social" y que "el contenido de la pena, por tanto, es el rechazo de la desautorización de la norma [...]"[53].

JAKOBS, desde una perspectiva funcional-normativa, desarrolla la misión de la pena al indicar que los destinatarios de esta "no son solo —ni siquiera lo son en primera línea— el autor en cuestión y otros delincuentes que ya tienen tendencia a cometer el hecho, sino las personas fieles al ordenamiento, es decir, la gran masa de estas debe conservar su fidelidad al derecho y su confianza en la norma. Se habla de prevención general positiva"[54]. Esta posición funcionalista —no exenta de críticas— centra la función de la pena en la vigencia de la norma.

Pese a que los efectos preventivos generales de la pena no son comprobables empíricamente, resulta destacable que "la prevención general mire hacia la sociedad y atienda a los efectos que la amenaza penal pueda producir en ella. Este abandono de las posiciones metafísicas propias de la retribución abre para el derecho penal un amplio abanico de posibilidades de investigación y de relaciones con otras ciencias que tengan como objeto los fenómenos sociales, pues las consecuencias que en la relación social pueda producir la amenaza penal habrán de constituirse en pautas de orientación de la política criminal"[55].

Sin embargo, la prevención general positiva parte de una presunción absoluta: la capacidad motivadora de la norma y la existencia de una sociedad cuyos miembros son racionalmente homogéneos. Esto

---

53 BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 39.

54 JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Navarra: Thomson-Civitas, 2006, p. 43.

55 BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 48.

es empíricamente indemostrable, como lo es la consideración de una racionalidad absolutamente libre en el hombre[56].

Una de las principales críticas que se le hace a la prevención general está referida a la utilización de la persona como un medio para la consecución de un fin, y es que, desde una perspectiva de garantías, el planteamiento preventivo general tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme al fin sociopolítico de evitar futuras infracciones. Esto puede traer como consecuencia la inflación de la pena, el terror penal, el autoritarismo y la arbitrariedad, por ello resulta cuestionable la utilización de la coacción psicológica, del miedo y de la instrumentalización de la persona.

En cuanto al pensamiento de utilidad, es decir, respecto a eliminar hechos futuros puesto que de los ya realizados no hay nada que hacer, sus defensores aún tienen que reconocer que ciertas penas (la pena de muerte) o ciertos delitos (delitos desde posiciones de poder) no tienen efecto preventivo alguno.

Resumiendo, el efecto general de la pena no ha sido demostrado empíricamente hasta la fecha y es difícil que pueda serlo en algún momento. Además, se le critica que el intentar disuadir mediante la amenaza permite elevar las penas indefinidamente, ya que responde a la lógica de que cuanto más grande sea el mal amenazante, más fuerte debe ser el efecto intimidante.

B. La prevención especial

En el siglo xx, se comienza a hablar de la resocialización, de la corresponsabilidad de la sociedad en el delito y de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento, con lo cual las teorías de prevención especial se convirtieron en el punto de partida del derecho penal moderno. El objeto

56 Cfr. *Ibid.*, p. 50.

principal de esta teoría radica en que la pena busca influir de manera directa sobre el agente, es decir, trata de evitar que el delincuente vuelva a cometer nuevos ilícitos penales.

Esta corriente, en su origen, fue una reacción contra los planteamientos retribucionistas que, según refiere García-Pablos de Molina[57], eran incapaces de frenar el auge de la criminalidad.

El autor que logró universalizar la prevención especial fue Von Liszt, en su programa de la Universidad de Marburgo de 1882. Conforme a su concepción de la pena, la prevención no debía dirigirse a la generalidad, sino al individuo en particular (intervenir específicamente en la persona del delincuente). Para ello, "es necesario distinguir entre los diferentes tipos criminales para someterlos a las medidas que sean adecuadas y necesarias para, si es posible, corregirlos, enmendarlos o rehabilitarlos y, si no lo es, para inocuizarlos"[58]. Es decir, se debía distinguir si el delincuente es ocasional, de estado o bien habitual incorregible.

En efecto, la prevención especial estima que "la finalidad de la pena está dirigida a influir directamente sobre el agente de manera individual [...]. No se dirige al hecho delictivo cometido, sino al individuo mismo [...] [que] es el autor del hecho ilícito"[59]. Asimismo, aparta de la vida social en libertad al que ya ha delinquido y así evita consecuencias ilícitas futuras. Para Von Liszt, el delincuente es "el objeto central del derecho penal" y la pena "una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento"[60].

---

57 *Vid.* García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, Lima: Jurista Editores, 2009, p. 238.

58 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 51.

59 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 62.

60 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., ob. cit., p. 48.

Para la prevención especial, "el hombre no es libre y el delincuente tampoco es un ser igual, ya que está determinado al delito. Es un ser defectuoso, un peligroso social, un anormal respecto del cual la sociedad tiene que defenderse"[61]. Nuestro Código Penal acoge esta teoría, pues en el art. 1 de su título preliminar señala lo siguiente: "Este Código Penal tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad".

Según Alcócer Povis, la clasificación del fin preventivo de la pena se da acuerdo con sus características:

> En la actualidad, se afirma que el fin preventivo especial será positivo o no según la característica que se le dé a la pena: si es resocializadora, el fin será positivo. De otro lado, si la sanción solo busca la intimidación del delincuente, la finalidad será negativa. Con mayor detalle, se puede decir que, si la pena a imponerse a un sujeto por la comisión de un hecho delictivo pretende, mediante la presentación de alternativas de socialización, que el delincuente no repita su conducta criminal, la finalidad será positiva. En cambio, si la pena solo aleja al delincuente de la sociedad, entonces, lo que en realidad se buscará con la sanción será su inocuización[62].

Con relación al fin preventivo especial negativo de la pena, debe apreciarse que toda sanción penal es, por definición, inocuizadora, ya que al delincuente se le priva de derechos mientras dure la condena. No obstante, como indica Silva Sánchez, no es razonable que "por unas eventuales necesidades de aseguramiento de la colectividad frente al delincuente [se permita] desbordar los límites marcados por las necesidades de prevención general, en combinación con los debidos a la proporcionalidad, [por ese motivo, no cabe] una configuración puramente asegurativa/inocuizadora del contenido de las penas privativas de libertad

61 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 51.

62 Alcócer Povis, *La reincidencia como agravante de la pena*, ob. cit., p. 72.

ni de las medidas de seguridad, puesto que la Constitución establece una orientación de las mismas a la reeducación y reinserción social"[63]. De esta manera, el delincuente no será tratado como un objeto, sino como un sujeto de la sanción.

Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée señalan sus objeciones contra esta teoría:

> En muchas ocasiones el infractor está perfectamente socializado y, por lo tanto, no necesita ser reinsertado, como sucede, por ejemplo, con el delincuente económico [...]. En esta misma línea también cabe preguntarse de para qué y a qué sociedad se va a reinsertar a un individuo, toda vez que es posible observar que la sociedad no es homogénea y que hay diversidades culturales con diferentes imágenes del mundo[64].

También es objeto de cuestionamiento que la realización de la resocialización del delincuente esté limitada, en un Estado democrático, a la voluntad del condenado[65], por lo que su consecución es incierta[66] (como sucede en el caso de los delincuentes por convicción).

5.2.3. Las teorías de la unión

Muñoz Conde y García Arán refieren que, luego de las posiciones de prevención general y especial, que son aparentemente irreconciliables, "se defiende actualmente una postura intermedia que intenta conciliar ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base, pero

63 Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Buenos Aires: B de F, 2010, pp. 488 y 489.

64 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., pp. 51 y 52.

65 Cfr. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 64.

66 *Vid.* Polaino Navarrete, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 128 y 129. El citado autor critica severamente a la legislación punitiva peruana, pues, con "ausencia de un claro programa dogmático y político-criminal, considera la resocialización como la función de la pena".

añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos tanto generales como especiales. Esta nueva postura, llamada *teoría de la unión*, es hoy la dominante"[67].

Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, citando a Zugaldía, precisan:

> Si tuviéramos que resumir en una frase la crítica a las teorías absolutas, diríamos con las teorías preventivas que no son útiles, pero conducen a penas justas. Si, al contrario, tuviéramos que hacerlo en relación con las teorías preventivas, diríamos que quieren ser útiles, pero conducen a penas injustas. Las llamadas teorías de la unión tratan de conciliar utilidad y justicia[68].

Estas teorías eclécticas, "en sus distintas variantes [...], tienen [...] el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas"[69], pues "la retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva a delinquir"[70].

Muñoz Conde y García Arán indican:

> [En] estas teorías lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y solo dentro de este marco retributivo y por vía de excepción admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. Pero, como lo ha demostrado Roxin [...], la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la

67 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., ob. cit., pp. 48 y 49.

68 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 53.

69 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., ob. cit., p. 49.

70 *Loc. cit.*

> infringió, tiene un saludable efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en ese sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general persigue el reforzamiento de la confianza social en el derecho[71].

Además, Alcócer Povis considera:

> La pena debe reprimir tomando en cuenta la culpabilidad y la proporcionalidad con respecto al hecho delictivo [...] y, a su vez, evitar la comisión de nuevos delitos. Entre las principales posiciones se puede encontrar a la *teoría unificadora dialéctica* de Roxin, la cual se desarrolla en tres fases: a) conminación (en donde prima la función preventivo-general de la pena, pues mediante la función de ella es la protección de bienes jurídicos y realizar las prestaciones públicas imprescindibles para la sociedad). b) Aplicación judicial (en donde prima el fin retributivo de la pena [pena justa], sin dejar de lado al fin preventivo general y especial de la sanción penal). c) Ejecución de la pena (con la pena se tiende a la resocialización del delincuente). Así, a criterio del mencionado autor, la función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostenerse en las condiciones de hoy en día 'consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción'[72].

La pena es un "fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece"[73], por tanto, "no se puede hablar de una función única, ni mucho menos asignarle un fin exclusivo"[74]. El planteamiento más simple es el de la doble vía en el derecho penal, es decir, se reconoce un sistema de medidas de seguridad

---

71 *Loc. cit.*

72 Alcócer Povis, *La reincidencia como agravante de la pena*, ob. cit., pp. 76 y 77.

73 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., ob. cit., p. 49.

74 *Loc. cit.*

fundado en la *peligrosidad* y la *culpabilidad* del sujeto. Esta posición ha sido acogida en nuestro Código Penal.

Sin embargo, "como toda solución de compromiso [las teorías de la unión] desemboca[n] en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie. [...]"[75]. La *retribución* y la *prevención* general son términos no conciliables, por lo que este planteamiento es o bien pura retribución (a lo que tiende) y la prevención general es presumida, o bien es pura prevención general y, por ello, se tiene que renunciar a la retribución.

Otra fórmula mixta es combinar la prevención general y la especial, dando siempre preponderancia al criterio preventivo general. Tarea difícil por lo contradictorio de sus finalidades y de sus sustentaciones teóricas.

5.3. Las medidas de seguridad

De acuerdo con Muñoz Conde y García Arán, "en el derecho penal moderno, junto a la pena, como principal consecuencia del delito, vienen también en consideración las medidas de seguridad, adoptándose así en la mayoría de los países un sistema dualista de las consecuencias jurídicas del delito"[76]. Estos autores también señalan que, "al igual que la pena, las medidas de seguridad se justifican por ser un medio de lucha contra el delito".

> La diferencia fundamental [...] [entre ambas] radica en que mientras que la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la *culpabilidad* o responsabilidad del sujeto, en la medida de seguridad se atiende a la *peligrosidad* de este.
>
> Por peligrosidad se entiende la probabilidad de que [...] una determinada persona cometa en el futuro un delito.

75 *Loc. cit.*

76 *Ibid.*, p. 52.

> El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que la justifica; pero, como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, la esencia de esta medida es de naturaleza preventivo-especial.
>
> [...]
>
> Actualmente ya nadie discute que el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico-penales lo constituye la peligrosidad posdelictual. Ello se deriva de la propia naturaleza y concepto del derecho penal como uno de acto y no meramente como un[o] [...] de autor.
>
> La [...] medida de seguridad *se adecúa mejor que la pena a la personalidad del delincuente y puede contribuir más eficazmente a la readaptación del delincuente a la sociedad.* Por otra parte, es el único recurso de[l] que dispone el Estado en aquellos casos en los que no se puede imponer una pena al sujeto inimputable, es decir, por carecer de los presupuestos mínimos para ser responsabilizado de sus acciones.
>
> Pero [...] no deben ocultarse sus inconvenientes. Estos son, sobre todo, de tipo jurídico-constitucional. El presupuesto de la medida de seguridad, la *peligrosidad criminal*, es un juicio de probabilidad y como tal puede ser erróneo: el que no se considera peligroso vuelve a reincidir y el que se considera altamente peligroso puede no volver a delinquir nunca más[77].

Sin embargo, la aplicación de estas medidas también es objeto de crítica:

> También se pueden formular objeciones contra la aplicación [...] conjunta de la pena y la medida de seguridad, [debido a que] puede lesionar el principio de *ne bis in idem*, al traducirse en un doble castigo[78]. Por

77 *Ibid.*, pp. 52-54.

78 La persecución penal se legitima, por cuanto se presume la comisión de un hecho que se subsume formalmente en una norma jurídico penal. Uno de los límites del *ius puniendi* o capacidad sancionadora del Estado lo constituye el principio de *ne bis in idem*, que, en el modelo de Estado constitucional de derecho, busca neutralizar el uso excesivo del poder estatal ante la comisión de un mismo hecho; este principio establece la interdicción de la persecución penal múltiple. A decir de Díaz Palos,

más que digamos que el fundamento y los fines son distintos en una y otra, en verdad es el mismo individuo quien soporta ambas consecuencias por el hecho cometido. Tampoco la medida de seguridad como sustituto de la pena está exenta de objeciones, por cuanto puede ser más gravosa que la pena misma, durando, por ejemplo, más que esta o siendo incluso de duración indefinida.

Por otra parte, algunas de estas medidas de seguridad en concreto pueden lesionar los derechos fundamentales del individuo, al imponer *coactivamente* actividades que emanan de la libertad personalísima del individuo [...]. Y aún existe el peligro de que con la medida de seguridad se persiga en realidad un aumento encubierto de la gravedad de las penas, aduciendo la supuesta finalidad de la defensa social o de la corrección del individuo. Para evitar estos peligros para los derechos fundamentales, se propone hoy dotar a las medidas de seguridad, que de hecho en nada se diferencian de una pena, de los mismos límites y garantías de carácter material y formal que se exigen para la imposición de una pena[79].

6. DERECHO PENAL SUBJETIVO

El derecho penal objetivo se centra en las normas jurídico-penales y en su sistematización; mientras que en el derecho penal subjetivo se

---

"la interdicción de la persecución múltiple impone, por una parte, la prohibición de que por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisible reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y, por otro lado, una duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivada de una relación de supremacía especial de la administración, está justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los tribunales y, a su vez, el de la potestad sancionadora de la Administración". Díaz Palos, Fernando, *La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal*, Madrid: Colex, 1991, p. 146. La prohibición de la persecución penal múltiple se sostiene en un derecho penal de acto; esto quiere decir que, para perseguir penalmente el hecho, se encuentra vedada la reiteración de una pretensión penal sobre el mismo hecho ya objeto de conocimiento por los órganos predispuestos.

79 *Ibid.*, pp. 54 y 55.

enfoca en el estudio de la potestad punitiva del Estado, es decir, en el *ius puniendi.*

El *ius puniendi* es el derecho del Estado a castigar o sancionar, en otras palabras, es la facultad que tiene el Estado de crear o aplicar determinadas sanciones a las personas que infringen el derecho penal objetivo (las normas jurídico penales).

Respecto al derecho penal subjetivo, Fernández Carrasquilla señala que "no es otra cosa que una potestad derivada del imperio o de la soberanía estatal y que, dependiendo del momento en que se desenvuelva, puede tomar diversas formas, [ya que] puede ser una potestad represiva —momento legislativo—, una pretensión punitiva —momento judicial— o una facultad ejecutiva —momento de ejecución o penitenciario—"[80].

Además, Muñoz Conde y García Arán indican que este poder punitivo es inherente al poder estatal y que "se justifica por su propia existencia, es decir, porque, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada"[81].

Finalmente, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée refieren:

> Con la promulgación de la norma penal solo se ha dado un primer paso en la incriminación de una conducta, solo se ha producido la *incriminación primaria.* Falta el segundo paso, que consiste en que esa norma sea aplicada a una persona, es decir, que se produzca la *incriminación secundaria.* Solo con la conjunción de la incriminación primaria y de la incriminación secundaria puede nacer lo criminal: con la norma y su aplicación nace el delito y el delincuente.

---

80 Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental. Introducción al derecho penal. Evolución de la teoría del delito,* vol. I, 2.ª ed., 2.ª reimp., Bogotá: Temis, 1995, p. 13.

81 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general,* 8.ª ed., ob. cit., p. 69.

> [...]
>
> Esta potestad normativa penal del Estado [no absoluta] está sujeta a límites materiales, esto es, [...] que están directamente relacionados con sus bases de sustentación. Estos límites al *ius puniendi* se expresan en forma de principios que tienen base constitucional[82].

En conclusión, "podemos definir el derecho penal subjetivo o *ius puniendi* como una decisión político-criminal plasmada en una norma que declara *punible* un hecho y *perseguible* a su autor. El *ius puniendi* es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer una violencia legítima"[83].

7. BIEN JURÍDICO

Se designa como "bien jurídico" al objeto protegido por el sistema penal. Son bienes jurídicos, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud individual, el patrimonio, el medio ambiente, entre otros.

Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée indican el origen del bien jurídico y quién puede lesionarlo:

> La necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista. El concepto de "bien jurídico" nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos. De ahí que hayan sido numerosos los esfuerzos de los penalistas por dar un concepto material de bien jurídico entendiendo por tal uno que sirviera de instrumento para limitar el poder de definición estatal.
>
> [...]

---

82 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., pp. 63 y 64.

83 *Ibid.*, p. 62.

> El derecho con la norma quiere regular comportamientos. Se trata con las prohibiciones y mandatos de evitar situaciones lesivas de bienes jurídicos, que las personas no los lesionen. La lesión de un bien jurídico, en consecuencia, solo puede provenir de una conducta humana. No lesiona un bien jurídico la agresión de un animal o un hecho de la naturaleza.
>
> [...]
>
> Los bienes jurídicos, por tanto, son relaciones sociales concretas[84].

La vida en sociedad requiere la protección de ciertas zonas e intereses individuales y de ciertos límites de relación entre los sujetos y el poder estatal. Son, entonces, aquellos intereses relevantes de las personas, en cuanto sujetos sociales, los que requieren de protección penal.

En ese sentido, "la construcción del concepto de bien jurídico, dentro del derecho penal liberal, tiene como finalidad la imposición de barreras infranqueables al Estado en el desarrollo de su política represiva. En esta óptica, el concepto de bien jurídico fundamental se construye como un criterio para la menor criminalización posible, para el mantenimiento y mayor extensión de la esfera de autonomía de las personas"[85].

Lo mencionado, según Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, también implica:

> [I]dentificar la posición de las personas dentro de la relación social. Esta identificación permite comprobar si la penalización de una conducta significa discriminación de personas, el favorecimiento de situaciones de desigualdad, la protección de una determinada concepción del mundo y su imposición mediante la conminación penal, la protección de algún fundamentalismo de alguna clase.

---

84 *Ibid.*, pp. 57 y 58.

85 Rojas Chacón, José A. y Cecilia Sánchez Romero, *Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos*, t. I, San José: Ministerio Público de Costa Rica, 2009, p. 17.

> El derecho penal, por ejemplo, no puede proteger una moral o una religión determinada. Cuando se protege la moral o la religión se están imponiendo creencias que pueden ser muy respetables, pero que no pueden ser impuestas al resto de los ciudadanos, pues significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad y el derecho penal se constituiría en factor de discriminación [...].
>
> [L]os bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos, pues están en permanente discusión y revisión[86].

La determinación de los objetos a ser protegidos penalmente implica una decisión política del Estado, en la que no existe neutralidad, pues se establecerá "respondiendo a criterios que representen los intereses estructurales de la sociedad que organiza, que en la actualidad es la llamada sociedad de mercado [...]. Pero esta selección está condicionada en un Estado social y democrático de derecho con el respeto de la libertad y dignidad de las personas y de sus necesidades"[87].

El bien jurídico protegido es considerado un límite. Rojas Chacón y Sánchez Romero refieren:

> Dentro del derecho penal liberal, la construcción dogmática del concepto de bien jurídico tiene como fin la imposición de límites infranqueables al Estado, cuando este desarrolla su potestad represiva. Así, el bien jurídico se convierte en un requisito despenalizador, como un criterio de la menor criminalización posible de conductas, para el mantenimiento y la mayor extensión de la esfera de autonomía de las personas.
>
> Su función de límite al legislador y a la política criminal del Estado se manifiesta en la imposibilidad de crear o seleccionar determinadas

86 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 59.

87 *Loc. cit.*

> conductas como delito, si con ellas no se afecta un interés valioso, un bien jurídico relevante para la colectividad y la vida en sociedad, vistos en relación con sujetos concretos[88].

Por otro lado, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée indican la relación que existe entre la norma penal y el bien jurídico:

> Cuando el Estado dicta una norma penal señala también el bien jurídico protegido. Este es un valor del sistema social concreto de que se trate. De esta forma, cuando la norma prohíbe matar está al mismo tiempo señalando que la vida es un valor del sistema. En un Estado social y democrático de derecho, una norma que no tenga su fuente de origen en la protección de un bien jurídico carecerá de validez material[89].

Además, cabe precisar que "la satisfacción de las necesidades humanas asociada a la protección de un bien jurídico coloca[ría] a la persona en el centro de la protección penal. No se trata de proteger sistemas sociales, organizaciones, intereses colectivos, sino las necesidades de la persona"[90].

De acuerdo con Rojas Chacón y Sánchez Romero, resulta "muy fácil que el legislador invente una variedad de bienes jurídicos abstractos para justificar la creación de nuevos y más numerosos delitos, una conducta que amenaza el bien jurídico sería una condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta. Por tanto, se requiere de otros criterios para que el principio de protección de bienes jurídicos cumpla de manera efectiva con su función de límite a la extensión criminalizante de las conductas" Estos son los siguientes:

1. La construcción de tipos penales solo se justifica, cuando estos se encuentran orientados a impedir ataques concretos con los

88 Rojas Chacón y Sánchez Romero, *Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos*, t. I, ob. cit., p. 26.

89 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 37.

90 *Ibid.*, p. 61.

que se dañan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales de tipo individual o social.

2. La selección legal de una conducta como delito solo se justifica si el valor del bien protegido es mayor que el de los bienes limitados, mediante la sanción penal, pues, en caso contrario, debe recurrirse a medios de tutela civiles o administrativos.
3. La creación de delitos por el legislador no solo debe dirigirse a la tutela de bienes jurídicos, sino que además debe ser idónea para lograr esa protección.
4. Solo se justifica la creación de delitos para proteger bienes jurídicos cuando esta selección es subsidiaria de una política extrapenal dirigida a proteger los mismos bienes jurídicos.
5. El principio de subsidiariedad que señala que el derecho penal solo debe actuar cuando no exista otro medio posible para resolver un conflicto.
6. El principio de dañosidad social establece que solo se justifica la criminalización de una conducta cuando la lesión ocasionada trascienda a todos los miembros de la colectividad.
7. La criminalización de conductas no puede afectar los principios de tolerancia, humanidad y protección de la dignidad del ser humano.
8. La criminalización debe llevarse a cabo respecto de conductas concretas, no de disposiciones o características de autor, ni de ideaciones o formas de pensar no manifestadas en conductas exteriores.

El concepto de lesividad, construido a partir o junto a los señalados criterios, debe ser empleado para reducir la cantidad de bienes jurídicos que merecen tutela por la vía penal, y para evitar de esta forma la expansión del derecho penal que, sin duda, en la práctica, restringe la esfera de libertad y autonomía de las personas[91].

91 Rojas Chacón y Sánchez Romero, *Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos*,

8. ESTRUCTURA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO PENAL

La estructura tridimensional del derecho penal gira en torno a la criminología, la dogmática penal y la política criminal.

8.1. La criminología

Desde el punto de vista etimológico, la palabra *criminología* está compuesta por los vocablos *criminos* (latín), que significa delito, y *logos* (griego), que quiere decir estudio, ciencia o tratado. Así, según su fuente etimológica, la criminología sería el estudio del delito o crimen; sin embargo, esta noción es muy ampulosa y se confunde con el concepto de derecho penal. A continuación, repasaremos algunas definiciones del término *criminología*:

> El término *criminología* fue empleado por primera vez por Rafael Garófalo en su obra del mismo nombre, publicada en 1885; este la definió como la ciencia general de la criminalidad y de las penas. Posteriormente, se han dado un sinnúmero de conceptos, teniendo como idea principal el tema delito y delincuente. Alfredo Nicéforo señalaba que la criminología es la ciencia coordinadora, sintética o propedéutica que estudia el delito y al hombre delincuente, y que después, aclarando el concepto de responsabilidad, estudia la prevención y la represión. Esta definición puede contener algunos términos equívocos, cuando considera que la criminología es ciencia propedéutica; es decir, preparatoria o introductoria, pues no puede ser considerada de esa manera porque perdería su autonomía como ciencia.
>
> Manuel López-Rey, en su *Introducción a la criminología*, afirma que es la ciencia complementaria del derecho penal, que tiene por objeto la explicación de la criminalidad y de la conducta delictiva, a fin de lograr un mejor entendimiento de la personalidad del delincuente, la aplicación adecuada a este de las sanciones penales y la mejor realización de una política criminal. No obstante que se trata de un concepto más

---

t. I, ob. cit., pp. 26 y 27.

elaborado que los anteriores, anotamos en él una subliminal tendencia subordinativa de la criminología al derecho penal, al partir de la idea de que es una "ciencia complementaria", lo que parecería incongruente, ya que cada ciencia tiene su configuración propia, aunque exista interrelación entre disciplinas afines.

Stephan Hurwitz consideró que la criminología era aquella parte de la ciencia criminal que ponía en relieve los factores de la criminalidad mediante la investigación empírica; es decir, los factores individuales y sociales que fundamentan la conducta criminal. El concepto presentado por Hurwitz es claro al resaltar el estudio de los factores sociales e individuales de la conducta criminal, anotando que ello supone una investigación empírica, aspecto fundamental en la delimitación y desarrollo de la criminología científica y que permite diferenciarla del derecho penal, que es una ciencia principalmente normativa.

Günther Káiser señaló que la criminología era una ciencia sintética, causal-explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales. Es una ciencia porque tiene objeto y métodos propios, así como fines específicos. Es sintética, ya que se trata de una ciencia a la que concurren varias disciplinas como la biología, sociología, psicología, etc., pero todas en estrecha interdependencia. No es un conjunto de ciencias, sino una síntesis, un todo coherente para explicar las causas, los factores o motivos de las conductas antisociales. Se trata de una ciencia causal-explicativa, porque pretende descubrir las causas o factores que influyen en el fenómeno criminal, y explica con principios y leyes tales fenómenos, y busca la prevención del delito. Es natural porque la criminología estudia la conducta criminal como un hecho a conocer de orden natural, atribuido al hombre como ser de la naturaleza, y es cultural, porque, además de la individualidad biológica natural, el delito (la conducta antisocial) es un producto social; es decir, cultural. Todo delito se produce dentro de un contexto natural, social y cultural.

Eugenio Zaffaroni manifiesta que la criminología es el saber [conjunto de conocimientos] que nos permite explicar cómo operan los controles sociales punitivos de nuestro margen periférico, qué conductas y actitudes promueven, qué efectos provocan y cómo se los encubre en

> cuanto ello sea necesario o útil para proyectar alternativas a las soluciones punitivas menos violentas que las existentes y más adecuadas al progreso social.
>
> [...]
>
> En nuestro país, el jurista Alejandro Solís Espinoza señala que se puede considerar a la criminología como la ciencia interdisciplinaria que estudia las características y los factores de los fenómenos delictivo y antisocial, así como a los actores de dichos fenómenos, y al sistema de control jurídico penal[92].

Según el concepto enunciado por Solís Espinoza, la criminología trata de describir o señalar las características que presentan los fenómenos de la criminalidad y los hechos antisociales, incluyéndose dentro de estos últimos a la "delincuencia de menores", así como la prostitución, la toxicomanía y el alcoholismo, que son formas de comportamiento que se desvían de las normas socialmente aceptadas según los valores dominantes, pero que no son delitos según el derecho vigente[93].

Cabe mencionar que de acuerdo con Kaiser la criminología es la ciencia experimental que estudia el crimen, al infractor de las normas jurídicas, el comportamiento socialmente negativo y el control de dicha conducta. Además, señala que la opinión generalizada es considerarla como ciencia empírica y extrajurídica, pues parte de los estudios criminológicos corresponden al alcoholismo, la asociabilidad, la prostitución y el suicidio. Desde una concepción amplia, incluye también a la criminalización y el control social y penal de las conductas desviadas y delictivas[94].

El derecho penal y la criminología han tenido una relación tormentosa desde la aparición de esta última, pues ha centrado sus estudios en

---

92 Recuperado de <https://bit.ly/33zuCQW>.

93 Solís Espinoza, Alejandro, *Criminología. Panorama contemporáneo*, 3.ª ed., Lima: Intercopy, 1997, p. 50.

94 Kaiser, Günter, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*, Madrid: Espasa Calpe, 1978, *passim*.

el delito y el delincuente. El concepto de delito, desde la perspectiva normativa, parte obligatoriamente de la legislación, pero este también tiene otras acepciones en las que la criminología aporta elementos para definirlo.

Las diferencias entre ambas son las siguientes:

> El derecho penal se erige como ciencia normativa, del "deber ser", la criminología por lo tanto como ciencia del "ser". La delimitación se identifica por el método utilizado por cada una de ellas, mientras la primera utiliza el deductivo, la segunda utiliza el inductivo.
>
> El derecho penal regula la conducta humana externa en el ámbito social, para proteger bienes jurídicos que equilibran la convivencia social, en el sentido de mantener los límites del *ius puniendi* para evitar la justicia social unilateral, logrando garantizar la protección de los particulares en intervenciones ilícitas por parte del Estado[95].

Al respecto, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée señalan que "mientras el derecho penal se preocupa de la definición normativa de la criminalidad como forma del poder del Estado, la criminología estudia cómo surgen al interior del sistema esos procesos de definición. De esta manera ambas disciplinas conforman una unidad normativa y empírica"[96].

A la criminología la podríamos definir como la ciencia del delito o crimen. Estudia todas aquellas conductas que lesionan un bien jurídico protegido con la finalidad de poder informar a la sociedad y a los poderes políticos respecto del delito en ese momento. Aquí es donde el derecho penal y la criminología se relacionan, ya que, con la información aportada

95 Barba Álvarez, Rogelio, "Derecho penal vs. criminología", en *Letras Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*, n.° 1, Guadalajara: 2006, p. 13.

96 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 24.

por la "ciencia del delito", el derecho se renueva, ajusta y crea normas para la sociedad del momento, las cuales estarán acorde a las necesidades y las circunstancias.

En cuanto a la interdependencia del derecho y la criminología, Bustos Ramírez, Begalli y Miralles refieren lo siguiente:

> Es importante dejar aclarado [...] que el derecho penal es supuesto indispensable de la criminología. Sin derecho penal no sería posible concebir la criminología. Esta surge en razón de que, a través de un mecanismo institucional y formal como es la norma penal, una organización social determinada *fija objetos de protección* y con ello determina qué es delito y quién es delincuente y al mismo tiempo una forma especial de reacción social. Estos datos —no dogmáticos, sino justamente sujetos a revisión crítica— son el punto de partida indispensable para la criminología, salvo que se quiera hacer un planteamiento criminológico exclusivamente metafísico o meramente naturalista. De ahí que uno de los aspectos básicos para el análisis criminológico tendrá que ser precisamente el proceso de fijación de esos objetos de protección, esto es, los llamados "bienes jurídicos" en el derecho penal[97].

Asimismo, Villavicencio Terreros indica:

> [L]a relación entre la criminología y el derecho penal depende necesariamente de la cooperación que existe entre ambas; la criminología como disciplina examina y explica los hechos, en tanto que el derecho penal es una ciencia que elabora normas jurídicas. Así, responden a una relación equilibrada debido a la evolución de la propia criminología que en los últimos años se ha hecho mucho más diferenciada en sus planteamientos y principios de solución. El derecho penal es ciego sin la criminología, y la criminología carece de límites sin el derecho penal[98].

---

97 Bustos Ramírez, Juan; Roberto Bergalli y Teresa Miralles, *El pensamiento criminológico. Un análisis crítico*, t. I, Bogotá: Temis, 1983, pp. 24 y 25.

98 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 41.

Por todo esto queda claro que entre el derecho penal y la criminología existe una interacción que debe de establecerse entre los dos saberes. Sin embargo, la criminología surge como una disciplina crítica respecto del derecho penal, ya que pone en cuestionamiento los procesos de este e "impide un legislador satisfecho con lo que hace, el ejercicio de la coacción sobre las personas. Por eso esta forma de ver el control penal implica inevitablemente un cuestionamiento de sus bases mismas y, por consiguiente, la deslegitimación del poder de definición"[99].

8.2. Dogmática penal

La dogmática penal es el aspecto científico del derecho penal. ROXIN considera que "es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal"[100]. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, desde una visión político criminal, señala que la dogmática jurídico-penal es "el estudio sistemático y lógico-político de las normas del derecho penal positivo vigente y de los principios y valores en que descansan o que las animan"[101].

Cabe agregar que la dogmática penal es conocida también como ciencia del derecho penal.

8.3. Política criminal

De acuerdo con BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, la política criminal es "aquel aspecto del control penal que tiene relación con el

99 BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 24.

100 ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 192.

101 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Concepto y límites del derecho penal*, Bogotá: Temis, 1992. p. 13.

poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal"[102]. Además, pretende la renovación del sistema vigente (derecho penal e instituciones relacionadas); indica las metas y los límites al derecho penal, a través del conocimiento de la realidad social y humana que le aporta la criminología; y decide qué comportamientos deben ser criminalizados o descriminalizados.

Para Ferro Veiga, la política criminal es parte de la política y busca la protección de la sociedad con base jurídico-criminal.

> Como quiera que ningún sistema conocido de defensa de la sociedad, medido por la criminalidad y sus indeseables efectos, resulta satisfactorio, el centro de gravedad de la política criminal se halla siempre en la renovación del derecho penal, la reforma de la administración de justicia penal y del sistema de penas. Por ello, no raras veces se consideran sinónimos a la política criminal y a la reforma del derecho penal. Por lo tanto, la política criminal apunta sobre todo al análisis científico de las correspondientes reflexiones y procesos de formación de la voluntad del legislador, en especial a la renovación del concepto de delito y del sistema de sanciones[103].

La política criminal implica "la estrategia a adoptar dentro del Estado respecto de la criminalidad y el control. En ese sentido, la criminología se convierte, respecto de la política criminal, más bien en una ciencia de referencia, en base material para configurar dicha estrategia"[104].

Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée resaltan la importancia de la política criminal:

---

102 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 29.

103 Ferro Veiga, José, *Asesor/gestor en seguridad privada integral. Curso superior en dirección de seguridad privada*, s/e: s/l, s/f, p. 1742. Recuperado de <https://bit.ly/3mZzIfX>.

104 Bustos Ramírez; Bergalli y Miralles, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, ob. cit., p. 25.

> El carácter social del Estado no solo lo legitima para intervenir, sino que lo obliga a participar en los procesos sociales en general y en la solución de los conflictos en particular. Frente a un conflicto social, el Estado social y democrático de derecho debe antes que nada desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, [...] optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando, entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto, una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto. Por eso [...] la política criminal es ejercicio de poder, de un poder que se concreta en la criminalización del conflicto de que se trate[105].

Asimismo, "la política criminal, en cuanto disciplina que ofrece a los poderes públicos las opciones científicas más adecuadas para el [eficaz] control del crimen y las alternativas legales consiguientes, ha facilitado la recepción de las investigaciones criminológicas y su transformación en preceptos normativos. Ha sido el puente necesario entre el saber empírico (criminología) y su concreción normativa (legislación penal)"[106].

García Pablos de Molina señala la relación entre la criminología, la política criminal y el derecho:

> La criminología está llamada a aportar el sustrato empírico del mismo, su fundamento "científico"; la política criminal, a transformar la experiencia criminológica en "opciones" y "estrategias" concretas asumibles por el legislador y los poderes públicos; y el derecho penal, a convertir en proposiciones jurídicas, generales y obligatorias, el saber criminológico esgrimido por la política criminal con estricto respeto de las garantías individuales y de los principios de seguridad e igualdad propios de un Estado de derecho[107].

---

105 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 29.

106 Figueroa Navarro, Carmen, "La criminología: su contribución al problema criminal", en *Ley Penal*, n.° 48, Madrid: abril del 2008, *passim*.

107 García-Pablos de Molina, Antonio, *Criminología. Fundamentos y principios para*

Por ello, se comparte hoy en día la opinión de "que la criminología, la política criminal y el derecho penal son tres pilares del sistema de las ciencias criminales, [...] [recíprocos] e interdependientes"[108].

9. DERECHO PENAL Y DERECHO DISCIPLINARIO

Según Burgos Mariños, "el Estado ejerce su *ius puniendi* a través de dos vías: el derecho penal (jurisdicción penal) y el derecho administrativo sancionador (autoridad administrativa). Por el primero se aplican las penas a los culpables de [algún] delito, previo juicio penal, mientras que, en el segundo caso, la administración y otros entes del derecho público imponen sanciones no privativas de libertad por la comisión de hechos ilícitos"[109]. En la actualidad, es un problema frecuente que el legislador tipifique como delito acciones u omisiones que simultáneamente estén previstas y sean subsumibles en normas administrativas sancionadoras.

En efecto, según Gamarra Luna Victoria, en nuestro país existe:

> [U]n conjunto de tipos penales que tienen como base la complementariedad en normas administrativas (que pueden ser de tipo normativo conceptual, de accesoriedad de derecho y de accesoriedad de acto), al mismo tiempo, existen un conjunto de normas administrativas cuyas infracciones y sanciones tienen elementos normativos del injusto penal, y por lo tanto son reclamadas en el ámbito jurisdiccional. Tenemos, por ejemplo, [...] el abuso de autoridad, concebido como falta de carácter disciplinario por el artículo 28, literal h) del Decreto Legislativo N.° 276 "Ley de Bases de la Carrera Administrativa": "Son faltas de carác-

---

el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente, Lima: INPECCP, 2007, p. 292.

108 García-Pablos de Molina, *Criminología. Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*, ob. cit., p. 292.

109 Burgos Mariños, Víctor, "Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal", en Cubas Villanueva, Víctor; Yolanda Doig Díaz y Fany Quispe Farfán (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra, 2005, p. 68.

> ter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: [...] h) El abuso de autoridad [...]"; y, a su vez, esta conducta se encuentra tipificada como ilícito penal en el artículo 376 del Código Sustantivo: "El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera [...]"[110].

La justicia penal se erige como preeminente, pues, al contar con las máximas garantías para el ciudadano objeto de imputación y con las sanciones más graves, no tiene sentido someter al sujeto infractor a un procedimiento administrativo por una "falta grave", cuando este hecho es constitutivo de delito y donde se necesita adquirir una fuente de prueba incriminatoria que puede perderse con el paso del tiempo. Ante tal estado situacional, la justicia administrativa debe dar paso a la justicia penal, a fin de colmar las exigencias sociales depositadas en la justicia distributiva del campo criminal.

Otra finalidad de la preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sería "evitar la producción de resoluciones judiciales y administrativas contradictorias, que puedan redundar en actos arbitrarios para los justiciables"[111].

En la actualidad, refiere Burgos Mariños, "existe un amplio consenso acerca de la imposibilidad de encontrar diferencias cualitativas entre las infracciones y sanciones penales y administrativas que justifiquen su diversa regulación"[112]. Sin embargo, la diferenciación entre el

110 Gamarra Luna Victoria, Julio, "El *ne bis in idem* dentro del proceso penal y el non bis in idem dentro del proceso administrativo sancionador", en *Derecho, Justicia & Sociedad*, Lima: 1 de julio del 2009. Recuperado de <https://bit.ly/30G4mmf>.

111 Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Rhodas, 2006, p. 80.

112 Burgos Mariños, Víctor, *El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad*, tesis para optar el grado académico de magíster con mención en Ciencias Penales, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002, p. 257.

injusto administrativo y el injusto penal puede conducirse en términos cuantitativos, esto es, el grado de afectación al bien jurídico tutelado, que en el ámbito de la administración pública significa la perturbación del buen funcionamiento de la actividad pública producida por la infracción normativa del funcionario o servidor público.

Además, el AP N.° 1-2007 establece como precedente vinculante los fundamentos jurídicos cuarto y quinto del R. N. N.° 2090-2005:

> Cuarto. Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la administración pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen solo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa [...].

Con ello, el criterio cuantitativo (cuya posición es que el derecho administrativo sancionador se ocuparía de las infracciones de escasa lesividad social, sancionadas con penas menos graves que las previstas para el derecho penal, el que más bien está reservado para el castigo de las conductas más graves para la convivencia social) resulta ser muy útil;

sin embargo, en legislaciones sobrecriminalizadoras, como la nuestra, se pierde[113].

El derecho penal supone un ejercicio más intenso del poder sancionador del Estado, es decir, su realización admite el ejercicio de una de las facultades más importantes del ordenamiento jurídico, puesto que de su concreción depende la convivencia pacífica de los ciudadanos y la vigencia de un estado de seguridad jurídica. Por otro lado, el derecho administrativo, que también es una rama del derecho público, está orientado a regular la actuación de los órganos públicos de forma interna (actos de administración) y los servicios públicos que brinda a la ciudadanía (actos administrativos). Esta rama, como cualquier otra, cuenta con medidas sancionatorias, que, al igual que el derecho penal, también suponen medidas de injerencia sobre los bienes jurídicos de los individuos, pero de menor intensidad, al ser la pena una sanción estrictamente facultativa del orden punitivo[114].

De acuerdo con Peña Cabrera Freyre, "los ilícitos administrativos tienen que ver con criterios estadísticos, de oportunidad, de eficiencia y de gestión en la funcionalidad de la administración, sin necesitar para su imputación términos rígidos y estrictos, como el injusto personal, lesión directa de bienes jurídicos o la exposición de aquel a un peligro potencialmente efectivo"[115]. En el ámbito penal, en cambio, los tipos penales se construyen sobre la base del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que no puede ser equiparado a la vertiente disciplinaria del ámbito administrativo, que tiene como objeto proteger la lealtad o la corrección del funcionario o servidor público en el cumplimiento de sus funciones para la marcha adecuada de la administración, es decir, regula la conducta funcional considerando la relación especial de dicho

113 *Vid.* Burgos Mariños, *El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad*, ob. cit., p. 70.

114 Cfr. Peña Cabrera Freyre, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, ob. cit., p. 84.

115 *Ibid.*, p. 85.

funcionario o servidor con la administración, que en doctrina aparece con la denominación de *relación especial de sujeción*[116].

Entonces, en el ámbito del derecho administrativo sancionador general no se sanciona sobre la base de la vulneración de un deber específico de comportamiento del funcionario o servidor público, sino de la vulneración de un interés jurídico relevante para el funcionamiento de la sociedad y del Estado[117].

En diversas sentencias, el Tribunal Constitucional reconoce que un mismo hecho cometido por un funcionario o servidor público calificado como delito y procesado en el ámbito penal por la vulneración de un determinado bien jurídico protegido también es pasible de sanción en el ámbito del derecho administrativo disciplinario, porque ambos órdenes sancionatorios protegen intereses distintos. Claro está, debe desarrollarse el procedimiento administrativo disciplinario con observancia escrupulosa de los principios constitucionales del debido proceso y de la presunción de inocencia[118].

116 Tapia Santisteban, David, "El *ne bis in idem* en el derecho de autor", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 25, Lima: julio del 2011, pp. 257 y 258.

117 Tapia Santisteban, "El *ne bis in idem* en el derecho de autor", art. cit., p. 258.

118 Cfr. *Ibid.*, p. 259.

LECCIÓN 2
PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

1. INTRODUCCIÓN

La presente lección tendrá por objetivo estudiar los principios del derecho penal que surgieron a partir de que la sociedad superara la etapa primitiva y reemplazara la venganza privada por la justicia pública del Estado, lo que generó que la reacción penal frente al delito cobrara un inusitado poder[1].

Para conocer el origen de los principios es necesario remontarnos a lo señalado por PÉREZ GARCÍA, quien nos da un contexto histórico sobre el desarrollo de los principios del derecho penal:

Con la experiencia de los Estados absolutistas, donde el derecho penal fue empleado arbitrariamente, surgió, como principal propósito del Estado liberal, la limitación de dicho poder y su eficaz control constitucional, a fin de garantizar los derechos fundamentales.

Con el tiempo, esas medidas limitadoras del poder punitivo del Estado y la mayor injerencia de la ideología de los derechos humanos se convirtieron en reglas fundamentales del derecho penal, que le daban

1 Cfr. PÉREZ GARCÍA, Sebastián, *El derecho penal y el adecuado desarrollo profesional del abogado dentro del marco de la competitividad en el Distrito Judicial de Huancavelica*, tesis para optar el título profesional de abogado, Huancavelica: Universidad Nacional de Huancavelica, 2014, p. 25.

legitimidad y que incluso empezaban a aparecer en las Constituciones y en los instrumentos internacionales. Tal avance alcanzó posteriormente una mayor sistematización, al punto de convertirse [...] en [...] principios fundamentales [...] del derecho penal[2].

Resulta relevante repasar qué debe entenderse por "principios". Velásquez Velásquez define tanto los principios rectores de la ley penal como las normas rectoras de la siguiente manera:

> [Los *principios rectores* de la ley penal son] pautas generales que regulan la actividad punitiva del Estado y que sirven de asiento a las diversas instituciones del derecho penal positivo y a las instituciones penales. Son propuestas por la doctrina y la jurisprudencia como guía para la interpretación y aplicación de la ley penal.

Las *normas rectoras*, en cambio, son principios reconocidos expresamente por la ley y convertidos por esta en derecho penal positivo. En otras palabras, se trata de principios elevados al rango de normas jurídicas, las cuales no solo sirven como fundamento o razón de ser de la ley, sino que son la ley misma, con todas las consecuencias que ello comporta[3].

Esta definición es concordante con la brindada por Pérez García, quien señala que los principios son:

> [C]riterios rectores que orientan el desarrollo y comprensión de un determinado campo del saber. [...].
>
> Para el derecho penal, los principios representan, en primera instancia, un conjunto de reglas que van a limitar el *ius puniendi*, con la finalidad de controlar la violencia que intrínsecamente contiene. En segunda ins-

2 Pérez García, *El derecho penal y el adecuado desarrollo profesional del abogado dentro del marco de la competitividad en el Distrito Judicial de Huancavelica*, ob. cit., pp. 25 y 26.

3 Velásquez Velásquez, Fernando, "Normas rectoras del proyecto de Código Penal peruano de 1986", en *Anuario de Derecho Penal*, n.° 1988, Lima. Recuperado de <https://bit.ly/3hwF3u8>.

> tancia, los principios van a reconocer derechos de orden constitucional a las personas sometidas al control penal.
>
> [L]os principios fundamentales imprimen la orientación ideológica y funcional del sistema penal de un Estado, lo cual es muy útil para la labor interpretativa de los jueces, pues ello permite controlar la razonabilidad y legitimidad de las leyes penales[4].

Asimismo, PEÑA CABRERA indica:

> [L]os principios rectores son fórmulas abstractas generales e inductivas que sirven de sustento o apoyo a la más variada legislación positiva. Además, ayudan en la tarea hermenéutica y permiten cimentar una mejor coherencia sistemática. No obstante su elevada importancia, tales principios no obligan al juez ni tampoco al intérprete, porque estos principios no llegan a cuajarse en normas jurídicas[5].

Esto quiere decir que el derecho penal es una forma de control social que se ejerce con fuerza y violencia y que se manifiesta en dos momentos:

1) *Momento legislativo*, donde el legislador penal decide criminalizar una conducta para prevenirla.
2) *Momento aplicativo o judicial*, que se manifiesta cuando una persona realiza y comete el delito. El Estado adquiere el derecho de aplicar la pena.

En ambos momentos se constata el ejercicio del derecho penal, que, debido a su contenido violento, necesita que se garantice la observancia de sus principios constitucionales, con la finalidad de generar un *dere-*

---

4 PÉREZ GARCÍA, *El derecho penal y el adecuado desarrollo profesional del abogado dentro del marco de la competitividad en el Distrito Judicial de Huancavelica*, ob. cit., pp. 23 y 24.

5 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal*, t. I, 3.ª ed., Lima: Grijley, 1999, p. 8.

cho penal mínimo y garantista, que sea coherente con el Estado social y democrático de derecho[6].

Es así que podemos considerar que el verdadero sentido de las normas o los principios generales es proclamar las fronteras que el Estado tiene que respetar. Estos principios tienen una jerarquía normativa, ya que están contenidos en el título preliminar del Código Penal. El art. x declara: "Las normas generales [...] [del Código Penal] son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales".

Estas normas rectoras son postulados o directivas que deben ser respetadas por los legisladores al momento de redactar leyes especiales. Asimismo, deben ser respetadas en la jurisdicción, pues los jueces deben efectuar una interpretación armónica y sistemática del derecho penal[7].

En consecuencia, nuestro Código Penal, en su título preliminar, recoge los principios reguladores del derecho penal que son considerados más importantes. De igual manera, tanto en nuestra Constitución como en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos se recogen otro importante grupo de principios: principio de legalidad; principio de prohibición de analogía; principio de lesividad; principio de jurisdiccionalidad de las penas y medidas de seguridad; principio de ejecución legal de la pena; principio de culpabilidad o de responsabilidad penal; principio de proporcionalidad de la pena; principio de necesidad; principio de mínima intervención; principio de racionalidad y humanidad de las penas; entre otros.

---

6 Cfr. Pérez García, *El derecho penal y el adecuado desarrollo profesional del abogado dentro del marco de la competitividad en el Distrito Judicial de Huancavelica*, ob. cit., p. 26.

7 *Vid.* Ventura Cueva, Carlos, "Principios del derecho penal o normas rectoras", en *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima*, n.° 5, Lima: 2006, pp. 104 y 105.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La fuente principal del derecho penal es la ley y, en virtud de este principio, solo pueden crearse figuras delictivas o establecerse o agravarse penas mediante una ley[8]. El principio de legalidad tiene su origen en la Ilustración y es inherente al Estado de derecho[9], ya que se estableció como un límite al poder coercitivo del Estado y aseguraba la inviolabilidad de la dignidad de la persona[10].

Este principio fue concebido no solo como una exigencia de seguridad jurídica, sino que además requería la posibilidad del conocimiento previo de los delitos y las penas[11]. Así, es la garantía política de que ni el Estado ni los jueces pueden someter al ciudadano "a penas que no admita el pueblo"[12].

La Constitución Política regula el principio de legalidad en su art. 2.24.d: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al

---

8 Cfr. Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, t. I. 3.ª ed. reimp., Madrid: Tecnos, 1988, p. 153.

9 *Vid.* García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, Lima: Jurista Editores, 2009, p. 426.

10 Al respecto, García-Pablos de Molina señala: "Para el pensamiento ilustrado, una regulación de las relaciones entre los hombres, para ser racional, ha de sustraerse a la voluntad caprichosa de un individuo; ha de ser igual para todos; ha de tener su origen en la voluntad general; ha de contemplar, según señala Rousseau, a los individuos en masa y las acciones en abstracto, y ha de ser, por último, clara y comprensible para todos aquellos a quienes se dirija". García-Pablos de Molina, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, ob. cit., p. 428.

11 Según Jakobs, "el principio de legalidad debe considerarse como garantía de objetividad, ya que el conocimiento punible y la medida de la pena no deben determinarse bajo la impresión de hechos ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho". Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano Gonzáles de Murillo, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 82.

12 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona: Reppertor, 2016, p. 106.

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". En nuestro Código Penal, este principio se encuentra reconocido en el art. II del título preliminar: "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".

Es una de las garantías más importantes en el resurgimiento del derecho penal contemporáneo, porque toda persona puede conocer con anticipación las conductas punibles que se sancionan y qué comportamientos son ilícitos.

En efecto, con el principio de legalidad se exige que el delito se encuentre especificado y previsto en una ley formal, que debe haber sido dada con antelación, es decir, que sea preexistente. Asimismo, esta ley tiene que estar descrita de tal manera que se dé una garantía que brinde seguridad al ciudadano, quien debe saber de manera adecuada cuál es la conducta normativa prohibida, cuáles son las consecuencias de ella y cuáles son las transgresiones y penalidades que implica una conducta lesiva. Este principio excluye al de orden analógico en cuanto a la creación de delitos y pena[13] —temas que serán desarrollados más adelante—.

El principio de legalidad constituye el principal límite a la función punitiva estatal, pues solo se podrá aplicar la pena cuando una persona haya realizado una o varias conductas que estén definidas previamente como delito por la ley penal. Al respecto, Roxin señala:

> Un Estado de derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal [...]. Frente a esto, el principio de legalidad sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva [...] Un

13 *Vid.* Ventura Cueva, "Principios del derecho penal o normas rectoras", art. cit., p. 102.

> hecho solo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho. Es decir: por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado solo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley [...][14].

Este principio busca evitar el poder arbitrario e ilimitado del Estado, pues la violencia penal "se realiza bajo el control de la ley, de manera que toda forma de violencia ilícita que provenga del sistema penal (torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, etc.) debe ser considerada conducta prohibida"[15]. Este principio tiene su base en la célebre fórmula enunciada por FEUERBACH en latín: "*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*", que significa: "No hay delito, no hay pena sin ley".

Esto, en la actualidad, genera que no se acepte un poder absoluto del Estado sobre los particulares. El principio de legalidad cumple un importante rol de garantía para los ciudadanos y se constituye como un límite formal a la función punitiva estatal.

VILLAVICENCIO[16] entiende que la Constitución utiliza el término "ley", disposiciones jurídicas emanadas por los órganos del Estado que tienen funciones legislativas, para hacer referencia a este principio, pues establece que la ley es elaborada como acto político del Poder Legislativo (art. 102.1 de la Const. Pol.)[17] y que tanto los decretos legislativos (art.

---

14 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, t. I, traducción de la 2.ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1999, pp. 137 y 138.

15 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "Límites a la función punitiva estatal", en *Derecho & Sociedad*, Lima: 2003.

16 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2001, p. 26.

17 Artículo 102.
Son atribuciones del Congreso:

104 de la Const. Pol.)[18] como los decretos de urgencia con fuerza de ley (art. 118.19 de la Const. Pol.)[19] son emanados por el Poder Ejecutivo de acuerdo a las formalidades del orden constitucional. Por lo tanto, los decretos supremos, las resoluciones dictadas por el Poder Ejecutivo y las disposiciones dictadas por autoridad administrativa de menor jerarquía no tienen la condición de ley.

En el derecho penal se prohíben las penas sin ley previa, escrita y estricta, es decir, se prohíbe o declara ilícitas e ilegítimas las *penas de hecho* impuestas por cualquier autoridad; las *penas retroactivas*, es decir, las creadas *ad hoc* y después de la realización del hecho; las penas que están en contra de las costumbres y las que se pudieran aplicar por una integración analógica de la ley[20].

El principio *nullum crimen sine lege*, por su especial importancia, se aplica tanto a la parte general como a la parte especial del Código Penal.

---

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes [...].

18 Artículo 104
El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.
No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.
Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.
El presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

19 Artículo 118
Corresponde al presidente de la República:
[...]
19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia [...].

20 Cfr. Ventura Cueva, "Principios del derecho penal o normas rectoras", art. cit., p. 106.

Dentro de la parte general, el principio de legalidad tiene vigencia en las causas de ausencia de acción, las reglas de la autoría y participación, las condiciones objetivas de punibilidad, las leyes penales en blanco, las reglas de la tentativa, los delitos culposos y delitos dolosos, los elementos de la antijuricidad (v. gr.: las causas de justificación), los elementos de la culpabilidad (v. gr.: las causas de inculpabilidad) y, en general, en todos los tópicos que inciden directa o indirectamente en los ámbitos de libertad de los ciudadanos. Dentro de la parte especial, el alcance de este principio se expresa en todos los elementos típicos de los respectivos tipos penales[21].

Además, del principio de legalidad se derivan dos condiciones que limitan y controlan la potestad del Estado para criminalizar determinados comportamientos: 1) solo el legislador penal puede crear la ley penal; y 2) la redacción de la ley debe describir la conducta prohibida de manera completa, clara y precisa. Estas condiciones específicas toman los nombres de *principio de reserva de la ley penal* y *principio de determinación*, respectivamente. Según el primero, solo se pueden criminalizar conductas a través del legislador penal; y de acuerdo con el segundo, es decir, el principio de determinación, el legislador penal se obliga a redactar la prohibición penal con un lenguaje sencillo y claro, también debe señalar y definir todos los elementos que integran la conducta prohibida.

De acuerdo con Zaffaroni, este último principio es especialmente relevante, puesto que son "claramente inconstitucionales los tipos sin límites ciertos, las escalas penales con máximos indeterminados y los presupuestos penales administrativizados que no conocen la tipicidad legal y los que incluso estando en la órbita judicial, se dejan librados a tipicidades de construcción judicial"[22].

---

21 Cfr. Salazar Sánchez, Nelson, "El principio de legalidad en un Estado democrático de derecho. Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.° 14, Lima: 2004, p. 505.

22 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas pérdidas*, Lima: AFA, 1989, p. 68.

Por su parte, JESCHECK y WEIGEND entienden que "la idea básica del principio de legalidad reside en que el castigo criminal no dependa de la arbitrariedad de los órganos de persecución penal ni tampoco de los tribunales [...]. De este modo, el principio de legalidad es una fuente de seguridad jurídica para los ciudadanos y consigue un enlace entre los tribunales y las decisiones del legislador"[23]. Por tanto, el juez está sometido al principio de legalidad, ya que solo puede aplicar la pena a la persona que ha cometido un hecho delictivo, mas no puede aplicarla a una conducta que no constituye delito de acuerdo a lo señalado por la ley. Cada ilícito penal tiene su propia pena.

El principio de de legalidad exige los siguientes aspectos[24]:

a) *Una garantía criminal.* El delito debe estar determinado por la ley, es decir, se impide que se repute como delictiva una conducta si no se encuentra previamente tipificada en la ley.

b) *Una garantía penal.* La ley debe señalar la pena que corresponda por el hecho realizado, en otras palabras, se prohíbe imponer una pena si no se encuentra previamente en la ley.

c) *Una garantía jurisdiccional o judicial.* Esto quiere decir que la existencia del delito y la imposición de la sanción se determina por medio de una sentencia judicial, que es producto de un proceso legalmente establecido de modo previo.

d) *Una garantía de ejecución.* Este aspecto exige que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que la regula. En palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, "las exigencias derivadas del principio de legalidad (reserva de ley, certeza y claridad, entre otros) alcanzan, también, al momento de la ejecución de las

23 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de la 5.ª ed. por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 136.

24 *Vid.* ALCÓCER POVIS, Eduardo, *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Jurista Editores, 2018, pp. 57 y 58.

penas, que es decisivo. En otro caso, podría resultar inútil todo dispositivo del ordenamiento jurídico"[25].

Estas garantías también deben ser exigidas respecto a las medidas de seguridad y a sus presupuestos[26]. Además, el principio de legalidad tiene las siguientes manifestaciones:

a) *Nullum crimen sine lege praevia.* La ley debe ser anterior a la comisión del hecho delictuoso, por tanto, está prohibida la retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición. De acuerdo a esta exigencia, la persona debe saber si va a incurrir en algún delito o en alguna pena en el momento en el que actúa.

b) *Nullum crimen sine lege scripta.* Con esta expresión se descarta el derecho consuetudinario, ya que se le exige al juez que sus sentencias se fundamenten en la ley penal escrita y no en la costumbre. Así, la ley penal debe emanar del Poder Legislativo como representación del pueblo, con lo cual se excluye a las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo (decretos, órdenes ministeriales, entre otras disposiciones) como fuente de delitos y penas.

c) *Nullum crimen sine lege stricta.* Implica que no se puede ampliar la ley escrita en perjuicio del afectado, es decir, se establece la necesidad de excluir la analogía que perjudique al reo. Existe un amplio consenso científico que estima que la prohibición de la analogía solo rige cuando se trate de la llamada analogía *in malam partem*, es decir, la que resulte extensiva de la punibilidad, por ende, la analogía *in bonam partem* es ampliamente aceptada.

---

25 García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, Lima: Jurista Editores, INPECCP y Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009, p. 449.

26 *Vid.* Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2.ª ed., Montevideo: B de F, 2003, p. 116.

d) *Nullum crimen sine lege certa.* Al legislador se le exige que formule las descripciones de los delitos de la manera más precisa posible, es decir, el Poder Legislativo debe realizar una descripción exhaustiva de las prohibiciones y sanciones que se establecen. En consecuencia, las normas penales deben contener todos los presupuestos que condicionan tanto la pena como la consecuencia jurídica que se aplicaran si se produce la violación de algún deber propio del ciudadano. No se requiere llegar al casuismo estricto, sino que es tolerable un cierto grado de generalización del texto legal.

Finalmente, habría que agregar que al juez también se le exige que no aplique retroactivamente una ley desfavorable. Desarrollaremos esto en el siguiente capítulo, cuando estudiemos la aplicación temporal de la ley penal.

3. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA

El principio de prohibición de analogía se encuentra establecido en el art. III del título preliminar del CP, que, a la letra, versa: "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde". Asimismo, el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado reconoce como principio y derecho de la función jurisdiccional al "principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos". Esta norma rectora deriva del principio *nullum crimen nulla poena, sine lege stricta.* El juez no puede asumir función de legislador, pues él es una garantía de la administración de justicia.

Entonces, la analogía, la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho no pueden crear delitos y penas, ya que estas solo pueden ser creadas por la ley. En otras palabras, la prohibición de analogía es consecuencia del principio de legalidad, porque, al prohibir la

aplicación de la analogía en contra del reo, se busca evitar la creación o agravación de delitos y sanciones penales (penas o medidas de seguridad) más allá de lo expresamente señalado por la ley.

Así, tanto la creación de delitos como la incorporación de agravantes y la fundamentación de la pena únicamente pueden realizarse mediante una ley escrita, estricta y cierta. Esto significa que en un Estado democrático de derecho se prohíbe que, mediante la analogía, se cree un derecho penal paralelo o alterno al creado por el legislador[27].

La analogía puede ser definida como "el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (analogía *legis*) o los que están deducidos de los principios generales del derecho (analogía *juris*)"[28]. Y esta cobra existencia y razón de ser cuando se cumplen ciertos presupuestos, como, por ejemplo, la existencia de lagunas en el derecho, que son aquellos casos donde se manifiestan vacíos legales o normativos porque no existe regulación específica para un conjunto de casos y donde el juez debe dar solución a problemas judiciales que se le plantean[29].

Respecto a la prohibición de la analogía, Roxin señala:

> La prohibición de analogía comprende, en primer lugar, los tipos penales de la parte especial y las conminaciones de pena o penas abstractas previstas [...], aunque estas se encuentren excepcionalmente en la parte general, así sería inadmisible, por supuesto, aplicar por analogía la pena prevista para la tentativa de inducción al delito a la complicidad intentada que no está penada. Aparte de ello, tal prohibición rige también

27 Cfr. Urquizo Olaechea, José, "Prohibición de la analogía *in malam partem*", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 79.

28 Mantovani, citado por Felipe Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 90.

29 *Vid.* Ventura Cueva, "Principios del derecho penal o normas rectoras", art. cit., p. 108.

> respecto de las leyes penales en blanco, sobre todo en las conminaciones penales (de carácter accesorio o especial) que remiten a otros preceptos en cuanto a los preceptos de punibilidad. En la parte general, es aplicable a los preceptos que amplían la punibilidad más allá de los tipos de la parte especial[30].

Por su parte, JESCHECK y WEIGEND indican:

> [E]n la configuración de la prohibición de la analogía, la función garantista de la ley penal comprende a todos los elementos del precepto penal que determinan el contenido de merecimiento de pena y la consecuencia jurídica, esto es, los elementos del injusto y de la culpabilidad, las causas personales de exclusión y supresión de pena, las condiciones objetivas de punibilidad y todas las demás sanciones (incluyendo las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias)[31].

Así, la analogía en el derecho penal implica que se decida sobre un caso que no está contenido en la ley penal. Esto se intenta fundamentar en la semejanza del caso planteado con otro que la ley sí ha definido o enunciado. En otros términos, con la analogía se intenta aplicar la ley penal a un caso para el cual no ha sido dado, pero que es semejante a aquel o aquellos que efectivamente estaban destinados a regir. Proceder que se encuentra expresamente prohibido en materia penal. Distinto es el caso de la interpretación analógica o fenómeno sistemático encaminado a conocer la voluntad de la ley, ya que este último es una forma de interpretación o de desentrañar el sentido, alcance y contenido del texto legal[32].

En conclusión, la analogía perjudicial para el inculpado (analogía *in malam partem*) —es decir, la que extiende los efectos de la punibilidad—

30 ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, t. I, ob. cit., pp. 156 y 157.

31 JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 145.

32 Cfr. MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Principios rectores de la ley penal colombiana*, Medellín: Dike, 1997, pp. 135 y 136.

es la prohibida; mientras que la analogía favorable (analogía *in bonam partem*) es aceptada a través de la interpretación, ya que en el derecho penal siempre se aplica lo que más favorece al reo; por ejemplo: una interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes de la pena o causales personales de exclusión de punibilidad.

4. PRINCIPIO DE LESIVIDAD

El principio de lesividad, también denominado principio de ofensividad o de protección de los bienes jurídicos, se encuentra regulado en el art. IV del título preliminar del CP: "La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley" (*nullum crimen, sine injuria*).

Este principio es considerado como un límite al poder punitivo estatal, porque dispone que el Estado, al hacer uso del *ius puniendi*, no puede establecer hechos punibles (delitos y faltas), penas o medidas de seguridad de modo circunstancial, sino que se requiere de leyes penales preventivas y previas; en otras palabras, para que se castigue una conducta debe existir un bien jurídico protegido que haya sido lesionado o puesto en peligro[33].

En los *delitos de lesión*, el juez deberá acreditar que la conducta del autor ha lesionado el bien jurídico protegido; mientras que en los *delitos de peligro* deberá acreditarse la existencia de dicho peligro. Entonces, podemos entender que la *lesión* es concebida como la destrucción o el menoscabo de los intereses protegidos o tutelados por los tipos penales de la parte especial, y que el *peligro* es entendido como una aproximación a la ejecución de la destrucción o deterioro del bien jurídico.

La concepción de lo injusto se orienta a la punición de las lesiones efectivas, por lo tanto, se proscribe la tendencia a castigar las ideas, los

33 Cfr. Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 75.

pensamientos o la mera peligrosidad. Esto en concordancia con la idea de nuestra legislación positiva, que afirma que el derecho penal es un instrumento de control social que tiene la misión de proteger bienes jurídicos[34].

En los delitos de *peligro concreto* se necesita que la conducta haya puesto en real peligro al objeto material que representa el bien jurídico; en cambio, en los delitos de *peligro abstracto* solo basta el comportamiento, sin que sea necesario que se verifique la situación de peligro del bien jurídico[35]. La estructura de los delitos de peligro abstracto no sintoniza con las funciones que debe cumplir el principio de lesividad, toda vez que estos son castigados sin tomar en cuenta si se ha generado o no un riesgo[36], sino que, en estos casos, lo único que interesaría es la infracción de la norma penal por la conducta realizada (sin ulteriores valoraciones), ya que se trata de presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad, que permiten la represión de comportamientos que no necesariamente perjudican bienes jurídicos[37].

Respecto a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, Mir Puig enseña:

> [U]n Estado social y democrático de derecho solo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental[38].

---

34 *Vid.* Ventura Cueva, "Principios del derecho penal o normas rectoras", art. cit., p. 109.

35 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 75.

36 *Ibid.*, p. 76.

37 Cfr. Zaffaroni, Eugenio; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 469.

38 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., Montevideo-Buenos Aires

Esto implica que el derecho penal no puede amparar intereses meramente morales, lo que no quiere decir que no se puedan proteger estos —de hecho son los más importantes—, sino que estos bienes deben tener "algo más" que los haga merecedores de la protección jurídico-penal.

En ese mismo sentido, Roxin agrega: "Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos. Así, por ejemplo, la punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales mantenidas entre adultos [...] no solo es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas"[39].

A través del principio de ofensividad, se controla la función de crear delitos, puesto que obliga al legislador a definir el bien jurídico que se quiere proteger a través de la ley penal. La protección del bien jurídico es la razón que legitima la intervención penal, he allí su importancia, pues, si no se observa este principio, la actividad del legislador deviene en arbitraria e ilegítima. Asimismo, exige que el legislador explique el porqué de la protección penal y, con ello, que se pueda evaluar la "razón del Estado" que justifica la intervención del derecho penal en un ámbito concreto de las relaciones sociales. Esto es así debido a que, en un Estado social y democrático de derecho, "el derecho penal [...] no puede castigar cualquier conducta, sea activa u omisiva, sino solo aquella socialmente nociva, que lesione o ponga en peligro las condiciones elementales de la vida en común de los ciudadanos; esto es, que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos"[40].

B de F, 2011, p. 125.

39 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, t. I, ob. cit., pp. 56 y 57.

40 García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 365.

En similar sentido, Villavicencio Terreros considera que el principio de lesividad:

> [N]o solo expone la función que debe cumplir el derecho penal, sino que también limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado. Además, este principio tiene una gran importancia en un Estado social y democrático de derecho, y comprende las siguientes consecuencias. Primera, todos los preceptos penales deberán por principio proteger bienes jurídicos. Pero tal protección se debe entender que actúa ante la puesta en peligro o la lesión de los mismos. Segunda, un Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una elección libre del ciudadano. Por ello, las penas no deben de recaer sobre el ejercicio de tal libertad; más bien debe ser lo contrario, es decir, sobre aquellas conductas que afectan el ejercicio de la independencia y la autonomía ética, religiosa o política. Tercera, debido a que la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de la mayoría de los ciudadanos, se deben tutelar intereses [...] [de] toda la sociedad y no de un grupo determinado[41].

En definitiva, el injusto requiere de un doble disvalor: el primero hace referencia a la realización de comportamientos *ex ante* peligrosos (disvalor de acción), y el segundo se basa en la evaluación *ex post* de una puesta en riesgo o lesión de algún interés penalmente tutelado (disvalor de resultado)[42]. Muchas veces el legislador ha criminalizado comportamientos con el propósito de promover, reforzar o imponer ideologías, religiones o principios de determinados sectores sociales minoritarios, lo cual se busca evitar por medio del principio de lesividad.

La definición del bien jurídico es, ante todo, una decisión político-criminal respecto a la necesidad de tutelar un determinado interés individual o colectivo de trascendencia social debido a su relevancia en la

41 *Vid.* Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 96.

42 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 77.

convivencia social. Los bienes jurídicos son —como ya hemos definido anteriormente— aquellos presupuestos indispensables o condiciones fundamentales o valiosas para la realización personal y la vida en común, pues cuentan con las siguientes funciones:

a) *Función garantizadora*: solo se castigan aquellas conductas que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos.
b) *Función interpretativa*: nos permiten descubrir la *ratio legis* (razón de la ley), que es la base sobre la que se estructuran los tipos penales.
c) *Función clasificadora*: sirven para clasificar los tipos penales, que pueden ser individuales o colectivos.
d) *Función crítica*: gracias a ellos se pueden descifrar la razón de protección.

Existe un sector de la doctrina que crítica la teoría de la protección de bienes jurídicos, pues considera que esta es:

> [U]n dogma que, por un lado, niega la legitimación a las normas penales inútiles, pero, por el otro, es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección. Junto a esta teoría cabe una teoría sociológica sobre la lesividad social que no concibe el daño social como el deterioro de objetos, sino que retoma la vieja idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana[43].

Por tanto, la lesividad es normativa y supone la realización de un daño a un interés social reconocido por el derecho.

Finalmente, con una concepción funcional del derecho penal, Jakobs menciona que el bien jurídico le genera desconfianza, pues la protección del derecho penal se fundamenta en la *vigencia de la norma jurídica*, por

43 Feijoo Sánchez, Bernardo, "Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico", en *In-Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, Barcelona: abril del 2008, p. 9.

lo tanto, el bien jurídico es la validez fáctica de las normas, las cuales garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica. En consecuencia, el desvalor que fundamenta el injusto no opera frente a la lesión o puesta en peligro del bien que se valora positivamente, sino contra la desobediencia del bien jurídico por parte de la persona (sujeto pensante con raciocinio) ante su desprecio frente al valor funcional de la norma penal, que es medio de protección del sistema[44].

5. PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

El principio de jurisdiccionalidad de las penas y medidas de seguridad se encuentra consagrado en el art. v del título preliminar del CP de la siguiente manera: "Solo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad, y no puede hacerlo sino en la forma establecida por la ley".

En ese sentido, a nadie se le puede imponer una pena como autor o partícipe de un delito sin haberlo sometido previamente a un proceso penal regular. Por tanto, según este principio, es inevitable transcurrir por un proceso penal para poder imponer una pena a causa de un acto u omisión punible, como se estatuye constitucionalmente en el principio "de no ser penado sin proceso judicial" (art. 139.10 de la Const. Pol.).

Es así que no hay pena sin juicio legal (*nulla poena sine legale indicio*). Por tanto, para el juicio y posterior condena de un presunto delincuente hay que seguir los trámites, plazos y recursos señalados en la ley de procedimiento correspondiente hasta que la sentencia sea firme[45]. El proceso debe ser conducido y concluido bajo la garantía de imparcialidad, debe ser justo y contar con las mínimas garantías. Además, la sentencia debe

44 Cfr. Ventura Cueva, "Principios del derecho penal o normas rectoras", art. cit., p. 109.

45 Cfr. Landecho Velasco, Carlos M. y María Molina Blazquez, *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid: Tecnos, 1996, p. 118.

ser el resultado de un procedimiento previo y regular (que es lo que doctrinariamente se denomina debido proceso).

Las garantías procesales suponen que la ley penal puede aplicarse a través de los organismos establecidos para cumplir la función de administrar justicia y, además, como consecuencia de la existencia de un juicio legal. Esta norma rectora tiene su fuente constitucional en el principio del juez natural, por lo que se establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (art. 138 de la Const. Pol.). Para ello se debe tener en cuenta los principios y derechos de la función jurisdiccional, el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, así como que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, no puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, o no debe ser juzgada por órgano jurisdiccional de excepción ni por comisiones especiales creadas u otras (art. 139.3 de la Const. Pol.).

Prado Saldarriaga considera que "este principio consagra la exclusividad del Poder Judicial para juzgar, condenar e imponer sanciones a los autores o partícipes de un delito o falta [...] esto no solo por coherencia con la división de las funciones y poderes del Estado, sino porque es un esquema democrático"[46]. Se descarta cualquier tipo de venganza privada, también llamada justicia de propia mano, pues el Estado cuenta con el monopolio del *ius puniendi*.

Sin embargo, en el Perú, al lado de la justicia oficial, también se presentan algunos mecanismos alternativos de regulación social, por ejemplo, el art. 149 de la Const. Pol. autoriza a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, a ejercer

46 Prado Saldarriaga, Víctor, *Todo sobre el derecho penal*, t. I, Lima: Idemsa, 1996, p. 33.

las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de conformidad con el derecho consuetudinario.

6. PRINCIPIO DE EJECUCIÓN LEGAL DE LA PENA

El principio de ejecución legal de la pena se encuentra consagrado en el art. VI del título preliminar del CP: "No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente". Asimismo, este principio yace en el art. 139.22 de la Const. Pol., que prescribe: "El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

Según este principio, la pena que se ha impuesto a un condenado no puede ser ejecutada fuera del marco legal que señala nuestra Constitución y demás cuerpos legales. En el art. 2.24.h de nuestra Carta Magna se consagra la exigencia inquebrantable de que el condenado no sea sometido a torturas ni tratos inhumanos o humillantes, es decir, este principio impide que el ciudadano sea utilizado como un instrumento, ya que no permite que se viole su dignidad humana. Este principio, conjuntamente con el principio de humanidad de las penas, constituye la salvaguarda del ciudadano frente a la arbitrariedad de los funcionarios o servidores penitenciarios. En ese contexto, de este principio depende la llamada *resocialización*[47].

Por tanto, no hay ejecución de una pena sin la aplicación de la ley (*nulla executio sine lege*), tampoco pueden variarse las circunstancias de la ejecución de la pena señaladas en las leyes y reglamentos correspondientes; es decir, no existe pena sin tratamiento ni resocialización. Este principio, orienta la aplicación e individualización de la pena, con el objetivo de que se aplique según su finalidad resocializadora; por ejemplo,

47 *Vid.* Salazar Sánchez, Nelson, "Alcances formales y materiales del principio de garantía de ejecución", en Urquizo Olaechea, José (coord.), *Código Penal*, t. I, Lima: Idemsa, 2010, p. 54.

si a consecuencia del principio de lesividad y culpabilidad se obtiene un determinado *quantum* de pena, este puede precisarse nuevamente si es que el sentenciado requiere de una mayor o menor resocialización. Es un criterio que recomienda aplicar la pena con una dosis de mayor razonabilidad, sobre todo frente a legislaciones penales de emergencia, donde las penas son elevadas.

Con respecto a este principio, REVILLA LLAZA señala:

> [L]a legalidad de la ejecución o el cumplimiento de la ejecución legal de una pena, por la afectación de derechos fundamentales que implica, debe ser controlada o supervisada por el órgano jurisdiccional competente (juez penal, sala penal, etc., pero también por el Ministerio Público, en el ámbito de su competencia). En tal sentido, intervenir la ejecución de la pena significa controlar, comprobar y verificar, que se esté llevando a cabo conforme a ley[48].

La ejecución de la pena debe ser realizada dentro de las máximas garantías para el interno, es decir, con sujeción a la Constitución, al Código de Ejecución Penal y a su reglamento, con la finalidad de que se evite su prisionización. Además, tal como se mencionó líneas arriba, de acuerdo con este principio no puede afectarse la dignidad del condenado al aplicársele torturas o tratos inhumanos.

Es evidente que esta garantía también supone el tratamiento humanitario de los internos procesados y condenados, a quienes se les debe respetar su calidad de persona y los derechos humanos que les son inherentes. Esto en concordancia con el art. 139.21 de la Const. Pol., donde se reconoce el "derecho de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos adecuados". Sin embargo, dado el estado actual de las cárceles peruanas, este principio no se cumple a cabalidad.

---

48 REVILLA LLAZA, Percy, "Principio de legalidad en la ejecución de la pena", en CASTILLO ALVA, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 176 y 177.

7. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD O DE RESPONSABILIDAD PENAL

El principio de culpabilidad, como garantía individual, opera como límite de la potestad punitiva, tanto para la atribución penal como para la cuantificación de la pena, ya que solo "mediante la vinculación de la pena, con la existencia de un 'reproche' [...], es posible evitar una instrumentalización de la persona que debe sufrirla. En la medida que la pena no se utilice para perseguir solo fines preventivos, se deberá ajustar su gravedad a la culpabilidad"[49].

Además, se encuentra regulado en el art. VII del título preliminar del CP de la siguiente manera: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor, queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva". Este artículo configura el derecho penal de voluntad, pues para imponer la pena se requiere la responsabilidad penal del autor. La responsabilidad objetiva es dejada de lado, ya que esta es un rezago de épocas superadas, donde no se penaba por lo que se debía, sino por el resultado material producido, aunque no estuviese relacionado con la voluntad del sujeto agente.

Este principio supone que la imputación se determina sobre la base de que el hecho es atribuible al agente y de que no se le impute a la persona "por lo que es" o por meros resultados, sino que se sanciona por la realización de comportamientos antijurídicos, es decir, aquellas que vulneran las normas que determinan la práctica de conductas (normas de prohibición o de mandato) y que no cumplen con los requisitos establecidos por las normas de permisión. Se sanciona la realización de un injusto penal culpable. La culpabilidad por el hecho se distingue de la llamada culpabilidad de azar o por caso fortuito[50].

Villavicencio Terreros refiere que "algunos prefieren usar el término 'responsabilidad' al de 'culpabilidad' para evitar cualquier vincula-

49 *Vid.* Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 63.

50 *Idem*, pp. 63 y 64.

ción con el criterio retributivo, aun cuando otros consideran innecesario esto, pues la culpabilidad se puede fundar en criterios preventivos"[51]. Esto quiere decir que un sujeto es culpable cuando, precisamente, realiza una conducta antinormativa y exigible penalmente.

Asimismo, el principio de responsabilidad penal por el hecho no impide que las características personales del autor puedan ser tomadas en cuenta (por evidentes y obligadas razones de prevención especial) en el momento judicial de la individualización de la pena[52]. Sin embargo, resulta criticable la llamada culpabilidad por el "ánimo", pues se sanciona al agente sin necesidad de que haya manifestado su conducta exteriormente, sino por considerarlo peligroso en base a un juicio anticipado y "emocional" de peligrosidad, o por pertenecer a una determinada raza, género o ideología política[53].

Se afirma que, del principio de responsabilidad penal, se deriva lo siguiente:

a) *La pena es personal*: no se admite penar por un acto ajeno.
b) *El derecho penal es de acto y no de autor*. Esto quiere decir que se debe castigar la conducta que contraviene la norma, mas no la personalidad, el carácter o la reincidencia del sujeto. De no ser así, estaríamos ante un derecho penal estigmatizador. Esta norma rectora se asienta sobre el principio de responsabilidad subjetiva o responsabilidad de acto, por el cual el autor es responsable por su conducta ("lo que hace"). En consecuencia, se "excluye otros criterios que fundamentaban antiguamente la

51 Villavicencio Terreros, "Límites a la función punitiva estatal", art. cit., p. 104.

52 Cfr. Zugaldía Espinar, José M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993, p. 279.

53 Cfr. Polaino-Orts, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*, Lima: Grijley, 2009, p. 214.

culpabilidad, como, por ejemplo, la "culpabilidad de autor"[54] y la "responsabilidad penal objetiva"[55] [56]. La pena debe vincularse con una acción concreta descrita típicamente, por ello, la sanción representa "solo la respuesta al hecho individual y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo"[57]; es decir, "el derecho penal de autor sería incompatible con el Estado social y democrático de derecho; en ese sentido, solo resulta compatible un derecho penal de acto"[58].

c) *Se exige que en la conducta concurra dolo o imprudencia (culpa).* Esto quiere decir que nadie puede ser castigado por sus deseos, pues en el marco del derecho penal carecen de importancia los actos meramente internos que no trascienden al mundo exterior social. Al respecto Feijoo Sánchez considera:

La subsunción de un hecho en el tipo objetivo no es suficiente para imputarle ese hecho a alguien como obra suya. Para poder imputar jurídico-penalmente cualquier hecho a una persona es preciso que ese tipo o ese elemento objetivo suponga la objetivización o realización de una decisión previa de esa persona o, lo que es lo mismo, una objetivización o realización de su voluntad [...], esa decisión solo será relevante para el derecho penal cuando se pueda calificar como dolosa o como impruden-

54 La culpabilidad de autor consiste en reprocharle su condición personal, su origen social, su raza o su postura religiosa o ideológica, es decir, se culpa al autor por lo que es y no por lo que hace.

55 La responsabilidad penal objetiva consiste en atribuir el resultado lesivo a una persona sin que medie una relación causal-final entre la conducta del autor y el resultado atribuido. También impone la prohibición de comunicar las circunstancias agravantes, cuando ellas se fundan en una cualidad personal especial del autor.

56 Villavicencio Terreros, "Límites a la función punitiva estatal", art. cit., p. 28.

57 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, t. I, ob. cit., p. 176.

58 Villavicencio Terreros, "Límites a la función punitiva estatal", art. cit., p. 113.

te. Solo si se da alguno de estos elementos subjetivos se podrá calificar una conducta como típica[59].

En ese sentido, el Código Penal acoge la responsabilidad subjetiva, pues exige que el hecho sea realizado por dolo o por culpa y, por ende, solo se reprimen los actos en los que ha tenido que ver la voluntad o la previsibilidad de un evento no voluntario, es decir, la imposición de la pena solo debe realizarse cuando el hecho sea reprochable al autor. Asimismo, se proscribe la responsabilidad objetiva porque no es punible la responsabilidad por los resultados, sea caso fortuito o fuerza mayor, en otras palabras, se prohíbe imputar a un sujeto por un resultado imprevisible y solo se podrá admitir responsabilidad a través de estructuras dolosas e imprudentes.

d) *No se puede aplicar la pena si no se demuestra la culpabilidad del autor.* La culpabilidad es la condición y la medida de la pena, por tanto, la pena no debe sobrepasar la culpabilidad del autor. En este principio, "deben destacarse dos aspectos, uno referido a la necesidad de establecer la responsabilidad penal para posibilitar la imposición de una pena, y otro que implica la exclusión de la responsabilidad por el resultado"[60]. Por tanto, se exige la capacidad de culpabilidad del agente y que este haya podido comportarse de acuerdo a dicha comprensión.

---

59 Feijoo Sánchez, Bernardo, *El dolo eventual*, Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2002, pp. 13 y 14.

60 Villavicencio Terreros, "Límites a la función punitiva estatal", art. cit., p. 104. Gimbernat Ordeig sostiene que hay que llamar la atención sobre el doble significado del principio de la culpabilidad, entendiendo el segundo como la exclusión de la responsabilidad por el resultado, es decir, "la exclusión de la punibilidad cuando el resultado típico causado por el autor no era previsible". Gimbernat Ordeig, Enrique, "Inducción y auxilio al suicidio", en Gimbernat Ordeig, Enrique (ed.), *Estudios de derecho penal*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 1981, p. 108.

8. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

El principio de proporcionalidad de la pena, también denominado principio de prohibición del exceso, se encuentra establecido en el art. VIII del título preliminar del CP: "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma *no rige en caso de reincidencia ni habitualidad del agente en el delito*. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes".

Según MIR PUIG, la pena o la medida de seguridad debe "hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto respectivamente. No es lícito castigar con una pena larga de privación de libertad un hurto insignificante, ni puede ser sometido a una importante medida privativa de libertad quien demuestra solamente peligro de cometer algún hecho de escasa trascendencia"[61].

Sin embargo, en el artículo citado se menciona que este principio no es aplicable a los casos de reincidencia y habitualidad, el cual constituye una norma taxativa que se contrapone a otros principios como el de igualdad ante la ley. Al respecto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ señala:

> El Estado no se puede contentar solo con su tarea de persecución penal de los hechos punibles, sino que tiene que preocuparse por la realización de la justicia material a través de la imposición de sanciones penales equitativas, adecuadas al hecho cometido y de una ejecución penal no encaminada a causarle un mal al delincuente sino a velar por su readaptación, resocialización, reeducación, de tal manera que pueda reinsertarse al medio social en condiciones de adaptabilidad. De esta manera, se logra prevenir la comisión de futuros hechos delictivos y se protege a la sociedad de las conductas que por infringir el orden jurídico buscan su desquiciamiento[62].

---

61 MIR PUIG, Santiago, "Sociedad, norma y persona en Jakobs", en *Derecho Penal Contemporáneo*, n.° 2, Bogotá: enero-marzo del 2002, p. 141.

62 *Vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, "Normas rectoras del proyecto de Código Penal peruano de 1986", en *Anuario de Derecho Penal*, n.° 1988, Lima: 1998. Recu-

Por tanto, las penas deben ser proporcionales. Esto implica que en su imposición se debe tener en cuenta el principio de finalidad, que es definido de la siguiente manera:

El principio de proporcionalidad es un límite al poder coercitivo del Estado, pues obliga al legislador y al juzgador a determinar una pena que se corresponda con la gravedad globalmente considerada del hecho. En efecto, con dicho principio se pretende garantizar que el legislador realice un adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos en el momento de individualizar positivamente la pena (proporcionalidad abstracta). También —en virtud del reconocimiento de dicho principio— se espera que el juez, al declarar culpable a una persona, determine una sanción que resulte cuantitativamente proporcional al injusto culpable cometido (proporcionalidad concreta).

De otro lado, un sector de la doctrina ha planteado que el principio de proporcionalidad no debe entenderse de modo tradicional como la equiparación entre pena y gravedad total del hecho, *sino de modo "amplio" a partir de un balance entre los costes y los beneficios de una norma penal o de una decisión judicial.* Desde este punto de vista, *la determinación cuantitativa de la sanción, orientada a su proporcionalidad, requerirá de un específico proceso de ponderación*: "el logro de los objetivos político-criminales se pondera con las consecuencias negativas de la punición"[63]. [La cursiva es nuestra].

Entonces, podemos entender que, según este principio, la pena debe ser adecuada a la finalidad del derecho penal, por tanto, no se debe sobrepasar las exigencias de necesidad, pues la reacción punitiva es la *ultima*

---

perado de <https://bit.ly/3hwF3u8>.

63 Alcócer Povis, Eduardo, "Consideraciones acerca de la aplicación de la reducción de pena por razones de edad en los delitos sexuales. Casación N.° 336-2016-Cajamarca", en San Martín Castro (prólogo), *Análisis y comentarios a las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal*, Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, pp. 427 y 428.

ratio, es decir, solo se recurre a ella cuando los medios no penales no pueden garantizar la eficacia del orden jurídico o cuando hayan fallado todos los controles sociales anteriores.

El principio de proporcionalidad debe poseer las siguientes características:

a) El medio utilizado por el legislador debe ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo propuesto.

b) El medio adecuado es aquel que pueda lograr el resultado deseado. La pena será innecesaria cuando el legislador habría podido optar por un medio distinto, pero igualmente eficaz y que no limitará el derecho fundamental, o que lo limitará en menor medida.

c) La pena de la conducta antijurídica debe encontrarse en relación con el hecho y con la culpabilidad del autor. La pena no debe ser desproporcionada ni inhumana con relación al caso que se resuelve. Bajo el principio de proporcionalidad se exige que el juez limite al máximo la aplicación de la pena[64].

En palabras de Beccaria, "para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes [...]"[65]. Esto quiere decir que la discrecionalidad del legislador no es absoluta.

Por su parte, Maurach indica:

> [L]a prohibición del exceso se presenta como principio básico, respecto de toda intervención estatal gravosa, directamente a partir del princi-

64 Cfr. Urquizo Olaechea, José, "El principio de proporcionalidad", en Diez Ripollés, José Luis y Carlos María Romeo Casabona (dirs.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 209 y 210.

65 Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, traducido por Juan Antonio de las Casas, Madrid: Universidad Carlos III, 2015, p. 87.

> pio del Estado de derecho y tiene por ello rango constitucional. Toda intervención estatal gravosa de la esfera jurídica de un individuo está así sometida al mandato de la proporcionalidad del medio empleado. De este modo, la prohibición del exceso representa una relación de medio a fin adecuada al principio del Estado de derecho, válida para toda actuación estatal [...]. Dentro del estado de medidas, el principio de proporcionalidad tiene preeminencia legal frente a las medidas de corrección y seguridad en el caso particular. Según dicha norma, no es procedente ordenar una medida de corrección y seguridad cuando ella sea desproporcionada frente al significado de los hechos cometidos por el autor, al de aquellos hechos que este pudiere cometer en el futuro y al grado de peligro que surja de ellos. Es más, la aplicación de la prohibición de exceso también recibe aplicación, junto al principio de culpabilidad, en la medida de la pena. Es decir, la importancia de la prohibición de exceso está en la limitación del respectivo medio de prevención, manteniendo una adecuada relación con el fin preventivo[66].

También, Silva Sánchez anota:

> [L]a determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden solo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de la imputación, sino también (y, sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales)[67].

El principio de proporcionalidad abarca todos los aspectos del hecho delictivo, de modo que se debe atender tanto a la proporcionalidad en relación con la gravedad del injusto como también a la proporcionali-

66 Maurach, Reinhard, *Derecho penal. Parte general*, traducción de la 7.ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsh y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 110.

67 Silva Sánchez, Jesús-María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, Barcelona, abril del 2007, p. 1 y ss.

dad de la culpabilidad sobre la base del juicio de exigibilidad realizado al agente[68].

En consecuencia, para que una pena sea considerada proporcional esta debe ser merecida, en otras palabras, una pena será legítima cuando su cantidad se ajuste al grado de injusto culpable. En concordancia con esta idea, Alcócer Povis indica:

> No siempre la realización del injusto coincide con la culpabilidad de su autor (por ejemplo, cuando una persona inimputable lesiona a otra). Una pena proporcional es también una pena razonable.
>
> [L]a determinación de la pena (en cualquiera de sus etapas) no debe dejar de lado que con ella también se persiguen fines utilitarios (cálculo basado en el equilibrio de los fines e intereses que se persiguen con la sanción), limitado por las garantías que protegen al individuo[69].

8.1. Principio de necesidad y principio de mínima intervención

Estos principios están relacionados con la idea de que el derecho penal debe proteger los bienes jurídicos más relevantes y que su intervención es excepcional y fragmentaria. Esto forma parte de la política penal de cada Estado, ya que no se puede usar el derecho penal para mantener el control social de forma usual y primaria. De lo contrario sería un Estado intervencionista y arbitrario, donde no se podría ejercer las libertades y los derechos fundamentales. Este tipo de Estados también son conocidos como "Estado policíaco", donde "la inseguridad ciudadana se extienda a niveles altamente peligrosos, frente a las crecientes potestades de los funcionarios penales"[70].

---

68 *Vid.* Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 72.

69 Alcócer Povis, Eduardo, *La reincidencia como agravante de la pena*, tesis para optar por el grado académico de doctor, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2016, p. 134.

70 Cfr. Pérez García, *El derecho penal y el adecuado desarrollo profesional del abogado dentro del marco de la competitividad en el Distrito Judicial de Huancavelica*, ob. cit.,

En consecuencia, "el Estado solo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social"[71] (principio de necesidad).

Por su parte, el principio de mínima intervención se asienta sobre dos principios:

a) *Principio de subsidiaridad.* Este principio está representado por la máxima latina *ultima ratio o extrema ratio*, la cual hace referencia a que solo se acude al derecho penal cuando han fallado todos los controles sociales[72]. Además, se entiende que el control penal es subsidiario a los demás controles, ya que primero se debe utilizar medios de control social desprovistos del carácter de sanción, luego medios de control con sanciones no penales, y, solo si ello no es suficiente, se podrán utilizar medios de control con sanciones penales.

b) *Principio de fragmentariedad.* El carácter fragmentario del derecho penal implica que "no [se] castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino las que revisten mayor entidad"[73]. En otras palabras, la protección penal del bien jurídico es solo ante las conductas más graves; por ejemplo, el derecho penal no tutela todos los aspectos del patrimonio, a pesar de que este sea un bien jurídico, sino únicamente aquellas conductas que lo afectan más gravemente, como es el caso del robo, la estafa, la apropiación ilícita, etc.

Estos principios garantizan el empleo racional y necesario del derecho penal.

---

p. 26.

71 Villavicencio Terreros, "Límites a la función punitiva estatal", art. cit., p. 95.

72 *Ibid.*, p. 96.

73 Velásquez Velásquez, citado por Villavicencio Terreros, "Límites a la función punitiva estatal", art. cit., p. 96.

8.2. Principio de racionalidad y humanidad de las penas

Este principio también es denominado principio de proscripción de la crueldad e implica el rechazo de "toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto. Se debe buscar la pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los derechos humanos y la dignidad del individuo"[74].

Este principio influye en el legislador al recomendar la inclusión de consecuencias jurídicas penales que tiendan a respetar la dignidad de la persona, con lo cual se excluye la pena de muerte y las largas penas privativas de libertad.

Es así que se reconoce unánimemente que la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales inherentes son pilares del orden político y de la paz social. Por esta razón, las penas y medidas de seguridad deben de ordenarse conforme a dichos valores y no pueden producir efectos que impliquen la eliminación de la persona humana o su deshumanización a consecuencia de encierros excesivamente largos.

74 Villavicencio Terreros, "Límites a la función punitiva estatal", art. cit., p. 102.

LECCIÓN 3
LA LEY PENAL

1. INTRODUCCIÓN

Es necesario tener en claro que la fuente principal del derecho penal es la ley, en concordancia con lo señalado por el principio de legalidad. Así, la ley penal es el único medio por el que se crea o se agrava la responsabilidad penal. Desde un punto de vista lógico-formal, las normas jurídicas cuentan con dos elementos: 1) el supuesto de hecho o presupuesto y 2) la consecuencia jurídica. La ley normalmente es entendida como una proposición hipotética futura. Es una condicional incierta: *si sucede tal cosa*, se darán tales consecuencias.

Luzón Peña define la ley penal como proposiciones del "deber ser":

> Las proposiciones jurídicas no son comprobación o verificación del ser, de la realidad —p. ej. de la causalidad: si se da A, se produce como consecuencia B; o, abreviadamente, si es A, es B—, sino proposiciones de deber ser o normativas, que se estructuran así: si es A, debe ser B. [...]. [S]i se examina más a fondo, se verá que la norma jurídico-penal consta de dos preceptos: uno, al que se denomina "norma primaria", que se dirige a todos los ciudadanos ordenándoles o prohibiéndoles algo (que es lo que Binding denomina simplemente "norma" [...] para distinguirla de la ley penal), y un segundo precepto, llamado "norma secundaria", que se dirige al juez ordenándole imponer la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento del primero[1].

1 Luzón Peña, Diego, "Alcance y función del derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 42, n.° 1, Madrid: 1989, pp. 11 y 12.

2. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA LEY PENAL

La ley penal es la manifestación escrita de la voluntad del Estado respecto al delito y a sus consecuencias jurídicas. A través de ella se establecen los delitos, las faltas, las penas y las medidas de seguridad.

Los requisitos que la ley penal debe cumplir son tres: *ser escrita* (se descarta el derecho consuetudinario), *ser previa* (anterior a la comisión de un delito) y *ser estricta* (los delitos deben estar descritos de la manera más precisa posible). Aunado a ello, la ley penal cuenta con las siguientes características:

a) Obligatoria: es absoluta, debe ser acatada tanto por los particulares como por los diversos órganos del Estado.
b) Exclusiva: es la única que puede crear delitos o faltas y establecer penas.
c) Ineludible: debe ser cumplida por todas las personas.
d) Igualitaria: todos somos iguales ante la ley penal (derecho a la igualdad).

Existen distintos tipos de leyes penales. A continuación, desarrollaremos algunos de ellos.

2.1. Las leyes penales incompletas

Las normas penales incompletas son aquellas donde solo uno de sus elementos está completo o aclarado. Un ejemplo de este tipo de ley es el inc. 2 del art. 20 del CP, donde se señala que "está exento de la responsabilidad penal el menor de 18 años". Se completará esta norma cuando un menor cometa algún delito, como matar a una persona, pues, en ese caso, no se le podría aplicar el derecho penal por ser inimputable. Otro ejemplo es el art. 108 del CP ("Homicidio calificado"), donde *no* se indica el máximo de la pena, es decir, se debe aplicar el art. 29 del CP, que establece como máximo 35 años de pena privativa de libertad.

Tal como lo señala VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, las leyes incompletas "no consagran por sí mismas un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica, aunque son oraciones gramaticalmente completas, pero incompletas como normas jurídicas"[2].

Los tipos de leyes incompletas son los siguientes:

a) *Aclaratorias:* sirven para determinar de una forma más concreta y exacta el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, sea para delimitar o complementar la información que nos brinda la ley. Por ejemplo, en los delitos cometidos por funcionarios públicos se debe recurrir al art. 425 del CP para determinar de forma concreta a quiénes se les considera funcionarios o servidores públicos.

b) *Restrictivas:* son aquellas que limitan el alcance de la ley penal, es decir, aquellas que establecen excepciones en ciertos casos concretos, este es el caso de la legítima defensa, pues el art. 106 del CP ("Homicidio simple") está limitado por el art. 20.3 del mismo cuerpo de leyes.

c) *Remisivas:* es cuando una norma jurídica recurre a otra. Esta técnica persigue evitar repeticiones de la parte general y la parte especial del Código Penal. Por ejemplo, para que un homicidio tenga carácter penal debe ser cometido por una persona capaz mayor de 18 años, es decir, el art. 106 del CP (homicidio simple) debe ser confrontado con el art. 20.2 del mismo cuerpo de leyes[3].

---

2 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Bogotá: Temis, 1995, p. 92.

3 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, Lima: San Marcos, 1998, pp. 51 y 52.

2.2. Leyes penales en blanco

En la legislación penal es frecuente encontrar las denominadas "leyes penales en blanco", concepto que fue planteado por primera vez por BINDING, quien las denominó *Blankettstrafgesetzen*. Las normas penales en blanco son aquellas que en el total o en parte de su supuesto de hecho se remiten a una norma diferente, en otras palabras, su aplicación y su comprensión dependen de otra disposición que las complete.

Este tipo de normas abarcan solo una prohibición penal. Sus circunstancias o aspectos complementarios se remiten a otras leyes que están fuera de ese ámbito. Por ejemplo, en la estructura del delito de apropiación ilícita de un tesoro (art. 192.1 del CP) se remite a las normas del Código Civil; asimismo, en el delito de especulación (art. 234 del CP) se hace mención de los llamados "productos considerados oficialmente de primera necesidad", los cuales deben ser definidos por otra ley.

En conclusión, para la aplicación de una ley penal en blanco es menester que ella sea complementada por otras leyes penales o extrapenales. Esta es una técnica legislativa que permite abarcar un amplio número de supuestos, que por su naturaleza flexible, compleja y variable no pueden ser regulados en forma precisa en el Código Penal. Asimismo, tiene como finalidad evitar las continuas reformas de la ley sustantiva y lograr economía legislativa y una mayor eficacia en el control social[4].

2.3. Las leyes penales abiertas

WELZEL fue el primero que utilizó la expresión de "tipos abiertos". Este tipo de leyes surgen cuando solo se describe legalmente parte del tipo, por lo cual es necesario que el juez, por medio de la jurisprudencia, lo complemente. Es el caso, por ejemplo, de la "culpa", donde se debe

4 BRAMONT-ARIAS TORRES, *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, ob. cit., pp. 52 y 53.

tener en cuenta otros términos, como "negligencia"; y de los delitos de omisión impropia, pues para que se determine la autoría en estos delitos debe establecerse el criterio de la "posición de garante". En otras palabras, el juzgador decidirá si existe imprudencia (culpa) o un delito de omisión impropia al examinar el caso penal, con ello cerrará el tipo y lo determinará por completo.

3. LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

Este tema es una parte fundamental del derecho penal, pues este es el momento en el que "se concretarán las consecuencias sancionatorias para quien incurra en conductas prohibidas por la ley, satisfaciendo así la finalidad de prevenir delitos y faltas como medio protector de la persona y la sociedad"[5]. En la doctrina, la aplicación de la ley penal es examinada desde dos perspectivas:

> [U]na *específica*, cuando ante un hecho punible concreto opera determinado dispositivo legal, por ejemplo: ante un homicidio simple, el art. 106 del Código Penal. Pero también con una óptica más amplia y *global*, que vincula la actuación de las leyes penales con respecto a su vigencia espacial, temporal y personal; esto es, en relación con el territorio en el que tienen vigor, el tiempo en que rigen y las personas sobre las que se imponen[6]

Esto quiere decir que para aplicar la ley penal es necesario que se verifique la validez que tiene en la soberanía de un Estado, su vigencia al momento de la comisión del delito y las excepciones que se derivan de la función ejercida por la persona que comete el delito.

---

5 Rodríguez Hurtado, Mario; Ángel Ugaz Zegarra; Lorena Gamero Calero y Horst Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, Lima: Nova Print, 2012, p. 23.

6 Rodríguez Hurtado, Ugaz Zegarra, Gamero Calero y Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 23.

3.1. Aplicación espacial o territorial de la ley penal

Para definir este elemento de la validez de la norma es necesario resaltar lo señalado por BACIGALUPO:

> [La] validez [de la ley penal] aparece limitada en el espacio por la extensión dentro de la cual se reconoce, en la comunidad internacional, el ejercicio de la soberanía [de un Estado; por ende] [...]. las reglas que establecen la extensión del propio derecho penal no pueden conceder al Estado [...] [la facultad de] intervenir dentro del ámbito propio de la soberanía de otro Estado. De ahí que, cuando el autor del delito se encuentre físicamente bajo la autoridad de otro país, se requiera un procedimiento especial para poder aplicarle la propia ley y juzgarlo ante los propios tribunales (extradición)[7].

En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico es válido para nuestro territorio, pero esto no impide que en ciertos casos surja una aplicación "extraterritorial o ultraterritorial". La aplicación espacial de la ley penal peruana está regulada en los arts. 1-5 del CP, los cuales contienen diversos principios que, en distinta medida, conforman el sistema de derecho penal internacional de cada legislación. A continuación, explicaremos cada uno de estos principios.

3.1.1. Principio de territorialidad

El principio de territorialidad está regulado en el primer párrafo del art. 1 del CP, cuyo texto versa: "La ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República [...]". Según este principio, la ley de un determinado país solo es aplicable a los delitos que se cometen dentro de él, pues el *ius puniendi* es una manifestación de la soberanía que tiene cada Estado[8].

---

7 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 175 y 176.

8 *Vid.* BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 176.

La ley penal se aplicará sin tomar en cuenta la nacionalidad del agresor o del titular del bien o interés jurídico lesionado. Lo relevante para su aplicación es que el sujeto activo ejecute el hecho en territorio nacional[9], ya sea en condición de domiciliado o de transeúnte. Sin embargo, sí se aceptan excepciones, las cuales dependen de la aplicación de la ley extranjera.

Un dato de vital importancia es qué se entiende por *territorio*. Según Luzón Peña, este "comprende todos los lugares sobre los que el Estado ejerce su soberanía y jurisdicción"[10]. Concepto que se complementa con lo dispuesto en el art. 54 de la Const. Pol.:

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

En ese sentido, también son considerados como territorio estatal aquellos edificios o locales de representación diplomática o consular del Perú en el extranjero. En palabras de García del Río, el principio de territorialidad encuentra su justificación en lo siguiente:

---

9 *Vid.* Pérez, Luis, *Derecho penal. Parte general y especial*, t. I, Bogotá: Temis, p. 83.

10 Luzón Peña, Diego, *Curso de derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª reimp., Madrid: Universitas, 2004, p. 202.

> [E]l Estado, salvo casos excepcionales, no tiene necesidad ni interés en prohibir penalmente los hechos realizados fuera de su territorio porque la existencia de otros Estados —con sus ordenamientos jurídicos propios— permite establecer las fronteras de la persecución punitiva que cada uno de ellos ejerce en su propio territorio. Además, suele aludirse a que se cumple mejor la función de prevención general de pena si la misma se impone y ejecuta en el país en que se cometió el delito y que la práctica de la prueba se realiza con mejores resultados si se aborda en el lugar de comisión del hecho delictivo[11].

A. Lugar de comisión del delito

Para llevar a la práctica el principio de territorialidad, debe entenderse cuál es el lugar de la comisión del delito[12], pues todo ilícito penal tiene diversos momentos que pueden separarse conceptualmente. Para poder determinar el lugar de la comisión del delito surgen la *teoría de la acción*, la *teoría del resultado* y la *teoría de la ubicuidad*.

a. La teoría de la acción o de la actividad (Handlungs- oder Tätigkeitstheorie)

Para esta posición doctrinaria, que fue promovida por FRANK y que también es llamada "teoría de la ubicación o de la residencia", el lugar y el momento del hecho delictivo se determina en el momento en el que el autor realiza la acción o en el lugar en el que debía actuar, esto incluía el lugar de residencia del agente.

La teoría de la acción o de la actividad responde a una concepción subjetiva del delito. El ilícito penal se cometería en el momento en el que se exterioriza la voluntad de ejecutar una determinada conducta[13].

---

11 GARCÍA DEL RÍO, Flavio, *Manual de derecho penal. Parte general y parte especial*, Lima: Iberoamericana, 2002, p. 27.

12 *Vid.* BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., pp. 177-181.

13 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima:

Respecto a esta teoría, VILLAVICENCIO TERREROS indica:

> [En la teoría de la acción] se toma en cuenta el desvalor de la acción y el efecto preventivo general, debido a que en dicho lugar el agente se opone al derecho. Su fundamento se apoya en el sentido [de] que el resultado [del delito] no permite una solución general, pues existen delitos sin resultados (de pura actividad). Además, en que la teoría fundamentada en el resultado origina soluciones insatisfactorias como es el caso del sujeto que actúa en estado de inimputabilidad, y el resultado se produce cuando recupera la normalidad o los cambios legislativos que se producen en el tiempo que transcurre entre la acción y el resultado [...]. [Por último, la doctrina argumenta que existen] dificultades para determinar el lugar del resultado[14].

La posición dominante en la doctrina penal considera acertado el criterio de la acción o comportamiento desde el punto de vista valorativo, pues es el momento inicial el que determina la contradicción con la norma y, por ende, da lugar a la tipicidad[15].

b. La teoría del resultado (Erfolgstheorie)

Esta posición, defendida por VON LISZT, señala que el lugar de la comisión del delito es donde se produce el resultado, es decir, donde se produce el daño o la lesión de los bienes jurídicos. En otras palabras, el lugar de la comisión dependerá de dónde se producen los efectos del ilícito penal o la consecuencia material de la acción, por ejemplo, el delito de injuria se consumaría en el lugar donde se conozca el contenido de esta.

Ara Editores, 2004, pp. 606 y 607.

14 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 193.

15 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 601.

La teoría del resultado se fundamenta en que la misión de derecho penal es la protección de bienes jurídicos[16]. La lesión o puesta en peligro de estos bienes sería el elemento decisivo en la realización del delito en atención al principio de lesividad[17].

Sin embargo, un sector mayoritario de la doctrina critica esta posición puesto que no se incluyen los delitos de mera actividad ni los delitos que se agravan por el resultado, con lo cual el lugar y tiempo del ilícito penal no estarían dentro de la culpabilidad del autor de este tipo de delitos.

c. La teoría de la ubicuidad (Ubiquitätstheorie)

Esta teoría, que también recibe otras denominaciones como "teoría unitaria", "teoría mixta" o "teoría ecléctica", es la dominante en la actualidad. Su precursor fue BINDING, quien considera que el lugar del hecho debe determinarse tanto por el comportamiento (acción u omisión) como por el resultado, es decir, el delito se comete en todos los lugares en los que se realiza alguno de sus elementos típicos. Por lo tanto, resultaría indistinto el tiempo de la acción y el resultado.

Nuestro CP se inclina por la aplicación de esta teoría[18]. La teoría de la ubicuidad fue propuesta con la finalidad de resolver los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio, pues tanto la teoría de la acción como la del resultado presentaban inconvenientes al generar eventuales vacíos de punibilidad. Este problema se puede corroborar con el siguiente ejemplo: si en el país donde se realizó la conducta se sigue la teoría del

16 Cfr. *Ibid.*, p. 607.

17 Artículo IV.- Principio de lesividad (título preliminar del Código Penal)
La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

18 SALAZAR SÁNCHEZ, citado por José URQUIZO OLAECHEA, *Código Penal práctico*, t. I, 2.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 76.

resultado y en el país donde se materializó el resultado está vigente la teoría de la acción, el delito con características internacionales podría quedar impune por ambos lados[19].

Si bien la asunción de una determinada teoría podría dar lugar a ciertos conflictos entre Estados, esto tendría que solucionarse por la vía de los convenios internacionales o, en todo caso, se debe tener en cuenta el criterio determinante de "quien lo tiene, lo juzga", es decir, dependerá de quien tenga en su disposición al imputado. Esta perspectiva "tiene como único objeto evitar un conflicto negativo que conlleve impunidad"[20].

El fundamento teórico de esta posición doctrinal reside en "la unidad que constituyen, típicamente considerados, la acción y el resultado, lo que impediría su separación y consideración aislada"[21]. Bramont Arias, Peña Cabrera y Villa Stein, representantes de la doctrina nacional, también se inclinan por esta teoría[22].

Es importante señalar que en su momento se propugnaron diversas teorías destinadas a resolver el problema de la determinación del lugar de la comisión del delito, como es el caso de las teorías de la intención, del efecto intermedio o efecto más próximo, de la acción a distancia, etc. Sin embargo, no contaban con algún sustento que les diera mayor eco en la doctrina. De las teorías mencionadas, la más conocida es la *del resultado intermedio*, la cual intentó superar las críticas de la teoría del resultado,

19 Respecto a estos vacíos de punibilidad, como el fundamento político-criminal de la teoría de la ubicuidad, véase Salazar Sánchez, Nelson, "El lugar de realización del delito y el principio de ubicuidad", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 6, Lima: diciembre del 2009, p. 64.

20 Zaffaroni, Eugenio; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 201.

21 Bacigalupo, Enrique, *Principios del derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid: Akal Iure, 1997, p. 16.

22 Cfr. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 194.

ya que consideraba que el lugar donde se comete el ilícito depende del resultado intermedio relevante para la ley penal.

d. Cuestiones problemáticas

El principio de ubicuidad está reconocido en el art. 5 del CP y es la herramienta para determinar el lugar de la comisión del delito[23]. Sin embargo, es necesario señalar que ni este ni los criterios señalados anteriormente (la teoría de la acción y la teoría del resultado) han permitido superar todas las dificultades existentes. El problema reside, sobre todo, en la imprecisión de las expresiones "acción" y "resultado".

Para superar dichas dificultades, se han ideado diferentes soluciones teniendo en cuenta las características específicas de los delitos (índole de la conducta punible). Por ejemplo, Hurtado Pozo señala:

> En el caso del *delito formal o de mera actividad* (*Tätigkeitsdelikt*), su realización se agota con la acción ilícita (comisión u omisión). No requiere, por lo tanto, de la producción de un resultado diferenciado del comportamiento del agente (por ejemplo, el secuestro). Por el contrario, el *delito material o de resultado* (*Erfolgsdelikte*) implica que el autor, mediante su acción, sí lo produzca. Es el caso, por ejemplo, del homicidio, consistente en atacar a una persona y provocarle la muerte.
>
> Respecto al primero, [los delitos de mera actividad], la localización en el espacio se complica cuando el comportamiento del agente se materializa

23 Según García Cavero, "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 mediante 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 solo a que se juzgue la parte realizada dentro del territorio nacional, sino la globalidad del hecho delictivo". García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 249.

> en varios lugares. En otras palabras, cuando los elementos constitutivos de delito se dan en espacios diferentes. Así, cuando el delincuente desplaza a la persona raptada por diversos sitios o si el violador hace sufrir el acto sexual a la víctima en una distancia diferente de donde la puso en incapacidad de resistir.
>
> En cuanto al delito material, puede suceder que el lugar donde se ha atacado físicamente a la víctima y el lugar donde esta fallece no coincidan. Este caso es el llamado *delito a distancia* (*Distanzdelikt*) cuya localización espacial plantea muchas dificultades[24].

En efecto, cuando la conducta y el resultado de un delito se producen dentro de un mismo territorio, no existe mayor inconveniente para determinar el lugar de realización; sin embargo, la situación se complica cuando la conducta típica y el resultado tienen lugar en países diferentes. Esto sucede, por ejemplo, con el *delito a distancia*, donde la actuación de carácter delictivo se realiza en un país y el resultado lesivo se produce en otro[25], y con el *delito de tránsito* (*Transitverbrechen*), que es aquel delito cuya acción delictiva se prolonga necesariamente a otros países para materializarse finalmente en un país diferente[26]. En estos casos, la única manera de considerar a uno de los países en los que se realizó la acción o se produjo el resultado como el lugar de la comisión del delito sería

---

24 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, pp. 246 y 247.

25 Sobre el delito de distancia, véase Bramont Arias, Luis, *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima: Librería Mundial de R. Meza Simich, 1950, p. 145.

26 Sobre el delito de tránsito, véase Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 192 y ss. Jakobs precisa que "estos delitos no presentan un menoscabo a la validez de la norma, en la medida que no realiza en el país injusto alguno. Si bien este parecer puede compartirse en la mayoría de los casos, puede ser que la estructura del delito sea tan compleja que pueda la parte de tránsito tener suficiente entidad como para defraudar la vigencia de la norma, tal como podría suceder en el delito de trata de personas o en el lavado de activos". Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 145.

admitiendo que no se requiere que el ilícito penal haya sido realizado completamente dentro de un mismo territorio[27].

De acuerdo al art. 5 del CP, en los *delitos de tránsito*, cuya actividad inicial y su resultado se producen fuera del país, debe identificarse la parte del proceso delictivo que se ejecuta en el territorio nacional y aplicarse la ley peruana "sin importar cuál fracción se realizó en él, pues basta que el desenvolvimiento de la acción delictuosa tenga como escenario el territorio nacional, así sea un instante"[28] (teoría de la ubicuidad absoluta).

Como vemos, "el factor decisivo es que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o totalmente, sea ejecutado en el territorio nacional. Poco importa que se trate de un caso de consumación o de tentativa"[29]. Si el proceso de ejecución se interrumpe en territorio peruano, podría aplicarse la regla del art. 16 del CP[30]. Respecto de lo mencionado, "también [se admitiría] que el delito se debe reputar cometido en el lugar donde, según el plan delictivo, el resultado debería haberse producido"[31].

La doctrina penal no compartiría la solución señalada en el párrafo anterior, pues el criterio de ubicuidad absoluta multiplica los conflictos positivos de competencia y da lugar a situaciones absurdas. Esto se demuestra con el ejemplo clásico de la carta injuriante que escribe un sujeto del país "A" a otro sujeto que vive en el país "B" y que pasa por los países "C" y "D", en este caso, según la teoría de la ubicuidad absoluta,

---

27 Cfr. García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 248.

28 Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 2002, p. 150.

29 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 249.

30 Artículo 16.- Tentativa
En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.
El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

31 Cfr. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 249.

todos y cada uno de los territorios por los que transitó la carta deberían ser considerados como el lugar de la comisión del delito[32]. Por razones obvias, la doctrina niega la competencia del derecho penal interno de los países C y D.

Sin embargo, no siempre la realización de solo una parte de la acción global en un país resulta siendo penalmente irrelevante, pues puede ser que en los países en tránsito también se presente una defraudación de expectativas normativas de conducta que justifique la aplicación del derecho penal interno[33]. Un ejemplo al respecto es un proceso de lavado de activos donde el dinero pasa por distintos países en un circuito económico organizado con la finalidad de impedir su seguimiento por parte de los organismos de control nacionales.

De acuerdo a lo mencionado, para que una acción delictiva pueda ser encajada en el principio de ubicuidad (por el lugar de la acción) no sería necesario que se realice plenamente en el Perú, sino que bastaría con que se produzca una conducta que infrinja un rol jurídicamente establecido y con ello se entiende que este delito ha sido realizado en el país[34]. Esta situación se presenta en los llamados delitos trasnacionales, los que, conforme a la Convención de Palermo del 2000, se cometen en más de un Estado.

Con la finalidad de optimizar las ventajas del criterio de la ubicuidad para resolver los delitos cometidos en diversos países, el art. 5 del CP ha recurrido a un tenor literal amplio, pues habla tanto de la acción, al señalar el "lugar de actuación y omisión de la obligación de actuar de los autores y partícipes", como del resultado, pues utiliza el término general

32 En los casos donde se envían mensajes por internet se observa una situación similar, pues estos transitan por varios países antes de llegar a destino. *Vid. Ibid.*, p. 248.

33 García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 249.

34 Cfr. Salazar Sánchez, "El lugar de realización del delito y el principio de ubicuidad", art. cit., p. 68.

de "efectos del delito"[35]. Al leer dicho dispositivo legal podemos deducir que el legislador ha escogido la aplicación de la teoría de la ubicuidad absoluta, lo que no concuerda con la breve explicación dada en la exposición de motivos del mencionado cuerpo de leyes, donde se señalaba que su novedad era "aceptar el criterio de la ubicuidad para determinar el lugar de la comisión del delito, pudiendo ser aquel sitio en que se produjo la acción u omisión o el de la manifestación del resultado"[36].

En ese sentido, la redacción legal del artículo bajo análisis también consideraría lugar del hecho al sitio donde se producen los efectos del delito, dentro de los cuales usualmente se incluyen no solo el resultado típico del delito, sino también todas sus repercusiones inmediatas e, incluso, mediatas. No obstante, este tipo de interpretación implicaría incluir el principio real o de protección de intereses —del que nos referiremos más adelante— dentro del principio de territorialidad, debido a que, si se afectan intereses nacionales, el efecto perjudicial habrá tenido lugar sin duda dentro del Perú. Por esta razón, conviene que el término "efectos" en la aplicación del principio de territorialidad se interprete restrictivamente, de manera que solo se haga referencia a los resultados inmediatos de la acción delictiva[37].

Por lo tanto, solo se debe considerar la ejecución del hecho principal de los autores y partícipes, ya sea actuación u omisión. Los actos preparatorios por sí mismos no tienen que estar incluidos en esta regulación. Entonces, si un autor realiza los actos preparatorios dentro del Perú y la acción típica en el extranjero, no podrá ser alcanzado por el principio de ubicuidad, pues en el país no ha realizado aún ninguna acción delictiva. Los actos preparatorios como tales no son punibles[38], por lo

35 Cfr. García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 250.

36 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., pp. 248 y 249.

37 Cfr. *Ibid.*, pp. 251 y 252.

38 Una situación distinta resulta si el derecho penal interno considera expresamente esta conducta preparatoria por sí misma como delictiva, pero debe precisarse que no

que el proceder del agente no constituye una conducta prohibida en el sistema jurídico interno. En otras palabras, la realización del delito que constituye el fundamento de la punición se verificará fuera del territorio nacional, de manera que no hay una defraudación de expectativas en el ordenamiento jurídico interno que amerite la aplicación de la ley penal nacional. Sin embargo, el partícipe que contribuye solamente en la fase preparatoria del hecho dentro del territorio nacional sí podría ser alcanzado por la redacción literal del art. 5 del CP, por cuanto se considera que el lugar de la comisión del hecho también es aquel en el que ha actuado u omitido su obligación de actuar (en este caso, favorecer la comisión de un delito)[39].

En efecto, en general, los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito no son considerados para determinar su lugar de comisión, por ejemplo, en la alteración o supresión de la filiación de un menor (art. 145 del CP) la finalidad es solo un elemento subjetivo del tipo legal, en consecuencia, para su consumación no es indispensable que el delincuente alcance su objetivo; asimismo, los actos realizados para materializar este fin no son elementos constitutivos de este delito y, por tanto, no pueden ser utilizados para establecer cualquier factor de relación o de conexión[40].

Si, por el contrario, el delito es realizado o se verifica su resultado dentro del país, podrá aplicarse el derecho penal interno, pues en estos casos sí existe una infracción relevante del ordenamiento jurídico interno. Del mismo modo, el coautor y el autor mediato que se encuentran en el extranjero también son alcanzados por el principio de ubicuidad cuando el delito es ejecutado dentro del país, pues el hecho que tiene

---

se tratará, en rigor, de un delito a distancia, sino de un delito cometido plenamente dentro del territorio nacional.

39 *Vid.* Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., pp. 256-258.

40 Cfr. *Ibid.*, p. 250.

lugar dentro del territorio nacional (ejecución o consumación) se les imputa como propio, a pesar de no haberlo ejecutado directamente[41]. El hecho realizado dentro del país también es un hecho del coautor y del autor mediato[42].

Respecto a los casos de omisión, HURTADO POZO señala:

> [B]asta que el agente hubiera dejado en forma parcial de realizar el comportamiento ordenado de manera implícita por el tipo legal en cuestión. Sin embargo, no debe comprenderse [...] que también la omisión es cometida donde produce sus efectos, aun cuando estos no constituyan elementos del tipo legal del delito de omisión propia. Así, no puede considerarse como lugar de comisión el sitio donde el menor de edad reside y no recibe la pensión alimenticia de parte de su padre, sino el lugar donde este omite cumplir con su obligación legal (art. 149 [del CP]). Caso diferente es el de la omisión impropia, en la que mediante su abstención el agente (garante) realiza el tipo legal de un delito material. El lugar de comisión es tanto donde el agente omite obrar como donde el delito se consuma[43].

Finalmente, es relevante tener en cuenta un factor que se ha dado en los últimos años: el desarrollo informático, especialmente, el internet. En ese sentido, el lugar de la comisión de este tipo de delito, en palabras HURTADO POZO, debería ser el lugar donde el agente actúa o donde se produce el resultado y solo se debe tener en cuenta los casos en los que el resultado típico se ha materializado. Por ejemplo, en el delito de estafa vía internet se debe tener en cuenta el lugar donde se encontraba la víctima al momento de efectuarse el acto de disposición patrimonial perjudicial[44].

---

41 Se considera el lugar del delito tanto donde actuó el autor mediato como donde actuó el instrumento. Al respecto, véase SALAZAR SÁNCHEZ, "El lugar de realización del delito y el principio de ubicuidad", art. cit., p. 67.

42 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 252 y 253.

43 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. i, ob. cit., p. 249.

44 *Ibid.*, p. 250.

B. Principio de pabellón o bandera

El principio de pabellón o bandera, que se encuentra consagrado en los incs. 1 y 2 del art. 1 del CP, constituye una extensión del principio de territorialidad, pues la aplicación de la ley peruana se extiende a los delitos cometidos en:

a) Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren.

b) Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

La doctrina explica este principio señalando:

> [N]uestra legislación se aplicará a todo hecho punible cometido en naves o aeronaves nacionales públicas, entendidas como las militares o de guerra y las dedicadas en exclusividad al servicio del poder público, como las de correo, aduanas y policía, sea cual fuere el lugar donde se encuentren. También se aplicará a los delitos ocurridos en naves y aeronaves nacionales privadas que se hallen en alta mar o en un espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía; esto quiere decir que, si un delito es cometido en una nave extranjera privada en el dominio marítimo peruano, tendrá vigor nuestra ley, circunstancia que sufre cierta modulación cuando se trata de aeronaves extranjeras que surcan nuestro espacio aéreo, pues resulta aplicable la legislación penal peruana solo en la medida en que el ilícito afecte la seguridad o el orden público del Perú, o cause perjuicio a personas o bienes en nuestro territorio[45].

En caso de conflicto entre el principio territorial y el de bandera se otorga primacía a este último, por ejemplo, cuando un delito se comete a bordo de una aeronave dentro del territorio de un Estado distinto del de su bandera, debe prevalecer la jurisdicción del Estado al que pertenece

45 Rodríguez Hurtado, Ugaz Zegarra, Gamero Calero y Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 26.

la aeronave. Este criterio está establecido positivamente en el Convenio de Tokio de 1963.

3.1.2. Principio de extraterritorialidad o ultraterritorialidad

La regla general es que "las normas que regulan la validez de la ley penal nacional en relación al espacio son de derecho interno, porque provienen del respectivo Estado y tienen por finalidad determinar la extensión del derecho nacional"[46]. No obstante, hay algunos supuestos excepcionales en que la ley penal de un país puede aplicarse a hechos cometidos fuera o más allá de su territorio, a esto se le denomina extraterritorialidad o ultraterritorialidad de la ley penal.

Es así que la tesis del carácter puramente nacional del derecho penal defendido por BINDING ha quedado obsoleta, pues "el derecho interno y el internacional han ido extendiendo el alcance espacial de sus leyes represivas, en atención a determinados principios rectores, algunos de los cuales, como el de la aplicación universal de la ley del país, ha llegado a la radical negación del dogma de la nacionalidad"[47].

Efectivamente, la pretensión del Estado de aplicar las propias leyes no termina en los límites de su territorio, pues en las legislaciones vigentes y en la dogmática se encuentran con frecuencia extensiones del ámbito de aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio nacional. Dichas extensiones se justifican con base en los siguientes principios: principio real o de protección de intereses; principio de personalidad o de nacionalidad; principio universal o de justicia mundial; y principio de representación.

---

46 NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1999, p. 81.

47 NÚÑEZ, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 81.

A. Principio real o de protección de intereses

El principio real o de protección de intereses surgió debido a que el principio territorialidad, que es parte de la defensa de un país contra la actividad delictiva, no bastaba para resguardar los bienes jurídicos que son protegidos por la soberanía nacional cuando son lesionados fuera de su jurisdicción.

El principio real o de protección de intereses "complementa [...] la protección represiva al extender la aplicación de la ley penal del Estado a los delitos cometidos, por extranjeros o nacionales, fuera del territorio del país o de los lugares sometidos a su jurisdicción, cuyos efectos deban producirse en ellos"[48]. En otras palabras, este principio supera los criterios geográficos o personalistas, pues la jurisdicción estatal mantiene la facultad de sancionar los ilícitos penales que lesionan los intereses que el Estado considera fundamentales, al margen de que se lleven a cabo fuera del ámbito de su soberanía.

Este principio, consagrado en los incs. 2 y 3 del art. 2 el CP, establece que la ley penal del Estado puede aplicarse a aquellos ilícitos cometidos fuera del territorio nacional, pero que se dirigen a bienes jurídicos que se encuentran dentro de él. En efecto, la ley penal peruana se aplica en el extranjero a toda conducta que afecta intereses o bienes jurídicos colectivos nacionales, como la seguridad, la tranquilidad pública o los casos de lavado de activos, sin considerar la nacionalidad del agente ni el lugar donde se haya cometido el delito, siempre que se agravie al Estado, a la defensa nacional, a los poderes del Estado o al orden constitucional o monetario.

B. Principio de personalidad o de nacionalidad

Según el principio de personalidad o de nacionalidad, contenido en el inc. 4 del art. 2 del CP, nuestra ley penal se aplica a los ciudadanos na-

48 *Ibid.*, p. 84.

cionales en el lugar donde se encuentren, es decir, la ley penal peruana se aplicaría a todo peruano que haya cometido un delito fuera del territorio nacional, entonces, sería relevante tanto la nacionalidad de la víctima como la del agresor cuando el delito haya sido cometido fuera del territorio patrio.

Para la aplicación de este principio se requiere del cumplimiento de tres requisitos:

a) Que la infracción sea susceptible de extradición según la ley peruana.
b) Que haya doble incriminación (es decir, que la conducta también sea delictiva en el lugar de su realización y no solo en el país del sujeto activo).
c) Que el agente ingrese de cualquier manera al territorio de la República.

Es preciso señalar que el art. 2.1 del CP regula los casos en que el infractor de la ley penal sea un funcionario público. Esto se justifica, señala Hurtado Pozo, en que la ley penal peruana es aplicable a todo funcionario o servidor público que, faltando el deber especial que tiene para con el Estado, delinque en el extranjero en el desempeño de su cargo. El interés por proteger es la incolumidad de la función pública[49].

El principio de personalidad o nacionalidad se construye sobre la inteligencia de que el ciudadano se halla siempre sometido a la ley de su Nación, incluso en el extranjero. A su vez, este principio está conformado por: a) el principio de personalidad activa y b) el principio de personalidad pasiva.

49 Cfr. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 283.

a. Principio de personalidad activa

Mediante el principio de personalidad activa se aplica la ley del Estado al nacional que cometa una infracción en el extranjero, para ello es indiferente la nacionalidad de la víctima y que el hecho sea cometido en el extranjero, sino que lo relevante es que el delincuente tenga la condición personal de "nacional del Estado", siempre que se apliquen los requisitos correspondientes.

El principio de personalidad activa, antes de la Revolución francesa de 1789, "era la regla [...], de modo que la ley penal de un país se aplicaba en principio solo a sus nacionales, aunque se encontraran en otro país, por la especial vinculación del nacional con las leyes de su Estado"[50].

En palabras de Luzón Peña, este principio encuentra su razón material en lo siguiente:

> [Ya] no es [...] determinante la vinculación personal del sujeto con la legislación de su país, sino fundamentalmente la evitación de una injustificada y escandalosa impunidad de los ciudadanos que, tras delinquir en el extranjero, se refugian en su país, dado que en la mayoría de los Estados —salvo en algunos de influencia angloamericana— rige el principio de la *no entrega* (extradición) del nacional a otro Estado que lo reclame; y entonces la contrapartida de la no entrega es el castigo del nacional conforme a la ley penal de su país, de acuerdo al principio de derecho internacional penal *aut dedere, aut punire* (o entregar o castigar)[51].

b. Principio de personalidad pasiva

Según el principio de personalidad pasiva, la ley del Estado se aplica al extranjero que comete un delito contra un nacional (agraviado) fuera del territorio de la República.

---

50 Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 206.

51 *Loc. cit.*

Este principio fue establecido con carácter restrictivo y subsidiario; asimismo, puede corregir el excesivo aislamiento que se deriva del principio de territorialidad y sirve a los intereses de la comunidad internacional.

C. Principio universal o de justicia mundial

El principio universal o de justicia mundial simbolizó la superación de los egoísmos nacionales al contemplar el orbe como un orden jurídico cerrado y solidario, ya que, bajo esta concepción, se entiende que el delito es un atentado contra un orden jurídico que todas las naciones están interesadas en conservar, por tanto, se genera una cierta uniformidad en las legislaciones penales, lo cual supone que cualquier Estado es competente para juzgar la comisión del delito[52].

El principio universal se halla plasmado tanto en el inc. 5 del art. 2 del CP como en los tratados internacionales firmados por el Perú. Con él se protege los derechos que interesan no solo a un Estado, sino a toda la humanidad (bienes jurídicos supranacionales). Esto quiere decir que la comunidad internacional está interesada en que cualquier Estado persiga y castigue estos ilícitos penales, sin tener que recurrir a la extradición al otro país cuya ley penal sería aplicable. Se procesan y sancionan delitos sin considerar ni la nacionalidad del agente ni la de la víctima, así como tampoco el lugar de la comisión del delito.

Para una efectiva persecución y sanción de los crímenes internacionales —como, por ejemplo, el genocidio, la tortura o la trata de personas—, es necesario que cualquier Estado sancione estos ilícitos, de manera que no se tome en cuenta la nacionalidad del agente o el lugar de la comisión del ilícito. Esta posición también es asumida por el Código Penal peruano, pues se establece que, "aun cuando el delito no

52 García del Río, *Manual de derecho penal. Parte general y parte especial*, ob. cit., p. 28.

se haya cometido en la República, el Perú está obligado a aplicar su ley punitiva conforme a los instrumentos internacionales. De esta manera se busca contrarrestar la impunidad [...] [otorgando al derecho penal] un mecanismo de persecución mundial"[53].

Este principio está contemplado en algunas convenciones internacionales, donde los Estados parte se reconocen recíprocamente el derecho a aplicar su derecho penal, aunque no suele imponerse obligatoriamente el uso de esta facultad. En la práctica, esto encuentra dificultades en lo referente al límite de no intervención de un Estado en las cuestiones interiores de otro. Pese a ello, debido a su eficacia, el catálogo de delitos que justifican su aplicación tiende a ampliarse. LANDROVE DÍAZ señala:

> En los últimos tiempos, el catálogo de estas infracciones tiende a ampliarse como consecuencia de una mayor comunicación interestatal, que facilita el desarrollo de una conciencia solidaria y de la aparición de una delincuencia de trascendencia universal. [Esto] [...] presupone una [...] cierta uniformidad del derecho sustantivo, sin la cual el sistema carecería de razón de ser; por ello, el sistema se completa con la exigencia de que las infracciones perseguidas lo sean también por el derecho local. Constituiría un absurdo sostener la posibilidad de incriminar en un país un hecho que no es punible en el lugar de su enjuiciamiento en base de que sí lo es en el de su ejecución[54].

En cualquier caso, la aplicación de este principio exige el establecimiento de mecanismos de cooperación entre los distintos países para asegurar un correcto suministro de los elementos probatorios.

---

53 RODRÍGUEZ HURTADO, UGAZ ZEGARRA, GAMERO CALERO y SCHÖNBOHM, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 25.

54 LANDROVE DÍAZ, Gerardo, "Eficacia espacial de las leyes penales españolas", en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.° 6, Galicia: 1981, pp. 162 y 163.

D. Derecho penal por representación

El principio de representación, que se encuentra regulado en el art. 3 del CP, es considerado de carácter subsidiario, pues "interviene cuando [...] no tiene lugar la extradición, y autoriza que el Estado que tiene al autor en su poder lo juzgue aplicándole su ley penal. En este sentido, es frecuente la aplicación del principio del derecho penal por representación cuando un Estado deniega la extradición de un nacional reclamado por otro Estado competente en razón del principio territorial"[55].

La extradición es una institución jurídica que puede ser definida como "el acto por el cual un gobierno entrega a un individuo refugiado en su territorio al gobierno de otro país, que lo reclama por razón del delito, para que sea juzgado y, si ya fue condenado, para que se ejecute la pena o medida de seguridad impuesta"[56]. Consecuentemente, involucra todo un procedimiento debidamente previsto por el ordenamiento jurídico de los Estados y fundado en acuerdos y tratados internacionales sobre el tema.

Respecto a este principio, el maestro Bramont Arias afirmaba que se funda en la solidaridad interestatal[57]. Por su parte, Luzón Peña sostiene que, "si el delincuente no es extraditado para que sea castigado por otro Estado, se le aplique la ley penal propia para que no quede impune (*aut dedere aut punire*), aunque no concurran ni la situación del principio de territorialidad ni la de los principios de personalidad, de protección de intereses o de justicia universal"[58].

---

55 Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 184.

56 García Rada, Domingo, *Manual de derecho procesal penal*, 8.ª ed., Lima: Eddili, 1984, p. 392.

57 *Vid.* Bramont Arias, Luis, *Código Penal anotado*, Lima: Ferrocarril, 1966, p. 122.

58 Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 20.

3.1.3. Excepciones a la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana

Las excepciones a la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana encuentran su regulación en el art. 4 del CP, donde se indica que los principios de protección de intereses, de personalidad —activa y pasiva— y de justicia universal no serán aplicables en los siguientes casos:

a) Cuando se ha extinguido la acción penal, conforme a una u otra legislación concernida.
b) Cuando se trate de delitos políticos o hechos conexos con ellos.
c) Cuando el agente ha sido absuelto en el extranjero o el condenado haya cumplido la pena o esta se halle prescrita o remitida, haciéndose la salvedad de que, si no la ha cumplido totalmente, el proceso podrá renovarse ante los tribunales peruanos, pero se computará la parte de la pena cumplida.

3.2. Aplicación temporal de la ley penal

Es preciso determinar el momento de la comisión del delito para fijar la vigencia temporal de la ley penal (art. 9 del CP), ya que con ello se permitirá la identificación de la ley penal previa y también se podrán resolver los problemas de retroactividad e irretroactividad.

Sin embargo, si el tiempo del comportamiento del autor y el tiempo del resultado del daño o del peligro concreto no coinciden, no corresponde adoptar una sola teoría para establecerlo. En ese sentido, el comportamiento del agente determinaría el tiempo del hecho siempre que la institución a cuyos efectos interesa establecerlo tenga un fundamento subjetivo (por ejemplo, la imputabilidad o la culpabilidad). Por el contrario, lo decisivo es el momento del resultado típico si la respectiva institución tiene un fundamento objetivo (por ejemplo, la prescripción, que corre a partir de la consumación del delito).

El art. 9 del CP, que tiene influencia del Código Penal portugués, determina que "el momento de la comisión de un delito es cuando el autor ha actuado lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico. Esto, es palabras de VILLA STEIN, significa lo siguiente:

> El legislador peruano tomó partido por la *teoría de la acción lesionante*. No se toma en consideración la llamada *teoría del resultado* según la cual es en esta oportunidad —la del resultado— la del momento del hecho delictivo. La *teoría de la acción* no es aquella en que se manifiesta la voluntad, pues ella se puede manifestar de muchas formas sin que se dé inicio a los actos ejecutivos, después del momento en que el autor cesó la acción típica, sea dolosa o culposa, y en el caso de las omisiones, cuando cese para el autor el deber de actuar[59].

Las reglas sobre la validez temporal de la ley tienden a completar y mejorar la garantía de seguridad de la libertad de las personas frente al poder estatal (principio de legalidad), pues solo el derecho penal vigente al momento del acto permite responsabilizar al autor por su determinación culpable, es decir, el autor "no exterioriza esta determinación mediante el resultado, sino ejecutando con su acción o su omisión el acto definido como punible por la ley penal"[60].

Por lo tanto, es necesario que se establezca un sistema para diferenciar o valorar el momento de consumación de un delito[61]. NOEL COSTAL y BUTELER proponen el siguiente sistema:

> [E]n el caso de los tipos de comisión, el momento de la ejecución de la acción y en el caso de los tipos de omisión, el momento en que debía realizarse la acción omitida.

---

59 VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: San Marcos, 2001, p. 91.

60 SCHULTZ, citado por HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 306.

61 *Vid.* VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 185 y 186.

> Sin embargo, la determinación del momento de comisión del delito plantea una problemática especial cuando nos encontramos frente a un delito continuado, es decir, el formado con un solo delito a partir de sucesivos hechos dependientes, idénticos o similares que se extienden en el tiempo, frente a un delito permanente, el cual no se concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene, por la voluntad delictiva del autor, tanto tiempo como subsiste en el estado antijurídico creado por él[62].

Asimismo, en los delitos permanentes y continuados el momento de la comisión del delito se extiende hasta la terminación del hecho. Ambas formas deben apreciarse jurídicamente como una sola acción, por ello, si hay una modificación de leyes durante el tiempo de su comisión, el tiempo de la acción debe ser el último acto parcial del delito continuado o el último instante de la situación vigente en el delito permanente. Si durante el periodo de permanencia o continuidad de la conducta entra en vigencia una ley penal, esta se constituirá como una ley vigente al momento del hecho. Sin embargo, queda claro que el juicio de desvalor penal no puede tener en consideración la parte precedente del hecho permanente o continuado, pues su realización se hizo antes de la entrada en vigencia de la ley penal[63]. Salazar Sánchez señala:

> El valor del *tempus regit actum* es el que está relacionado con el momento de realización de los delitos permanentes y continuados. Así, en los delitos permanentes, cuando estos se cometen durante la vigencia de dos preceptos jurídicos, sobre todo, cuando la ley que está vigente al momento del cese de la actividad delictuosa es más grave. Al respecto, sostenemos que se aplicará la ley que está vigente cuando el bien jurídico deja de ser lesionado, sea más grave o más leve que los anteriores[64].

---

62 Noel Costal, María y Enrique R. Buteler, "Ámbito de validez de la ley penal", en Lascano, Carlos (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Córdova: Advocatus, 2002, p. 191.

63 Cfr. García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 208 y 209.

64 Salazar Sánchez, Nelson, "El principio de legalidad en un Estado democrático de derecho. Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal", en *Revista Perua-*

El Tribunal Constitucional considera que, ante la existencia de una sucesión de leyes penales en el tiempo, se debe aplicar la ley penal más favorable al reo. Sin embargo, en una sentencia sobre un delito tributario continuado el máximo intérprete de la Carta Magna señaló lo siguiente: "[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"[65]. En esta sentencia el TC niega que los casos donde se presente un conflicto de leyes penales en el tiempo deban ser resueltos con base en la aplicación de la ley penal más benigna, sino que se debe aplicar la última norma vigente durante la ejecución del delito, sea más o menos favorable. Sin embargo, 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[66].

En los delitos omisivos, el momento determinante se produce cuando el sujeto que está obligado a realizar una acción no lo hace. Por la mención a la obligación de actuar y a la producción de un resultado se percibe que la norma ha sido establecida pensando en los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión (art. 13 del CP); sin embargo, no existe ningún inconveniente para considerar que comprende también los delitos de omisión propia. Estos se consuman con la simple abstención de parte del agente, pues, al preverlos en la ley, no se hace depender su represión del hecho de que se produzca un resultado. Por lo tanto, con mayor razón resulta aplicable la teoría de la acción para determinar el momento de su realización.

---

na de Ciencias Penales, n.° 14, Lima: 2004, pp. 533 y 534.

65 Tribunal Constitucional, *Expediente N.°* 0901-2003-HC/TC, Lima: 12 de mayo del 2003, f. j. n.° 3.

66 Cfr. García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 211 y 212.

En los delitos a distancia, donde el resultado ilícito se da en un lugar diferente al de la ejecución, el momento del hecho es el instante en que el agente comenzó la ejecución del delito, de este momento también depende la tentativa.

El plazo de la prescripción de la acción penal empieza a correr desde el momento en el que se cometió el delito o, si se trata de un delito continuado, desde el día en que terminó la conducta delictiva (art. 82.3 del CP). Con esto se evita que una prolongada ejecución haga que el delito esté prescrito o próximo a estarlo.

El momento de la comisión de la autoría mediata es cuando el sujeto comienza a utilizar al intermediario; en el caso de coautores y cómplices, cuando estos brinden su aporte inicial al delito.

Respecto a la participación secundaria, Hurtado Pozo considera:

> El carácter accesorio de la participación secundaria no juega aquí ningún papel. Son los actos de participación los que son determinantes, no el accionar del autor principal, a diferencia de lo que pasa en materia de localización de los hechos punibles en el espacio. Por ejemplo, si el autor de un delito cometido del todo bajo el imperio de la ley nueva ha sido convencido por un tercero, cuando la ley antigua estaba todavía en vigencia, de cometer este delito, los actos de instigación serán reputados haber sido ejecutados bajo el imperio de la ley antigua. El instigador será, por tanto, en principio reprimido según esta, salvo si la ley nueva le es más favorable[67].

En ese sentido, el momento de participación de un cómplice será cuando este "prestó su aporte, a condición [de] que se realice la acción principal. Para cada partícipe debe comprobarse en forma separada el momento de la comisión"[68].

---

67 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 307.

68 Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 91.

El criterio a adoptarse no puede ser unitario, ya que las instituciones mencionadas son diferentes, variadas y cuentan con fines propios. Así, deberá distinguirse el momento de la imputabilidad o la peligrosidad del encausado, el inicio de la prescripción de la acción penal, etc.

Como hemos indicado, no es posible adoptar un sistema único aplicable a toda figura, "solo el análisis de cada uno de estos institutos, a través de la especificación de sus características y de su 'ratio', en especial del papel que en ellos juega el factor tiempo, puede proporcionar los elementos necesarios a la solución"[69].

A pesar de que la ley no lo prevé de manera expresa, se deduce del texto del art. 9 del CP que son aplicables todas las variaciones de la norma que hayan sucedido desde el momento del hecho punible (de comisión u omisión) hasta el momento en que se juzga al responsable (momento de dictarse sentencia). Además, el legislador ha previsto una regla especial para las denominadas leyes temporales, esto es, "las leyes destinadas a regir solo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario" (art. 8 del CP).

3.2.1. Principio general: irretroactividad de la ley penal

Desde el punto de vista temporal, la ley aplicable al delito es la vigente en el momento de su comisión. Esto en concordancia con lo señalado en el art. 6 del CP: "La ley aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales [...]". Esta regla deriva del principio de legalidad, pues las leyes penales solo alcanzan los hechos cometidos después de su entrada en vigor.

69 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 305.

La norma penal no se puede aplicar a conductas anteriores a su entrada en vigencia. Se tiene en consideración el axioma de que no existe delito sin ley, por ello cualquier dispositivo penal será aplicable solo a comportamientos o conductas que se susciten a partir de su vigencia, con lo cual se excluye completamente la sanción de actos previos o acaecidos con anterioridad a la ley. Esto también ha sido establecido en la Const. Pol., donde se indica que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos (art. 103).

La exigencia de la ley previa a la comisión del hecho tiene un fundamento penal y constitucional: la ley penal quiere prevenir la comisión de hechos punibles imponiendo deberes y amenazando su incumplimiento con la aplicación de una pena. Por lo tanto, la ley tiene como finalidad motivar al autor a que no cometa un ilícito y esto solo podría hacerlo una ley preexistente a la decisión de este. Asimismo, "la seguridad jurídica [...] y la libertad [...] requieren la posibilidad de conocer qué acciones están prohibidas y cuáles permitidas y esto solo es posible con respecto a las leyes vigentes en el momento de decidir la acción"[70].

3.2.2. Principio excepcional: retroactividad de la ley penal

Tal como se señala en el título de este apartado, la retroactividad de la ley penal es un principio excepcional, pues su uso queda condicionado a que se aplique la norma más favorable al reo. Esta excepción encuentra respaldo constitucional en el segundo párrafo del art. 103 de nuestra Carta Magna, que prescribe: "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo".

De acuerdo con Bacigalupo, el principio de retroactividad de la ley penal es "una excepción con un fundamento político-social, dado que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de las penas por hechos

70 Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 188.

que ya no se consideran delitos o cuando la gravedad de aquellas aparece como desproporcionada"[71].

De acuerdo con una parte de la doctrina, este principio encuentra su fundamento en la importancia de los derechos que pueden resultar afectados por la aplicación de la ley penal[72]. Así, este principio, también denominado "retroactividad benigna de las disposiciones penales" (arts. 6 y 7 del CP), implica:

a) Que la irretroactividad admite excepción cuando favorece al reo.
b) Que cuando existe un conflicto en el tiempo de leyes penales se aplicará la más beneficiosa al reo, inclusive cuando se está ante una ley penal intermedia.
c) Que, si durante la ejecución de la pena se dictase una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá aquella por la que corresponda, conforme a la nueva ley.
d) Que cuando se produce la decriminalización o detipificación del hecho sancionado —es decir, cuando este deja de ser punible—, la pena impuesta y sus efectos se extinguen plenamente [...][73].

El art. 7 del CP establece el principio de la retroactividad benigna en los siguientes términos: "Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho". Hurtado Pozo considera que este dispositivo penal está justificado por:

> [L]a naturaleza de los bienes que son afectados por una sentencia penal; por la inutilidad de seguir reprimiendo con la misma pena un acto que —según la nueva concepción del legislador— merece un tratamiento

71 *Loc. cit.*

72 Rodríguez Hurtado, Ugaz Zegarra, Gamero Calero y Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 27.

73 *Loc. cit.*

> menos severo o que no merece seguir siendo considerado como delictuoso; y porque el formulismo de la intangibilidad de la cosa juzgada no puede tener los mismos alcances en materia penal y civil[74].

Por lo tanto, la aplicación de este principio dependerá de la forma en que una sentencia penal responde "a las nuevas valoraciones sociales expresadas por el legislador, [por lo tanto], será suficiente con la publicación de la ley más favorable para que corresponda su aplicación"[75].

Sobre el tema, Cuello Calón sostiene que "la ley más benigna debe tener siempre un efecto retroactivo, aun cuando sobre el hecho hubiere recaído sentencia firme, pues cuando el poder social estima que determinado hecho no debe ser penado o debe ser castigado con pena menor, seguir penándolo o castigándolo con pena más grave constituye un acto de indudable injusticia"[76]. Por su parte, Bacigalupo indica:

> [La determinación de la ley más favorable] requiere una comparación concreta de las dos situaciones legales surgidas de la reforma legal posterior a la comisión del hecho: debe compararse la aplicación al caso de la situación legal vigente en el momento de comisión con la que resultaría como consecuencia de la reforma. Esta comparación es concreta porque debe referirse al caso que se juzga. En esta comparación deben tomarse en cuenta, en primer lugar, las penas principales y luego la ley en su totalidad [...].
>
> La comparación referida a las penas principales no es problemática cuando se trata de penas de la misma especie (por ejemplo, privación de libertad y multa o multa e inhabilitación). Esta situación se presenta también para las legislaciones que distinguen dentro de un género co-

74 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 287.

75 Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., pp. 191 y 192.

76 Cuello Calón, citado por Ana Calderón Sumarriva, *El nuevo sistema procesal penal. Análisis crítico*, Lima: Escuela de Altos Estudios Jurídicos, 2011, p. 65.

> mún distintas especies de pena: en estos casos habrá que considerar no solo el máximo y el mínimo, sino también los elementos diferenciales de ambas penas y deducir de ellos cuál es más favorable al acusado o condenado[77].

A los efectos de considerar qué ley es más favorable, también debe tenerse en cuenta las *leyes intermedias*, es decir, aquellas que hayan entrado en vigor después de la comisión del hecho, pero que son modificadas nuevamente antes de la sentencia definitiva de última instancia. En ese sentido, si la ley intermedia resultara más favorable que la vigente en el momento de la comisión del delito, habrá que aplicarla, aunque haya dejado de regir en el momento de la sentencia definitiva, porque así lo establece el principio de retroactividad de la ley más favorable.

Veamos el siguiente ejemplo:

> En el momento de cometerse el delito el Código Penal prevé que la pena sea privación de libertad de hasta dos años. Posteriormente, durante el proceso, se promulga la ley "x", la cual modifica la pena y establece una pena alternativa (multa). Sin embargo, antes de dictarse la sentencia definitiva, la ley "x" es derogada, por lo cual debe aplicarse la redacción primigenia del Código Penal, es decir, se debe sancionar con la pena privativa de la libertad.

En este ejemplo, el órgano jurisdiccional debe aplicar la ley que prevé la pena de multa.

Este principio puede aplicarse incluso después de que se emita una sentencia definitiva y durante el tiempo de su ejecución.

---

77 Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 189.

3.2.3. Principio excepcional de excepción: ultractividad de la ley penal

La ultractividad de la ley penal es una excepción al principio de retroactividad. Se aplica cuando la ley ulterior sigue teniendo vigencia para el hecho. Esto quiere decir que se prolonga temporalmente la vigencia de una ley derogada a los hechos cometidos durante su vigencia[78].

La aplicación ultractiva de una norma se efectúa hacia los hechos, las relaciones, las situaciones, etc., que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada, sea de manera expresa o tácita; es decir, luego de que ha terminado su aplicación inmediata. Es decir, se aplica un dispositivo derogado. Según Manzini, "una ley es ultractiva cuando continúa manteniendo su actividad sobre los hechos, relaciones y situaciones acaecidas durante su imperio, pese a que ya rige sobre la misma materia un precepto posterior y diverso. Ello impone que sea obligatoria aun después de haber sido formalmente derogada"[79].

Principalmente, la aplicación de este principio está relacionada a dos tipos de leyes penales:

— *Las leyes penales temporales* (art. 8 del CP). Son las que tienen prefijado en su texto el tiempo de su vigencia. Tienen un determinado tiempo de vigor que responde a circunstancias especiales que, cuando sean superadas, producirán que la ley quede sin efecto[80]. La limitación temporal puede indicarse estableciendo el tiempo calendario de vigencia o señalando el suceso que de-

78 Momethiano Santiago, Javier, *Código Penal fundamentado*, 2.ª ed., Lima: San Marcos, 2011, p. 69.

79 Manzini, citado por Víctor García Toma, *Constitución y derecho judicial*, Lima: Concytec, 1991, p. 22.

80 Cfr. Rodríguez Hurtado, Ugaz Zegarra, Gamero Calero y Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 27.

terminará la pérdida de esta. Por ejemplo, cuando una ley dictada para lograr un ahorro de energía prohíbe, bajo pena, circular con automóviles determinados días de la semana durante un año a partir de su entrada en vigor.

— Las *leyes penales excepcionales*, cuya vigencia depende, de forma no expresa, de situaciones que por su naturaleza son temporales o transitorias. Estas leyes se denominan también leyes penales temporales en sentido amplio.

Por lo general, este tipo de leyes son dictadas para reforzar la protección de determinados bienes jurídicos en situaciones de excepción, por esta razón pueden agravar las penas. La aplicación de este principio se fundamenta en que las leyes temporales no tendrían autoridad o capacidad intimidatoria si se aplicara la ley que entró en vigencia luego de que se venciera su plazo; leyes que, por lo general, son más favorables[81]. En la práctica, no es recomendable distinguir entre leyes penales temporales y leyes penales excepcionales, pues ambas plantean idéntico problema para la realización de la ley penal excepcional.

3.3. Aplicación personal de la ley penal

En concordancia con el art. 10 del CP, la ley penal se aplica por igual a todas las personas; sin embargo, se puede presentar algunas excepciones relacionadas con la función o el cargo que estas ejercen, por ejemplo, presidente, congresista, ministro, etc. Estas excepciones deben estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales.

Esto significa "que hay funciones cuyo ejercicio atribuye a las personas que las ejercen un régimen de privilegio —no por la condición de persona, sino como atributo de función— que las excluye de la ju-

81 Cfr. Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 193.

risdicción penal del Estado, o las exime de pena, o las somete a reglas procesales particulares"[82].

Es así que tanto el derecho público interno como el derecho internacional reconocen estos privilegios que son inherentes al cargo o a la función que la persona ocupa, tal como se ha regulado en el Código Penal y en los tratados o convenios internacionales. Estos privilegios son los siguientes: la inviolabilidad, la inmunidad, el antejuicio y las excepciones del derecho internacional.

3.3.1. La inviolabilidad

La inviolabilidad trata de la exclusión de toda responsabilidad por los hechos punibles que hubieran podido cometer determinadas personas con sus opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. La persona que goza de inviolabilidad no puede ser sancionada ni tener responsabilidad penal ante alguna autoridad u órgano jurisdiccional a causa de los votos u opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo: los congresistas. Es opinión dominante que los efectos de la inviolabilidad no se extienden a los partícipes.

3.3.2. La inmunidad

La persona que goza de inmunidad no puede ser perseguida penalmente mientras dure su cargo; por lo tanto, no puede ser procesada ni apresada sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente. Es, por tanto, un impedimento procesal.

La inmunidad rige desde que la persona es elegida hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, salvo delito flagrante —en cuyo caso son puestos a disposición de los previstos organismos dentro de las 48 horas para que se autorice o no la privación de la libertad y el

82 Bramont-Arias, Luis, *Código Penal anotado*, Lima: Ferrocarril, 1966, p. 95.

enjuiciamiento (art. 93 de la Const. Pol.)—. El presidente de la República, los congresistas y los miembros del Tribunal Constitucional son ejemplos de funcionarios que cuentan con este privilegio.

3.3.3. El privilegio procesal del antejuicio

El antejuicio es un privilegio procesal del cual gozan un conjunto de personas que ejercen altos cargos en el Estado. Implica que determinados funcionarios estén sometidos a una ley o jurisdicción diferente. Así, para ser penalmente procesados en el fuero común por la comisión de algún delito de función, ellos previamente deberán ser acusados por la Comisión Permanente ante el Congreso, donde el pleno de representantes deberá decidir la emisión o no de una resolución acusatoria de contenido penal (art. 99 de la Const. Pol.).

Asimismo, el Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, puede "suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad" (art. 100 de la Const. Pol.).

Esta jurisdicción es aplicable al presidente de la República, a los representantes del Congreso, a los ministros de Estado, a los miembros del Tribunal Constitucional, a los jueces de la Corte Suprema, a los fiscales supremos, al defensor del pueblo y al contralor general de la República.

3.3.4. Excepciones del derecho internacional

Entre las excepciones del derecho internacional, en cuanto a las prerrogativas sustentadas en los tratados internacionales por las que no sería aplicable la ley penal peruana, se encuentran las siguientes:

— Los jefes de Estado extranjeros que se encuentren de visita en el Perú.

— Los representantes diplomáticos de Estados extranjeros, así como sus empleados extranjeros y las personas de la familia de los primeros, que vivan en su compañía.

— Los miembros de un ejército extranjero autorizados a pasar por el territorio.

LECCIÓN 4
TEORÍA DEL DELITO

1. INTRODUCCIÓN

La teoría del delito es el área de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier ilícito penal[1]. Como señala MUÑOZ CONDE, "es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico-penal a la acción humana"[2].

La teoría de la imputación penal es el medio técnico-jurídico para establecer a quién deben imputársele ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente. Bajo este concepto, podemos nombrar las siguientes características:

— Es un sistema, pues representa un conjunto ordenado de conocimientos.

— Se representa en hipótesis, es decir, son enunciados que pueden probarse, atestiguarse o confirmarse solo indirectamente a través de sus consecuencias.

---

1 *Vid.* ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de derecho penal*, t. I, Lima: Ediciones Jurídicas, 1986, p. 317.

2 MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 222.

— Posee tendencia dogmática, pues es parte de una ciencia social. No existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo.

— Su objeto de estudio es la consecuencia jurídica penal, es decir, se estudia todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad[3].

2. DELITO

La palabra "delito" proviene del latín *delictum*, que significa "abandonar el camino prescrito por la ley" (*delinquere*). Este término se utilizó en la antigua Roma para contraponer el término *crimen* y designar los *delicta privata*[4]. El delito es un acto contrario a la ley penal, sancionado con una pena pública[5]. Se encuentra definido en el art. 11 del CP como la acción u omisión dolosa o culposa penada por la ley, aunque comúnmente se lo define como una conducta típica, antijurídica y culpable —algunos consideran que hasta punible—.

La idea de delito es un concepto jurídico-penal que debe reunir todos los requisitos que la ley prevé, esto es, ser previa, escrita y estricta, en mérito al principio de legalidad, para considerarlo trascendente en el campo jurídico-penal y de esa manera se pueda imponer una sanción en forma de pena o medida de seguridad. El derecho penal se ocupa del delito desde el punto de vista del deber ser normativo.

---

3 Cfr. Zaffaroni, Eugenio, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Ciudad de México: Cárdenas, 1998, p. 18.

4 *Vid.* Rodríguez Devesa, José M., *Derecho penal español. Parte general*, Madrid: Dykinson, 1990, p. 325. Este autor estima que dicho término no se encuentra hasta los digestos de Justiniano, no encontrándose la expresión *delictum publicum*. Originalmente fue la omisión de lo que se debe hacer, como contrafigura del acto culpable positivo.

5 Cfr. Ihering, citado por Luis Miguel Bramont-Arias Torres *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, Lima: San Marcos, 1998, p. 99.

El delito ha sido definido por CARRARA como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"[6]. Por su parte, VON LISZT lo definió como el "acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena". Mientras que JIMÉNEZ DE ASÚA indica que el delito es "un acto típico, antijurídico, imputable y culpable, conforme a las condiciones objetivas de punibilidad, y que se hallaba conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad"[7].

De la mayoría de los conceptos señalados, podemos observar la presencia de una "idea bicéfala" del delito: puede producirse tanto por una acción como por una omisión, que parten de una conducta humana. Los elementos que configuran la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad se configuran en concordancia con la conducta señalada en el Código Penal y en las leyes especiales[8].

De acuerdo con BARBA ÁLVAREZ, los delitos son aquellas conductas consideradas nocivas para el bienestar de la sociedad. Por tanto, "el legislador se debe actualizar espacio-temporalmente para definir qué conducta merece recibir el cuño de ilícito penal, y así establecer una política criminal apropiada"[9]. En ese sentido, la evolución del delito y de la ciencia jurídico-penal ha pasado por múltiples estadios que van desde la venganza privada hasta la pública. Del análisis de estos estadios surge la base científica y las llamadas escuelas penales, que son definidas como un conjunto de teorías con características similares.

---

6 CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol. I, Bogotá: Temis, 1972, p. 61.

7 *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t.III, Buenos Aires: Depalma, 1965, p. 63.

8 Cfr. BARBA ÁLVAREZ, Rogelio, "Derecho penal vs. criminología", en *Letras Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*, n.° 1, Guadalajara, 2006, p. 12.

9 BARBA ÁLVAREZ, "Derecho penal vs. criminología", art. cit., p. 7.

En épocas antiguas, algunas sociedades, en su afán de procurar su conservación, consideraban que la expulsión del delincuente era la sanción más grave que se le podía imponer, por tanto, el individuo que delinquía era mandado al destierro y al abandono. Esto trajo como consecuencia que el delincuente se convirtiera en víctima propiciatoria de agresiones provenientes de su propio grupo social o de otros grupos sociales cercanos. Tiempo después apareció la venganza, la cual era llevada a cabo a través de la ley del talión, que señalaba en forma objetiva la medida de la reacción penal y que estaba influenciada por la retribución, es decir, el daño que causaba la pena debía ser igual al ocasionado por el delito, lo que implicaba que, en algunos casos, el daño se extendiera a una persona distinta del delincuente.

Al producirse la evolución en los pueblos, la venganza privada quedó sin efecto y se abrió paso a la aparición de la venganza divina. Es así que los conceptos de derecho y religión se funden en uno solo y el delito, más que una ofensa a la persona o grupo social, era considerado una ofensa hacia una divinidad. Posteriormente, surgió la forma legal que pretendía sustituir el mal de la pena con una compensación económica otorgada a la víctima del delito. En este sistema, al principio, la compensación era voluntaria y, posteriormente, se convirtió en obligatoria y legal.

En el periodo de la venganza pública, la ciencia jurídico-penal se vale de los conceptos de pena y represión. Es en esta etapa cuando aparecen las penas más severas para castigar los crímenes más graves. Sin embargo, en la administración de justicia penal se manifestaba una absoluta desigualdad, puesto que los nobles y los poderosos eran sancionados con penas leves mientras que los plebeyos y siervos eran drásticamente castigados. Esta desigualdad jurídica propiciaba inseguridad y la inconformidad de la sociedad.

Posteriormente, empiezan a darse los principios de la ciencia jurídico-penal y la doctrina tradicional se ubica dentro de dos grandes corrientes: la *escuela positiva* y la *escuela clásica*, cuyos debates se realizan en torno

al derecho a sancionar por parte del Estado, se elaboran amplias teorías acerca del delito y las penas. A su vez, surgen otros pensamientos que crean otras doctrinas, denominadas *escuelas eclécticas*. Aparecen las teorías absolutistas, filosóficas y otras posturas relativas que buscan los medios para entender y evitar que exista la delincuencia.

En conclusión, el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Su identificación implica:

1) Establecer si se adecua a un tipo penal o no (tipicidad).
2) Determinar si la conducta típica es contraria al derecho, para lo cual analizaremos la presencia de causas de justificación (antijuridicidad).
3) Analizar si el sujeto es culpable, para ello se tiene que precisar si es imputable, si tiene conocimiento de la antijuricidad y si no le era exigible una conducta diferente a la realizada (culpabilidad).

3. FINALIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO

La teoría del delito es una propuesta metodológica que ofrece a los juristas y a los operadores del derecho un "modelo de análisis que sirva para establecer si la realización de un hecho concreto acarrea una responsabilidad penal para sus autores"[10], por lo tanto, tiene un fin esencialmente práctico. En ese sentido, tomando como base la ley penal, se han generado categorías para condicionar la responsabilidad de una persona frente a un hecho aparentemente delictivo: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Para Bustos y Hormazábal, la teoría del delito tiene una finalidad garantista, pues "asegura que todo lo jurídico-penalmente relevante del hecho probado va a ser objeto de un riguroso análisis y [...] porque ofrece la seguridad de que la ley siempre va a ser interpretada de la misma ma-

10 Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, vol. i, Madrid: Trotta, 1997, p. 127.

nera, posibilitando con ello una aplicación segura, calculable y racional del derecho"[11].

Bajo esta consideración podemos entender a la teoría del delito como una barrera a la arbitrariedad en la interpretación de la ley, pues cada categoría brinda conceptos generales que posibilitan una interpretación concordante con los principios que rigen el Estado social y democrático de derecho. Es así que la finalidad de la teoría del delito es facilitar la resolución de un caso general o concreto y proporcionar argumentos que sirvan para apoyar la decisión judicial[12].

4. EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN EL DELITO

Como es natural, con el paso de los años las teorías que explican el delito han ido transformándose con la finalidad de superar las deficiencias y adecuarse a su realidad fáctica. Esto ha generado que se construyan posturas más complejas, exactas y eficaces. A continuación, desarrollaremos algunas de las teorías que explican el delito y que consideramos más relevantes.

4.1. Causalismo naturalista

El causalismo naturalista, también conocido como el sistema Liszt-Beling, es "un modelo cuya base de inspiración fue el positivismo naturalista. Es el inicio de la dogmática moderna y a partir de él se pretende configurar una teoría científica del delito"[13].

11 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 128.

12 Cfr. *Loc. cit.*

13 *Ibid.*, p. 130.

De acuerdo con Peña Gonzales y Almanza Altamirano, esta teoría se caracteriza por:

> Concebir la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal. Distingue la fase *interna* (ideación, deliberación, resolución) y [la] *externa* (exteriorización, preparación, ejecución) del delito. Distingue entre elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) del delito. El tipo se limita a elementos de carácter externo, negando la posibilidad de justificar alguna acción, cuya valoración jurídica solo puede tener cabida dentro del análisis de la antijuridicidad, y siempre desde un punto de vista objetivo. En la culpabilidad se analizan elementos subjetivos y psíquicos del agente, siendo la imputabilidad el presupuesto de esta[14].

Según esta posición dogmática, el delito es una acción equivalente a un hecho de la naturaleza que produce un cambio en el mundo social. El ilícito penal es definido por la relación de causalidad entre esa acción y la modificación del mundo exterior. Esto quiere decir que "el nexo entre el movimiento corporal y el resultado es la relación de causalidad. En la omisión se produce una distensión de los músculos por el agente, siendo ella la no realización de una conducta esperada, existiendo tanto voluntariedad del agente como nexo de causalidad con el resultado"[15].

Bajo esta postura, las categorías del delito cuentan con las siguientes funciones:

a) La *tipicidad* es simplemente *descriptiva* del proceso causal, es decir, de una relación de necesidad entre un antecedente que es la acción y un consecuente que es el cambio que dicha acción produce en el mundo social. La determinación de la tipicidad se realiza comprobando la relación de causalidad entre la acción y el resultado. La tipicidad,

---

14 Peña Gonzales, Oscar y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima: APECC, 2010, p. 22.

15 Centeno Buendía, Héctor, *Estudio de los fundamentos de la teoría del delito*, Lima: Instituto Peruano de Filosofía y Derecho Penal, 2003, p. 23.

luego, tiene un carácter objetivo. Por ejemplo, para determinar la tipicidad de la acción de Pedro consistente en clavar un puñal a Juan en el corazón basta con comprobar la relación de causalidad entre dicha acción y la muerte de Juan. La conducta sería típica [en concordancia con el art. 106 del CP (homicidio simple)].

b) La *antijuricidad* es *valorativa*. Se trata de estimar la relación de contradicción entre ese proceso causal con todo el ordenamiento jurídico. Por ello mismo, la antijuricidad tiene carácter *objetivo*. Siguiendo el ejemplo anterior, comprobada la tipicidad de la conducta de Pedro ahora se trata de valorarla desde el ordenamiento jurídico. Puesta en relación la muerte de Juan con el ordenamiento jurídico, si no hay causas de justificación, queda determinada la antijuricidad de esa conducta. En suma, el injusto es el hecho típico y antijurídico [que] tiene un carácter *objetivo* y pertenece al mundo *natural*.

c) La *culpabilidad* es una relación psicológica entre el hecho y su autor, luego tiene un carácter *subjetivo* y perteneciente al mundo *natural*. Por eso la culpabilidad se agota en el dolo y la culpa, que son formas de esa relación psicológica. Ahora bien, la culpabilidad entendida como relación psicológica del hecho con el autor requiere que [este esté en] condiciones de madurez y de salud psíquica y física para que esa relación pueda tener lugar. Esas condiciones determinan la imputabilidad o capacidad de culpabilidad de una persona. En consecuencia, el modelo del causalismo naturalista necesariamente tiene que contemplar la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad[16].

A esta propuesta se le objeta que no existe un concepto superior de acción, ya que la acción y omisión eran realidades diferentes. Asimismo, vendrían ataques en relación, "a la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo, y dentro de lo objetivo de lo descriptivo con lo valorativo. Se constataría la presencia en algunos injustos de elementos subjetivos [...] necesarios para su comprensión jurídico-penal". Esto se debe a que para

16 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., pp. 130 y 131.

un completo análisis del ilícito penal se requieren conceptos subjetivos dentro de lo objetivo —por ejemplo, "ánimo de lucro" en el delito de hurto—, pues sin este elemento subjetivo debería configurarse este tipo penal incluso cuando una persona tome una prenda de un centro comercial para probársela. De igual forma, es necesaria la presencia de elementos valorativos —"cosas muebles ajenas", en el delito de hurto—. Esto quiere decir que dentro de la culpabilidad también existirían categorías valorativas, por lo tanto, esta no se agotaría en el dolo o la culpa. La culpabilidad es un juicio valorativo de reproche al sujeto que no utilizó sus capacidades para actuar conforme a derecho[17].

4.2. Causalismo valorativo

De acuerdo con Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, "el resurgimiento renovado del pensamiento kantiano [...] sirvió de fundamento para una revisión crítica del positivismo. [...] La ideología neokantiana distingue entre dos grandes ciencias, las de la naturaleza y la de los valores. Estas últimas son las propias al aspecto social de los hechos"[18].

De esa forma surge el causalismo valorativo, el cual se aparta del formalismo del causalismo clásico y toma como base la perspectiva axiológica; además, introduce la "voluntad" como un elemento del concepto de acción y considera que existen tanto elementos normativos como subjetivos del tipo. Esto lo separa de la concepción netamente objetiva y establece la necesidad de analizar el contenido de valor o de intencionalidad. Otro de sus planteamientos es que la antijuricidad no significa únicamente la oposición formal a la norma jurídica, sino que también se debe tener en cuenta el daño causado a la sociedad, lo cual permitió que se gradúe el injusto según la gravedad del daño causado y que se establezca nuevas causas de justificación. Finalmente, en la culpabilidad

17 Cfr. *Ibid.*, p. 131.

18 Cfr. *Ibid.*, pp. 131 y 132.

se deja de lado una concepción meramente psicológica y se empieza a hablar de un juicio de reproche más amplio al autor[19].

Así, las categorías de esta teoría son las siguientes:

a) La tipicidad es *descriptiva* y, al mismo tiempo, *valorativa* (del proceso causal) y pertenece al ámbito objetivo, pero por excepción puede contener *elementos* subjetivos (dado que ciertos tipos legales no podían ser entendidos sin ellos). Por ejemplo, el tipo legal del hurto no puede ser entendido sin el elemento subjetivo "ánimo de lucro", pues en caso contrario al ámbito de aplicación del tipo se extendería a todo tipo de supuestos en que el autor simplemente cogiera una cosa.
b) La antijuricidad es *valorativa y objetiva*, y solo por excepción contiene algún elemento subjetivo (el conocimiento) en algunas causas de justificación. En suma, el injusto es *objetivo* y perteneciente al mundo del *valor*.
c) La culpabilidad [...] [que] era solo subjetiva para el causalismo naturalista, con el causalismo valorativo pasa a ser antes que nada *valorativa*, pues es entendida como un reproche al autor. Pero también es *subjetiva*, ya que el sujeto tenía capacidad para actuar de otra manera. Con ello, entonces, dolo y culpa pasan a ser solo elementos de la culpabilidad y la imputabilidad o capacidad de culpabilidad pasa a integrarse como otro elemento dentro de ella. Del mismo modo, también se incluye como elemento por algunos la exigibilidad de la conducta como valoración de las circunstancias en que actuó la persona[20].

De acuerdo con esta postura, el delito tiene dos ámbitos: uno de carácter objetivo valorativo (el injusto) y otro de carácter subjetivo valorativo (la culpabilidad). Además, comparte una característica común con

19 Cfr. Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 35.

20 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., pp. 131 y 132.

la postura anterior, esto es, su pertenencia al *mundo del valor* (ciencias valorativas).

Las críticas dirigidas al causalismo valorativo versan sobre "su incapacidad para dar una explicación coherente para la presencia de elementos subjetivos en el tipo que aparecían meramente injertados. También se cuestiona la ubicación sistemática que le daba al dolo. Si la culpabilidad es valoración, no puede ser al mismo tiempo objeto de valoración, pues lo que se valora es justamente la acción dolosa [...]. Tampoco logra [...] superar la crítica que se le había hecho al concepto omnicomprensivo de acción"[21].

4.3. La teoría finalista de la acción

Desarrollada por Welzel, la teoría finalista de la acción realiza una revisión crítica del positivismo, pues se ataca el concepto mismo de acción. De acuerdo con esta teoría, "el delito es acción, pero no causal, sino final, lo que significa que el actuar humano se determina *desde* el fin perseguido por el autor sobre la base de su experiencia causal. Con este planteamiento la categoría de la causalidad queda *integrada* [...] dentro de la tipicidad"[22].

Welzel considera que el carácter final o la "finalidad" de la acción se basa "en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su [...] [actividad], asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la consecución de sus fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de modo que oriente el [...] [acontecer causal exterior]"[23].

---

21 *Ibid.*, p. 132.

22 *Ibid.*, p. 133.

23 Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción y notas por José Cerezo Mir, 2.ª reimp., Buenos Aires: B de F, 2004, p. 41.

Lo anterior quiere decir que, si no se toma en cuenta la finalidad del sujeto, la acción perdería su principal característica y se convertiría en un mero proceso causal. Así, con esta teoría se produce un cambio de paradigma, pues se entiende a la acción como una actividad final y no como una causación de resultados. Por tanto, la relevancia penal de una acción dependerá de su finalidad, ya que esta es la que determina "la dirección consciente del curso causal hacia una meta u objetivo previamente propuesto por la voluntad. El hombre se propone fines y, gracias a su previo conocimiento de las leyes naturales, puede anticipar el curso y los resultados de su actividad, dentro de ciertos límites. Gracias a ello, puede también seleccionar los medios causalmente necesarios para alcanzar el fin y poner en marcha el proceso causal exterior que conduzca a la realización del objetivo"[24].

De acuerdo con Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, las categorías de esta teoría consisten en:

a) La *tipicidad* tiene un aspecto objetivo, descriptivo y valorativo (del proceso causal) y un aspecto subjetivo (que recoge valorativamente el proceso desde el fin). Por ello, dolo y culpa pertenecen a la tipicidad.
b) La *antijuricidad* es objetiva y valorativa, pero todas las causas de justificación contienen elementos subjetivos (conocimiento e intención). En suma, para los finalistas, el injusto es un ámbito integrado de diferentes caracteres, pero en el que el elemento común es lo subjetivo.
c) La *culpabilidad* es reprochabilidad (proceso valorativo) de la capacidad de motivación, esto es, de la capacidad de actuar de otra manera, esto es, conforme a la norma y a pesar de ello actuar en contra de ella (aspecto subjetivo). Luego, los elementos de la culpabilidad son solo la imputabilidad y la conciencia del injusto. Para los finalistas la exigibilidad de la conducta por principio no puede ser elemento de la culpabilidad, pues el sujeto podía actuar de otra manera. [...].

24 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 39.

> Así, por ejemplo, el que estaba sujeto a un madero en vez de echar al otro de él, pues en caso contrario se ahogaban ambos, podía no haberlo hecho, esto es, podía elegir entre ser héroe o santo[25].

Asimismo, Peña Gonzales y Almanza Altamirano consideran que las categorías del delito bajo esta teoría implican:

> La *acción* es considerada siempre como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente. La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues, al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Distingue entre error de tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y el error de prohibición (elimina la conciencia de antijuricidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y, si es vencible, subsiste en grado menor). En la *antijuricidad* se distingue el aspecto formal (lo contrario a la norma) y el material (lesión o puesta en peligro del bien jurídico) Desaparece el concepto de imputabilidad que es absorbido por la culpabilidad, la cual consiste en un juicio de reproche.
>
> En otras palabras, queda claro que en toda acción hay una etapa objetiva y una etapa subjetiva. Se entiende que al realizar la acción el sujeto se representa un resultado, por ello, el poder actuar de otro modo siempre está presente; en tal medida, si siendo libre decidió hacer algo incorrecto, su conducta será reprochable. Como todo se dirige a la acción final, el dolo se traslada al tipo[26].

En suma, los finalistas consideran que lo subjetivo debe ser valorado éticamente. En consecuencia, de acuerdo con esta postura, la tentativa del delito imposible es punible, pues en ello hay una subjetividad desvalorada éticamente que se ha objetivado[27].

---

25 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 133.

26 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., pp. 39 y 40.

27 Cfr. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit.,

Esta teoría fue criticada debido a que "en la omisión no hay finalidad —y por tanto tampoco causalidad— y que en el delito culposo no hay un proceso valorado desde el fin, y que la culpabilidad en todo caso guarda directa relación con el sujeto y no con la acción, se produce un cambio total en la teoría finalista. Delito es ahora injusto y culpabilidad"[28]. En los delitos omisivos se ha dicho que no hay una sobredeterminación del proceso causal por el sujeto, ya que no hay relación de causalidad entre la omisión y el resultado. La omisión no es en sí una acción, sino la no realización de una acción. Su elemento fundamental es el dominio final potencial del hecho.

Respecto a los delitos culposos, se afirma que para la ley penal no es relevante la finalidad del sujeto[29], lo que obliga al finalismo a definir los delitos culposos acudiendo a un concepto normativo, o sea, al cuidado debido.

Se indica que la teoría final de la acción no explica las conductas automatizadas, como andar, escribir, conducir, ni tampoco los ataques de ira, ya que este tipo de conductas está desprovisto de objetivos. Otros críticos consideran que las acciones realizadas con dolo eventual no son acciones finales, ya que el resultado injusto punible está fuera de la finalidad del sujeto.

Otra de las críticas de esta teoría es que, al ubicar el dolo y la culpa dentro del tipo, se deja vacía la culpabilidad y se desvirtúa la distinción entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Se ha combatido desde diferentes posiciones la primacía dada por este al desvalor del acto sobre el desvalor del resultado. Asimismo, esta postura tiende a subestimar

---

p. 133.

28 *Ibid.*, p. 134.

29 Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1975, p. 178. *Vid.* Welzel, Hans, "Un malentendido sin solución (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología Argentina*, n.° 4, Buenos Aires: octubre-diciembre de 1968, pp. 7-15.

el papel que tiene el peligro o la lesión al bien jurídico tutelado, pues únicamente da importancia a factores subjetivos (anímicos) del agente, lo que demuestra su inclinación por un derecho penal de autor.

Un sector de la doctrina considera que la teoría finalista no introdujo cambios sustanciales al causalismo, pues también dependía de la existencia de un nexo causal sobredeterminado por el sujeto; en consecuencia, al igual que las otras posturas, no soluciona el problema que plantean los delitos de mera actividad, al no tener un resultado.

La dirección final de la acción se lleva a cabo en dos etapas: la *primera*, trascurre en la esfera del pensamiento del sujeto y comprende la proposición de la acción, la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes; y la *segunda*, sucede cuando el sujeto efectúa su acción en el mundo real.

Para superar estas críticas, el finalismo debe reconocer estructuras diferentes para la acción y la omisión, los cuales, a su vez, pueden se dolosos o culposos. Y, pese a sus deficiencias, "el finalismo pudo superar las críticas que se le habían hecho a las propuestas causalistas, logrando una mayor precisión conceptual y sistemática. No obstante, se le critica su acentuación en la valoración del acto y su tendencia a la eticización y subjetivización del delito al prescindir del resultado, esto es, de la afectación al bien jurídico"[30].

4.4. La teoría del funcionalismo. Planteamientos político-criminales

Como podemos observar, el paso del tiempo conlleva el cambio de la sociedad y esto trae consigo cambios importantes en el derecho penal. Es en este contexto que, "en los años sesenta, se produce un vuelco importante en la teoría penal: se dejan de lado las posiciones basadas en categorías ontológicas (causalidad, finalidad, libre albedrío), esto es, que

30 Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 134.

el delito es una categoría del ser, y se sostiene entonces que el punto de partida es el fin de la pena. Ahora bien, el planteamiento preventivo especial no tuvo mayor posibilidad de construir una teoría del delito, pues, al poner el acento solo en la resocialización, carecía de bases para ello"[31].

4.4.1. El funcionalismo moderado

Esta teoría es asumida por Roxin, quien considera que "la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructura lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal"[32]. Esto significa que la teoría de los fines de la pena será la que orientará las características del sistema penal en busca de una unidad sistemática entre derecho penal y la política criminal.

Bajo esta perspectiva, "el funcionalismo moderado reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad), pero con una orientación político-criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del derecho penal"[33]. Entonces, de acuerdo con Roxin, "el dogmático debe, en primer lugar, averiguar qué valoración político-criminal subyace en cada uno de los conceptos o categorías de la teoría del delito y, una vez determinada la misma, funcionalizar dicho concepto o categoría, es decir, construir y desenvolver el mismo de manera que responda a la función que le es propia de un modo idóneo"[34].

---

31 *Loc. cit.*

32 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I., traducción de la 2.ª ed. alemana por Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 203.

33 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 45.

34 *Ibid.*, p. 48.

Respecto a lo planteado, Peña Gonzales y Almanza Altamirano indican:

> Roxin pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político-criminal en una suerte de sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta. Ahora bien, ello no quiere decir que renuncie al contenido de las categorías dogmáticas elaboradas hasta el momento, sino que su pretensión será complementar las mismas y perfeccionarlas.
>
> [...]
>
> Roxin distingue entre tipo total o tipo sistemático (dentro del que incluye tanto el dolo como las causas de justificación), y tipos de garantía y de error, integrando en el tipo tanto la antijuricidad formal como la antijuricidad material, de suerte que la conducta típica será, a un tiempo, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y al mismo tiempo infracción del deber normativo[35].

Podemos considerar que esta teoría surge con la finalidad de suplir las carencias de la posición radical, donde se ignoraba el carácter garantista de la culpabilidad, por esta razón el funcionalismo moderado presenta una nueva perspectiva fundamentada en la prevención general, también llamada prevención general positiva o integradora. Esto implica que se descarte la idea de la norma como coacción y se vea como una consecuencia teorética de reconfirmación de la conciencia jurídica o valorativa en los sujetos. Es así que se distingue el injusto (la motivación de la norma penal respecto de los sujetos a la reconfirmación de la conciencia jurídica) de la culpabilidad (capacidad del sujeto para entender la motivación de la norma). Sin embargo, no hay mucha diferencia con las posiciones ontológicas, pues se parte también de un dogma indemostrable[36].

---

35 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., pp. 48-50.

36 Cfr. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 135.

En síntesis, el funcionalismo moderado plantea la necesidad de superar el dualismo entre dogmática y política criminal, por lo que señala que las categorías del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) deben sistematizarse y desarrollarse desde una visión político-criminal.

4.4.2. El funcionalismo sociológico o radical

De acuerdo con Peña Gonzales y Almanza Altamirano, esta teoría considera que el derecho es el "garante de la identidad normativa, la Constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social. [Además,] [...] reconoce como punto de partida al finalismo; sin embargo, [...] no están presentes las tendencias de política criminal, pues las categorías que integran al delito tienen como fin solo estabilizar el sistema"[37].

Esta postura se basa, principalmente, en la teoría preventiva general negativa y parte de la idea de que la norma penal tiene un efecto intimidante. Además, niegan la culpabilidad porque está basada en el dogma de fe del libre albedrío, lo cual es indemostrable. Asimismo, se entiende que el delito está conformado por el injusto y la necesidad de la pena[38].

El principal representante de esta postura es Jakobs, quien considera:

> [C]uando se viola las normas jurídicas, se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas y, congruentemente con ello, considera que el fin del derecho penal es la estabilización [...] [de las normas en el referido sistema], de manera que la imputación derivará de la infracción de la norma en cuanto que infracción de las expectativas sociales. La pena es así [...] la demostración de la vigencia de la norma [...], la misma no repara o no tiende a evitar lesiones de

37 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., pp. 50 y 51.

38 Cfr. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., pp. 134 y 135.

bienes jurídicos, sino que, según su concepción, la misma "confirma la identidad normativa de la sociedad"[39].

Entonces, podemos afirmar que, para JAKOBS, todos los individuos en la sociedad tienen posición de garante de las expectativas que se derivan de sus roles sociales, donde es indiferente si la conducta es una acción o una omisión. Esto produce que, desde una perspectiva ontologista, la trascendental diferencia entre delitos de comisión y delitos de omisión se vea diezmada e, incluso, se sustituya por la diferenciación entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional[40].

De acuerdo con BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, esta postura radical es criticada debido a que ignora el valor garantista de la culpabilidad que limita la intervención punitiva del Estado, es decir, sin la culpabilidad la pena no tendría fundamentos; se intentó suplir este vacío trasladando el contenido de la culpabilidad al injusto o a la pena, lo cual ha producido graves distorsiones conceptuales[41].

En síntesis, el funcionalismo radical sostiene la defensa de las normas. Así, JAKOBS[42] señala que la pena no repara bienes jurídicos, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. En consecuencia, el derecho penal parte de la sociedad y, por lo tanto, su función será el mantenimiento del sistema. Esta posición propone la separación de la dogmática penal y la política criminal.

---

39 JAKOBS citado por PEÑA GONZALES y ALMANZA ALTAMIRANO, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., pp. 54 y 55.

40 Cfr. *Ibid.*, pp. 58 y 59.

41 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 135.

42 Citado por CENTENO BUENDÍA, *Estudio de los fundamentos de la teoría del delito*, ob. cit, p. 98.

LECCIÓN 5
ACCIÓN O CONDUCTA

1. INTRODUCCIÓN

La acción o conducta es un suceso del mundo externo que materializa la voluntad de una persona. En el derecho penal europeo continental, "el hecho punible siempre consiste en un comportamiento humano. [Sin embargo,] por la influencia anglosajona, desde hace algunas décadas ha comenzado a admitirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas o entidades colectivas"[1]. Esto representa un cambio sustancial, que está en pleno desarrollo.

El concepto de acción o conducta cumple una función de límite frente al poder penal, pues únicamente se puede sancionar el comportamiento delictivo cometido. La acción es la base sustancial para iniciar el análisis de las distintas categorías normativas que permitirán sostener legítimamente que se ha producido un comportamiento que puede ser calificado como delito. Muñoz Conde señala que la conducta humana es "el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que convierten ese comportamiento en [...] [un ilícito penal]"[2].

1 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, p. 383.

2 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 242.

A partir de la acción o conducta se empieza a estructurar la imputación del delito.

Como señala MIR PUIG, "cuando está ausente un comportamiento humano no solo falta la tipicidad penal y, por tanto, la antijuricidad penal, sino también la imputación personal del hecho, esto es: todo el delito"[3]. Por ello, ante su ausencia, no podría apelarse a razón o motivo alguno que sea válido para sancionar penalmente a un sujeto, y, desde una perspectiva procesal, ante la falta de un acto de relevancia penal, tampoco se darían las condiciones para iniciar una investigación[4].

2. DEFINICIÓN

Nuestro Código Penal no ofrece un concepto de "conducta", por el contrario, utiliza una terminología variada, pues en el lenguaje jurídico-penal se utilizan algunos sinónimos como los siguientes: acción u omisión, hecho, acto, conducta y comportamiento[5]. Sin embargo, en la doctrina se puede encontrar una variedad de definiciones que explican de manera amplia lo que debemos entender por acción.

Para ROXIN, la acción es:

> [U]na conducta humana significativa para el mundo exterior, que es dominada o, al menos, dominable por la voluntad. Por tanto, no son

3 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona: Reppertor, 2010, p. 188.

4 Cfr. ALCÓCER POVIS, Eduardo, *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Jurista Editores, 2018, p. 86.

5 El término "conducta" es más restringido que la palabra "hecho", que se entiende como cualquier acontecimiento de la naturaleza o del hombre capaz de generar efectos jurídicos, por lo tanto, podemos inferir que la conducta es una forma de hecho: un hecho humano voluntario. La palabra "acto" equivale, en sentido jurídico, a una variedad de hecho, esto es, el hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derecho. *Vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 2002, p. 228.

> acciones, en sentido jurídico, los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que [...] son sencillamente indominables para la voluntad humana[6].

Con esta definición, Roxin excluye los movimientos reflejos y los ataques convulsivos de la categoría de acción. Este autor también indica que toda acción o conducta humana cuenta con un elemento específico que lo diferencia de otros sucesos: siempre constituye una expresión de la personalidad. En ese sentido, se señala que la acción es "todo suceso que pueda ser atribuido a una persona en calidad de centro psíquico y espiritual de actividad. [...] [Esto no sucede con] aquellos [actos] que escapan al control de la instancia psíquica y espiritual y que corresponden más bien a la esfera solo somática, instintiva, [o] material del individuo"[7].

Asimismo, Muñoz Conde y García Arán definen la acción o conducta como "todo comportamiento dependiente de [la] voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante [...], [lo que] implica una finalidad. [...] De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin"[8].

Como podemos observar, la definición de la acción o de conducta está muy vinculada con la voluntad. Incluso se considera que son inseparables, pues, si no existiese voluntad, la conducta sería un simple

---

6 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, traducción de la 2.ª ed. alemana por Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 194.

7 Borjas Calderón, Karl, "Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico-penal de acción", en *Derecho Penal Online*, Buenos Aires: 6 de junio del 2008. Recuperado de <https://bit.ly/3odzdPL>.

8 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 215.

proceso causal. Así, podemos definir a la acción como "toda conducta conscientemente orientada en función de un objeto de referencia y materializada como exposición de la realidad humana práctica"[9].

Otras posturas, como la de Villavicencio Terreros, definen la acción a partir de las características del ser humano, para ello toman en cuenta que este es un ser social y comunicativo. Por esta razón se considera que, "antes que una conducta meramente individual, la conducta humana debe ser estructurada como una actividad consciente del medio y de sus condiciones, y orientada subjetivamente dentro de la práctica social"[10]. Aquí se hace referencia a la práctica social debido a que toda conducta humana es parte de un proceso de comunicación donde todas las personas transfieren información, esto es lo que construye elementos relevantes para la actuación del sujeto[11].

Por otro lado, respecto a la postura de Jakobs, se sabe:

> Jakobs busca establecer la noción de acción en derecho penal con referencia al sentido global del hecho, con la finalidad de dar unidad a la imputación penal (evitabilidad y culpabilidad). [E]sta es definida, en principio, como 'comportamiento exterior evitable'. La especificidad del concepto propuesto por Jakobs está determinada por su concepción general del derecho penal. [C]omo la finalidad de este derecho es devolver a la norma defraudada por el comportamiento del agente, su estabilidad, la acción debe ser definida, entonces, como la 'comunicación de un ciudadano' que defrauda una expectativa normativa de carácter esencial. Así, según Jakobs, la noción de acción tiene un contenido comunicativo-simbólico: el no reconocimiento de la vigencia

9 Candela Zevallos, Mireya, *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre el delito de peculado*, en el Expediente N.° 0518-2007 del Distrito Judicial de Cañete-Cañete, 2020, tesis para optar el título profesional de abogada, Cañete: Universidad Católica los Ángeles de Chimbote, 2020, p. 54.

10 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 263.

11 Cfr. Tavares, Juárez, *Teoría del injusto penal*, Montevideo: B de F, 2010, p. 317.

> de una norma mediante un comportamiento, ya sea de comisión o de omisión. El aspecto decisivo es el sentido jurídico-penal atribuible al comportamiento como quebrantamiento de una norma o defraudación de expectativas normativas esenciales[12].

Es así que JAKOBS considera que la acción debe ser concebida como la "objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma"[13]. Por otro lado, de acuerdo con HURTADO POZO, la definición de conducta debe cumplir tres funciones:

> *Primero*, constituir el fundamento de todas las formas en que puede presentarse el obrar humano (acción de comisión o de omisión, dolosa o culposa). *Segundo*, servir de elemento vinculante para los demás aspectos del delito. Debe ser autónomo en relación con cada uno de estos y, al mismo tiempo, punto de referencia constante. Así, la acción será calificada sucesivamente de acción típica, antijurídica y acción culpable. *Tercero*, permitir excluir, sin considerar los límites establecidos en los tipos legales, los simples sentimientos o ideas, los sucesos provocados por animales, los resultados causados por actos reflejos o automáticos, etc.[14].

3. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN

Son distintas y variadas las teorías que se han elaborado sobre el concepto de acción o conducta. A continuación, realizaremos una exposición sobre las particularidades de dichas perspectivas y la evolución que el concepto de acción ha presentado a lo largo de las distintas escuelas que han influido en el pensamiento penal en distintos momentos.

---

12 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 394.

13 JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, traducido por Enrique Peñaranda, Carlos J. Suárez y Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 1997, p. 118.

14 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 383 y 384.

3.1. Concepto causal o natural de la acción

Von Liszt y Beling, fundadores del sistema clásico del delito, también fueron los creadores del concepto natural de acción. Al respecto, consideran que "la acción es la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior"[15]. Esto quiere decir que "la acción es un movimiento corporal voluntario que causa o no impide una modificación del mundo exterior (resultado)"[16].

Por tanto, de acuerdo con esta postura, cualquier efecto en el mundo exterior bastaba para afirmar que se había producido una "modificación causal", e incluso se llega a indicar que "provocar vibraciones en el aire" podría considerarse como la acción que produce el delito de injuria[17]. Baumann afirmó que la acción solo es conducta humana guiada por la voluntad, es superfluo que esté dirigida hacia un objetivo. Basta concebirla como un simple comportamiento humano, sin hacer referencia a un factor común a los diversos tipos de acciones[18].

Con la irrupción de la idea de valor en la metodología jurídico-penal —bajo el influjo del neokantismo—, la versión naturalística del concepto de acción no se mantuvo intacta, toda vez que la metodología neokantiana reclamó la autonomía de lo que llamaron "las ciencias del espíritu", que, a diferencia de las ciencias de la naturaleza, no se satisfacían con observar y describir hechos, sino que exigían el comprender y valorar el sentido de los acontecimientos. En atención a ello el concepto de acción ya no podía ser entendido como un hecho naturalístico ajeno a toda actividad valorativa, sino que debería ser susceptible de interpretación[19].

---

15 Luden, citado por Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 236.

16 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 384.

17 Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 236.

18 *Vid.* Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 384.

19 Cfr. Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 91.

Así, Mir Puig indica que el "concepto neoclásico de delito determinó un concepto valorativo de acción como 'comportamiento', como 'realización de la voluntad humana' (Mayer), como 'comportamiento voluntario' (Von Hippel) o, simplemente, 'conducta humana' (Mezger)"[20]. A pesar de que este concepto de acción dejó de ser naturalístico, no dejó de ser causal, ya que la acción era una causación provocada por la voluntad, pero no dirigida por ella[21].

La crítica más importante contra esta concepción causal de acción sería la división insostenible entre acción y voluntad. Dado que este concepto se caracterizó por ser de carácter fáctico, se le acusó de no lograr explicar de manera conveniente "los comportamientos omisivos que no provocan un cambio en el mundo exterior ni tampoco los casos en los que no existe un impulso de voluntad (las omisiones inconscientes o los olvidos). Por ejemplo, el chofer que se duerme conduciendo su vehículo y provoca un accidente, produciendo así la muerte de su acompañante"[22]. En consecuencia, "la simple voluntariedad considerada como factor decisivo para delimitar el comportamiento no permite identificar con suficiente nitidez la acción respecto a los casos de actos reflejos o de reacciones automáticas"[23].

La noción causal es demasiado amplia, ya que, por ejemplo, el hecho de lesionar a una persona podría ser considerado como homicidio si es que la víctima muere tiempo después. Esto quiere decir que esta postura se centra en el mero aspecto externo provocador de un resultado, lo que "conduce a un regreso '*ad infinitum*' porque, al menos teóricamente, también son acciones los acontecimientos lejanos que en modo alguno

---

20 *Vid.* Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 190.

21 Cfr. *Loc. cit.*

22 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 385.

23 *Loc. cit.*

se encuentran razonablemente relacionados con el hecho (por ejemplo, el nacimiento del asesino como presupuesto necesario del asesinato)"[24].

Además, un sector de la doctrina señala que es desacertado que se analice el dolo y la culpa en la culpabilidad e, incluso, califican de absurda la distinción entre antijuricidad y culpabilidad en función de la separación entre lo causal-objetivo y lo anímico-subjetivo. Asimismo, se afirma que el gran error de la teoría causal de la acción consistió en despreciar el valor de la dirección de la voluntad y solo darle importancia al resultado[25].

3.2. Concepto finalista de la acción

Relacionando las investigaciones de psicología del pensamiento de la época posterior a la Primera Guerra Mundial y utilizando los análisis dedicados a la estructura de la acción por HARTMANN, WELZEL intenta "situar la estructura ontológica de la acción en el punto central del sistema de derecho penal y devolverle de ese modo la base de las leyes del ser que había sido destruida por el concepto natural (en la terminología de este autor: 'naturalístico' o 'causal') de acción"[26].

Según WELZEL, citado por FRANCO VALVERDE, "'la 'finalidad' o 'carácter final' de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su

24 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de la 5.ª ed. por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 235.

25 Cfr. MACHADO RUIZ, María; María MAQUEDA ABREU; Elena MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS; María MORENO-TORRES HERRERA; Esteban PÉREZ ALONSO; Esther POMARES CINTAS; Guillermo PORTILLA CONTRERAS; María RAMOS TAPIA; José ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 378 y 379.

26 FRANCO VALVERDE, María V., *El dogma del resultado en el delito de violación sexual (art. 170 del Código Penal peruano)*, tesis para obtener el título profesional de abogado, Trujillo: Universidad César Vallejo, 2017, p. 51.

actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos"[27].

De acuerdo con esta teoría, la acción presenta dos fases:

— La primera fase se desarrolla en la mente del autor y es el momento en el que elige —con arreglo a su saber causal— los medios necesarios para realizar su objetivo y calcula los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales considerados en el logro de su finalidad (esfera de pensamiento).

— La segunda fase se manifiesta en el mundo exterior, pues el agente, después de haber efectuado la primera fase, se pone en movimiento conforme a su plan y a los medios elegidos con anterioridad (factores causales). El resultado es el logro del objetivo y los efectos concomitantes comprendidos en el complejo total[28].

Sin embargo, se puede observar que las personas, aunque capaces de proponerse fines y de orientarse hacia ellos, no siempre actúan de esta manera. Así, Hurtado Pozo pone como ejemplo los delitos de comisión, especialmente los de tránsito, ya que considera lo siguiente:

> La noción de finalidad no explica de modo suficiente el caso de los actos automáticos que constituyen un aspecto esencial de la conducción de vehículos de motor. Por ejemplo, cuando ante un suceso imprevisto se frena o gira el timón bruscamente, no hay control consciente del acto. Para salvar esta dificultad, se habla de "finalidad inconsciente", debido a que falta el momento voluntario en el sentido tradicional de la teoría

27 Franco Valverde, *El dogma del resultado en el delito de violación sexual (art. 170 del Código Penal peruano)*, ob. cit., p. 52.

28 Cfr. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 386.

de la acción y, "no obstante su carácter inconsciente, se les considera acciones dirigidas de tal modo que pueden resultar conscientes"[29].

Este concepto resultó insuficiente para explicar cabalmente la acción culposa o imprudente (en los que precisamente el agente no actúa en virtud de una finalidad delictiva) y el delito omisivo (en los que el agente materialmente no ejecuta un fin concreto, sino evita realizar lo esperado)[30]. Por lo mencionado, WELZEL calificó como "finalidad real la de los delitos dolosos y [como] finalidad posible (potencial) la de los culposos. Por ejemplo, conducir un automóvil para llegar a un lugar determinado es una acción 'realmente finalista', y el atropello sobrevenido a causa de una imprudencia del conductor implica una 'finalidad potencial', la misma que condiciona la valoración jurídico-penal"[31]. Sin embargo, para ROXIN, esta "finalidad potencial" no es una finalidad presente, por lo tanto, no sería un elemento específico común de los diferentes tipos de acciones[32].

La teoría finalista también es criticada porque concibe al dolo como algo natural, es decir, como un fenómeno psicológico o una intención, y porque no permite explicar el denominado dolo eventual, donde el agente no persigue alcanzar el resultado, sino que solo lo asume[33].

Con la finalidad de superar estas críticas, WELZEL desarrolló la noción de "acción cibernética". De acuerdo con este autor, "la acción sería un suceso controlado por la voluntad. El factor control sería, entonces, común a sus diferentes formas (comisión u omisión, dolosa o culposa), en la medida en que el comportamiento resultaría así identificado con la

29 HURTADO POZO, José, *Nociones básicas de derecho penal de Guatemala. Parte general*, Ciudad de Guatemala: 2000, pp. 96 y 97. Recuperado <https://bit.ly/2LUTAo5>.

30 Cfr. ALCÓCER POVIS, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 94.

31 WELZEL citado por HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 388.

32 *Vid. Loc. cit.*

33 Cfr. *Ibid.*, p. 389.

capacidad de actuar o permanecer corporalmente pasivo bajo la dirección de la voluntad orientada hacia un fin"[34]. No obstante, dicha comprensión de la acción también fue considerada incompleta respecto al enfoque utilizado, ya que centra el concepto de acción en las capacidades individuales de control y deja de lado la vertiente social que innegablemente posee dicho concepto[35].

La teoría finalista aún conserva su "sistemática y diversos criterios propugnados por sus defensores. Por ejemplo, el análisis del dolo al nivel de la tipicidad, en oposición a la teoría causal que lo consideraba como una forma de culpabilidad. Así mismo, la afirmación de que lo ilícito está también determinado por la valoración negativa de la acción y no solo por la valoración negativa del resultado como consideraban los partidarios de la tesis causal"[36].

3.3. Concepto social de la acción

El origen del concepto social de acción se halla en los esfuerzos realizados por Eberhardt y Schmidt en 1932. De acuerdo con los partidarios de esta concepción, "el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción (comprensivo del hacer y el omitir) es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano"[37]. Desde dicha perspectiva, el comportamiento es "cada respuesta del ser humano a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción que, de acuerdo con su libertad, tiene a su disposición. [...]. El carácter socialmente importante

34 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 388.

35 Cfr. García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 352.

36 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 389.

37 *Loc. cit.*

del comportamiento humano implica la relación del individuo con su entorno, el cual es afectado por los efectos de su conducta"[38].

Para SCHMIDT, la teoría final de la acción era un concepto final-subjetivo:

> Determina el sentido social de una acción. [...] unilateralmente, en función de la voluntad individual, y que el sentido de la acción debía ser siempre determinado de una manera objetiva. Por ello, esta concepción es normativa, debido a que se aleja de las formas ontológicas remitiéndose como mínimo a las normas y usos sociales para delimitar lo que tiene relevancia o trascendencia social de lo que no la tiene. Estableciendo de que solo lo socialmente relevante viene a ser también jurídicamente relevante, y si se carece de dicha cualidad se puede descartar, de entrada, la acción[39].

A esta teoría se le objeta su imposibilidad de dar un concepto preciso de la relevancia social de la conducta. También se le critica "la inutilidad práctica de un concepto de acción que implique un juicio de valor de tal orden que, en última instancia, ya se refiera al contenido social del hecho, es decir, a su conformidad o disconformidad con la estructura de los mandatos colectivos (los que en su contenido no son colectivos)"[40].

Asimismo, la relevancia social no explica la función de delimitación del concepto, pues no se puede prescindir de notas como la voluntariedad o la dominabilidad. Tampoco cumpliría la función de enlace, toda vez que se trata de una mera idea de acción sin repercusiones en los demás estratos del hecho punible. Se afirmó, incluso, que esta concepción hacía

---

38 *Ibid.*, p. 390.

39 SCHMIDT, citado por Robert RIMARACHIN DIAZ, *La ebriedad absoluta como causa de exclusión de la culpabilidad*, tesis para optar por el título de abogado, Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2018, pp. 13 y 14. Recuperado de <https://bit.ly/3qUxZdU>.

40 TAVARES, Juárez, *Teoría del delito. Variaciones. Tendencias*, traducido por Nelson R. Pessoa, Buenos Aires: Hammurabi, 1983, p. 90.

de la teoría de la acción una teoría del injusto y que la relevancia social era una cualidad accidental cuya ausencia no excluía la acción, sino su significación social[41]. Al respecto, HURTADO POZO considera:

> [L]a definición de lo que es "socialmente relevante" está en gran parte fundada o muy influenciada por la constatación de si el acto es o no conforme al tipo legal. Esto determina una relación de estrecha dependencia entre la noción de acción y la noción de tipicidad. Una acción puede ser típica o no, socialmente importante o insignificante: el criterio escogido por los defensores de la teoría de la acción social es, pues, una calidad propia a algunas conductas humanas, pero no el elemento común a todas ellas[42].

En esta línea, el concepto social de acción apenas lograba diferenciar entre la relevancia social del hecho y la relevancia jurídica. Así, se cuestionaba que las fronteras entre lo social y lo jurídico desapareciesen ante supuestos en los que la propia regulación penal sea la que otorgue la relevancia social a los hechos[43]. En estos casos, a decir de GARCÍA CAVERO, el concepto de acción no era previo al derecho penal, sino, más bien, un concepto definido por el propio derecho penal[44]. Por ejemplo, el derecho (concretamente, la normatividad penal y administrativa) haría social y jurídicamente reprochable manejar en estado de ebriedad.

La buena aceptación que tuvo esta concepción se debe, sobre todo, al hecho de que respondía mejor a la búsqueda de un concepto que comprendiera las diversas formas de acciones (comportamientos activos o de omisión, dolosos o culposos). Dicha teoría constituyó una respuesta ante las diversas posibilidades que tiene toda persona. Sin embargo, "este

---

41 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Bogotá: Temis, 1995, p. 521. Este autor afirma que no es cierto que todas las acciones humanas fueran sociales, pues "también Robinson Crusoe actuó en una isla".

42 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 391.

43 Cfr. ALCÓCER POVIS, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 96.

44 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 354.

criterio no permite [...] excluir del campo punitivo sucesos que, bajo ciertas circunstancias, tienen significación social, pero que deberían quedar fuera del derecho penal; por ejemplo, los actos reflejos, algunos hechos cometidos bajo la influencia de la fuerza física absoluta"[45], entre otros.

3.4. Concepto negativo de la acción

El modelo conceptual negativo de acción surgió como una postura que buscaba el denominador común entre la acción y la omisión[46]. Fue formulado por HERZBERG bajo la siguiente expresión: la acción es entendida como "no evitar evitable en posición de garante".

De acuerdo con esta postura, la acción se genera cuando no se evita lo que puede ser evitado, es decir, cuando el agente está obligado a actuar y tiene la posibilidad de hacerlo, pero no lo hace. Esta obligación "no concierne solo a los delitos de omisión, sino también a los de comisión. En este último caso, consiste en evitar el peligro creado por la acción de comisión. Se considera el hecho de 'no evitar'"[47].

Es aquí donde se plantea el "principio de evitabilidad". Es decir, el autor en la comisión debió abstenerse de obrar; en la omisión debía haber intervenido realizando la acción esperada. En ambas figuras el acto es objetivamente imputable al agente, pero no es una función de la noción de acción[48].

En contra de esta postura se ha señalado que se deja de lado los delitos de omisión propia en los que no hay deber de garante por parte del omitente[49]. Al respecto, GARCÍA CAVERO indica:

---

45 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 390 y 391.

46 Cfr. BORJAS CALDERÓN, "Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico-penal de acción", art. cit.

47 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 392 y 393.

48 Cfr. *Ibid.*, p. 393.

49 *Vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 522.

> Si se analiza con detenimiento esta propuesta de definición de la acción, podrá concluirse que, en el fondo, se recurre al tipo penal para definir la acción, pues lo que debe evitarse solamente puede ser determinado en función de la contextualización típica (la posición de garantía o la situación típica). Con base [...] [en] estas ideas, resulta patente 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 estaría definido, por tanto, por la relevancia penal que da la tipicidad a la acción y a la omisión[50].

3.5. Concepto personal de la acción

Esta concepción fue propuesta por KAUFMANN (1966), quien define a la acción como la objetivización de la persona, y por RUDOLPHI (1987), quien diseñó la teoría de la *atribuibilidad personal*. Sin embargo, ROXIN fue quien indicó una definición de acción ajustada a sus funciones, entendiéndola como una "manifestación de la personalidad"[51].

Para esta postura, la característica específica de la acción es que siempre es "una expresión de la personalidad". En otras palabras, la acción es:

> Todo suceso que pueda ser atribuido a una persona en calidad de centro psíquico y espiritual de actividad. No lo son, por el contrario, aquellos que [...] corresponden más bien a la esfera solo somática, instintiva, material del individuo (actos reflejos, hechos realizados en estado de *delirium* o inconsciencia, etc.). Tampoco constituyen acciones las ideas o los deseos, aunque pertenecen a la esfera psico-espiritual de una persona, mientras no se concreten en el mundo exterior[52].

De acuerdo con ROXIN, cuando un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra el vidrio de una ventana, o cuando actúa durante un sueño, un delirio, un ataque convulsivo o un reflejo (manifestaciones no

---

50 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 357.

51 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 288.

52 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 391 y 392.

dominadas o dominables), no actúa con voluntad ni conciencia, por lo tanto, estas conductas no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la etapa anímico-espiritual de la persona[53].

Un sector de la doctrina sostiene que este concepto de acción cumple a cabalidad con la función de elemento básico de la noción de delito, pues no solo permite identificar todos los tipos de acción penalmente relevantes, sino, también, los que se encuentran fuera del ámbito del derecho penal. Asimismo, satisface la función de límite respecto a otros sucesos, pues las ideas, los deseos y las actividades de las personas jurídicas no podrían ser consideradas como acciones. Finalmente, cumple con la función de vínculo de los demás elementos de la infracción. En consecuencia, el criterio personal cumple debidamente con las funciones del derecho penal porque comprende la acción en un nivel previo al del derecho[54].

Dicho concepto de acción, de acuerdo con Roxin, "es prejurídico e intenta coincidir plenamente con la realidad de la vida"[55].

> [El concepto personal de la acción] no es puramente naturalístico como el concepto causal [...], ni reduccionista como el concepto final, ni tampoco normativista, como el concepto negativo u otros, [sino] un concepto normativo, porque la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo para el examen jurídico de la acción y, [por otro lado], porque hay [...] algunos supuestos de la omisión, en que se tiene que atender a la valoración jurídica[56].

El propio Roxin señala que esta concepción es normativa, en la medida que, "en los terrenos fronterizos, atienden a una decisión jurídica

53 Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 252.

54 Cfr. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 392.

55 Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 265.

56 Luzón Peña, Diego, *Curso de derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª reimp., Madrid: Universitas, 2004, p. 264.

correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es [puramente] normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica"[57].

En atención a lo mencionado, se considera que el concepto de acción no puede ser entendido sin atender su relevancia típica. En efecto, se advierte que dicho concepto no es suficiente para configurar una categoría autónoma del delito, de manera que solo podría adquirir contornos definidos si recurre al tipo penal correspondiente[58]. Dicho de otra manera, para la definición del concepto de acción, se exige una referencia a criterios jurídico-penales[59].

3.6. Concepto funcional de la acción

Esta postura es defendida por Jakobs, quien define a la acción como "la causación del resultado individualmente evitable"[60]. Así, se entiende que la acción es la causación imputable que incluye a la antijuricidad y a la culpabilidad.

Jakobs busca establecer la noción de acción en derecho penal con referencia al sentido global del hecho, con la finalidad de dar unidad a la imputación penal (evitabilidad y culpabilidad). Asimismo, considera que la finalidad del derecho penal es devolver la estabilidad de la norma defraudada por el comportamiento del agente. Entonces, la acción debe ser definida como la "comunicación de un ciudadano" que defrauda una expectativa normativa de carácter esencial (la realización de la conducta de acuerdo a lo que otros esperan de uno)[61].

57 Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 265.

58 Cfr. García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 358.

59 Cfr. Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 98.

60 Jakobs, *Estudios de derecho penal*, ob. cit., p. 174.

61 Cfr. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 394.

En similar sentido, JAKOBS considera que esta noción tiene un contenido comunicativo-simbólico: el no reconocimiento de la vigencia de una norma mediante un comportamiento, ya sea de comisión o de omisión. Por esta razón su "aspecto decisivo es el sentido jurídico-penal atribuible al comportamiento como quebrantamiento de una norma o defraudación de expectativas normativas esenciales. [...]. De esta manera, estima liberar a la noción de acción las referencias a los fenómenos subjetivos del individuo; así como considerar la culminación de un proceso de atribución de sentido según ciertos criterios normativos"[62].

Para evaluar un comportamiento, lo importante no será la naturaleza, lo físico o lo psíquico, sino el sentido. En consecuencia, "la elaboración de un concepto de acción se basará en la comunicación, implicándose así que es relevante el esquema social de interpretación del suceso, porque, si las normas son estructuras reflexivas de expectativas, la relación de comunicación siempre se define por el contexto"[63].

La citada teoría comprende que, debido al quebrantamiento del rol de persona integrante de la sociedad y a la producción de un riesgo penalmente no permitido, se realiza la imputación objetiva que complementa y ejecuta la acción. Así, la acción se funde en una sola entidad. Si la representación del sujeto que considera ilícita una determinada conducta no coincide con la concepción racional que la sociedad le da a esta, no será objeto de imputación objetiva. La acción será el hecho del que es culpable, de manera que no importará el aspecto externo, esto es, el movimiento corporal. Lo importante será la relación que tiene el sujeto con la norma[64], lo cual elimina toda división entre acción y omisión. Desde un plano valorativo, dará igual que un médico deje de suministrar la medicina necesaria para que su paciente no muera a que —ante la

62 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 394.

63 ALCÓCER POVIS, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 100.

64 Cfr. LÓPEZ DE BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. I, Navarra: Aranzadi, 2010, p. 329.

agonía del paciente— decida ahorcarlo con sus propias manos. Ambas conductas (la comisiva y la omisiva) son penalmente relevantes.

En la actualidad no se ha encontrado un concepto unitario de acción o de conducta, ya que la actividad humana no puede ser definida globalmente y de modo neutro, "salvo que se recurra a la fórmula vacua. [...]. Lo decisivo es saber cuándo un hecho es imputado normativamente a una persona concreta. Esta afirmación hace ver que el legislador tiene una gran libertad para vincular un determinado suceso con la sanción penal. Lo que explica que su proceder no siempre sea correcto y justo. Aquí entran en juego criterios tanto axiológicos como de política criminal"[65].

Las discusiones dogmáticas han girado mucho tiempo en torno al problema de la acción. Desde hace algunos años, la intensidad del debate se ha amainado y se han adoptado nuevas perspectivas. Estas han girado en torno a consideraciones de política criminal.

4. DELITOS COMISIVOS Y OMISIVOS

El comportamiento humano es una manifestación del individuo, por lo que no necesariamente tiene que presentarse de forma positiva —hacer algo—, sino que también puede darse de forma negativa —dejar de hacer algo—. Entonces, la acción puede adoptar dos formas: una positiva (hacer o acción) y una negativa (no hacer u omisión). El análisis de la acción tiene como función establecer un mínimo de condiciones para determinar la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal. Esta función opera de la siguiente manera:

— *Negativa*: precisa los supuestos de ausencia de conducta (excluye los hechos no dirigidos por la voluntad humana).

— *Positiva*: la conducta humana es la base de todas las modalidades típicas, por ello es el punto de partida para que el legislador decida prohibir ciertas acciones.

65 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 395.

— *Política*: impone la concepción del derecho penal de acto (opuesto al derecho penal de autor), con lo cual nunca serán constitutivas de delito las ideas, pensamientos, deseos y afectos de una persona. En ese sentido, el opinar y la vagancia no deben ser tipificados como delito.

El art. 11 del CP señala que los delitos y las faltas son "las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". Por tanto, las formas básicas del hecho punible son el delito de comisión, de omisión, doloso y culposo.

4.1. Delito de comisión (por acción)

Desde el punto de vista penal, el delito de comisión se manifiesta por un actuar que produce un cambio o alteración en la realidad y que está destinado a afectar un bien jurídico penalmente protegido. La acción, de acuerdo con Welzel, "es una conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo"[66].

Entonces, podemos definir la acción, desde el punto de vista penal, como aquella que se manifiesta por un actuar que está destinado a la afectación de un bien jurídico penalmente protegido; se caracteriza porque describe la conducta prohibida. Por ejemplo: la acción de causar daño grave en el cuerpo o la salud, que configura el delito de lesiones graves (art. 121 del CP).

66 Welzel, citado por Oscar Peña Gonzales y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima: APECC, 2010, p. 102.

4.2. Delito por omisión

Si bien los delitos de comisión se realizan cuando una persona viola las normas prohibitivas que protegen los bienes jurídicos (prohibiciones de *no hacer*, como, por ejemplo, no matar o no robar, cuyo incumplimiento se subsume en el delito de homicidio y robo, respectivamente), los tipos penales de omisión encuentran su fundamento en las "normas de carácter imperativo, en donde se manda u ordena la realización de determinada conducta, consistente en una obligación de hacer. Al no realizar este mandato, la conducta de la persona es pasiva, porque omite la realización de un mandato legal"[67].

El derecho penal establece los siguientes requisitos para que la omisión pueda configurar un delito:

1. Debe existir una norma imperativa o una posición de garante que obligue a actuar.
2. No debe haber impedimento físico ni psicológico para actuar.
3. Se debe constatar el no actuar y, de esta forma, la afectación del bien jurídico protegido.

Un ejemplo de este tipo de delitos es el de incumplimiento de obligaciones alimenticias u omisión de asistencia familiar (art. 149 del CP), ahí se puede observar que "la omisión es el delito o falta consistente en la abstención de una actuación que constituye un deber legal, como la asistencia a menores incapacitados o a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave. Esta acción negativa vulnera la norma imperativa"[68].

La omisión implica un no hacer en relación a una acción posible. En otras palabras, el sujeto debería haber actuado, pero no lo hizo. Por

67 Girón Palles, José Gustavo, *Teoría del delito*, 2.ª ed., Guatemala: Instituto de la Defensa Publica Penal, 2013, p. 12.

68 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 115.

ejemplo, omite aquel que no presta auxilio inmediato a un herido que se encuentra en la carretera (art. 127 del CP). En todo delito de omisión siempre hay un mandato determinado, en el ejemplo el mandato sería prestar auxilio o avisar a la autoridad. Hay dos clases de omisión: *propia* e *impropia*.

4.2.1. Omisión propia

La omisión pura o propia se produce cuando "el sujeto responde por la no realización de la conducta debida, sin que su responsabilidad dependa o esté condicionada por la producción o no de un ulterior resultado"[69], es decir, implica la existencia de una norma penal previa que ordene realizar una acción[70]. Entonces, consiste en la no realización de la acción exigida por la ley, por ejemplo, la omisión de auxilio o de aviso a la autoridad (art. 127 del CP), la omisión legal de actos oficiales (art. 377 del CP) y la omisión de prestación de auxilio cometida por el policía (art. 378 del CP).

En estos casos, "la imprudencia (culpa) es considerada, por lo general, no punible; en los delitos de omisión propia puede surgir tanto de la negligencia en la apreciación de una situación típica como en la actuación del agente ante determinadas situaciones y órdenes"[71]. La omisión propia consta de tres elementos:

a) Una situación típica generadora del deber.

---

69 Martínez Escamilla, Margarita; María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 175.

70 *Vid.* Rodríguez Hurtado, Mario; Ángel Ugaz Zegarra; Lorena Gamero Calero y Horst Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, Lima: Nova Print, 2012, p. 49.

71 Rodríguez Hurtado; Ugaz Zegarra; Gamero Calero y Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 49.

b) La ausencia de una acción determinada (no realización de la conducta ordenada).

c) La capacidad de realizar esa acción (posibilidad física del individuo para ejecutar la acción ordenada. El agente es consciente de la situación típica y de su deber de actuar, pero decide omitir conscientemente).

4.2.2. Omisión impropia (comisión por omisión)

La imputación de un resultado lesivo no requiere de un especial medio comisivo, por lo tanto, este tipo de delitos pueden ser realizados tanto por una acción como por una omisión, por ejemplo, el homicidio, las lesiones, etc. En consecuencia, en los delitos de omisión impropia no se ha producido un resultado lesivo de forma positiva o activa, sino que no se realizó la conducta exigida para salvaguardar el bien jurídico o para evitar el riesgo que desembocó en la lesión de este. Para que un "no evitar el resultado" (por ejemplo, mirar mientras alguien muere sin tratar de evitarlo) equivalga a una acción típica (estrangular) es necesario que el omitente tenga un deber específico de evitar ese resultado. Es lo que se conoce como *posición de garante*[72].

Es así que, para la imputación de este tipo de delitos, no basta con comprobar que el agente omitió la conducta que pudo haber realizado, sino que es necesario que él esté llamado a actuar para impedir un resultado determinado, porque tiene *posición de garante*. Esta posición se da cuando el agente cuenta con una determinada función protectora del bien jurídico o con una función personal de control de una fuente de peligro[73].

---

72 Cfr. Martínez Escamilla; Martín Lorenzo y Valle Mariscal de Gante, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 175.

73 Cfr. Rodríguez Hurtado; Ugaz Zegarra; Gamero Calero y Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 47.

Con la figura del garante se impone el deber de evitar un resultado, es decir, el deber de velar por el bien jurídico en cuestión. Esto genera que un sector de la doctrina considere que los delitos en comisión por omisión son delitos especiales, ya que no pueden ser cometidos por cualquiera, sino solo por quienes ostentan una posición de garante en relación con el bien jurídico. Un ejemplo de este tipo de delitos es cuando unos andinistas abandonan a un miembro del grupo que se ha accidentado en un nevado y este muere de frío. En este caso, según los arts. 13 y 106 del CP, se configuraría un homicidio por omisión.

La posición de garante es un elemento del tipo objetivo de los delitos en comisión por omisión. Respecto a esta, el delito de omisión impropia siempre es un delito especial propio, pues exige que el sujeto tenga un deber especial con el bien jurídico, esto es, que tenga el deber jurídico de impedir el resultado.

Las fuentes del deber del garante pueden organizarse en dos grupos: 1) *el deber de protección de un bien jurídico* (v. gr.: los deberes que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores —arts. 287 y 418 del CC—; el salvavidas contratado para cuidar la vida de las personas en una piscina; la enfermera que acepta un contrato para atender a una persona) y 2) *el deber de vigilancia de una fuente de peligro* (por ejemplo, los responsables de las construcciones que generen peligro).

El art. 13 del CP regula la omisión impropia, sin embargo, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, sino que para identificarlo se necesita del sentido común. Es así que la omisión, desde un punto de vista valorativo, se considera semejante al hacer. Por tanto, su penalidad se origina sobre la base de la interpretación que realiza el juez de un delito comisivo que admite estructuras omisivas.

En síntesis, la omisión impropia es una conducta pasiva e inactiva, cuya sanción no se fundamenta en que el sujeto haya causado el resultado, sino en que no lo evitó. Es un tipo penal abierto a ser llenado interpre-

tativamente y su estructura implica: a) la relación causal entre omisión y resultado producido (causalidad), y b) el deber de evitar un resultado que incumbe al sujeto de la omisión (posición de garante).

Respecto a la *causalidad* en los delitos omisivos, si la conducta distinta de la ordenada no causa el resultado, no se puede exigir la causalidad física. Ante esta dificultad la doctrina ha desarrollado la "causalidad hipotética"[74], que aplica la equivalencia de las condiciones. De acuerdo con este planteamiento, si se agrega mentalmente la acción mandada y el resultado desaparece, quiere decir que la omisión es causal.

Según Girón Palles:

> Los delitos de omisión por comisión no están taxativamente enumerados o escritos en la ley, por lo que podría pensarse que atentan contra el principio de legalidad, "el único recurso que nos queda es delimitar el círculo de los posibles autores mediante la determinación de la posición de garante, es decir, mediante la limitación de la prohibición típica a aquellos autores que están especialmente obligados a la conservación, restauración o reparación del bien jurídico penalmente tutelado"[75].

5. TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Tradicionalmente, el sistema penal peruano se ha negado a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con base en la *teoría del actuar por otro* (*societas delinquere non potest*). De acuerdo con esta teoría, quien actúa como administrador o representante de la persona jurídica será responsable por los delitos comunes (delitos de dominio) que le haga cometer. Esto encuentra su fundamento en que las personas jurídicas, al ser ficciones legales, carecen de capacidad intelectual para generar los elementos subjetivos de dolo y negligencia; asimismo, no tienen la capacidad de resocializarse, por lo que no se cumpliría el fin

74 *Vid.* Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 77.

75 Girón Palles, *Teoría del delito*, ob. cit., p. 13.

perseguido por la pena. En tal sentido, carecería de objeto hacerlas pasibles de responsabilidad penal, que debe limitarse a las personas naturales que actúan a través de ella.

Desde el punto de vista penal, las capacidades de acción, culpabilidad y pena exigen la presencia de una voluntad, entendida como la facultad psíquica de la persona individual. Esta no existe en la persona jurídica, porque es un mero ente ficticio al que el derecho le atribuye capacidad a otros efectos distintos de los penales. En consecuencia, no tiene sentido la desaprobación ético-social inherente a la pena, ya que el reproche de culpabilidad solo puede formularse respecto de personas individuales responsables, pero las personas jurídicas solo pueden actuar a través de sus órganos.

El art. 27 del CP ("Actuación en nombre de otro") autoriza la traslación de una característica personal de la autoría a quien no la reúne. Así, será considerado autor el representante autorizado o un socio representante autorizado de una sociedad[76]. La fórmula del dispositivo legal mencionado presenta una serie de deficiencias:

1. No admite la actuación en nombre de otra persona física.
2. No se admite las formas de representación voluntaria o fáctica y solo acepta la representación legal.
3. No admite la representación de una persona jurídica irregular a pesar de que el daño social sigue latente[77].

En el derecho comparado "existe una tendencia creciente a reconocer la responsabilidad penal de las entidades legales partiendo del hecho de que el sistema debe actuar coherentemente, pues, a pesar de ser ficciones

76 Cfr. García Cavero se refiere a la innecesariedad de esta última denominación, solo explicable en el derecho alemán, pero no en el derecho nacional. García Cavero, Percy, *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*, Lima: Ara Editores, 2003, pp. 93 y 94.

77 Cfr. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 270 y 271.

jurídicas, generalmente sí se les reconocen los derechos consagrados para las personas naturales"[78].

Pese a que nuestro sistema penal no acepta de forma plena la responsabilidad de las personas jurídicas, el Código Penal incluyó consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas que son utilizadas para cometer actos delictivos (art. 105). Estas medidas no tienen naturaleza punitiva[79], sino puramente preventivas aplicables a "cosas (armas, efectos del delito, beneficios obtenidos) o a organizaciones incapaces de delinquir, pero que son peligrosas porque favorecen la comisión de delitos a personas físicas que los utilizan"[80].

La aplicación de estas medidas necesita de los siguientes requisitos: 1) que se haya cometido un delito; 2) que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito; 3) que se haya sometido penalmente al autor específico del ilícito penal; y 4) que se pueda ordenar la intervención de la persona jurídica para dejar a salvo los derechos de sus trabajadores[81].

La inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema penal, entre otras medidas, fue impuesta al Estado peruano por la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD),

---

78 Ugaz Sánchez-Moreno, José y Francisco Ugaz Heudebert, *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 113.

79 Cfr. Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert, *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*, ob. cit., p. 113.

80 Mir Puig, Santiago. "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 6, Granada: 2004, p. 4. Recuperado de <https://bit.ly/37V8y5l>. Este autor entiende que las consecuencias accesorias abren una "tercera vía", pero lo hacen de una forma demasiado tímida, porque solo se prevén para determinados delitos, que ni siquiera comprenden los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

81 Cfr. Prado Saldarriaga, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima: Gaceta Jurídica, 2000, pp. 184 y 185.

instancia que engloba a las economías más importantes del mundo. En ese sentido, el 21 de abril del 2016 se promulgó la Ley N.° 30424, que regulaba la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo trasnacional (art. 397-A del CP)[82]. Asimismo, el 7 de enero del 2017 se promulgó el D. Leg. N.° 1352, que amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas a los siguientes ilícitos penales:

— Cohecho activo genérico
— Cohecho activo específico
— Lavado de activos
— Minería ilegal
— Crimen organizado
— Terrorismo

La responsabilidad de las personas jurídicas es "autónoma de la que corresponde a la persona natural [...], y puede ser atribuida aunque la empresa o institución cambie de nombre, sea reorganizada, fusionada, escindida, disuelta o sujeta a cualquier otro acto que afecte su personalidad jurídica [...]"[83]. Esta responsabilidad corresponde a las personas jurídicas utilizadas para cometer delitos por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto; esto a través de personas naturales relacionadas con ellas (administradores, representantes, órganos colegiados), de proveedores de servicios subordinados y controlados por los primeros y de aquellos actúan bajo las órdenes o la autorización de sus superiores, o cuando no hayan sido controlados y vigilados por los administradores o representantes[84].

82 Cfr. Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert, *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*, ob. cit., p. 119.

83 *Ibid.*, p. 115.

84 Cfr. *Loc. cit.*

Según Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert, las sanciones aplicables a las personas jurídicas son las siguientes:

a) *Multa*: hasta un máximo de seis veces lo que se espera obtener con el delito. Si este monto no es determinante, entonces se calculará sobre la base de UIT (de 10 hasta 500).
b) *Inhabilitación*: (suspensión hasta 2 años, prohibición temporal hasta de 5 años o definitiva de realizar la misma actividad, o suspensión de contratar con el Estado hasta por 5 años. Esta última es obligatoria si el delito se cometió en un proceso de contratación pública).
c) *Cancelación de licencias y autorizaciones*: esta sanción es obligatoria si el delito se cometió para obtener el permiso.
d) *Clausura temporal de hasta 5 años o definitiva.*
e) *Disolución*: se aplicará solo si la empresa fue constituida y usada para favorecer, facilitar o encubrir el delito. [Si la empresa presta] servicios de utilidad pública (por ejemplo, servicios de electricidad, comunicaciones o agua potable), no se aplicará esta sanción si puede afectar gravemente a la población[85].

El D. Leg. N.° 1352 agregó la sanción de suspensión de actividades sociales (entre seis meses a dos años), la prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase y la prohibición de contratar con el Estado de manera definitiva[86]. En la Ley N.° 30424 se dispone que "se atenuará la sanción si los representantes de la empresa confiesan, colaboran sustancialmente, reparan el daño o lo impiden, implementan medidas de prevención o demuestran parcialmente que contaban con un modelo de prevención. [La pena] se agravará si la empresa reincide en el delito dentro de los cinco años de haber sido sancionada y cuando resulta evidente que la empresa ha sido creada con un propósito ilegal"[87].

85 *Ibid.*, p. 116.
86 Cfr. *Ibid.*, p. 119.
87 *Ibid.*, p. 116.

Asimismo, se excluye la responsabilidad de la persona jurídica cuando esta contaba con un sistema de prevención idóneo para evitar este delito o reducir sustancialmente el riesgo de su comisión; cuando "el delito se hubiera cometido por las personas naturales en su exclusivo beneficio o de terceros ajenos a la persona jurídica; [y cuando] las personas naturales [...] [eluden] fraudulentamente el sistema de prevención de delitos implementado en la empresa"[88]. Para que el fiscal pueda formalizar la investigación preparatoria, la norma impone contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores. Si en este se concluye que el modelo de prevención, anterior a la comisión del delito, era adecuado, entonces el fiscal deberá archivar el caso. Este informe tiene carácter de pericia institucional y deberá expedirse dentro de los treinta días hábiles de haber sido requerido por el fiscal[89].

Respecto a la inhabilitación, cancelación y clausura, se aplicarán estas medidas en concordancia con el art. 14 de la Ley N.° 30424:

> Artículo 14. Criterios para la aplicación de las medidas administrativas
>
> [S]on determinadas por el juez en atención a los siguientes criterios, según corresponda:
>
> a. La gravedad del hecho punible.
> b. La capacidad económica de la persona jurídica.
> c. La extensión del daño o peligro causado.
> d. El beneficio económico obtenido por el delito.
> e. El móvil para la comisión del delito.
> f. El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control.

Si la inhabilitación y la clausura son temporales, se graduará la pena de acuerdo con el sistema de tercios y su límite máximo es de cinco años.

88 *Ibid.*, p. 115.

89 Cfr. *Ibid.*, p. 119.

Ante la presencia de circunstancias atenuantes, la sanción se puede graduar por debajo del máximo legal[90].

Cuando fuera necesario proteger los intereses de los trabajadores o de los acreedores de la empresa, "se puede disponer que esta sea intervenida total o parcialmente hasta por un máximo de dos años. El interventor debe informar periódicamente al juzgado"[91], que puede modificar lo resuelto. Excepcionalmente, el juez, puede suspender la sanción "a fin de evitar consecuencias [...] para los trabajadores, acreedores o público por plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años. La suspensión no afecta el decomiso ordenado por el juzgado"[92].

Se consideran circunstancias agravantes de la sanción que el órgano tenga "finalidad ilícita, la reincidencia y el uso ilícito predominante de la empresa"[93]. Se establecen "criterios para la aplicación de las medidas administrativas, destacando entre ellos el puesto que ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control"[94].

Asimismo, en el art. 313-A del nuevo CPP se han regulado, como medidas cautelares, la prohibición de actividades futuras similares a las investigadas y la suspensión de la capacidad de la empresa para contratar con el Estado (no mayor de dos años y medio)[95].

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas suele provocar grandes discusiones entre los juristas. Es difícil —por no decir imposible— que una persona jurídica provoque la muerte de una persona natural, pero no lo es imaginarnos que una persona jurídica estafe a otra

90 Cfr. *Ibid.*, p. 117.
91 *Ibid.*, p. 116.
92 *Ibid.*, p. 117.
93 *Ibid.*, p. 119.
94 *Loc. cit.*, p. 119.
95 Cfr. *Ibid.*, p. 117.

o realice actos contra el medioambiente o altere el orden económico. Frente a estos últimos casos, la política criminal actual aconseja imponer sanciones a las personas jurídicas. Por esta razón, en nuestro país, se sancionan a las personas jurídicas en determinados ilícitos penales, como ya hemos indicado. En países que se rigen según el *common law* se acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto se debe a que no se encuentran limitados por principios dogmáticos[96].

6. AUSENCIA DE ACCIÓN

El derecho penal excluye del concepto de acción o conducta determinadas situaciones en las que el movimiento corporal no resulta atribuible al agente ante la ausencia de la voluntad (lo cual incide en toda acción penalmente relevante). Esto quiere decir que en la ausencia de acción existe una "la falta de dominio o posibilidad de comportamiento humano voluntario, imprescindible en toda acción penal relevante"[97].

En otras palabras, para el derecho penal, si falta la voluntad, no existe acción, pues el sujeto no puede orientar su conducta conforme a algún objeto de referencia (no es una actividad consciente). Los casos de ausencia de acción serían la fuerza física irresistible, los movimientos reflejos y los estados de inconsciencia.

6.1. Fuerza física irresistible

De acuerdo con el art. 20.6 del CP, se exime de responsabilidad penal al que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza. Esta fuerza debe tener "una entidad tal que haga al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, [es decir,] que lo haga obrar

96 Cfr. Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, Lima: San Marcos, 1998, p. 125.

97 Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 1997, p. 325.

mecánicamente"[98]. Es considerada una causa excluyente de la acción y es "el único de los supuestos de ausencia de acción que se encuentra regulado expresamente en el Código sustantivo como una circunstancia eximente de responsabilidad penal. Se caracteriza por la violencia física o material de origen externo ejercida sobre el agente que anula su voluntad y lo transforma en mero instrumento de realización del delito"[99].

Consideramos que esta fuerza debe ser absoluta, por lo tanto, el sujeto no debe tener la posibilidad de actuar de otra forma. Un terremoto es un ejemplo de ello, ya que provoca que las personas que viven en un edificio pugnen por salir, y, en este contexto, se puede producir que una de estas personas se resbale y caiga sobre otra produciéndole lesiones. En este caso, el sujeto que resbaló actúo por fuerza física irresistible —el temblor—, por lo que no hay acción. Sin embargo, si la fuerza física irresistible es producida por una persona, esta última sí responde penalmente. Por ejemplo, si A empuja a B para que impulse a C que se encuentra al borde de un barranco y, efectivamente, C cae y muere, A responde por la muerte de C, mientras que B solo fue víctima de una fuerza física irresistible —empujón— producida por A[100].

Para Hurtado Pozo, el suceso que se realizó debido a la influencia de una fuerza física irresistible no puede ser considerado como una acción penalmente relevante, debido a:

> El violentado [...] es un instrumento ciego de quien ejerce la violencia. El resultado causado no es producto de su actividad [...], la acción no le pertenece. Por ejemplo, si Pedro hace bruscamente que Juana con su cuerpo rompa una vitrina, quien produce el daño al patrimonio ajeno es Pedro, y lo mismo da que se sirva del cuerpo de Juana o de

98 Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires: Ediar, p. 146.

99 Pérez López, Jorge, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica, p. 169.

100 *Vid.* Pérez López, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., p. 170.

> una piedra. [En tales casos solo se considera como autor al que ejerció la fuerza]. Por lo mismo, la simple coacción (*vis compulsiva*) no es suficiente, pues el coaccionado —a diferencia del sometido a una fuerza física irresistible— actúa con voluntad [...][101].

Esta fuerza física irresistible también es llamada *vis absoluta* o *vis ablativa*. Implica que se elimine la formación de la voluntad o, incluso, la voluntad misma, ya sea como sustrato psicológico o como material de la conducta. Por tanto, la fuerza física irresistible no doblega o reduce la libertad, sino que la deroga. El hombre opera como instrumento de la naturaleza, sin diferenciarse de otra fuerza causal o mecánica. Por ello, se exige un constreñimiento material y la exclusión de la voluntad.

Como ejemplos de fuerza física irresistible presentamos los siguientes: una persona que coge la mano a otra para que llene o suscriba un documento; el cirujano que se encuentra con el bisturí en la mano pronto a operar y recibe un empellón de un tercero para que corte a una mujer encinta y le provoque un aborto, o a un niño de meses de nacido para que le cause lesiones o la muerte[102].

Por su parte, Bustos Ramírez señala:

> Se puede plantear también esta eximente en los casos de fuerza física indirecta, como cuando alguien avería los frenos del vehículo de una persona y esta atropella a otra causándole lesiones. Según un sector doctrinal importante, cabe estimar aquí un caso fortuito, mientras que otro sector ve un supuesto de fuerza física irresistible.
>
> Esta eximente implica una fuerza material o física ejercida sobre el sujeto (se excluye, por tanto, la fuerza moral o psíquica) de carácter exógeno (se descarta una emoción violenta del sujeto o un impulso emotivo interno irreprimible), ejercida por un tercero o la naturaleza, que sea

101 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 399.

102 *Vid.* Pérez López, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., p. 168.

> irresistible (que no pueda contrarrestarse o vencerse), de modo tal que el sujeto quede convertido en un mero instrumento u otro objeto de la naturaleza. La fuerza ha de ser absoluta, de tal modo que el sujeto se encuentre anulado en su capacidad de reacción[103].

En síntesis, la fuerza física irresistible puede provenir de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza (viento, inundación, fuego, etc.) y debe privar al ser humano de la posibilidad de conducir o dirigir sus movimientos. Si no llegan a tener esta entidad, podrán ser —siempre que reúnan los requisitos necesarios— supuestos de coacción o de estado de necesidad justificante o exculpante[104].

6.2. Movimientos reflejos

Los movimientos reflejos se dan cuando "el organismo reacciona con movimientos musculares sin control del sistema nervioso central y sin que medien órdenes cerebrales. No hay, por tanto, una voluntad humana mínima a la que reconducir el suceso y, por tanto, no hay comportamiento humano como base de todo delito"[105]. Estos podrían ser los vómitos, los calambres, la respiración, el pestañeo, etc.

Estos movimientos son respuestas del cuerpo ante un determinado estimulo, es decir, son movimientos condicionados que no pueden ser evitados, por lo tanto, no pueden generar alguna conducta penalmente relevante[106]. Son actos carentes de voluntad, son inconscientes.

---

103 Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Ara Editores, 2004, p. 301.

104 *Vid.* Pérez López, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., p. 171.

105 Martínez Escamilla; Martín Lorenzo y Valle Mariscal de Gante, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 90.

106 Cfr. *Loc. cit.*

Es necesario diferenciar los movimientos reflejos de los "actos en cortocircuito" o "reacciones impulsivas o explosivas". Al respecto, MARTÍNEZ ESCAMILLA *et al.*, señalan:

> [Los actos en cortocircuito] se caracterizan porque, aunque la acción constituye un todo junto con el impulso pasional y no puede ser conducida, frenada o controlada por las capas altas de la personalidad, se hallan en un marco general de la personalidad. Como actos en cortocircuito pueden calificarse las reacciones de terror, de dolor, movimientos impulsivos de defensa o movimientos instintivos. En estos casos no puede afirmarse la ausencia de comportamiento humano penalmente relevante, porque no existe ni condicionamiento físico absoluto ni inconsciencia. Está presente la voluntad del sujeto como origen de la conducta, aunque lo cierto es que responde de forma automatizada. Su eficacia eximente o, en su caso, atenuante, se articula a través de la figura del trastorno mental transitorio[107].

Los movimientos reflejos son propiamente hechos humanos que, al surgir fuera de nuestra voluntad, no pueden ser considerados como acciones. Son aquellos que no pasan por los centros superiores cerebrales, por lo tanto, no se aprecia voluntariedad. Este también es el caso de las paralizaciones momentáneas por impresión física o psíquica (deslumbramiento). Por ejemplo: quien, al trasladar una olla de agua hirviendo, producto del vapor del agua caliente retira instintivamente la mano, dejando caer la olla sobre otra persona, ocasionándole lesiones por quemaduras; o el caso de un sujeto que efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica, producto de lo cual hiere a otra persona[108].

En consecuencia, los movimientos reflejos son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo interno o externo. En estos casos es necesario que el movimiento sea de índole puramente somático y producido

---

107 *Loc. cit.*

108 *Vid.* PÉREZ LÓPEZ, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., p. 169.

fuera de toda influencia de la voluntad[109]. En otras palabras, un reflejo es "un acto automático interiorizado mediante el aprendizaje y el constante ejercicio constituye una acción a pesar de que sea efectuado sin ninguna o casi ninguna reflexión"[110].

6.3. Estados de inconsciencia

Las acciones que el agente realice en estado de inconsciencia no pueden ser penadas, debido a que se presenta una total ausencia de las funciones mentales superiores del hombre. Sin embargo, la falta de conciencia debe ser total, el accionar de la persona debe estar totalmente desligado del mundo, por lo que no puede serle imputado el acto. Hablamos de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos; para ser admitidos como excluyentes de la acción requiere de análisis y estudios cuidadosos.

El estado de inconsciencia se puede generar por varios supuestos y que pueden dar lugar a una actuación pasiva (v. gr.: cuando el sujeto encargado de levantar el puente para que pase un barco no realiza la maniobra debido a que estaba narcotizado) o a movimientos activos del sujeto (v. gr.: cuando un sonámbulo, en sus paseos nocturnos, tira un jarrón de la dinastía Ming). Esto se produce debido a que el "yo" no se encuentre consciente. Los ejemplos más claros de este estado son el sueño y los trastornos asociados a él (sonambulismo, narcolepsia, terrores nocturnos, etc.)[111].

Por otro lado, la hipnosis es un caso sumamente polémico. Algunos autores consideran que sí existe ausencia de acción, ya que el sujeto obedece necesariamente las órdenes del hipnotizador "y, por tanto,

109 *Vid.* Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 399.

110 *Loc. cit.*

111 Cfr. Martínez Escamilla; Martín Lorenzo y Valle Mariscal de Gante, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 91.

carece de voluntad; pero es discutible, puesto que se entiende que la sugestión criminal solo puede darse en personas predispuestas a dicho comportamiento"[112].

Hurtado Pozo indica:

> Lo decisivo es que el suceso aparezca como resultado de un accionar sin relación consciente con el mundo, de modo que no sea posible imputárselo a la persona concernida. Si se trata de estados en los que la falta de conciencia no es total, sino que el agente solo sufre una grave alteración de la misma, no puede decirse que no hay acción. Este estado puede afectar la imputabilidad del agente, pero este es perfectamente capaz de accionar (art. 20, inc. 1)[113].

Como vemos, los supuestos de estado de inconsciencia son el sueño, la epilepsia, los sueños profundos producidos por narcóticos, el sonambulismo o la embriaguez absoluta. Cuando el agente se coloca intencional o imprudentemente en la situación de inconciencia se produce el *actio libera in causa*, figura que será estudiada a continuación.

7. *ACTIO LIBERA IN CAUSA*[114]

La *actio libera in causa* es una construcción doctrinal que busca resolver aquellas situaciones donde un sujeto realiza un hecho antijurídico en estado de ausencia de libertad o de anormalidad motivacional; estado que, con anterioridad, él mismo se provocó.

Esta expresión se encuentra referida a la acción realizada en estado de no libertad. Esta figura nace en el derecho canónico medieval con un fin práctico: resolver el problema de la imputación de los hechos punibles realizados en estado de embriaguez alcohólica.

---

112 *Loc. cit.*

113 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 400.

114 *Vid.* Pérez López, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., pp. 40 y 41.

Mediante el *actio libera in causa* se pretende dar fundamento al castigo de conductas que, con aplicación estricta del sistema del delito (la teoría de la tipicidad, la teoría de la antijuricidad y el principio de culpabilidad), deberían ser impunes.

Según esta doctrina, el ilícito penal cometido en estado de no libertad puede realizarse con dolo directo, eventual o culpa:

- Habrá *dolo directo* cuando el autor se ponga en estado de incapacidad para realizar el delito.
- Habrá *dolo eventual* cuando el autor se represente el resultado como probable y no tome ninguna precaución para evitarlo. Por ejemplo, cuando el agente se represente como probable que en estado de inimputabilidad vencerá por la fuerza la resistencia de una mujer con la que quiere yacer y continúa bebiendo sin tomar ninguna precaución para evitar la violación.
- Habrá *actio libera in causa culposo*, cuando el autor haya debido o hubiera podido prever que en el estado de inimputabilidad cometería el delito, o cuando sabía que tenía que afrontar un deber para cuyo cumplimiento necesitaba de todas sus facultades, las que no mantiene. Por ejemplo: cuando el agente bebe alcohol sin prever que encontrándose en estado de incapacidad no podrá dirigir plenamente sus actos y conduce su vehículo provocando un accidente; cuando el autor persiste en conducir su auto a pesar de sentir cansancio y atropella a un tercero; o en el caso de la madre que, conociendo su mal sueño, coloca a su hijo recién nacido en su cama, ahogándolo al darse vueltas en el lecho mientras duerme.

El *actio libera in causa* vendría a ser una excepción al principio de la culpabilidad. Es un modelo que posibilitaría de manera extraordinaria la imputación del hecho, pues se genera la imputación sin que exista la punibilidad. Esto con base en la existencia de una *actio praecedens* provocadora de dicha situación, teniéndose presente que la posición

dominante en la ciencia penal considera que el momento decisivo de comisión del delito es aquel en el que el agente o partícipe actuó u omitió la obligación de actuar.

El concepto *actio libera in causa* tiene por objeto poner en manifiesto una estructura que consiste en la existencia de dos tiempos: el primero, en el que el sujeto provoca dolosa o imprudentemente una situación defectuosa, ya sea incapacidad de culpabilidad o incapacidad de acción; y el segundo, en el que dicho sujeto ataca en ese estado defectuoso el bien jurídico.

LECCIÓN 6
TIPICIDAD OBJETIVA

1. INTRODUCCIÓN

La tipicidad es la característica que tiene una conducta por estar adecuada a un tipo penal. Es la operación mental que consiste en adecuar o encuadrar un hecho que se ha producido en la realidad dentro del supuesto de hecho que describe la ley penal, es decir, se pasa de un hecho real a la descripción abstracta y genérica de la ley (supuesto de hecho o tipo penal).

La tipicidad también es definida como "la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito [...]. Si se adecúa es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no [...] social"[1]. Que una acción sea *típica* o *adecuada* a un tipo penal quiere decir que esa acción está prohibida por la norma[2].

Los comportamientos adecuados socialmente no deben considerarse típicos ni antijurídicos, mucho menos penalmente relevantes. Entre los comportamientos adecuados socialmente se encuentran, por ejemplo,

1 *Vid.* Peña Gonzales, Oscar y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima: APECC, 2010, p. 132.

2 Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Manual de derecho penal*, 3.ª reimp., Bogotá: Temis, 1998, p. 84.

dar golpes en el boxeo (no configura lesiones) o invitar una copa a un servidor público que es un amigo (no configura cohecho).

2. TIPO PENAL

La tipicidad penal es una exigencia del Estado de derecho vinculada al principio de legalidad (ley previa —aspecto formal— y el mandato de determinación —aspecto material—). El tipo, en el sentido estricto, es la descripción de las acciones que son punibles, que se encuentran compiladas en un código o en las leyes penales y pretende un mínimo de seguridad, debido a que censura la utilización de términos vagos o cláusulas generales.

Peña Gonzales y Almanza Altamirano indican:

> El tipo es una figura que crea el legislador para hacer una valoración de determinada conducta delictiva. En sencillas palabras, podemos decir que es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes[3].

Los tipos penales están compilados en la parte especial del Código Penal. Por ejemplo, el delito de coacción, que se encuentra en su art. 151, sostiene: "El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe".

Bramont-Arias Torres señala:

> La descripción de las conductas no puede ser sumamente precisa, dado que es imposible describir una conducta hasta en sus mínimos detalles y siempre se correría el riesgo de que algún supuesto de hecho quede fuera de la descripción legal. Por tal razón, la descripción tiene que ser

3 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 123.

hasta cierto punto genérica y abstracta, para poder englobar en ella todos los comportamientos que tengan unas características esenciales comunes (v.gr. art. 106: El que mata a otro...; en un primer momento no importa cómo se mata a la otra persona, ni la relación o vínculo que pueda existir entre los sujetos: lo que interesa es que se mata a alguien; en un segundo momento se analizarán las demás particularidades del hecho delictivo como son la forma, el modo, la relación de parentesco, etc.). Esta figura puramente conceptual es el tipo[4].

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no basta identificar una conducta con el tipo penal para la configuración del delito, pues faltaría analizar el nivel de antijuricidad[5]. El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad. Al analizar el tipo de lo injusto hay que tener en cuenta la presencia de:

— *Un desvalor de acción:* en un delito doloso implica que el autor ha querido la realización del hecho típico; mientras que en un delito culposo la infracción del deber de cuidado produce el resultado típico.

— *Un desvalor de resultado:* está representado por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

3. FUNCIONES DEL TIPO PENAL[6]

El tipo penal cumple diversas funciones, entre las más importantes tenemos las siguientes: seleccionadora, de garantía, indiciaria y motivadora.

---

4 Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, "La tipicidad, el tipo doloso de comisión", en Paredes Galván, Aníbal (ed.), *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*, Lima: San Marcos, 2003, p. 36.

5 Cfr. Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, "El tipo penal", en *Derecho & Sociedad*, n.° 11, Lima, 1996, p. 190.

6 *Vid.* Bramont-Arias Torres, "La tipicidad, el tipo doloso de comisión", art. cit., pp. 37 y 38.

3.1. Función seleccionadora

La función seleccionadora es una de las manifestaciones del carácter fragmentario y del principio de *ultima ratio* del derecho penal. Esta función consiste en seleccionar los hechos relevantes para el derecho penal.

Así, el Estado escoge determinadas conductas que ocurren en la sociedad —que considera más graves— y las plasma en las leyes penales. El tipo encierra un significado valorativo propio, y los hechos típicos no son valorativamente neutros, sino penalmente relevantes. Esto no se produce porque sea antinormativo, sino por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Por medio de la función seleccionadora se aplica también el principio de lesividad.

3.2. Función de garantía

Una persona solo puede ser sancionada si su conducta está tipificada en la ley penal. Por tanto, todo ciudadano debe tener la posibilidad de saber si su acción es punible o no antes de haberla realizado.

El tipo debe definir con claridad la conducta prohibida, y esto se logra *utilizando* el lenguaje promedio de la sociedad. Entonces, se deben tratar de evitar, en lo posible, los elementos normativos —aquellos que requieren algún tipo de valoración— y dar preferencia a los elementos descriptivos, que deben ser genéricos. Para esto se deben recoger los caracteres comunes a las conductas delictivas.

3.3. Función indiciaria

El tipo penal da lugar a un juicio preliminar acerca del carácter antijurídico del hecho, se crea un indicio, una presunción, siempre refutable, acerca de la antijuricidad.

3.4. Función motivadora

El tipo penal responde a caracteres de la prevención general intimidatoria, es decir, son utilizadas como herramientas para amenazar a toda la sociedad con imponer un mal —la pena— si se realizan ciertas conductas.

El conocimiento del tipo penal incentiva a que los ciudadanos no realicen o se abstengan de ejecutar determinadas conductas por las consecuencias que conllevan. Otros autores, en cambio, plantean la teoría de la prevención general positiva, en la cual se trata de reforzar los valores de la sociedad para su desarrollo armónico, es así que el tipo resulta un instrumento para conseguir la paz social.

4. ESTRUCTURA DE LA TIPICIDAD

Hay un tipo o injusto penal cuando se configuran todos los elementos propios de cada descripción en particular, pero además existen otras circunstancias que pueden agravar o atenuar la antijuricidad o responsabilidad penal y que se derivan del tipo básico; por ejemplo, el hurto (art. 185 del CP) será el tipo básico, que puede volverse cualificado o agravado si contiene alguna de las circunstancias específicas del art. 186 del CP. Si el valor de lo hurtado fuera inferior a una remuneración mínima vital, será un tipo privilegiado atenuado y tipificará una falta contra la propiedad (art. 444 del CP). Es importante señalar que existen delitos autónomos que tienen características propias e independientes del tipo básico, como el parricidio (art. 107 del CP), por ejemplo.

La tipicidad tiene dos aspectos[7]:

a) *Aspecto objetivo (tipo objetivo).* Son las características que deben cumplirse en el mundo exterior. Aquí, encontramos una diversidad de puntos a analizar: el bien jurídico, los sujetos, la

7 *Ibid.*, p. 39.

relación de causalidad, la imputación objetiva, los elementos descriptivos y los elementos normativos.

b) *Aspecto subjetivo (tipo subjetivo).* Hacen referencia a la actitud psicológica del autor del delito. Dentro de este aspecto se analiza el dolo y la culpa en sus diferentes manifestaciones, también existen los elementos subjetivos del tipo. Se puede excluir el dolo mediante el error de tipo, que puede ser vencible o invencible.

La distinción entre aspecto objetivo y subjetivo es relativa, porque el aspecto objetivo depende de los elementos subjetivos, como el conocimiento que tiene el sujeto de la situación, de la intención manifestada por el sujeto.

5. TIPICIDAD OBJETIVA

La tipicidad objetiva comprende las características del obrar externo del autor descrito en la ley penal. A continuación, pasaremos a explicar los elementos del tipo que se encuentran en los supuestos de hecho de la norma penal.

5.1. Elementos que integran el tipo penal

En los tipos penales se describe la conducta prohibida a través de criterios abstractos (elementos normativos) y generales (elementos descriptivos)[8]. Es preciso señalar que no existen elementos puramente descriptivos o normativos, sino que en los comportamientos predomina alguno de estos dos componentes.

8 Cfr. Rodríguez Hurtado, Mario; Ángel Ugaz Zegarra; Lorena Gamero Calero y Horst Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, Lima: Nova Print, 2012, p. 60.

5.1.1. Elementos descriptivos

Los elementos descriptivos son aquellos que pueden ser conocidos y percibidos por el sujeto a través de sus sentidos. Se hace referencia a conceptos tomados del lenguaje común y describen objetos del mundo real, como, por ejemplo, "mujer" en el delito de aborto sin consentimiento (art. 116 del CP), "bien mueble" en los delitos contra el patrimonio, "mano armada" como circunstancia agravante, etc. Otro ejemplo es el caso de la "muerte" en el ilícito penal de homicidio, o las "heridas" o las "fracturas" en el delito de lesiones. Todos estos elementos pueden ser examinados por el médico legista, quien determinará también el tiempo de curación y el de abandono de las actividades habituales del agraviado, así como las características de las lesiones.

5.1.2. Elementos normativos

Los elementos normativos son aquellos en los que se requiere una valoración del juez de manera expresa o tácita y no son perceptibles solo mediante los sentidos. Estos elementos se aprecian por medio del intelecto.

Son factores que solo pueden ser determinados mediante una apreciación valorativa, para ello se emplean elementos lingüísticos, descriptivos, etc. Obliga a recurrir a los métodos de interpretación, por ejemplo, los conceptos "buenas costumbres", "insolvencia", "autoridad", "engaño", "crueldad", "perjuicio patrimonial", "ajenidad", "propiedad", posesión", etc. Tenemos dos tipos de elementos normativos:

— *Elementos normativos de valoración jurídica.* Este es el caso de los términos "apodera ilegítimamente", presente en los delitos de hurto (art. 185 del CP) y robo (art. 188 del CP); el de "apropia indebidamente", que exige el delito de apropiación ilícita (art. 190 del CP); el de "prenda", que está presente en el delito de apropiación de prenda (art. 193 del CP); entre otros.

— *Elementos normativos de valoración empírico cultural.* Para determinar estos elementos, el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa y, por ende, debe ajustar dicha estimación al término medio de la sociedad. Por ejemplo, el elemento "obsceno" presente en el delito de exhibiciones y publicaciones obscenas (art. 183 del CP), entre otros.

Muchas veces, la diferencia entre los elementos descriptivos y normativos se oscurece, dado que los primeros "también necesitan de un cierto nivel de interpretación, es así, por ejemplo, que la diferencia entre bien mueble e inmueble que tiene el derecho penal es diferente al que posee el derecho civil"[9].

En la doctrina penal se reconocen los denominados *tipos cerrados* y *tipos abiertos*. En los primeros el supuesto de hecho se encuentra descrito en la norma penal y cumple precisamente con el principio de legalidad. En los segundos, el supuesto de hecho, tipo objetivo y elementos no se encuentran descritos en la norma, sino que deben ser interpretados por el juzgador.

5.2. Elementos referentes al bien jurídico protegido

Como ya hemos indicado con anterioridad, el bien jurídico "es el interés jurídicamente protegido que la sociedad establece como un fundamento básico para lograr un desarrollo armónico y pacífico. Todo tipo de delito debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro (real, claro e inminente) o la lesión de un bien jurídico [...]. La cualidad de bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma"[10].

9 Bramont-Arias Torres, "El tipo penal", art. cit., p. 192.

10 *Loc. cit.*

En ese sentido, todo tipo penal de la parte especial del Código Sustantivo protege un bien jurídico determinado. Al respecto, diferenciaremos los delitos de lesión de los delitos de peligro.

5.2.1. Delitos de lesión

Los delitos de lesión son aquellos que *afectan* el bien jurídico protegido y, por ende, para que se consuma el delito es necesario que haya un daño o destrucción del bien jurídico (en un sentido valorativo)[11]. Por ejemplo: el delito de violación sexual (art. 170 del CP) afecta la libertad sexual o la intangibilidad sexual de la víctima; el delito de daños (art. 205 del CP) vulnera el patrimonio; el delito de lesiones afecta la integridad corporal; etc.

5.2.2. Delitos de peligro

Los delitos de peligro son aquellos que *ponen en riesgo* el bien jurídico protegido, por lo tanto, se consumarán solo cuando haya probabilidad de peligro de un bien jurídico determinado producido por el comportamiento típico[12]. Estos pueden dividirse en:

— *Delitos de peligro concreto.* Estos delitos requieren la comprobación del juez de la proximidad del peligro al bien jurídico y de la capacidad lesiva del riesgo. Es decir, existe una relación inmediata entre una situación de peligro y un bien jurídico determinado. Por ejemplo: la creación de peligro mediante fuego o explosión (art. 273 del CP), y la exposición al peligro de una persona incapaz (art. 129 del CP).

— *Delitos de peligro abstracto.* Para la configuración de este tipo de delito, basta con que se realice la conducta descrita en la

11 Rodríguez Hurtado *et al.*, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 57.

12 Cfr. *Loc. cit.*

ley, por lo tanto, no es necesario que se pruebe la puesta en peligro del bien jurídico determinado (Ejemplo: el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción [art. 274 del CP]). El legislador reprime la peligrosidad de la conducta en sí misma. Existe discusión sobre la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, frente a lo cual se ha planteado que admite prueba en contrario. En efecto, esta técnica trae diversos problemas porque, conforme al título preliminar del Código Penal, es necesario que el bien jurídico se encuentre ante un peligro real (no imaginario) o frente a una lesión.

Como podemos observar, el legislador en materia penal ha optado por adelantar la barrera de protección para ciertos bienes, es decir, no espera a que se produzca el resultado dañoso o lesivo.

Según el número de bienes jurídicos protegidos los tipos pueden ser *simples* o *complejos*. En los tipos simples se afecta o amenaza un solo bien jurídico, por ejemplo, la vida en el delito de homicidio simple (art. 106 del CP). En los tipos complejos, llamados también pluriofensivos, se afecta o amenaza dos o más bienes jurídicos, por ejemplo, el patrimonio, la libertad de tránsito y la integridad física del individuo en el ilícito penal de robo (art. 188 del CP).

Asimismo, los delitos complejos pueden vulnerar los bienes jurídicos en forma conjunta, cuando se afecte o amenace dos o más bienes al mismo tiempo; o en forma alternativa, cuando basta que se afecte o amenace uno solo de los bienes.

5.3. Elementos referentes a la acción o conducta

La acción típica es entendida como el comportamiento humano —acción u omisión— que se dirige a lograr una determinada finalidad. Esto constituye el núcleo del tipo y, generalmente, es definido conforme al verbo rector, por ejemplo: matar, apoderarse, etc. Cuando se analiza

la acción, resulta indispensable ocuparse del verbo rector, que aclara cuál es la conducta sancionada. Según el verbo rector los delitos pueden ser:

a) *Delitos simples:* en estos delitos hay un solo verbo rector, por ejemplo, el acto de matar en el delito de homicidio.

b) *Delitos compuestos:* estos delitos presentan dos o más verbos rectores.

A su vez, los delitos compuestos pueden ser de dos tipos:

a) *Delitos compuestos complejos:* el delito se configura cuando se cumplen todos los verbos rectores. Por ejemplo, el hurto se configura cuando el agente *sustrae* y se *apodera* del bien.

b) *Delitos compuestos mixtos:* para que se configure basta que se realice uno de los verbos rectores. Por ejemplo, el delito de violación de domicilio (art. 159 del CP) se configura cuando el sujeto "*penetra* en morada o casa de negocio ajena, en su dependencia o en el recinto habitado por otro, o [...] *permanece* allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla [...]".

Como ya se ha indicado con anterioridad, la omisión consiste en dejar de hacer algo que la norma establece. Esta se divide en dos: la "*omisión propia* (regulada en forma expresa por nuestro Código Penal) y la *omisión impropia* (equipara una omisión a una acción positiva descrita en el tipo penal [...]). Para el análisis de la omisión impropia se deben manejar los conceptos del deber de garante, [casos en los que] el sujeto activo está obligado a actuar de una manera determinada debido a la relación que le une al sujeto pasivo"[13].

En general, la descripción de la conducta suele ser concisa. Sin embargo, en determinados casos es más exhaustiva, precisándose el objeto de la acción, formas de ejecución, medios utilizados, etc. La conducta

13 Bramont-Arias Torres, "El tipo penal", art. cit., p. 191.

prohibida puede ser estructurada de distintas maneras. De acuerdo a su *modalidad de realización*, podemos diferenciar los delitos en "de mera actividad" y "de resultado":

5.3.1. Delitos de mera o pura actividad

Los delitos de mera o pura actividad son aquellos en los que la simple ejecución de la conducta, específicamente determinada como tal, es constitutiva de la realización del tipo. El tipo se satisface con la realización de la acción u omisión del agente, independientemente de si el resultado se consuma o no, por ejemplo, la violación de domicilio (art. 159 del CP), la posesión mayor al mínimo establecido de dos o más tipos de drogas (art. 299 del CP), la tenencia ilegal de armas (art. 279-G del CP), la conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad o drogadicción (art. 274 del CP).

5.3.2. Delitos de resultado

En el caso de este tipo de delitos, la ley individualiza un determinado resultado. Por tanto, requiere de la acción, la imputación objetiva y el resultado. El tipo penal se consuma con la producción de una consecuencia que trasciende la acción, por ejemplo: ocasionar la muerte de una persona (art. 106 del CP), el aborto consentido con la muerte del feto o embrión (art. 115 del CP), lesiones leves en el cuerpo o salud de terceros (art. 122 del CP). Cuando se habla de resultado se alude a la modificación producida en el mundo exterior, que es distinta idealmente a la acción misma.

5.4. Elementos referentes al autor y sujeto pasivo

En el tipo penal se manifiesta la presencia de dos sujetos en forma directa: el sujeto activo y el pasivo —aquellos entre los que se ha producido el conflicto—. Pueden darse casos en los que el Estado es el

agraviado —esto se produce en ilícitos cuyos bienes jurídicos protegidos son colectivos y los perjudicados son la sociedad o colectividad en su conjunto—, como es el caso de la falsificación de documentos, los delitos contra la administración de justicia, el tráfico ilícito de drogas, entre muchos más. En estos casos, el Estado será representado por la Procuraduría Pública.

5.4.1. Sujeto activo

El sujeto activo del delito, según Peña Gonzales y Almanza Altamirano, es "la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica". Además, estos autores sostienen que la persona individual es la única que puede cometer delitos porque solo en ella se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena[14].

Generalmente, el tipo del injusto describe al autor de una manera indeterminada, empleando la fórmula neutra "el que". Estos son los denominados *delitos comunes*, porque cualquiera los puede realizar. En otras palabras, su configuración no requiere de ninguna condición ni facultad especial del sujeto activo, por ejemplo, en el homicidio simple (art. 106 del CP) se señala: "El que mata a otro...".

Frente a estos delitos están los denominados *delitos especiales*, que establecen que la conducta prohibida solo puede ser realizada por ciertas personas que poseen presupuestos especiales, por ejemplo, en el tipo penal de cohecho (art. 393 del CP) el agente debe ser funcionario o servidor público. Los delitos especiales se distinguen en dos clases:

— *Delitos especiales propios:* son aquellos cuya punibilidad se fundamenta en la lesión de un deber especial, por ejemplo, el prevaricato (art. 418 del CP), la omisión del ejercicio de la acción

14 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 71.

penal (art. 424 del CP), la malversación (art. 389 del CP) y el tipo penal de tortura (art. 231 del CP).

— *Delitos especiales impropios:* son aquellos donde la lesión del deber especial agrava la punibilidad. Estos delitos tienen correspondencia con los delitos cometidos por personas comunes, pero la comisión por parte de un agente cualificado denotaría una agravante de la pena. Por ejemplo: el aborto realizado por personal sanitario (art. 117 del CP), las lesiones graves a menores (art. 121-A del CP), la violación de la intimidad cometido por funcionario público (art. 155 del CP) y la interceptación telefónica realizada por funcionario público (art. 162 del CP)[15].

5.4.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro. Y, de acuerdo con Bramont-Arias Torres, puede distinguirse entre sujeto pasivo de la acción ("persona que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo") y sujeto pasivo del delito ("el titular o portador del interés cuya esencia constituye el ilícito penal —el bien jurídico protegido—").

Generalmente, los sujetos coinciden, pero hay casos en los que se los puede distinguir, [mientras que al primero se le denomina sujeto pasivo propiamente dicho, al segundo se le llama *perjudicado*], como por ejemplo el art. 196 [del CP], referido al delito de estafa, una persona puede ser engañada (sujeto pasivo de la acción) [...] entregando al sujeto activo un bien perteneciente a un tercero, quien es el que se perjudica patrimonialmente (sujeto pasivo del delito)[16].

15 Cfr. Reátegui Sánchez, James, *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 424.

16 Bramont-Arias Torres, "El tipo penal", art. cit., p. 191.

En otras palabras, el sujeto pasivo del delito es "todo titular de un interés que se ve perjudicado con el delito, pudiendo ser una persona individual o colectiva, y no pueden serlo ni los muertos ni los animales, por no ser titulares de ningún interés"[17].

5.5. La relación causal

En los delitos de resultado, para que un sujeto responda por la comisión de un delito en grado de consumación, es necesario que su acción y el resultado lesivo estén unidos por un determinado nexo objetivo. Esto es llamado "causalidad", que "es un elemento de toda acción. Lo que se busca ver es si un resultado es consecuencia lógica de una acción determinada"[18].

Uno de los temas más polémicos en el derecho penal es el referente a la manera en que opera la causalidad en el delito. Este problema ha sido debatido desde que se impuso el "dogma causal" en la teoría de la acción criminosa (Liszt, Beling, Von Bar y Von Buri).

El derecho penal siempre ha considerado a la causalidad como una forma de imputación o atribución de ciertos hechos o consecuencias al autor de determinada conducta. Solo que, en tiempos anteriores, la afirmación de la causalidad material era suficiente para deducir responsabilidad por el resultado típico o, al menos, para imputar este a determinada persona. En ese sentido, autor era el que ponía una condición esencial para la producción del resultado[19]. En su momento, Biding y Soler señalaron que a través del comportamiento humano típicamente penalizado se asume la noción de causa como fuerza humana generadora

17 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 80.

18 Bramont-Arias Torres, "El tipo penal", art. cit., p. 192.

19 *Vid.* Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal. Parte general. El delito. Visión positiva y negativa*, vol. I, Bogotá: Ibáñez, 2012, p. 147.

del hecho punible[20]. Según BIDING, la causa total se reduce a la voluntad de actuar; mientras que SOLER consideraba que la acción típica es una condición ineluctable para la producción del hecho[21]. En líneas generales, *causa* sería aquello que razonablemente tiene la capacidad de producir una fuerza, como una acción, un suceso o el estado de un objeto.

En la actualidad, "algunos penalistas [...] consideran que la causalidad y el derecho penal [...] tienen un punto de vinculación normativa, al aceptar que todos los hechos punibles se materializan mediante los efectos que producen los comportamientos típicos sobre los bienes jurídicos protegidos, lo cual permite admitir que todas las conductas típicas generadoras de los hechos delictivos se consideren como causas determinantes de los mismos"[22]. BUSTOS RAMÍREZ tiene una posición opuesta a la señalada, pues niega la tesis de la relación de causalidad y considera que lo que debe procurar la teoría del delito es encontrar una respuesta relacionada con "la forma de conexión que reviste la vinculación (acción u omisión) entre el sujeto de una relación social dada con un tipo"[23]. Este autor llega a esa conclusión al considerar que la piedra angular de lo injusto no es la acción, sino el bien jurídico, por esta razón su centro de reflexión se orienta fundamentalmente hacia el bien que recibe los efectos de la acción y no hacia la acción misma como comportamiento causal[24].

---

20 Cfr. MARTÍNEZ RINCONES, José, "Causalidad y derecho penal", en BOLAÑOS GONZALES, Mireya (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Mérida: Universidad de los Andes, 2005, p. 79.

21 MARTÍNEZ RINCONES, "Causalidad y derecho penal", art. cit., p. 79.

22 MARTÍNEZ RINCONES, "Causalidad y derecho penal", art. cit., p. 75. En efecto, el derecho penal protege los bienes jurídico-sociales que se estiman fundamentales para la estructuración y convivencia pacífica de las sociedades. Esto mediante la creación jurídica de principios y normas sancionadoras de aquellos comportamientos que se califiquen como agresivos de dichos bienes.

23 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá: Temis, 1982, p. 50.

24 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, ob. cit., p. 50.

Debe quedar claro que el hecho de causar un perjuicio (el resultado prohibido) no basta para fundamentar la responsabilidad penal. La imputación del resultado al autor de la acción es determinada en el marco del tipo legal, puesto que el objetivo del derecho penal no es evitar que se cause un daño social. Entonces, es indispensable que el nexo entre acción y resultado se base en un "proceso causal conforme al tipo legal"[25]. Al respecto, MARTÍNEZ RINCONES señala:

> La primera comprobación que se debe hacer es la de precisar si el comportamiento humano que se supone vinculado a un hecho punible se ajusta a la hipótesis de tipicidad o de adecuación a un tipo penal determinado y preexistente, toda vez que tal adecuación permitirá considerar al comportamiento humano como el factor causal del hecho típico, lo cual [...] es [...] el factor que otorga competencia de intervención a los organismos estatales que conforman el sistema penal (policía, fiscalía, jueces)[26].

Entonces, la causalidad operaría como "un factor que vincula al comportamiento, en tanto que hecho establecido normativamente, con la realidad jurídico-penal que legitima la actuación del sistema punitivo"[27]. Esta relación es real si "se acepta que el comportamiento típico es la causa de todo hecho punible, [...] una condición determinante o irremplazable para [...] [la] existencia [del ilícito penal]"[28].

En efecto, en el derecho penal contemporáneo no se imputa como resultado toda consecuencia de la acción, sino tan solo los efectos que puedan ser tratados jurídicamente como obra personal del autor, es decir, como parte de su realización típica voluntaria. "La tipicidad penal y el comportamiento delictivo tienen una material y jurídica vinculación

---

25 *Vid.* CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito/2*, t. III, Madrid: Tecnos, 2003, p. 51 y ss.

26 MARTÍNEZ RINCONES, "Causalidad y derecho penal", art. cit., pp. 77 y 78.

27 *Ibid.*, p. 82

28 *Ibid.*, p. 84.

causa-efecto a partir del principio de [...] [legalidad], no observándose [...] otros vínculos causales con los demás elementos estructurales del delito, por ser estos de naturaleza valorativa, mientras que la tipicidad es de carácter normativo y presupone directamente al hecho derivado de los actos u omisiones previstos como delitos o faltas en leyes preexistentes"[29].

Al respecto, HURTADO POZO precisa: "Según las disposiciones de la parte especial, la imposición de una sanción puede fundarse en la simple ejecución de una acción (comisión u omisión) o en la realización de un resultado externo e independiente de la misma (lesión o puesta en peligro concreta). Respecto a la primera hipótesis, basta constatar que el comportamiento del autor realiza los elementos del tipo legal [...]"[30].

REYES ALVARADO indica que la causalidad puede ser utilizada en un doble sentido. En un primer sentido, se utiliza sobre el supuesto en que un determinado resultado ya se ha producido, la aplicación de la ley causal permitiría que ese resultado se contacte con un acontecimiento previo que, en consecuencia, pasaría a ser considerado como la causa de aquel. Por ejemplo, si los médicos legistas encuentran en el cadáver de una persona rastros de cianuro, al aplicar la ley causal que enuncia que dicha sustancia es apta para ocasionar la muerte de seres humanos, se puede inferir no solo que el cianuro fue causa del deceso, sino, además, que quien suministró la sustancia venenosa a la víctima es la persona que le causó la muerte[31].

El segundo sentido que se le puede dar a la causalidad —sostiene REYES ALVARADO— tiene lugar en los resultados que aún no han tenido ocurrencia. De esta manera, se recurre al empleo de leyes causales para

29 *Ibid.*, p. 78.

30 REYES ALVARADO, "Causalidad y explicación del resultado", art. cit., p. 13.

31 Cfr. REYES ALVARADO, Yesid, "Causalidad y explicación del resultado", en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, n.° 14, Bogotá: enero-marzo del 2006, p. 12.

elaborar un juicio de pronóstico sobre los resultados que una determinada conducta podría haber generado, como cuando se tiene conocimiento de que una persona suministró cianuro a otra, cuyo deceso fue evitado por la oportuna intervención de un médico; en hipótesis como esta, la valoración de la conducta del autor se realiza sobre el supuesto de que su comportamiento —el suministro de veneno— tenía aptitud de ocasionar un determinado resultado[32].

En este sentido, sobre las dos formas de emplear la causalidad, Reyes Alvarado señala lo siguiente:

> La *primera* [...] es la que en derecho penal suele ser utilizada para establecer la *relación causal en los delitos consumados*, [...] [mientras] que la *segunda alternativa* ha sido empleada como mecanismo para establecer una *relación causal tanto en las tentativas como en los delitos de omisión*. Por eso no resulta extraño que una de las primeras explicaciones que se brindó a la razón de ser de la punibilidad de las tentativas, haya sido edificada sobre la existencia de una *relación causal hipotética* entre la conducta efectivamente desplegada por el autor y el resultado que causalmente hubiera podido sobrevenir, de no haber mediado circunstancias ajenas a la voluntad del autor; de acuerdo con esta antigua explicación, la tentativa debía ser punible porque el comportamiento del autor tenía potencialidad para "causar" un efectivo daño al bien jurídico[33].

El tema de la causalidad se ha quedado definitivamente en la teoría del delito, pero con una visión clara de su limitada importancia, que incluso puede señalarse como decreciente a medida que los problemas de causación se convierten en cuestiones de "imputación objetiva"; asunto que no depende únicamente de la relación física de causa a efecto sino de las valoraciones de la ley. Ya no se cree, o al menos no por todos, que se trate de un movimiento corporal voluntario que genera determinadas

32 Cfr. Reyes Alvarado, "Causalidad y explicación del resultado", art. cit., p. 12.

33 *Ibid.*, p. 13.

consecuencias materiales típicas, sino de cuándo el derecho positivo puede y quiere atribuir esos resultados al autor, según sus apreciaciones sobre las necesidades de la prevención y los límites de la justicia. Si hasta en la filosofía de la naturaleza se ha impuesto, actualmente, la opinión de que no resulta razonable admitir una fuerza tal como vinculación entre causa y efecto. No solo no existe posibilidad alguna de probar una fuerza tal, sino que tampoco resulta útil en absoluto admitirla para probar la causalidad, pues para establecer esta, en el caso concreto, debemos utilizar una ley general, sea esta estricta o estadística[34].

Por tanto, la doctrina exagera al darle demasiada importancia al tratamiento de la causalidad, que solo tiene relevancia jurídica en un reducido número de delitos (delitos de resultado natural: daño material o peligro concreto), en los que incluso no podría determinar por sí sola la responsabilidad penal. En efecto, en los delitos de resultado la tentativa pone de manifiesto la existencia de responsabilidad penal (posible) sin causalidad ni resultado de daño, aunque en verdad en ella tiene que haber peligro efectivo concreto y por tanto nexo causal de la acción con él.

5.6. La imputación objetiva

La relación de causalidad no basta para determinar la imputación de un resultado a su autor. Por ejemplo, podría presentarse el caso en que *A* le propina un golpe a *B* con la finalidad de que lo deje pasar, pero *B* pierde el equilibrio y cae sobre una roca y muere; en este caso existe la relación de causalidad entre el empujón que propina *A* y la muerte de *B*, pero es ilógico imputarle la muerte debido a que *A* no podría calcular que iba a caer sobre la roca y morir producto de ello[35].

---

34 *Vid.* Puppe, Ingeborg, *La imputación del resultado en derecho penal*, traducido por Percy García Cavero, Lima: Ara Editores, 2003, pp. 100 y 101.

35 Cfr. Bramont-Arias Torres, "La tipicidad, el tipo doloso de comisión", art. cit., p. 44.

Las teorías de la imputación objetiva explican la relación causal entre la conducta del agente y el resultado provocado. Estas teorías parten de la premisa de que el derecho penal actúa cuando se constata la realización de una acción que exceda lo jurídicamente permitido. "Es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana, cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico"[36]. Por tanto, el juicio de imputación objetiva se compone de dos elementos:

— Como presupuesto, el sujeto debe haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado (riesgo no permitido).

— El resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción (el riesgo debe concretarse en el resultado), o, lo que es lo mismo, en el resultado se ha realizado el riesgo que la norma de cuidado infringida por el sujeto tenía por misión evitar.

La imputación objetiva es una herramienta jurídica necesaria para realizar un adecuado juicio de atribución normativa de responsabilidad penal[37]. La base del juicio de la imputación objetiva es la existencia de un riesgo no permitido implícito en la acción (desvalor de acción).

5.6.1. Criterios para determinar la imputación objetiva

Frisch precisa que son tres las condiciones para determinar la imputación objetiva del resultado. "Primero se exige que el autor haya

---

36 Piva Torres, Gianni, *Teoría del delito y Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Bosch, 2019, p. 122.

37 La teoría de la imputación objetiva no es sino producto de un proceso evolutivo, cuyos orígenes —de acuerdo a cierto sector de la doctrina— se remonta a comienzos del siglo xix en la persona de Georg Wilhem Friedrich Hegel y, más modernamente, en las de Karl Larenz y Richard Honig, evolucionando a lo largo del tiempo, pasando de ser considerada un medio para limitar la causalidad hasta un sistema coherente de imputación de un suceso.

provocado el resultado de modo causal por su actuación. Además, es necesario que haya creado con su conducta un peligro desaprobado. Finalmente, debe haberse realizado en el resultado ese mismo peligro desaprobado"[38]. De acuerdo con lo mencionado, los criterios para determinar la imputación objetiva serían los siguientes:

a) Riesgo permitido (riesgos adecuados socialmente)
b) Creación o incremento de un riesgo
c) Realización del riesgo en el resultado

A. Riesgo permitido (riesgos adecuados socialmente)

En nuestra sociedad, existen riesgos que consideramos tolerables debido a su utilidad y necesariedad, por ejemplo: conducir un vehículo automotor, viajar en avión, etc. No obstante, si el individuo sobrepasa ese riesgo, el resultado que ocasiona debe imputarse al tipo objetivo; por ejemplo: conducir en estado de ebriedad, pasarse la luz roja, etc. El riesgo permitido no debe ser considerado por el ordenamiento jurídico como sancionable en razón de su utilidad social.

Según la experiencia, los riesgos adecuados socialmente son aquellos que, sin constituir una infracción del deber objetivo de cuidado, antes o después pueden llegar a lesionar un bien jurídico; por ejemplo: quien organiza una carrera de autos actúa en forma socialmente adecuada, aunque prevea que en el curso de esta se producirá algún accidente.

Para Bramont-Arias Torres, la teoría de la adecuación señala que "es causa solo aquella que es adecuada para producir un resultado cuando una persona normal colocada en la misma situación hubiese podido prever que en tal circunstancia el resultado se produciría inevitablemente; es

38 Frisch, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid: Colex, 1995, p. 29.

decir, se basa en los criterios de la previsibilidad (de acuerdo al hombre promedio) y en la diligencia debida (por parte del sujeto activo)"[39].

Resulta más sencillo explicar la combinación de estas teorías mediante un ejemplo: *A* es un médico que va a practicar una operación sobre *B*, efectivamente así lo hace, pero *B* muere dos días después por una infección general producida por la falta de esterilización del bisturí utilizado. En este caso, podemos observar claramente que la muerte es consecuencia de la operación realizada, es decir, existe una relación de causalidad. Como sabemos, el sometimiento a una operación supone un riesgo permitido, pero la infección producto del bisturí aumenta el riesgo más allá de lo permitido, por lo que, en principio, existiría imputación objetiva; no obstante, según la teoría de la adecuación, como no era previsible que *A* tuviera conocimiento que la enfermera no había desinfectado el bisturí, no existiría imputación objetiva[40].

B. Creación o incremento de un riesgo

La creación o incremento de un riesgo "exige, además de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, que dicho peligro sea desaprobado jurídicamente. La ausencia de ese riesgo se comprueba mediante un juicio de adecuación, ponderando si el resultado hubiera podido o no ser objetivamente previsible. El resultado únicamente puede imputarse al agente cuando pueda demostrarse que con su acción indebida aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado"[41].

Por ejemplo, tenemos el caso del sobrino que, para heredar cuanto antes, convence a que su padre viaje asiduamente por avión con la es-

---

39 Bramont-Arias Torres, "El tipo penal", art. cit., p. 192.

40 Bramont-Arias Torres, "La tipicidad, el tipo doloso de comisión", art. cit., pp. 44 y 45.

41 Rodríguez Hurtado *et al.*, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 55.

peranza de que muera en un accidente aéreo. Como no se ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión para el bien jurídico "vida", no será imputable jurídicamente el resultado a la acción.

Ahora, si el sujeto aumenta con su acción el riesgo permitido, el resultado le será objetivamente imputado. Por ejemplo: sabemos que existe un riesgo permitido en el tráfico terrestre, pero, si alguien viola una disposición de tránsito, le será imputable por haber incrementado el riesgo. Por tanto, es imputable objetivamente el resultado si se dan las siguientes condiciones:

— *Que el comportamiento contrario al deber haya producido un resultado ya amenazante* (por ejemplo: un conductor de un camión se adelanta indebidamente a un ciclista sin dejar la distancia reglamentaria causando el resultado muerte).

— *Que exista la posibilidad de que el comportamiento adecuado al deber hubiera evitado la producción del resultado* (por ejemplo: en el caso señalado, es posible que dicho resultado no se hubiera producido si el conductor del camión hubiera observado la distancia reglamentaria).

Martínez Escamilla *et al.*, sostienen que, en este primer nivel de creación de un riesgo penalmente relevante, se deben de cumplir dos requisitos:

a) La conducta ha de ser peligrosa, ha de crear un riesgo relevante de producción del resultado.

b) La peligrosidad generada por la conducta ha de sobrepasar el riesgo permitido[42].

42 Martínez Escamilla, Margarita; María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 99.

Si el primer requisito se cumple, se debe tomar en cuenta la teoría de la adecuación. Por ejemplo, se tendrá que analizar si se trata de un observador objetivo, colocado en el momento de la acción y con los conocimientos del autor que pueda haber previsto la producción del resultado. A este principio se le denomina "previsibilidad objetiva". Entonces, se trata de dilucidar si la conducta puede ser o no calificada de peligrosa con relación al bien jurídico en cuestión. Además, este enjuiciamiento se realiza desde una perspectiva *ex ante*, es decir, se tomarán en cuenta los datos o circunstancias reconocibles en el momento de la acción y no los datos averiguados *ex post*, una vez que el resultado se ha producido[43]. Al respecto, Martínez Escamilla *et al.*, colocan los siguientes ejemplos:

> [Ejemplo 1] A zarandea y propina un fuerte empellón a B en el pecho. B muere porque tenía una deformación en el corazón, que incluso él desconocía, que le hacía hipersensible a cualquier presión en la zona. En el momento de la acción nada puede hacer prever la lesión del bien jurídico vida como consecuencia del empujón. La conducta no es peligrosa para dicho bien jurídico, no existiría 'desvalor de la acción' por falta de peligrosidad, por lo que se trataría de una conducta irrelevante para el derecho penal, de una conducta atípica. El requisito de la peligrosidad o de la adecuación de la conducta suele exigirse tanto para las conductas imprudentes como para las dolosas, es decir, se considera requisito tanto de la tipicidad de los delitos imprudentes como de la tipicidad de los delitos dolosos.
>
> [Ejemplo 2] A, sabiendo de antemano que se va a desencadenar una tormenta, envía a B al bosque a coger setas con la esperanza de que caiga un rayo y lo mate, cosa que efectivamente ocurre. Se entiende unánimemente que la posibilidad de que un rayo mate a una persona es tan reducida que la conducta descrita no puede considerarse peligrosa, por la insignificancia del riesgo que crea, por lo que el sujeto no solo no

43 Martínez Escamilla *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 99.

responde por homicidio doloso, sino que ni siquiera puede responder por tentativa de homicidio[44].

El segundo requisito, la peligrosidad generada por la conducta ha de sobrepasar el riesgo permitido, hace alusión a la existencia de actividades peligrosas pero permitidas en atención a determinados intereses generales, como el tráfico rodado. Así, conducir a 120 km/h es una conducta peligrosa que puede generar resultados luctuosos a pesar de que quien conduzca lo haga con prudencia. Esta peligrosidad general es admitida debido a los beneficios que genera, siempre y cuando se respeten las normas establecidas. Si A, quien conduce a una velocidad permitida (120 km/h), se topa con un charco de aceite en la autopista y producto de ello pierde el control del vehículo, choca con el vehículo que venía de frente y le ocasiona la muerte al conductor de ese vehículo, entonces no respondería por dicha muerte porque su conducta se adecúa a las normas, es decir, no supera el riesgo permitido[45].

Entonces, podemos señalar que "estamos en el ámbito de lo permitido y las conductas que aun siendo peligrosas no infringen las reglas establecidas, no sobrepasan ese riesgo permitido, no son penalmente disvaliosas y no pueden fundamentar ninguna responsabilidad por los resultados que de ellas se deriven"[46]. Por otro lado, "cuando afirmamos que la conducta ha creado un riesgo penalmente relevante que sobrepasa las fronteras del riesgo permitido, estamos afirmando que la conducta, al menos, es imprudente"[47].

a. La exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo

No es imputable el resultado que el autor produce para impedir otro más grave; por ejemplo: el guardaespaldas que para evitar que la

44 *Ibid.*, p. 100.

45 *Loc. cit.*

46 Cfr. *Loc. cit.*

47 Cfr. *Loc. cit.*

persona a la que resguarda sea impactada por una bala la empuja al suelo ocasionándole lesiones. El guardaespaldas no podría ser sancionado por el delito de lesiones, por cuanto salvó una vida, disminuyendo el riesgo (muerte).

Siendo el bien jurídico encargado de darle significación a la realización típica, se puede considerar que tampoco son imputables las conductas que le suponen una insignificante afectación[48]. Por ejemplo: el que sin derecho priva a otro de su libertad personal por breves minutos reteniéndolo en un transporte público.

C. Realización del riesgo en el resultado

Este segundo nivel consiste en la realización del riesgo en el resultado, al respecto, Martínez Escamilla *et al.*, explican que este resultado debe ser la realización del riesgo que la norma infringida tenía por misión evitar, considerando la conducta como disvaliosa[49].

Cuando la conducta perpetrada por el agente crea un riesgo penalmente relevante y mayor que el permitido, puede suceder que el resultado se produzca o no. En este último caso el sujeto responderá por tentativa de haber actuado con dolo y, por regla general, no responderá de haber actuado con imprudencia, en razón de que la tentativa imprudente no se sanciona. En el primer caso, para que el sujeto responda por el delito consumado es necesario, en primer lugar, que entre su conducta y el resultado exista una *relación de causalidad*, que no es determinante[50]. Con relación a ello, estos autores comentan el siguiente ejemplo:

---

48 Cfr. Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 153.

49 Cfr. Martínez Escamilla; Martín Lorenzo y Valle Mariscal de Gante, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 101.

50 Cfr. *Loc. cit.*

> A dispara contra B (o le atropella imprudentemente) causándole graves lesiones. B muere en un accidente que sufre la ambulancia cuando le conducía al hospital (o en un incendio que se desencadena en el hospital, o porque le hacen la transfusión de sangre de un grupo incompatible). Según la *teoría de equivalencia de las condiciones*, en estos casos existe relación de causalidad, sin embargo, resulta como mínimo dudoso que el sujeto actuante deba responder por un homicidio consumado[51].

El resultado tiene que ser reflejo del desvalor de la conducta del sujeto, de ese modo le será imputable y podrá incrementarse la pena. En otras palabras, tiene que ser la *realización del riesgo* por el cual la conducta del sujeto estaba prohibida y no la realización de cualquier otro riesgo que la norma infringida no tenía por misión evitar o disminuir, por mucho que la conducta del sujeto lo haya desencadenado causalmente (fin de protección de la norma infringida). Es importante que el resultado sea considerado obra del autor y no solo producto del azar[52].

> Ej. no hay realización del riesgo en el resultado si el sujeto adelanta en un lugar prohibido y durante el adelantamiento uno de los neumáticos estalla por un defecto de producción, de modo que el conductor pierde el control del vehículo y atropella a un peatón. En este caso, el riesgo que desencadenó su conducta de adelantamiento no es el que se ha realizado en el resultado[53].

Como podemos observar, la creación o aumento del riesgo ha de examinarse como presupuesto del disvalor intersubjetivo de la conducta, es decir, *ex ante*; mientras que la realización en el resultado, al igual que la relación de causalidad, condicionan el disvalor del resultado, *ex post*. En otras palabras, la conducta que ha ocasionado el resultado típico debe crear o aumentar un riesgo relevante, el cual ha afectado de alguna forma al bien jurídico, a través de su lesión o puesta en peligro. Es así

51 *Ibid.*, p. 101.

52 Cfr. *Loc. cit.*

53 *Ibid.*, pp. 101 y 102.

que se deben dar ciertos límites, para ver si nos encontramos frente a una conducta riesgosa o no. Este límite a la imputación objetiva nos la brinda la teoría de la adecuación[54].

En suma, la ausencia del riesgo jurídicamente relevante se dilucida cuando se toma como base la teoría de la adecuación, esto es, si el resultado es objetivamente previsible. Asimismo, "el resultado debería serle imputable a una persona cuando ella, con su conducta, hubiera creado un riesgo que fuera superior al permitido para la ejecución de la conducta respectiva"[55].

5.6.2. Teorías de la imputación objetiva

Las teorías de la imputación objetiva que vienen siendo aplicadas en la jurisprudencia nacional son las siguientes:

— Fin de protección de la norma
— Prohibición de regreso
— Principio de confianza
— Autopuesta en peligro de la víctima

A. Fin de protección de la norma

El fin de protección de la norma es también conocida como el *ámbito de protección de la norma*, que consiste en que "la imputación objetiva puede faltar si el resultado queda fuera del ámbito de esfera de protección

54 Fue formulada por un médico llamado Kries, quien, a fines del siglo XIX, la presentó como una teoría de la causalidad y así lo sigue entendiendo un sector de la doctrina. En la actualidad, se impone la idea correcta de que en realidad constituye un límite a la imputación objetiva que no afecta a la causalidad. Véase Bramont-Arias Torres, "La tipicidad, el tipo doloso de comisión", art. cit., p. 44.

55 Reyes Alvarado, "Causalidad y explicación del resultado", art. cit.

de la norma"[56]. Para entender esta definición, pondremos el siguiente ejemplo: la madre del policía que, al enterarse del fallecimiento de su hijo en un atentado terrorista, muere de un infarto. En este caso, no se le podría sancionar al homicida por la muerte de la señora, pues la esfera de protección de la norma (consistente en el tipo penal de homicidio) solo abarca los daños directos ocasionados por la acción delictiva.

Cuando en un suceso el nexo entre la acción y el resultado es evidente, no se plantea expresamente el interrogante acerca de la finalidad de la norma, lo que sí ocurre, en cambio, cuando la cuestión no pertenece a la zona central, sino al ámbito marginal del radio de acción de los tipos[57]. Ante ello es necesario examinar cuáles son las conductas que la norma quiere prohibir para que el resultado lesivo no aparezca[58].

Así se desarrolla un doble juicio: el de la norma y el del intérprete. El primero implica un pronóstico acerca de su propia eficacia —en cuanto a que el destinatario comprenderá que debe abstenerse de realizar todo lo prohibido—. El segundo tiene que imaginar que existe coincidencia entre lo que está pensando (sobre si la conducta es alguna de aquellas que la norma pretende evitar) y el propósito que esta persigue[59].

En ese sentido, corresponde preguntarse si la acción concreta se halla dentro de aquellas que la norma prohíbe, por constituir la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que corresponda con el sentido

56 Arburola Valverde, Allan, "La teoría de la imputación objetiva en el derecho penal", en *Derecho Penal Online*, Buenos Aires: 18 de julio del 2010. Recuperado de <https://bit.ly/2NKPtez>.

57 Torío López, Ángel, "Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma", en *Estudios penales y criminológicos*, vol. x, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1987, p. 387.

58 Quienes han escrito sobre este tema reconocen que a Gimbernat Ordeig se le debe la idea, pues fue él quien primero examinó el fin de protección de la norma.

59 Terragni, Marco A., *Autor, partícipe y víctima en el delito culposo. Criterios para la imputación del resultado*, Santa fe: Rubinzal Culzoni, 2008, p. 100.

de la norma prohibitiva. Entonces, el fin de protección de la norma es evitar el riesgo que produce el resultado que —aquella estima— tiene un valor negativo.

La norma ampara los bienes jurídicos y rechaza las actuaciones descuidadas, pero el ámbito de protección de esta norma tampoco llega a abarcar los supuestos en los que el suceso se origina por la actuación de terceros o por la propia actuación de quien sufre el daño. Ello resulta física o jurídicamente incontrolable para el sujeto activo del delito, debido a una ausencia de un deber, legalmente impuesto, de garantizar que el bien permanezca incólume[60].

En lo que respecta al descubrimiento de cuál es el fin protector de la norma, si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que quería evitar estableciendo el deber, el autor estará exento de responsabilidad.

El resultado debe estar comprendido dentro del fin de protección de la norma penal donde se prevén las conductas delictivas. Por tanto, "solo se debería responder por las consecuencias nocivas de una conducta, cuando la norma que con ella se infringiera tuviera como finalidad la prevención del resultado dañoso efectivamente acaecido"[61]. Por ejemplo: una conductora atropella a una persona, a título de culpa, causándole lesiones; inmediatamente, la víctima es trasladada a un hospital en donde fallece por atragantamiento al comer. En el citado ejemplo, las normas que regulan el límite de velocidad no tienen como fin el evitar que las personas fallezcan atoradas con residuos de comida, por lo que la conductora no podría ser sancionada por el delito de homicidio, ya

60 Terragni, *Autor, partícipe y víctima en el delito culposo. Criterios para la imputación del resultado*, ob. cit., p. 100.

61 Reyes Alvarado, Yesid, "El concepto de imputación objetiva", en Bolaños Gonzales, Mireya (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Mérida: Universidad de los Andes, 2005, p. 184.

que el atragantamiento se produjo fuera del ámbito de protección de la norma penal.

B. Prohibición de regreso

La prohibición de regreso "trata de determinar la responsabilidad penal de quien realiza un comportamiento estereotipado inocuo que favorece al hecho delictivo de otro"[62]. Según Reyes Alvarado, se ha constituido, ciertamente, "en uno de los principios que dentro de la dogmática penal ha generado mayores polémicas, al punto que desde sus remotos orígenes hasta el momento actual han sido muchas las fundamentaciones y desarrollos que de él se han propuesto, bien sea planteándolo como un mecanismo de interrupción del nexo causal, o exponiéndolo a partir de la noción de previsibilidad, o mencionándolo como un ejemplo de participación impune, o bien señalándolo como una limitación al principio de dominabilidad del hecho"[63].

En efecto, la doctrina penal ha desarrollado distintos criterios que justifican la irresponsabilidad penal del autor en cuanto a su aporte. Al respecto, García Cavero señala lo siguiente:

> En un primer momento se discutió esta cuestión en atención al supuesto de la contribución culposa en el hecho doloso de un sujeto plenamente responsable. Las razones que se ofrecieron en ese entonces para justificar la irresponsabilidad del contribuyente culposo fueron muy diversas: la negación de una relación de causalidad, la impunidad general de la participación culposa (cómplice o instigador) o la ausencia de una mediación de la voluntad. En la actual discusión sobre la prohibición de regreso se ha ubicado esta cuestión en el terreno de la imputación objetiva, lo que ha motivado no solo que se amplíen los supuestos

62 Cancio Meliá, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de imputación objetiva*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p. 62.

63 Reyes Alvarado, "El concepto de imputación objetiva", art. cit., p. 187.

comprometidos, sino también que se desarrollen nuevos criterios de solución de este antiguo problema jurídico-penal.

Es así que [...] un sector de la doctrina considera que se trata de *comportamientos socialmente adecuados* y, por ello, no pueden dar lugar a la imputación objetiva.

Otros autores recurren al viejo criterio de la *previsibilidad objetiva* utilizado por los defensores de la 'teoría de la adecuación' y excluyen la responsabilidad en caso de intervenciones imprevisibles de terceros. Una referencia la ofrecen aquellos que sostienen que en los casos de prohibición de regreso no tiene lugar una 'dominabilidad' [...] del hecho. Una parte 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. [...].

Finalmente, un sector cada vez mayor recurre al criterio de los ámbitos de responsabilidad según el cual una persona no requiere representarse las distintas posibilidades de comportamiento ilícito de terceros derivados de su actuación[64].

Según lo explicado, García Cavero considera que el criterio más adecuado para "justificar la prohibición de regreso es el criterio de los ámbitos de responsabilidad"[65].

En ese entendido, Villavicencio Terreros sostiene que la prohibición de regreso es "un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero"[66],

64 García Cavero, Percy, "Cuestiones generales de la imputación objetiva en el derecho penal peruano", en *Revista Institucional*, n.° 7, Lima: junio del 2006, p. 108.

65 García Cavero, "Cuestiones generales de la imputación objetiva en el derecho penal peruano", art. cit., p. 108.

66 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, pp. 328 y 329.

por lo que se hallaría fuera del radio de protección del derecho penal. Por ejemplo, un comerciante que le vende a otro un cuchillo de cocina no quebranta su rol de vendedor, aunque el comprador le confiese que lo utilizará para cometer un homicidio. Por otro lado, este autor precisa que los *conocimientos especiales* como el entrenamiento o las formaciones especiales que pueda tener el sujeto no deberán considerarse a efectos de responsabilizarlo penalmente. Por ejemplo, un estudiante que tiene conocimientos avanzados de biología y que en sus ratos libres trabaja como mozo en un restaurante, si, al momento de servir un menú se percata de la presencia de una sustancia venenosa y a pesar de ello lo sirve, no es responsable debido a que tiene un conocimiento especial[67].

Como hemos explicado, estos conocimientos especiales que tiene el agente no son relevantes para el derecho penal. Así, Medina Frisancho coloca como ejemplo: quien anuncia en una reunión social que en un determinado mes en una montaña se presentan las condiciones meteorológicas y climáticas ideales para realizar una excursión, lo cual es tomado como base por un tercero para hacerlo y, posteriormente, resulta lesionado o muerto. Tal situación evidencia que, aunque el sujeto de la reunión sepa de las intenciones del tercero, no podría responder por estas, dado que no se trata de un acto jurídicamente desaprobado ni dirigido a favorecer hechos ilícitos[68].

En suma, el derecho penal no puede reprimir acciones socialmente inocuas o estereotipadas que carecen de sentido delictivo, aun cuando posteriormente otra persona anude a tales actos fines ilícitos o los emplee para realizar conductas no permitidas. Al respecto, Medina Frisancho señala:

---

67 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 329.

68 Medina Frisancho, José L., *Material autoinstructivo del curso imputación objetiva*, Lima: Academia de la Magistratura, 2016, p. 77.

> Esto se fundamenta en una razón de sustrato social: posibilitar y promover los contactos sociales anónimos propios de nuestros tiempos, pues amenazar penalmente a quien presta una actividad socialmente cotidiana, desviada por un tercero, conllevaría imponer obligaciones de conocer las intenciones del destinatario de tales servicios; en otras palabras, "si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada", puesto que "la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares"[69].

En otras palabras, el derecho penal, en cuanto subsistema social, no puede ser ajeno a las necesidades de la sociedad donde pretende regir. En tal sentido, este no puede considerar que alguien por haber aportado inocuamente y cotidianamente con las consecuencias lesivas producidas por el autor de un hecho delictivo sea responsable penalmente; ello comportaría una grave restricción de los espacios de libertad legítimamente conferidos a los ciudadanos y que les resultan imprescindiblemente necesarios para su desarrollo personal y para la convivencia social en general[70].

Entonces, "la prohibición de regreso se basa en la idea de que no se puede hacer responsable a quien realiza una aportación que es en sí misma cotidiana y socialmente inofensiva, y que solo por la puesta en marcha de planes de terceros puede adquirir el sentido de un curso dañoso"[71].

Es impune la cooperación culposa en una realización dolosa y plenamente responsable del tipo debido a la prohibición de regreso. Según esta teoría, no responde penalmente por homicidio culposo quien deja por ahí un revólver cargado o un cuchillo, con los cuales alguien mata dolosamente a otro; tampoco sería culpable de homicidio culposo

---

69 Medina Frisancho, *Material autoinstructivo del curso imputación objetiva*, ob. cit., pp. 77 y 78.

70 *Ibid.*, p. 74.

71 *Loc. cit.*

quien construye "un departamento gravemente expuesto al fuego", cuyos ocupantes resultan ser víctimas de un incendio doloso. Asimismo, sería impune la amante de un hombre casado que, bajo circunstancias sospechosas, le procura veneno, con el cual mata a su esposa, o quien por medio de expresiones no meditadas sobre lo "deseable" que sería un incendio, motiva a su interlocutor a cometerlo[72].

Esta teoría "establece que un garante no puede responder por todas las posibles afecciones [...] de aquellos resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos: la imputación solo alcanzará a quien es garante de la evitación de un resultado"[73].

Para descartar o imputar responsabilidad penal es necesario recurrir a los diferentes institutos de la imputación objetiva, de modo tal que se analice el ámbito de competencia y rol que cumple el agente. Al respecto, García Cavero precisa lo siguiente:

> [E]l hecho delictivo se presenta siempre en un contexto interactivo, [por lo que] la intervención de varios sujetos en el hecho puede oscurecer la determinación de los sujetos penalmente competentes. [...]. La competencia del riesgo prohibido puede corresponderle no solo al titular del ámbito de organización del que se deriva tácticamente el riesgo prohibido, sino que puede plantearse también frente a terceros [...] o [...] incluso ser atribuida a la propia víctima, [para determinar quién resulta penalmente responsable por la infracción de su rol se recurre a los institutos jurídico-penales del principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima]. Si no es posible afirmar la competencia jurídico-penal de alguna persona, entonces solo cabrá tratar el hecho como un infortunio[74].

---

72 *Vid.* Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducido por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Grijley, 2007, p. 113.

73 Rodríguez Hurtado *et al.*, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 62.

74 García Cavero, "Cuestiones generales de la imputación objetiva en el derecho

Asimismo, este autor sostiene que, según la forma en que aparece la prohibición de regreso, esta se puede clasificar en dos grupos. En el *primero*, se encuentran los casos en los que no se hace responsable al sujeto que realiza un comportamiento cotidiano al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve de él para su realización. Por ejemplo: el acreedor que utiliza el dinero recibido por el pago de una deuda para comprar droga y comercializarla, lo cual es conocido por el deudor. El *segundo grupo* excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito. Por ejemplo, la venta de un destornillador a un ladrón por parte de un ferretero[75].

En estos casos, la relación que mantiene el aportante con el autor del delito se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que el autor no puede ampliar unilateralmente. Habrá ausencia de imputación de comportamiento aun cuando el que realiza la prestación conoce los planes delictivos del autor, 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[76].

Como regla, hemos explicado que la prohibición de regreso libera de responsabilidad penal a las personas que realizan comportamientos que son socialmente adecuados. Sin embargo, este principio presenta dos claros límites. Primero, no se aplicaría la prohibición de regreso cuando el agente desvía su actuación inicialmente inocua al contexto delictivo creado por el autor para contribuir a la perpetración del hecho. Un claro ejemplo, señala Frisancho Aparicio, es el caso del taxista que acelera

---

penal peruano", art. cit., p. 106.

75 *Ibid.*, p. 111.

76 *Loc. cit.*

y conduce con más rapidez para asegurar los fines de los delincuentes que han solicitado sus servicios. Otro ejemplo sería el del deudor que entrega al acreedor una suma mayor a la debida, conociendo sus planes delictivos y el destino ilegal de ese dinero, ya no ajustaría su proceder a su rol social[77].

Un segundo límite a la prohibición de regreso se presenta en el caso en que un sujeto que tiene un deber de garante no evita la ocurrencia de eventuales daños. Por ejemplo, si el sujeto de la reunión que hace comentarios sobre las condiciones climáticas es el encargado de la protección y defensa civil de la zona, su aportación podría relacionarse normativamente con el posterior curso lesivo. Lo propio sucede en el caso del deudor que tiene conocimiento que el dinero entregado al acreedor será utilizado para realizar algún ilícito penal, específicamente, asaltar el banco donde labora la esposa del deudor, resultando esta, en efecto, posteriormente herida[78].

C. *Principio de confianza*

El principio de confianza sirve para negar un incremento del peligro inadmisible. Consiste en que quien se comporta debidamente puede confiar en que otros también lo harán, siempre que no existan indicios concretos para suponer lo contrario. Por tanto, quien, por ejemplo, "tiene prioridad de paso en los cruces, no precisa reducir su velocidad en atención a posibles infracciones de tráfico de otros conductores, sino que por regla general puede partir de la base de que se respetará su preferencia

77 Medina Frisancho, *Material autoinstructivo del curso imputación objetiva*, ob. cit., p. 77.

78 *Ibid.*, p. 78.

de paso. Si ello no sucede y se produce una colisión, únicamente existe imprudencia en quien desatendió la preferencia de paso"[79].

Como señala JAKOBS, este principio "otorga libertad de acción a pesar del peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder otra persona. O, formulado de otra manera, el principio de confianza posibilita la división del trabajo mediante un reparto de responsabilidades"[80]. Como vemos, según este principio, "un sujeto puede confiar en que los demás se comportarán de forma prudente, con la diligencia debida, a no ser que existan indicios de lo contrario. Ej.: en el quirófano, durante una intervención quirúrgica, el cirujano puede confiar en que el anestesista, enfermeras, etc., se comporten de forma prudente, a no ser que existan indicios de lo contrario [...], el anestesista presente síntomas de ebriedad"[81].

El principio de confianza parte de la idea de que el agente tendrá un comportamiento coherente con el orden social y, por tanto, confiará en que los demás se comportarán de la misma manera[82]. Por ejemplo, el empleado encargado de la apertura de una esclusa y que sabe que a través de ella fluyen sustancias contaminantes no creará un riesgo penalmente relevante porque dentro de su empresa no le compete velar por la pureza de las aguas residuales, sino por el oportuno accionamiento de un mecanismo que permite abrir y cerrar tal esclusa. En consecuencia,

---

79 *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, traducción de la 2.ª ed. alemana por Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 1004.

80 JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, traducido por Enrique Peñaranda, Carlos J. Suárez y Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 1997, p. 219.

81 MARTÍNEZ ESCAMILLA *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 158.

82 RODRÍGUEZ HURTADO *et al.*, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 62.

pese al conocimiento de la peligrosidad de las aguas que son vertidas a través de la compuerta que él abre, puede seguir confiando en que las personas encargadas de ello evitarán la contaminación de las aguas y, por tanto, regiría el principio de confianza, aunque tenga conocimiento de la conducta incorrecta del encargado de las aguas residuales.

Se debe admitir la aplicación del principio de confianza respecto de toda clase de delitos, incluidos los dolosos. En efecto, "la moderna teoría del tipo penal reconoce que también en el delito doloso se dan los elementos del delito culposo, en tanto se requiere una acción que realice un peligro jurídicamente desaprobado, [pues, de acuerdo a la doctrina,] no habría dolo sin culpa, es decir, sin infracción de un deber de cuidado; o, lo que es lo mismo, no habría dolo sin la producción de un riesgo desaprobado"[83].

Con relación a lo anterior, Hurtado Pozo señala lo siguiente:

> [No hay que tener en cuenta] el principio de confianza solo cuando se deba considerar culposo o fortuito el hecho atribuido a un tercero. También hay que valorarlo en relación con los comportamientos intencionales que se pudieran cometer. El vendedor de armas de fuego no aumenta el riesgo de que estas sean utilizadas por el comprador para cometer un homicidio, puesto que él no debe contar con que esto suceda. Por el contrario, cabe preguntarse si no aumenta indebidamente el peligro de que se cause la muerte de una persona, quien entrega un arma a uno de los sujetos que se agreden con violencia y recíprocamente. De esta manera, aumenta el riesgo de que se produzca un resultado grave, debido a que su comportamiento se da en el contexto de un peligro concreto para los bienes jurídicos y, según las circunstancias, se le puede imputar, al menos, a título de culpa. La respuesta debe ser diferente en relación con el caso, muy citado, de la persona que con la

83 *Vid.* Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 276.

idea de suicidarse guarda un revólver en el cajón de su mesa de noche, arma que es utilizada por un tercero para matar a un individuo. No puede imputársele haber aumentado el riesgo de que este homicidio se produjera, ni tampoco culpa alguna. Esto último sería posible, por el contrario, si el arma hubiera sido depositada en un lugar poco seguro y si un niño la hubiera encontrado y, jugando, hubiera causado la muerte de su compañero (culpa respecto a la muerte). Lo decisivo es que el agente no promueva la propensión objetiva que pueda existir en el posible autor de un delito doloso, como sería el caso de quien entrega un arma a uno de los participantes en una riña. Lo mismo puede decirse de la amante que, sabiendo que su compañero medita sobre la posibilidad de matar a su esposa, le entrega un revólver. Arma que este utiliza para cometer después el homicidio[84].

El principio de confianza constituye una herramienta propia de la imputación, pues en nuestra sociedad se toleran determinados riesgos, los cuales hacen que los costes sean menores comparados a los beneficios que se obtienen; de no ser así, la caída de un avión generaría que no se vuelvan a fabricar más aviones o que las personas prefieran transportarse en barco que volar, o caminar kilómetros para evitar accidentes automovilísticos o, con esta misma finalidad, los que posean automóviles transitarían a una velocidad equiparada a la del caminar. La complejidad de las relaciones sociales permite que las personas asuman determinados roles a efectos de no defraudar la expectativa social que involucra el cumplimiento de estas normas. El principio de confianza se constituye en un instrumento indispensable para marcar los estadios de lo socialmente permitido. Las personas que conforman esta sociedad de riesgos deben de velar porque las normas que las amparan se ejecuten y cumplan a cabalidad a efectos de no vulnerar el precepto normativo.

84 *Vid.* Hurtado Pozo, José, ob. cit., pp. 724 y 725.

El principio de confianza es considerado, por un amplio sector de la doctrina, como presupuesto particular del *riesgo permitido*[85] y también

85 La base del juicio de la imputación objetiva es la existencia de un riesgo no permitido implícito en la acción (desvalor de acción). Se han establecido algunos criterios para determinarlo:

a) *Riesgos adecuados socialmente:* son aquellos que, sin constituir una infracción del deber objetivo de cuidado, la experiencia muestra que antes o después pueden llegar a lesionar un bien jurídico; por ejemplo: el organizador de una carrera de autos, que actúa en forma socialmente adecuada, aunque prevea que en el curso de esta se producirá algún accidente. Se tratan de riesgos que no merecen ser considerados por el ordenamiento jurídico en razón de su utilidad social.

b) *Disminución del riesgo:* no es imputable el resultado que el autor produce para impedir otro más grave; por ejemplo: el guardaespaldas que para evitar que la persona a la que resguarda sea impactada por una bala lo empuja al suelo ocasionándole lesiones.

c) *Creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante:* no será imputable jurídicamente el resultado a la acción, si estas no han creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión para el bien jurídico. La ausencia del riesgo jurídicamente relevante se dilucida tomando como base la adecuación, esto es, si el resultado es objetivamente previsible; por ejemplo: el sobrino que para heredar cuanto antes, convence a su padre de que viaje asiduamente por avión con la esperanza de que este muera en un accidente aéreo.

d) *Aumento del riesgo permitido:* en el caso de que el sujeto aumente con su acción el riesgo permitido, el resultado le será objetivamente imputado; por ejemplo: en el tráfico terrestre hay riesgo permitido, si el agente viola una disposición de tránsito, le es imputable por haber incrementado el riesgo. Otro ejemplo: el conductor de un camión que adelanta indebidamente a un ciclista ebrio, atropellándolo y ocasionándole la muerte. Es imputable objetivamente el resultado si se dan las siguientes condiciones: i) que el comportamiento contrario al deber haya producido un resultado ya amenazante (en el caso que, al adelantarse al ciclista ebrio sin dejar la distancia reglamentaria, causó el resultado muerte); y ii) que exista la posibilidad de que el comportamiento adecuado al deber hubiera evitado la producción del resultado (en el caso, es posible que dicho resultado no se hubiera producido si el conductor del camión hubiera observado la distancia reglamentaria).

e) *La esfera de protección de la norma:* la imputación objetiva puede faltar si el resultado queda fuera del ámbito de esfera de protección de la norma; por ejemplo: la madre del policía que, al enterarse de la muerte de su hijo en un atentado terrorista, muere de un infarto, la esfera de protección de la norma se limita a los daños directos.

de la *prohibición de regreso*[86]. Al respecto, JAKOBS señala:

> A pesar de la experiencia consistente en que las personas cometen errores, se autoriza a confiar en el comportamiento correcto de ellas: el principio de confianza autoriza organizar el propio comportamiento sobre el supuesto de que los demás actuarán reglamentariamente, conteniendo una permisión de conducta[87].
>
> No se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos (donde las consecuencias de nuestras acciones dependen de personas que desconocemos), pueden ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino que también se trata de la responsabilidad de estas personas por sus fallos (en esta medida, prohibición de regreso). Mientras que en el riesgo permitido cabe definir un conflicto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente; esta posibilidad de tratar un conflicto podría formar la razón principal del principio de confianza[88].

Sin embargo, no todos los autores coinciden en que este principio forme parte de la teoría de la imputación objetiva, pues algunos han

---

86 La prohibición de regreso se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero, por lo que se hallarían fuera del interés del derecho penal, por ejemplo, la conducta del comerciante que le vende a otro un cuchillo de cocina al no quebrantar su rol de vendedor, aunque el comprador le exprese que lo usará para cometer un homicidio. De otro lado, los conocimientos especiales (entrenamiento, formaciones especiales) que pueda tener el sujeto no han de tomarse en cuenta; por ejemplo: un estudiante con conocimientos avanzados de biología que en sus ratos libres trabaja como mozo en un restaurante y, al momento de servir un menú, se percata de la existencia de una sustancia venenosa y a pesar de ello lo sirve.

87 *Vid.* JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, traducido por Enrique Peñaranda, Carlos J. Suárez y Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 1997, p. 58.

88 *Vid.* JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, ob. cit., pp. 253 y 254.

señalado que, en realidad, solo sirve para la determinación y limitación de los deberes de cuidado no establecidos positivamente[89].

Se pretende fundamentar el principio de confianza a partir del principio de responsabilidad propia. Contra ello está el hecho de que en caso de un aumento del riesgo (por ejemplo, los fallos perceptibles en la conducción del otro), el principio de confianza pierde de inmediato su primacía: se protege al infractor de las normas de circulación sin perjuicio de su responsabilidad propia. Kühlen lo remite a una "ponderación de intereses que ha de tener en cuenta, junto al aspecto de protección de bienes jurídicos, también los de la propia responsabilidad de los demás y de la libertad de acción del que tiene el deber de cuidado"[90].

La vida en relación social implica con mucha frecuencia la necesidad de que los individuos colaboren en la obtención de fines comunes, de tal modo que son cada vez menos las actividades que se desarrollan individualmente, en consecuencia, podría afirmarse que el principio de confianza rige dentro del ámbito de la división del trabajo.

La aplicación del principio de confianza no es absoluta, sino que existen supuestos en que no puede ser invocado. García Cavero enumera los siguientes supuestos: "a) La confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada su responsabilidad; b) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otros cometan; y c) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes"[91].

89 Puppe, *La imputación del resultado en derecho penal*, ob. cit., p. 200.

90 *Loc. cit.*

91 García Cavero, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2008, p. 339.

D. Autopuesta en peligro de la víctima

El principio denominado ámbito de protección de la víctima, *actuación a propio riesgo, competencia de la víctima, imputación al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, autopuesta de peligro de la víctima*, etc., consiste en no atribuir al autor de la conducta aquellos resultados que correspondan a la esfera de protección de la víctima[92]. "La hipótesis de que el comportamiento de la 'víctima' pueda adquirir relevancia en la valoración jurídico-penal de la atribución de cierto resultado"[93] cuando su intervención conduzca o determine la lesión de sus propios bienes jurídicos introduce la figura del agraviado en el contexto de la valoración normativa del autor, pudiendo tal conducta resultar relevante para excluir la tipicidad. Por ejemplo: "un sujeto que cruza la calzada por un lugar inadecuado y en forma descuidada es embestido por un conductor que venía desarrollando su conducción en forma correcta; o quien se reabre una herida que otro le ha provocado, sufriendo lesiones por la infección consiguiente"[94]. Se establece, "así, con más o menos convicción dogmática que la conducta de la víctima autorresponsable ha de ser introducida en el juicio de tipicidad y, por ende, en el sistema de imputación objetiva, si bien sobre su contenido y configuración dogmática reina aún cierta polémica e incertidumbre"[95].

Fue principalmente Roxin quien intentó delimitar aquellos supuestos en los que la víctima ocupa una posición central en el acontecer arriesgado. Dentro del "alcance del tipo" distingue los siguientes supuestos:

a) *La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa:* no se responsabiliza a quien incita o coopera en acciones de otro que son

92 García Cavero, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 339.

93 Domínguez, Marcelo, "Exclusión de la tipicidad por el comportamiento", en *Instituto de Derecho Penal*, n.° 4, Montevideo: octubre del 2016, p. 3.

94 Domínguez, "Exclusión de la tipicidad por el comportamiento", art. cit., p. 3.

95 Medina Frisancho, "La imputación objetiva en el sistema funcional del derecho penal", art. cit., pp. 21 y 22.

mucho más peligrosas de la medida de lo normal, siendo atribuible el resultado a la víctima; por ejemplo, A y B emprenden en un terreno intransitable una carrera de motos, en la que A sufre por su propia culpa un accidente mortal[96]; en este caso, B, aunque haya cooperado causalmente a la muerte de A, no puede ser penado por un homicidio imprudente[97].

b) *La puesta en peligro de un tercero consentida por este:* se excluye la imputación del resultado al que pone en peligro a otro que tiene conciencia del riesgo, siempre que se cumplan dos requisitos: 1) "el daño sea consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y que el sujeto puesto en peligro tenga la misma responsabilidad por la actuación común de quien lo pone en peligro"[98]; y 2) el sujeto sea consciente del riesgo en la misma medida que quien lo pone en peligro"[99], por ejemplo, la persona que, consciente de que quien se encuentra al volante de un automóvil sin tener permiso ni saber conducir, accede, no obstante, a acompañarle, y, posteriormente, a consecuencia de una previsible maniobra imprudente del conductor, se produce un accidente de circulación en el que la víctima pierde la vida o resulta lesionada.

c) *La imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno:* se exonera de imputación al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa del profesio-

96 *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (BGHSt) 7, 112 (25.1.1955), p. 122 y ss.

97 Roxin, Claus, "La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida, sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el derecho penal", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 55, Lima: enero del 2014, p. 73.

98 Espín Rosales, Wilson Guillermo, *La responsabilidad penal en la mala práctica médica en el Ecuador. Un enfoque desde la actuación probatoria*, tesis para optar el grado académico de magíster con mención en Derecho Procesal, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016, p. 48.

99 Cfr. Roxin, Claus, ob. cit., p. 387 y ss.

nal, como sería el caso de un médico ante una infracción de la *lex artis*, por ejemplo[100].

"A partir de una perspectiva funcional se ha tratado de explicar las razones por las que un determinado suceso y, naturalmente, las consecuencias que de él se derivan sean atribuidos a la víctima. [...] JAKOBS ha intentado definir tales razones normativas: primero, mediante la infracción de los —así denominados por él— 'deberes de autoprotección' y, segundo, mediante un acto de voluntad, a saber, el consentimiento"[101]. Este autor indica que el propio comportamiento de la víctima puede fundamentar que se le impute la consecuencia lesiva, y que esta se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio, existiendo, por tanto, una competencia de la víctima[102]. Como vemos, "lo decisivo estaría en determinar si esta ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo"[103].

Al respecto, FRISANCHO APARICIO señala lo siguiente:

> [L]a doctrina se ha manifestado en contra de la existencia de deberes de autoprotección jurídicamente exigibles a la víctima. En nuestra doctrina, García Cavero prefiere referirse a 'incumbencias de autoprotección', ya que no se trata propiamente de deberes impuestos a la víctima sino de 'criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia'.
>
> [...]
>
> [R]esulta difícil sostener [...] la existencia de deberes cuya infracción no acarree la imposición de una sanción o de alguna otra manifestación, punitiva o no, del Estado, como sucedería en el caso del incumplimien-

100 *Vid.* ROXIN, Claus, ob. cit., p. 387 y ss.

101 MEDINA FRISANCHO, *Material autoinstructivo del curso imputación objetiva*, ob. cit., p. 80.

102 *Ibid.*, p. 34.

103 *Ibid.*, p. 37.

> to de los pretendidos deberes impuestos a la víctima en el ámbito del derecho penal.
>
> Esto responde al hecho [...] de que la introducción de la víctima en el juicio de imputación no tiene por finalidad la formulación de algún reproche contra ella [...], sino conceder relevancia dogmática a la autonomía con la que esta se comporta[104].

Asimismo, si bien la idea del consentimiento puede ser atractiva para localizar la imputación a la víctima, esta no es suficiente, como vemos, por ejemplo, en los casos de los ilícitos penales de ayuda al suicidio o del homicidio a petición[105].

Cancio Meliá señala que el ámbito de responsabilidad de la víctima "opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico ("víctima") emprende conjuntamente con otro ("autor") una actividad que puede producir una lesión de su bien jurídico". Por tanto, "la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que, en primer lugar, la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por el autor y víctima; en segundo lugar, la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor" (por ejemplo, una mujer que al percatarse de que ha sido objeto de un secuestro por parte de un supuesto taxista se arroja del vehículo en marcha; existiría autopuesta en peligro consciente, no obstante, se cuestionaría que esta sea libre o voluntaria); y, por último, que "el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima"[106].

---

104 Medina Frisancho, *Material autoinstructivo del curso imputación objetiva*, ob. cit., pp. 81 y 82.

105 En ambos casos se sanciona al autor, pese al consentimiento de la víctima (arts. 112 y 113 del CP).

106 *Vid.* Cancio Meliá, Manuel, "Aproximación a la teoría de la imputación objetiva", en Peña Cabrera Freyre, Alonso; Efraín Montes Flores y Miguel Á. Sánchez Mercado (coords.), *El derecho penal contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, t. I, Lima: Ara Editores, 2006, p. 153.

Frisancho Aparicio sostiene que "la imputación a la víctima tiene lugar necesariamente de modo normativo cuando la aparente víctima ha infringido determinadas *incumbencias de autoprotección*, esto es, cuando en pleno ejercicio de su autonomía administra su ámbito de organización de manera defectuosa o cuando menos inocua, asegurando la incolumidad de sus bienes jurídicos. Por ello es que la institución dogmática de la imputación a la víctima se erige sobre el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual cada ciudadano debe responder por sus propios actos"[107].

Mediante este principio puede comprenderse que incluso el titular del bien jurídico puede organizar su propia lesión y, por lo tanto, ser responsable de su autolesión[108]. En consecuencia, quien asuma los daños que puedan derivarse de sus actividades riesgosas será el titular del bien. "Si bien en otros ámbitos de la imputación objetiva, como el principio de confianza o la prohibición de regreso, la autorresponsabilidad también se manifiesta de un modo especial, en la imputación a la víctima juega un papel fundamental. [S]obre dicho principio se erige la atribución del suceso lesivo a la víctima, en tanto persona autónoma reconocida como tal por el ordenamiento jurídico"[109].

Respecto a lo mencionado *supra*, tenemos que considerar que el art. 2.1 de la Constitución Política del Estado reconoce a la persona el derecho a su libre desarrollo como fundamento de la organización social, y, como señala Cancio Meliá, este derecho no podría ser entendido "fuera de un sistema en el que esté consagrada implícitamente una noción de

---

107 Medina Frisancho, *Material autoinstructivo del curso imputación objetiva*, ob. cit., p. 84.

108 Negar su capacidad de autoorganizar su lesión sería negar su existencia como ser "libre". En ejercicio de su libertad, él se hace responsable de la lesión de sus bienes. Incluso su atentado contra sus propios bienes es ejercicio del libre desarrollo de supertonalidad (art. 2.1 de la Const. Pol.).

109 Medina Frisancho, *Material autoinstructivo del curso imputación objetiva*, ob. cit., p. 90

ciudadano como sujeto autónomo. Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que esta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el derecho penal, [...] quedando al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital, de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes"[110]. Por tanto, este principio consiste "en el reconocimiento de la libertad de organización y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes"[111].

5.7. Objeto material del delito

El objeto material del delito puede ser estudiado desde dos aspectos: material y jurídico.

5.7.1. Aspecto material

Desde esta perspectiva, el objeto material del delito es la persona o cosa sobre la que materialmente recaen los resultados de la acción delictiva. Por ejemplo, el objeto sobre el que recae la conducta ilícita en el delito de hurto es el bien mueble, en otros delitos podría ser el propio sujeto pasivo y las cosas animadas o inanimadas que se afectan con la acción del sujeto activo.

Además, no en todos los delitos hay objeto material. Por ejemplo, los delitos de mera actividad (falso testimonio) y los de omisión simple (omisión de denuncia) carecen de objeto material. Este objeto material no debe confundirse con el instrumento del delito, que son los objetos

110 Cancio Meliá, Manuel, "Conducta de la víctima", en Reyna Alfaro, Luis Miguel (dir.), *Derecho proceso penal y victimología*, Cuyo: Ediciones Jurídicas, 2003, p. 276.

111 *Vid.* Cancio Meliá, "Aproximación a la teoría de la imputación objetiva", art. cit., pp. 152 y 153.

con que se cometió (un cuchillo en un homicidio, una palanca en caso de robo de vivienda, etc.).

5.7.2. Aspecto jurídico

Bajo esta perspectiva, el objeto material del delito es el derecho o bien jurídico que el legislador ha visto necesario proteger mediante la tipificación de la norma penal. En esa línea, Girón Palles precisa que los "bienes jurídicos son los 'valores ideales (inmateriales) de orden social sobre los que descansa la armonía, la paz social y la seguridad de la vida en sociedad'. Por ejemplo, la libertad, el patrimonio, la salud pública, el honor, etc. [...]. La importancia del bien jurídico constituye el desarrollo del principio de intervención mínima del Estado, el cual selecciona como bienes jurídicos los más relevantes para el derecho penal y que las otras ramas del derecho han fracasado en proteger"[112].

En otras palabras, el bien jurídico es ideal y el objeto material, real. Por ejemplo, en un hurto de dinero, el bien jurídico protegido es la posesión y el objeto material es el dinero; en el caso del homicidio, el bien jurídico es la vida y el objeto material es el cuerpo de la víctima.

5.8. Tipo y adecuación social

Como señala Villavicencio Terreros, la adecuación social fue formulada inicialmente por Welzel, quien "precisa que las conductas seleccionadas por los tipos tienen un carácter social y están referidos a la vida social, pero son 'precisamente inadecuados a la vida social ordenada'. Sin embargo, existen conductas que son socialmente adecuadas y, por ello, no constituyen acciones típicas"[113]. Ahora, el tipo no es una categoría formal simple, sino un proceso valorativo que implica una

112 Girón Palles, José Gustavo, *Teoría del delito*, 2.a ed., Guatemala: Instituto de la Defensa Pública Penal, 2013, p. 31.

113 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 345 y 346.

selección de comportamientos. "En algunos casos esas acciones seleccionadoras y halladas en el tipo van a carecer de relevancia social por ser muy comunes en la sociedad, 'aquellas acciones que se mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad, y que por tanto son socialmente adecuadas, no pueden encajar nunca en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo'"[114].

Hay ciertas conductas que típicamente son delitos pero que socialmente se consideran atípicos (por ejemplo, las lesiones en los deportes, lesiones corporales insignificantes, privaciones de libertad irrelevantes, etc.). Esta adecuación depende de la cultura de la sociedad. Una conducta típica socialmente permitida no se sanciona. MIR PUIG indica: "Tampoco cabe imputar la conducta cuando, pese a suponer un riesgo no despreciable, el mismo carece, por su utilidad social, de relevancia *típica* jurídico-penal"[115].

En ese orden de ideas, en la teoría de la adecuación social se reconocen dos aspectos con distinta trascendencia: el social y el jurídico. En el primero, los comportamientos son practicados por la mayoría de los ciudadanos. En el segundo, dichas conductas habituales socialmente entran en conflicto con las normas penales que las prohíben[116]. Sobre la evolución de esta teoría, VILLAVICENCIO TERREROS precisa:

> Welzel reconoce que las insuficientes distinciones entre adecuación social y las causales de justificación tuvieron un peso gravitante sobre la evolución y desarrollo de la teoría de la adecuación social, en un tiempo como causa de justificación, para luego, producto de las investigaciones de Hirsch, incorporarla como supuestos de atipicidad. Se le ha identifi-

114 *Ibid.*, p. 346.

115 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona: PPU, 1990, p. 234.

116 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 346 y 347.

cado también como causa de exculpación y como criterio interpretativo de los tipos penales cuya redacción es excesivamente amplia. También se ha considerado rechazar la adecuación social debido a sus imprecisiones, siendo peligrosa para la seguridad jurídica y superflua en relación con los métodos reconocidos de interpretación. La crítica que se dirige a la teoría de la adecuación social también considera que esta "tiende un puente a la ética social". [...] [L]a teoría de la adecuación social es un antecedente histórico-dogmático a la teoría de la imputación objetiva[117].

5.9. Teoría del tipo conglobante

La teoría del tipo conglobante fue propuesta por ZAFFARONI. Esta teoría cumple una función reductora y verifica la existencia de un conflicto, lo que implica un resultado lesivo objetivamente imputable al sujeto activo. "La lesividad se comprueba mediante la constatación de la afectación a un bien jurídico en forma significativa —ya sea por daño o por el peligro—; pero dicha afectación debe estar prohibida por la norma. La imputación se comprueba con la verificación de la dominabilidad objetiva del hecho —si el individuo actúa como autor— o si hizo un aporte causal significativo —si el individuo actúa como partícipe—"[118].

La tipicidad penal de una conducta se integra con la tipicidad legal y con la tipicidad conglobante. La tipicidad legal es la que surge a la luz de la mera consideración del tipo legal, que tiene origen en una norma prohibitiva, que halla expresión en él, como materialización de la voluntad del orden jurídico, que pretende tutelar con ello un bien jurídico. No obstante, la norma antepuesta al tipo que tomamos en consideración para determinar la tipicidad legal de una conducta no se halla aislada, sino que forma parte de un universo de normas dispuestas conforme a un cierto orden, que es el orden normativo[119].

---

117 *Ibid.*, p. 347.

118 *Loc. cit.*

119 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 486.

En línea con VILLAVICENCIO TERREROS, esta teoría presenta los siguientes supuestos de atipicidad: el cumplimiento de un deber jurídico; la aquiescencia, acuerdo y consentimiento del titular del bien jurídico; la realización de acciones fomentadas por el derecho; y, por último, la afectación insignificante del bien jurídico.

> *Primero*, el cumplimiento de un deber jurídico. Ejemplo: el policía que detiene al autor de un delito no comete privación ilegítima de libertad.
>
> *Segundo*, aquiescencia, acuerdo y consentimiento del titular del bien jurídico. Incluye el estudio de la aquiescencia: el acuerdo da lugar a la atipicidad, y el consentimiento da lugar a la justificación de la conducta.
>
> *Tercero*, la realización de acciones fomentadas por el derecho. Ejemplo: lesiones en la práctica de los deportes, intervenciones quirúrgicas con fin terapéutico.
>
> *Cuarto*, la afectación insignificante del bien jurídico. Aquí se desarrolla el principio de insignificancia. Ejemplo: el conductor de un vehículo de transporte colectivo que lleva al sujeto cien metros más adelante, haciendo caso omiso del aviso para bajar, no comete privación ilegítima de libertad; propinas a los servidores públicos con motivo de navidad; etc.
>
> Además, agrega el criterio de la imputación como pertenencia al agente basado en la dominabilidad del hecho por parte del autor y en la exigencia de aporte no banal del partícipe[120].

La aspiración ética del derecho no podría cumplirse si este normase conductas en forma contradictoria, porque nadie puede internalizar una conducta como prohibida y ordenada por la ley, por lo que, como se ha señalado, quedarían fuera de la prohibición las conductas que se realizan en cumplimiento de deberes jurídicos. Por otra parte, es indudable que el orden jurídico fomenta la realización de una cantidad de actividades, las que en modo alguno puede estar prohibiendo. Además, atendiendo al fin de seguridad jurídica que persigue el derecho y a que el derecho penal

120 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 347 y 348.

interviene con la pena solo cuando la seguridad jurídica se ve afectada de forma que considera intolerable, cabe suponer que las conductas que no afectan de manera intolerable a la seguridad jurídica quedan fuera de la prohibición con relevancia penal que la tipicidad penal implica. A todo ello se añade la obvia consideración de que las conductas con relevancia penal que tienen lugar al amparo de la seguridad jurídica no pueden ser prohibidas, por lo que quedan fuera del poder represivo del Estado, reservadas al ámbito de la disponibilidad personal[121].

Por último, Villavicencio Terreros sostiene que la teoría reafirmada por Zaffaroni "permite resolver los problemas de lesividad y de imputación objetiva, sin caer en planteos preventistas"[122].

> En su versión originaria operaba como correctivo de la tipicidad objetiva y subjetiva. Sus postulados deben ser transferidos en buena parte a la atipicidad objetiva para resolver los problemas de reducción de la prohibición en forma previa a la tipicidad subjetiva, porque, sin el cumplimiento de los presupuestos imputativos objetivos, la pregunta por cualquier otra ulterioridad carecería de sentido. Es correcto que este cambio de ubicación —y, por ende, de momento de análisis— determina que los errores sobre las circunstancias de la tipicidad conglobante son normalmente de prohibición y solo excepcionalmente de tipo, con lo cual esta construcción no pierde significado práctico, pues su objeto es resolver problemas de lesividad e imputación, siendo indiferente que no altere mayormente la teoría del error[123].

Por tanto, consideramos que "la teoría de la tipicidad conglobante es un interesante esfuerzo por dar respuesta a diversos problemas penales que ahora se asimilan a la imputación objetiva"[124].

---

121 Zaffaroni, Eugenio Raúl, ob. cit., pp. 486 y 487.

122 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 349.

123 *Loc. cit.*

124 *Loc. cit.*

5.10. Obrar por disposición de la ley

El inc. 8 del art. 20 del CP[125] regula el obrar por disposición de la ley como una eximente de responsabilidad penal. Esta eximente se deduce del principio constitucional consagrado en el inciso a) del art. 2.24 de la Const. Pol., que prescribe que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", así como del principio de legalidad, regulado en el literal d) del art. 2.24 de la Carta Magna, que señala: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Cabe señalar que este último principio también está normado en el art. II del título preliminar del CP, que prescribe 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".

Cuando la ley ordena realizar un acto crea un deber; si la persona cumple este, pese a realizar un acto típico —es decir, una acción lesiva para un bien jurídico—, no puede ser objeto de reproche penal porque se trataría de una conducta lícita. El obrar por disposición de la ley o por mandato de la ley consiste en la acción lesiva de bienes jurídicos fundamentales que realiza la persona de manera justificada al actuar en cumplimiento de un deber establecido en la ley.

125 Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal
[...]
8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo [...].

En el derecho penal peruano, la posición mayoritaria considera al obrar por disposición de la ley como una causa de justificación[126], y un sector minoritario como una causa de atipicidad[127].

El obrar por disposición de la ley debe ser considerado como causa de atipicidad, pues el actuar bajo el amparo de la ley implica que es jurídicamente correcto, adecuado y obligatorio, motivo por el cual el comportamiento nunca podrá ser típico, mucho menos antijurídico. Toda ley que ordena o admite la lesión o amenaza de un bien jurídico protegido por el derecho, excluye, por sí misma, el carácter delictuoso del acto que en su nombre se realizó; razón por la cual nos encontraríamos ante un acto atípico.

Para que el obrar por disposición de la ley sea considerada una causa de atipicidad, las acciones que se ejercitan en ese contexto han de hallarse atribuidas a la condición, cargo o autoridad por una norma de derecho. De tal suerte actúa el derecho por lo que suponer como antijurídicas tales acciones sería negar el derecho mismo. La legitimidad de estas acciones resulta del principio fundamental de la no contrariedad

126 Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 1997, p. 420; Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Derecho penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*, Lima: Rodhas, 2004, p. 269; Bramont Arias, Luis y Luis Alberto Bramont-Arias Torres, *Código Penal anotado*, 4.ª ed., Lima: San Marcos, 2001, pp. 193 y 194; Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 332; Nakazaki Servigón, César, "Obrar por disposición de la ley", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 774. Para Nakazaki Servigón, la técnica legislativa más adecuada sería la de regular la causa de justificación como el obrar en cumplimiento de un deber jurídico. "La diferencia que mantiene el legislador de 1991 entre obrar por disposición de la ley y el cumplimiento de un deber responde fundamentalmente a una tradición legislativa que se construyó a partir de una visión unidimensional del derecho o una visión positivista, largamente superada en la teoría general y en la filosofía del derecho, sobre las que actualmente se elabora el derecho penal" (p. 778).

127 Bramont-Arias Torres, "El tipo penal", art. cit., pp. 220 y 221.

del orden jurídico. De lo anteriormente señalado podemos concluir que las características del obrar por disposición de la ley son las siguientes:

a) *Realización de una conducta dañosa de bienes jurídicos.* Para que opere el obrar en cumplimiento de la ley es necesario que la ley ordene lesionar bienes jurídicos fundamentales como costo social asumido o tolerado a efectos de lograr alguno de los fines establecidos en la Constitución o en la ley infraconstitucional. Por ejemplo, el art. 159.5 de la Carta Magna señala que el Ministerio Público tiene como una de sus atribuciones el deber legal de lesionar el honor de una persona al ejercer la acción penal; o el art. 135 del nuevo CPP, que impone al juez penal el deber de privar de libertad ambulatoria al procesado[128].

b) *Existencia de un deber de fuente legal.* Esta característica significa que este deber debe ser estricto, es decir, el sujeto que está obligado a cumplir un deber jurídico no debe sobrepasar los límites que la ley señala. El cumplimiento de dicho deber debe de ceñirse a lo que la norma jurídica le imponga, de lo contrario incurriría en abuso por acto arbitrario[129]. Este supuesto exige necesariamente la existencia de un deber consagrado en la ley, es decir, tiene que ser jurídico y de ninguna manera moral, pues el agente debe cumplir una serie de exigencias, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo. La razón de ser de este elemento objetivo admite como fuente del deber de actuar a toda norma jurídica que pueda encuadrarse en la categoría de ley.

c) *Conocimiento de que la conducta dañosa realizada es objeto de un deber legal de actuar.* "El tipo permisivo de obrar por disposición de la ley presenta como elemento subjetivo el conocimiento de la situación eximente, esto es, de la realización de una conducta dañosa de bienes jurídicos que es objeto de un deber legal de ac-

128 Nakazaki Servigón, "Obrar por disposición de la ley", ob. cit., p. 780.

129 Cfr. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 339.

tuar. En caso de no existir este conocimiento y el sujeto realiza la acción queriendo producir un resultado dañoso, se imputará que tiene auténtico dolo y, aunque objetivamente su conducta responda a una situación eximente, se considerará que ha cometido tentativa inidónea"[130], que se da "cuando la ejecución delictiva dirigida por el autor no llega a consumarse por razones fácticas o jurídicas. Los *límites* de esta tentativa son precisados por el art. 17 del Código Penal y se presenta cuando la consumación del delito resulta imposible debido a 'la ineficacia del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto'"[131].

d) *La no realización de un acto arbitrario.* El acto arbitrario lo realiza un funcionario público cuando abusa de su potestad, es decir, del poder que se le asigna para cumplir los deberes de función. El funcionario público comete un acto arbitrario, porque el acto constituye una violación de la ley o, sin llegar a transgredirla, un abuso de sus funciones discrecionales. En este sentido pueden darse tres formas de acto arbitrario:

— Violación de la ley o inobservancia de la norma.

— Incompetencia relativa, es decir, exceso en los límites de la competencia.

— Abuso de poderes discrecionales[132].

5.11. Obrar en cumplimiento de un deber

El obrar en ejercicio de un deber es una eximente de responsabilidad penal prevista en el art. 20.8 del CP. Consiste en declarar con ajuste a derecho la realización de una conducta típica llevada a cabo por el agente

130 *Vid.* Díez Ripollés, José Luis, "La categoría de la antijuricidad en derecho penal", en Luzón Peña, Diego y Santiago Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Navarra: Aranzadi, 1995, p. 39.

131 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 449 y 450.

132 Nakazaki Servigón, "Obrar por disposición de la ley", ob. cit., p. 781.

en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico. De ese modo, si dicho ordenamiento, en cualquiera de sus sectores, establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes[133].

Cuando un sujeto, en el cumplimiento de su deber, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos, resulta indiscutible que estos no pueden dar lugar a la antijuridicidad, pues el sujeto adecúa su comportamiento en el sentido ordenado por la norma.

Para determinar los casos en que una persona actúa en cumplimiento de un deber, es necesario remitirnos a la norma jurídica rectora de dicho acto, así, al actuar un policía, un médico, un militar, un servidor público u otro sujeto, es necesario revisar la legislación jurídica que los rige, a fin de establecer si su comportamiento se adecúa o no a derecho. El contenido de una disposición administrativa no puede justificar abusos de poder, arbitrariedades u otros actos similares; sin embargo, actos de tales características se presentan con cierta frecuencia, pues la ley administrativa en ocasiones deja grandes lagunas o amplios espacios de discrecionalidad para la autoridad, los cuales abren la puerta a la arbitrariedad, por ejemplo: el uso de la violencia por parte de los miembros de la policía, la cual, en infinidad de ocasiones, provoca lesiones e incluso la muerte del que la padece. Lo grave y delicado de hechos de tales características lleva a la doctrina y a la jurisprudencia a señalar límites, con la idea de evitar todo exceso o desviación de poder. Dichos límites derivan de la necesidad del uso de la violencia y su adecuación proporcional al hecho[134].

133 Salinas Siccha, Ramiro, "Obrar en cumplimiento de un deber", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 783.

134 Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 151.

Mayoritariamente, la ciencia penal peruana sostiene que el obrar en ejercicio de un deber es una causa de justificación[135]; sin embargo, Velásquez Velásquez sostiene que la naturaleza jurídica del obrar en cumplimiento de un deber es mixta: puede operar como causal de atipicidad o de justificación. Esta última posición no tiene mayor consistencia, pues, si se llega a determinar que la conducta analizada es atípica, sería irrelevante penalmente y, por lo tanto, no sería posible o, dicho en otras palabras, sería ocioso evaluar si está amparada por alguna causa de justificación[136].

Por su parte, Villavicencio Terreros define esta eximente:

> Es un supuesto de ausencia de imputación objetiva (atipicidad), pues, "cuando haya una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara" [...]. En estos casos se presentaría una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar. Consideramos que el resultado que genera una conducta amparada por el cumplimiento de deberes no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma. Ejemplo: el policía tiene la obligación de detener, en consecuencia, la limitación a la libertad que realiza, queda fuera de la esfera de protección de la norma en el tipo penal de secuestro[137].

Consideramos que esta eximente debe ser entendida como una causa de atipicidad, pues el actuar en este tipo de circunstancia (ordenada por la ley) implica el realizar un acto jurídicamente correcto, adecuado y obligatorio; motivo por el cual el comportamiento nunca podrá ser típico, mucho menos antijurídico.

---

135 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, p. 573; Bramont Arias y Bramont-Arias Torres, *Código Penal anotado*, ob. cit., p. 194 y ss.; Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 333.

136 Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 2002, p. 347.

137 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 335 y 336.

En tal sentido, el fundamento de esta eximente "radica en el principio del interés preponderante, lo cual se explica porque el ordenamiento jurídico impone, en ciertos casos y a determinadas personas, el deber de realizar conductas tipificadas en la ley que afectan bienes jurídicamente protegidos; pero al mismo tiempo esa normatividad manda a tales personas a realizar conductas que atentan contra bienes jurídicos, por un lado, y, por otro, las castiga si las realizan; de allí que deba preponderar uno de los mandatos, resolviéndose tal contradicción a favor de la licitud del comportamiento"[138].

Respecto al conflicto de deberes iguales, basta con que el agente dé cumplimiento a uno de ellos para que su conducta sea lícita: por ejemplo, el médico que solo salva a uno de los tres heridos graves por no disponer del instrumental necesario ni dotación suficiente. Aquí, se precisa que el médico con la sola intervención de uno de los heridos, omitiendo intervenir al resto, está cumpliendo con su deber, por ende, su conducta aparece justificada frente al resto de heridos que por su omisión dejaron de existir. Cuestión diferente se produce cuando el médico obliga por cualquier medio al paciente que es testigo de Jehová a realizarse una transfusión de sangre contra su creencia. Aquí, si bien se ha realizado una acción en cumplimiento de un deber jurídico superior o igual al omitir la acción prohibida, no opera la eximente, pues tal actuación contraviene la norma constitucional que ampara la libertad de conciencia (art. 2.3 de la Const. Pol.); además, actuar de ese modo constituiría una afectación a la dignidad de la persona (art. 1 de la Const. Pol.)[139], en este caso del paciente.

Los requisitos del obrar en ejercicio de un deber son los siguientes:

---

138 Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 348.

139 Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

a) *Existencia de un deber legal.* Previo a la realización del comportamiento típico, debe existir necesariamente un deber impuesto en la ley. En este sentido, Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, señala que si el ordenamiento jurídico (en cualquiera de sus sectores) establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes; por lo expuesto, nos encontraríamos frente a una causa de atipicidad[140].

b) *El deber cumplido debe tener mayor rango o igual al infringido (aparente colisión de deberes).* Villavicencio Terreros señala que hay colisión de deberes cuando dos (o más) coinciden de tal manera que no es posible cumplir uno de ellos sin lesionar al otro o a los otros. "Por ejemplo, el médico de la emergencia de un centro hospitalario que recibe a tres heridos graves que requieren intervenciones quirúrgicas de urgencia y necesariamente tiene que elegir a uno solo para la intervención, tiempo en el que los otros pueden morir. Se precisa que, en este caso, el médico con la sola intervención está cumpliendo con su deber, por ende, su conducta resultaría atípica"[141].

c) *Necesidad de ejecutar la conducta típica, actuar con la finalidad de cumplir un deber jurídico.* "El agente en el caso concreto no tiene otra alternativa a la de ejecutar un comportamiento típico en el caso concreto en cumplimiento de su deber. Si llega a determinarse que el agente tuvo la posibilidad de cumplir con su

---

140 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Luis Arroyo Zapatero; Juan C. Ferré Olivé; José Serrano Piedecasas y Nicolás García Rivas, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona: Praxis, 1996, p. 236.

141 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 338.

deber de forma diferente a la de ocasionar la conducta típica, la eximente no opera"[142].

d) Actuar con la finalidad de cumplir un deber jurídico. El presente requisito es de carácter subjetivo. El agente debe conocer que actúa en cumplimiento de un deber impuesto por la ley. Si llega a determinarse que actuó movido o guiado por otros fines, la eximente no aparece, por ejemplo, no es posible la eximente cuando el agente penetra en un domicilio y detiene al delincuente en flagrante delito debido a que el agraviado le ha ofrecido pagarle. Por el contrario, cuando el particular retiene a su vecino poniéndolo a disposición de la autoridad después de haberle sorprendido en flagrante delito contra su patrimonio, actúa en ejercicio de la figura jurídica en comentario; a si, al momento de hacerlo, haya sentido odio, ánimo de venganza o satisfaga viejos rencores[143].

5.12. Consentimiento voluntario de la víctima

El consentimiento voluntario de la víctima es una figura que se encuentra regulada en el art. 20.10 del CP como una causa de exención de responsabilidad penal.

El consentimiento surge cuando el sujeto activo realiza una conducta típica autorizada expresa o tácitamente por el titular de un bien jurídico de libre disposición —sujeto pasivo—. En estos casos la norma cede, como consecuencia de la renuncia del titular del bien jurídico amenazado, a la protección jurídica. Esto se debe a que el derecho penal, al momento de brindar protección a los bienes jurídicos, tiene en cuenta la autonomía del individuo para determinar si se ha producido o no la lesión de un derecho.

142 Salinas Siccha, "Obrar en cumplimiento de un deber", art. cit., p. 787.

143 *Loc. cit.*

La lesión de un bien jurídico supone el daño o puesta en peligro del objeto del delito (por ejemplo: bien mueble o inmueble, en caso de daños a la propiedad; o cuerpo humano, cuando se comete lesiones) y la restricción de la voluntad del titular de disponer o conservar dicho bien en el objeto del delito.

Para Hurtado Pozo, el consentimiento comprende la exclusión de la tipicidad:

> [S]i el dominio del titular sobre el bien jurídico no es violado, la agresión no es penalmente relevante. Esto significa que el acto no es típico porque la lesión o la puesta en peligro del mismo (y no del objeto material del delito) no adquiere la relevancia penal de la lesión o del peligro considerado en el tipo legal, por no afectar el dominio de quien lo ejerce. Por ejemplo, cuando el propietario de un bien (mueble o inmueble) consiente que este sea dañado o destruido no se realiza el tipo legal de daños (art. 205 del CP) porque el bien jurídico patrimonio, a pesar de que el objeto haya sido destruido, no ha sido atacado. La destrucción de la cosa, consentida por el propietario, constituye una manifestación del libre ejercicio de su capacidad de disposición. El objeto de disposición y la facultad de disponer libremente de él constituyen aspectos en simbiosis del bien jurídico[144].

En casos cotidianos como el corte de pelo por el peluquero, la puesta de una inyección por un enfermero y la poda de plantas por un jardinero, el consentimiento del titular de los bienes integridad corporal, salud y patrimonio, respectivamente, hace desaparecer tanto el valor negativo del resultado como de la acción. Así, el agente no actúa con la intención de ocasionar un resultado perjudicial. Mediante su obrar satisface una manifestación de la personalidad del interesado"[145]. Admitir el criterio opuesto implicaría aceptar una concepción paternalista excesiva que

144 Rudolphi, citado por Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 489 y 490.

145 *Loc. cit.*

haría del Estado el árbitro supremo de lo que conviene a la persona aun en contra de ella misma.

Dos cuestiones fundamentales delimitan el problema que se plantea en torno al consentimiento del titular del bien jurídico en el derecho penal. En primer lugar, este va referido siempre a la conducta "de otro" distinto del titular del bien jurídico que consiente; y, en segundo lugar, como elemento intrínseco, el que emite el consentimiento debe tener "poder" para consentir. Sin embargo, esta potestad puede faltar por dos circunstancias distintas, bien porque la conformidad se refiera a una clase de actos respecto de los cuales a los ciudadanos en general el ordenamiento jurídico no les reconoce la facultad de disponer, o bien porque el titular concreto del bien carezca de las capacidades que dicho ordenamiento exige para poder disponer de él"[146].

En el consentimiento no se da un problema de abandono de interés en la defensa del bien jurídico, sino que, al contrario, lo que ocurre es que el individuo ejercita su interés consintiendo determinadas acciones que, objetivamente, han sido consideradas dañosas.

En la doctrina nacional no existe uniformidad respecto a la teoría que se sigue respecto a la naturaleza jurídica del consentimiento. En la doctrina extranjera "existe un posicionamiento bastante equilibrado entre la *tesis dualista o de diferenciación* (que es la tradicional) y *la unitaria, monista o de la unificación*. Es decir, entre quienes afirman que el consentimiento eficaz puede ser, según los casos, *causa de atipicidad o de justificación*, y quienes entienden que solo puede ser *causa de atipicidad*"[147]. La atipicidad se correspondería con los denominados casos de "acuerdo" o

146 León Alva, Percy, "El consentimiento como eximente de responsabilidad penal", en *Actualidad Jurídica*, n.° 142, Lima: septiembre del 2005, p. 73.

147 De Vicente Remesal, Javier, "Consentimiento y acuerdo. ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad?", en Mir Puig, Santiago y Diego-Manuel Luzón Peña (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid: Mc Graw-Hill, 1999, p. 118.

"conformidad", y la justificación con los de "consentimiento" en sentido estricto. Por su parte, y en sentido opuesto, para la teoría unitaria no tendría relevancia tal diferenciación y se centraría exclusivamente en el consentimiento[148].

Al respecto, VILLAVICENCIO TERREROS sostiene lo siguiente:

> La doctrina mayoritaria ha identificado en el consentimiento una doble eficacia: el consentimiento como *excluyente de la antijuricidad* (*Einwilligung*) y como *excluyente de tipicidad* (*Einverständnis*). Al primero, denominado *consentimiento* propiamente dicho, se eliminaría la antijuricidad en los casos "que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento". El consentimiento sería en este caso una causa de justificación. Ejemplo: el que daña, destruye o inutiliza una cosa con el consentimiento de su propietario (daños, artículo 205 del Código Penal). Al segundo, denominado *acuerdo*, la exclusión de la tipicidad se daría en los casos en los que el tipo legal presupone obrar contra o sin la voluntad del afectado. Para estos supuestos bastaría solo la capacidad natural para consentir. Ejemplo: la violación de domicilio (artículo 159 del Código Penal: "El que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla")[149].

El *acuerdo* (*Einverständnis*) excluye la tipicidad de la conducta en los casos en los que el tipo legal respectivo presupone un obrar contra o sin la voluntad del afectado. Así, JESCHECK y WEIGEND señalan que el acuerdo se refiere a aquellos casos en los que, si el afectado está de acuerdo, la acción punible se convierte en un proceso normal en el marco del orden social dado[150]. Por su parte, MIR PUIG refiriéndose a estos supuestos

148 Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, "El consentimiento", en CASTILLO ALVA, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 820.

149 *Vid.* VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 340 y 341.

150 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de la 5.ª ed. alemana (1996), por Miguel Olmedo Cardenete,

considera que, "en estos casos, faltando la oposición del sujeto pasivo, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta"; ejemplo, no concurre el delito de violación de domicilio si el morador "acepta" en su casa al extraño[151].

Dentro de este grupo de supuestos también puede incluirse aquellos tipos que no parecen exclusivamente atacar la voluntad ajena, como los delitos contra la propiedad. Así, cuando alguien toma una cosa de otro 'con su consentimiento' falta ya el concepto mismo de hurto o robo.

El *consentimiento* (*Einwilligung*) elimina la antijuricidad en los casos de un bien jurídico del que puede disponer su titular. No se acepta en el caso de los delitos contra la colectividad[152].

Debe analizarse la distinción que se hace, en doctrina, entre el consentimiento y el acuerdo. Según el criterio dominante, este último excluye la tipicidad y es de aplicación en los supuestos en los que el tipo legal prevé la realización de una acción contra la voluntad de la víctima. En este caso, la voluntad sería de "orden natural" y no la que se requiere para que se dé el consentimiento. Por ejemplo, el hurto implica ruptura de la posesión, es decir, sustracción del bien mueble ajeno contra la voluntad del propietario. Si este es un niño de siete años de edad con discernimiento, regala uno de sus bienes muebles o autoriza a un tercero que se lo apropie, no se realiza el tipo legal previsto en el art. 185 del CP (hurto simple). La violación de domicilio supone que el agente penetre o permanezca en casa ajena sin derecho, sin autorización del titular. Todos estos actos, debido al acuerdo del titular del bien jurídico, no son conformes a los tipos legales correspondientes porque el bien no ha

Granada: Comares, 2002, p. 399.

151 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría del delito*, 2.ª ed., Barcelona: PPU, 1985, p. 498.

152 Villavicencio Terreros, Felipe, *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2001, p. 132.

sido perjudicado. Debido a que el titular está de acuerdo con la acción, esta se convierte en "un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado"[153].

Por el contrario, conforme a la concepción mayoritaria, el consentimiento concierne a los casos en los que el acuerdo del titular del bien jurídico no es un elemento del tipo legal y solo sería una causa de justificación, si se dan todas las condiciones exigidas para que la manifestación de voluntad sea válida. Este criterio supone que el acto realizado es conforme al tipo legal: el agente inutiliza o destruye el bien mueble o inmueble (art. 205 del CP) o lesiona a una persona (art. 121 del CP). El carácter ilícito de estos comportamientos es excluido por el consentimiento del interesado. De modo que obrar con la conformidad del afectado no constituye en este caso un proceso normal de la vida social, sino que se trata de un daño que, a pesar de ser bastante doloroso, el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportar por cualquier razón[154].

Teniendo en cuenta las imprecisiones en la delimitación entre los casos de "acuerdo" y "consentimiento", en los últimos años se ha venido desarrollando la tendencia que considera la totalidad de los supuestos en los que concurre la voluntad del titular del bien jurídico como excluyentes de la propia tipicidad de la conducta. Esto ha dado lugar a la denominada "teoría unitaria" de la función del consentimiento[155].

La eficacia del consentimiento dependerá del cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) *Disponibilidad del bien jurídico.* Un criterio comúnmente aceptado es el que hace un distingo entre los bienes jurídicos dispo-

153 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 490 y 491.

154 *Loc. cit.*

155 León Alva, Percy, "El consentimiento como eximente de responsabilidad penal", art. cit., p. 75.

nibles y los no disponibles por parte del individuo, para llegar a la conclusión de que el consentimiento es eficaz en las normas protectoras de los primeros, en tanto que el delito queda subsistente en los que contemplan los segundos. Se parte de la base de que en el primer supuesto la ley tutela solamente el interés particular o privado, en tanto que en el segundo garantiza, además y fundamentalmente, un interés público o común. Es esta, en términos generales, la posición adoptada por MEZGER, para quien el consentimiento supone el abandono válido real o presunto de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico[156].

La discusión es intensa respecto a los tipos legales que protegen la vida. El punto de partida de la regulación de las infracciones contra esta es la ineficacia del consentimiento de la víctima. Circunstancia que explica que se reprima al que, por piedad, mata a un enfermo incurable que solicita de manera expresa y consciente que se ponga fin a sus dolores intolerables (homicidio a petición, tipificado en el art. 112 del CP). Esta solución se comprende si se considera, interpretando de un modo restrictivo la Constitución, que el derecho a la vida es tan importante que debe ser protegido aun contra el propio interesado[157].

b) *Capacidad para consentir.* Para que el consentimiento sea eficaz, quien lo exprese debe ser una persona capaz. Quien consciente debe ser enteramente *legitimado para disponer del bien* y obrar con capacidad de entendimiento y de discreción. Tal capacidad para disponer no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero, igual que esta, exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.

156 MEZGER, citado por Carlos FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal. Introducción y parte general*, 16.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 250.

157 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 495.

El titular del bien jurídico debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de esta. "Si en los menores de edad o enfermos mentales falta la capacidad natural de raciocinio, entonces es el representante legal encargado de su cuidado quien tiene el derecho y, en su caso, el deber de prestar el consentimiento"[158].

c) *Manifestación del consentimiento.* La voluntad de autorizar la intervención del sujeto activo de la acción perjudicial debe ser exteriorizada por cualquier medio o mediante actos concluyentes. En la primera hipótesis, el titular puede hacerlo oralmente o por escrito. En ciertos casos, es indispensable por mandato legal que el consentimiento sea manifestado con una formalidad determinada. Por ejemplo, en las circunstancias de trasplantes de órganos, el donante debe consentir expresamente la extracción del órgano que será trasplantado en otra persona (art. 10.4 de la Ley N.º 28189).

   Respecto a la segunda hipótesis —manifestación del consentimiento mediante actos concluyentes—, por ejemplo, manifiesta de manera tácita su consentimiento quien tome asiento en un vehículo sabiendo que será conducido por un conductor ebrio. De esta manera, acepta mediante su proceder concluyente correr el riesgo de sufrir un perjuicio en su integridad corporal.

Por otro lado, sobre el consentimiento es presunto en los casos en los que el titular del bien jurídico o, en su caso, su representante legal no puede manifestar expresamente su consentimiento, porque está ausente o inconsciente[159], pero sería seguro que lo daría si pudiera. Este tipo de consentimiento no es expreso, pues, como vemos, el titular del bien jurídico se encuentra imposibilitado de emitirlo o no es posible recabárselo.

---

158 *Vid.* Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 410.

159 Villavicencio Terreros, Felipe, *Código Penal comentado*, ob. cit., p. 345.

Ante estos supuestos, la acción es ejecutada por el autor bajo la presunción de que, de haber conocido el titular la situación y haber podido prestar su consentimiento, este hubiera consentido en su realización. "Desde una valoración objetiva *ex ante* de todas las circunstancias, la prestación del consentimiento por parte del interesado habría tenido lugar con toda seguridad"[160]. Por ejemplo: en el internamiento hospitalario de una persona inconsciente gravemente herida, puede llevarse a cabo una intervención inmediata sin el consentimiento del paciente por motivos sanitarios siempre que pudo aceptarse que él mismo habría consentido de conocer tales circunstancias; en el aborto terapéutico, es suficiente el consentimiento presunto de la mujer embarazada cuando, por ejemplo, a causa de su inconsciencia aquel no puede ser recabado.

160 JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 414.

LECCIÓN 7
TIPICIDAD SUBJETIVA

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día no se admite responsabilidad alguna por el mero resultado, dada su incompatibilidad manifiesta con un derecho penal de la culpabilidad, que es propio de un Estado constitucional y democrático de derecho[1]. En ese sentido, nuestro Código Penal, en el art. VII de su título preliminar, es claro en señalar que "la pena requiere de la responsabilidad penal del autor" y que "queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva". Esto se conoce como el principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva.

Castillo Alva señala:

> El principio de responsabilidad subjetiva se caracteriza por exigir que la responsabilidad penal se erija entre las consecuencias efectivamente queridas por el sujeto [dolosas] o por los resultados al menos previsibles que importen la infracción del deber objetivo de cuidado [culpa]. Los hechos o resultados perjudiciales [muertes, lesiones, incendios, daños, etc.] que no sean intencionales o que no se vinculen a la previsibilidad de un hombre medio no pueden legitimar una intervención por parte del Estado en los derechos de los ciudadanos [vida, libertad, patrimonio, etc.]. Las consecuencias no queridas, las que son frutos del azar y

1 Alcócer Povis, Eduardo, *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Jurista Editores, 2018, p. 135.

se encuentran fuera del ámbito de protección de la norma, carecen de idoneidad jurídica para fundar un juicio de reproche y la imposición de una pena[2].

El principio de culpabilidad constituye un verdadero límite al poder punitivo del Estado. Este principio impone que "el derecho penal solo puede injerir sobre la esfera individual de la persona mediante una pena como reacción frente al dolo o a la culpa, mas no así ante cualquier otra manifestación del conocimiento. El principio de culpabilidad funda de este modo una 'regla de oro' consistente en que solo el conocimiento que admite graduación puede ser castigado con una pena también graduable"[3].

Antes de fijar la imputación subjetiva es necesario comprobar la realización del tipo objetivo. De ese modo, luego de haber atribuido objetivamente un hecho a su autor o partícipe, el intérprete debe determinar, en esencia, si el actuar del sujeto fue doloso o culposo.

2. TIPO DOLOSO

El dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo. Cuenta con dos elementos: el *cognoscitivo* (referido a la conciencia y *conocimiento* de los elementos objetivos del tipo —elementos normativos y descriptivos—) y el *volitivo* (referido a la *voluntad* del agente de desarrollar la conducta, de realizar los elementos objetivos del tipo de los que tiene conocimiento).

Con la teoría de la *voluntad* se entiende que la esencia del dolo es, conforme a su denominación, el querer la realización del hecho. Esta

2 Castillo Alva, José Luis, *Principios del derecho penal*, p. 489, citado por Elky Villegas Paiva, *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 16. Recuperado de <https://bit.ly/2Zp2hd4>.

3 Caro Jhon, José Antonio, "Imputación subjetiva", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.° 7, Lima: 2006, p. 237.

concepción de dolo se resume en un conocer y querer la realización del tipo. La doctrina moderna, aunque minoritaria, ha renunciado a la exigencia del elemento volitivo como característica del dolo, pues, indudablemente, tal elemento conduce a soluciones poco satisfactorias. Así, cuando un secuestrador que adhiere al pecho de su víctima un explosivo, que detonará al menor movimiento, según la tesis del dolo volitivo, habrá actuado "culposamente" si se produce la explosión producto de algún movimiento realizado por el secuestrado[4]. Exigir como criterio determinante del delito un elemento volitivo conduce a tener que afirmar una comisión imprudente en supuestos más que dudosos[5].

La *conciencia* es el conocimiento de estar realizando el tipo objetivo. Esta debe ser actual, es decir, el autor debe ser consciente de estar realizando el respectivo tipo objetivo en el mismo momento en que realiza el hecho. En el dolo, el sujeto se representa "como posible el resultado que podría acaecer" (teoría de la representación) o actúa con "conciencia de estar creando un riesgo elevado de realización del tipo penal" (teoría de la probabilidad)[6].

Lo mencionado ha sido objeto de crítica: se ha dicho que lo problemático reside en determinar el grado de conocimiento para la configuración del tipo doloso. Se afirma que seguir esta postura podría llevar a injustas consecuencias, pues se favorecería a los descuidados (a quienes se les considerará que actuaron culposamente) y perjudicaría a los escrupulosos (quienes habrían actuado con dolo)[7].

A pesar de las críticas, se puede afirmar que en el plano subjetivo "el centro del reproche se encuentra en el conocimiento de la generación de

4 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 136.

5 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Atribuciones normativistas en derecho penal*, Lima: Grijley, 2004, p. 48.

6 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 139.

7 *Vid.* García Cavero, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2008, p. 401.

los riesgos prohibidos"[8]. Y es que el dolo debe implicar "la realización de los hechos constitutivos de la infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción"[9]. De esta manera, el dolo se caracterizará por el "conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un tipo jurídicamente desaprobado"[10].

La determinación del conocimiento no debe realizarse desde una perspectiva interna o psicológica, sino "desde afuera"[11]. En esta línea, desde el plano de la imputación subjetiva, para hallar el contenido del conocimiento que configura el dolo no se buscará interpretar o verificar la conciencia del agente al momento de su acción, sino que se realizará una atribución de un sentido o significado penalmente relevante: el conocimiento concreto que el actuante debía tener en el contexto social de su acción[12]. Al respecto, García Cavero señala que una "comprensión normativa del dolo debe llevar a la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata ni se verifica, sino que se imputa. Dicho conocimiento adquiere así una configuración distinta, en la medida que deja de ser un fenómeno psicológico ocurrido en la cabeza del autor durante la realización del delito y se convierte en una imputación de conocimiento con criterios normativos"[13].

En efecto, el conocimiento no debe ser entendido como el indagar sobre un hipotético "conocimiento psíquico"[14], pues ello es imposible

8 García Cavero, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 405 y 406.

9 Reaño Peschiera, José L., *Tres estudios de dogmática penal*, Lima: Jurista Editores, 2010, p. 79.

10 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara Editores, 2004, p. 307.

11 García Cavero, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 408.

12 Cfr. Caro John, "Imputación subjetiva", art., cit., p. 288.

13 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Grijley, 2007, p. 485.

14 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Atribuciones normativistas en derecho penal*,

de averiguarse, sino que debe ser *atribuido*. En este orden de ideas, desde una posición funcional, Alcócer Povis considera que existen criterios normativos que ayudarán a determinar el conocimiento. En primer lugar, debe verificarse si, en el contexto de la situación típica, el agente tenía la capacidad o no de evitar la realización del resultado lesivo. De esta forma, lo imprevisible resulta ser un hecho irrelevante para el derecho penal. Por ejemplo, alguien que maneja a alta velocidad por una zona escolar a las 8:00 a. m. habría podido evitar el atropellamiento si hubiera desacelerado: actuó con dolo. Por el contrario, no podrá evitar el atropellamiento quien venía conduciendo normalmente y la víctima de manera intempestiva se cruza en el trayecto del auto. Este último caso es irrelevante para el derecho penal[15].

En segundo lugar, estaremos ante un hecho doloso cuando la persona, según las circunstancias, haya actuado con conocimiento de la gran potencialidad lesiva de su comportamiento. En otras palabras, siguiendo las pautas de la imputación objetiva, actuará con dolo quien —a partir de los datos externos[16]— conoce el peligro concreto o inminente de la realización del resultado[17].

De acuerdo con la teoría cognitiva del dolo, este "se circunscribirá solo al conocimiento inminente o concreto de naturaleza típica a fin de que pueda imputársele —subjetivamente— el resultado"[18]. Actuará de forma dolosa el agente que prevé un peligro concreto de lesión de un bien jurídico y, no obstante ello, ejecuta la acción peligrosa.

---

ob. cit., p. 69.

15 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 141 y 142.

16 Cfr. Hruschka, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Navarra: Aranzadi, p. 151.

17 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 142.

18 Alcócer Povis, Eduardo, "El principio de imputación necesaria. Aproximación al tema desde una perspectiva penal", en *Alcócer & Abogados*, p. 10, nota 27. Recuperado de <https://bit.ly/2MyUnep>.

En tercer lugar, para atribuir o imputar el conocimiento a una persona deberá tomarse en cuenta la posición jurídica que ocupa en el concreto contexto de interacción en el que desarrolla su comportamiento, lo que en doctrina se ha denominado como los "conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado"[19]. En otras palabras, no se trata de exigir al sujeto el conocimiento de todos los deberes vinculados con el cumplimiento de su rol[20], sino solamente de aquellos que son fundamentales en la configuración de su posición jurídica. Por ejemplo, no resulta atendible que un médico alegue desconocimiento del carácter letal del arsénico luego de haber suministrado tal sustancia a la víctima[21].

Debemos distinguir el *dolo* del *móvil*, en algunos casos pueden coincidir, pero casi siempre el segundo es irrelevante para el derecho penal, ya que se refiere a la finalidad —lo que se quiere obtener, el provecho— con que se actuó y no a la determinación con que se realizó la acción propiamente dicha.

El dolo es regulado por el art. 12 del CP, que señala que la ley se aplica siempre al agente de infracción dolosa. Por ello, en diversos tipos se utilizan términos como "intencional" o "a sabiendas".

2.1. Clases de dolo

La doctrina reconoce tres tipos de dolo: dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual. Estos no están recogidos en el Código Penal, que solo diferencia entre dolo e imprudencia (culpa).

---

19 Reaño Peschiera, *Tres estudios de dogmática penal*, ob. cit., p. 80.

20 El rol no es otra cosa que la esfera de organización del propio sujeto, esto es, el espacio en donde dicho individuo goza de libertad organizativa, lo cual se halla en sintonía con los principios propios del Estado liberal. A su vez, dicha libertad de organización llevará de la mano la responsabilidad por organización, en virtud de la solidaridad intersubjetiva impuesta por los principios del Estado social.

21 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 143.

2.1.1. Dolo directo

Este tipo de dolo también es denominado *inmediato o de primer grado*. Habrá dolo directo cuando un sujeto "se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, el hecho constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción de sus resultados esperados. Ejemplo: Juan decide matar a Diego por envidia, llega a la puerta de su casa, lo espera, lo ve y le dispara en el corazón"[22].

En el dolo directo, el autor quiere un resultado que la ley precisamente pretende evitar. Existe coincidencia entre lo que quiere y lo que hace. En este tipo de dolo predomina el propósito o voluntad del agente (elemento volitivo).

2.1.2. Dolo de consecuencias necesarias

El dolo de consecuencias necesarias también es denominado *indirecto, mediato* o *directo de segundo grado*. Aquí el agente "se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica. Ejemplo: Roberto quiere dar muerte a Pedro, le pone una bomba en el auto, la misma que explota y producto de ello mueren [no solo Pedro, sino también] su esposa y los hijos menores de Pedro. La finalidad no es matar a la familia, pero es necesario"[23]. Para la consecución de un objetivo primario, era imprescindible llevar a cabo una acción que desemboque en un objetivo secundario, necesario únicamente para la producción del primero.

---

22 Peña Gonzales, Óscar y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima: APECC, 2010, pp. 164 y 165. Recuperado de <https://bit.ly/2XC5HZ9>.

23 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 165.

El sujeto "conoce que realizar un hecho inevitablemente producirá una consecuencia adicional relacionada al resultado que busca. [...] [R]esponderá, entonces, por las consecuencias necesarias y adicionales generadas por su conducta"[24]. Otros ejemplos: cuando un asaltante dispara al cajero para apoderarse del dinero de un banco probablemente no desea la muerte de este, incluso preferiría no hacerlo, pero no tiene otro camino para apoderarse del dinero. A quiere matar a B que está en un ferrocarril y lo descarrila moviendo las agujas de la línea férrea, A tiene dolo directo de matar a B y dolo indirecto respecto a todos los demás pasajeros del tren. En esta clase de dolo predomina el elemento intelectual (elemento cognitivo, el conocimiento).

2.1.3. Dolo eventual

Hay dolo eventual, también denominado *condicionado*, cuando el autor "se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad"[25]. Por ejemplo: si Pedro dispara a la manzana que Juan tiene sobre la cabeza y en vez de acertar a la manzana hiere o mata a Juan, habrá actuado con dolo eventual.

Este tipo de dolo se da cuando el sujeto no quiere producir un resultado, pero se lo representa como de "probable producción y, aunque no quiere realizarlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado, pero cuenta con él, admitiendo su producción, acepta el riesgo, no le importa lo que pase"[26], etc. Por ejemplo: el

---

24 Alegría Hidalgo, Juan, *Derecho penal. Parte general. Texto para la docencia del derecho*, Cajamarca: Universidad Alas Peruanas, 2007, p. 140. Recuperado de <https://bit.ly/2MzRXfy>.

25 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 165.

26 Muñoz González, Covadonga, *Dolo eventual e imprudencia consciente*, p. 5. Recuperado de <https://bit.ly/2Zyk95y>.

corredor de automóviles que, por no perder la competencia, no se detiene y arrolla a un peatón que cruza la pista es responsable por la muerte de este. Otro ejemplo: un delincuente ha decidido asaltar un banco y sabe que hay un vigilante de 80 años que, de ser amordazado, puede morir por asfixia, pero aun así lo hace y al día siguiente en los periódicos aparece la noticia de que el vigilante murió asfixiado.

Rodríguez Hurtado *et al.*, advierten que esta clase de dolo "tiene problemas en cuanto a su diferenciación con la llamada 'culpa consciente'"[27], dado que tienen una estructura común, pues en ninguno se desea el resultado y en ambos el autor conoce la posibilidad de que se produzca dicho resultado. En este sentido, para distinguirlos se ha desarrollado una serie de teorías que ponen acento en uno u otro elemento del dolo. Entre ellas destacan la teoría de la probabilidad o representación y la teoría del consentimiento.

Para la *teoría del consentimiento,* un hecho doloso es más disvalioso y, por tanto, merece mayor pena que uno culposo, porque en el primero el agente actúa con voluntad. Por ello, "intenta hallar en los hechos típicos del dolo eventual una *conexión volitiva* con el resultado que permita justificar la mayor pena del delito doloso. En concreto, exige que el autor acepte el resultado"[28].

Esta teoría ha sido objeto de crítica porque se basa en "la hipótesis de que el sujeto se plantee algo que nunca se planteó y, por tanto, dé una respuesta a una cuestión que a él nunca le surgió a la hora de llevar

---

27 Rodríguez Hurtado, Mario; Ángel Ugaz Zegarra; Lorena Gamero Calero y Horst Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, 2.ª ed., 3.ª reimp., Lima: Nova Print, 2012, p. 64.

28 Martínez Escamilla, Margarita; María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 118. Recuperado de <https://bit.ly/39JL7fl>.

a cabo la acción". En consecuencia, "el juez no estaría valorando una voluntad real del sujeto activo, sino una apreciación de la voluntad del sujeto en el caso de que se le hubiera representado el resultado como cierto, cosa que no sucedió"[29].

Según la *teoría de la probabilidad o de la representación*, habrá dolo eventual cuando el sujeto sea consciente (se represente) de que su conducta genera un alto riesgo (probabilidad) de lesión a un bien jurídico. En palabras de MARTÍNEZ ESCAMILLA, "es necesario un elemento objetivo (elevado riesgo) y un elemento subjetivo (que el sujeto sea consciente de dicho riesgo). No habría dolo eventual si el sujeto no es consciente en absoluto del riesgo (imprudencia inconsciente) o lo valora como menor. De esta manera, no se enfrenta al sujeto con el resultado producido, sino con la situación peligrosa que él ha generado"[30].

A esta teoría se le critica "la dificultad para establecer el nivel de riesgo que correspondería al dolo eventual y el que correspondería a la imprudencia y, aun pudiendo establecerlo en abstracto, la dificultad de cuantificar en el caso concreto el riesgo de lesión creado". Otra de las críticas consiste en que asumir esta teoría llevaría a "beneficiar al autor infundadamente optimista o alocado que minusvalora el riesgo creado". Finalmente, se le objeta prescindir del elemento volitivo del dolo.

Ante esta última crítica, los partidarios de la teoría de la probabilidad responden que "la conciencia o conocimiento del elevado riesgo creado (que exige la teoría de la probabilidad) conlleva en cierta medida que el sujeto asuma como muy probable la producción del resultado, es decir, cierto elemento volitivo de aceptación, pues [...] quien, consciente del

29 MARTÍNEZ ESCAMILLA *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 118.

30 *Loc. cit.*

elevado riesgo, realiza la acción, en buena medida estaría aceptando la producción del resultado"[31].

La diferencia entre dolo eventual y la culpa consciente (o con representación) consiste en que en el primero el sujeto no quiere, pero acepta la ejecución del acto; mientras que en la culpa consciente no quiere causar la lesión al bien jurídico, pero reconoce el peligro de la situación y confía en que no dará lugar al resultado lesivo, como veremos más adelante.

2.2. El error de tipo: ausencia de dolo

El error de tipo es aquel "error o falta de representación que recae sobre algún elemento configurador del tipo penal objetivo"[32]. Ávalos Rodríguez plantea los siguientes ejemplos:

> [E]n el artículo 185 del CP el tipo penal objetivo del delito de hurto se configura con los elementos: el que se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra; en el artículo 106 [del CP] el tipo penal objetivo del delito de homicidio se configura con el elemento: el que mata a otro; en el artículo 173 [del CP] el tipo penal objetivo de la violación sexual de menor se configura con los elementos: el que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de 14 años de edad[33].

Este error parte del principio de que "el dolo requiere del conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo; si se carece

---

31 Martínez Escamilla, Margarita; María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012, pp. 118 y 119. Recuperado de <https://bit.ly/39JL7fl>.

32 Ávalos Rodríguez, Carlos, "Error de tipo - error de prohibición", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado. Título preliminar. Parte general*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 467.

33 Ávalos Rodríguez, "Error de tipo - error de prohibición", art. cit., p. 467.

del conocimiento de uno o de todos esos elementos al realizar la acción objetivamente típica, [...] el dolo quedaría excluido"[34].

Como ya se ha señalado, el dolo está integrado por dos elementos: el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo. El conocimiento se refiere a "los elementos del tipo objetivo, a saber, la acción que en realidad se está realizando y sus modalidades, el resultado que se alcanzará con la misma, el nexo causal existente entre ese resultado y la actividad desarrollada, y las condiciones de la autoría". En consecuencia, "si el sujeto ignora o tiene un falso concepto acerca de lo que hizo, de cómo se iba a desarrollar su actividad o de sus consecuencias, no podría darse el dolo"[35].

En esta clase de error el sujeto no tiene intención de realizar el tipo penal, equivocadamente cree que su conducta es atípica, por ello no actúa con el dolo exigido por la figura penal.

En otros términos, "el sujeto, al realizar la acción, 'ignora o cree erróneamente que no concurre en su conducta un elemento del tipo'[36]; de consiguiente, no puede haber dolo, sin perjuicio de que subsista la culpa si por su imprudencia o negligencia incurre en este error"[37].

En palabras de Garrido Montt, "el sujeto no pretende cometer un delito y por error comete uno; o cuando queriendo cometer uno de menor gravedad, incurre en uno de mayor gravedad (quería provocar

34 Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, t. II, 3.ª ed., Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 93. Recuperado de <https://bit.ly/2KaGcLp>.

35 Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 94.

36 Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español*, Madrid, p. 34.

37 Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 94.

el aborto de la embarazada, pero maniobra equivocadamente y causa su muerte)"[38].

Una figura opuesta al error de tipo es el denominado "error al revés". Este se produce cuando el sujeto "quiere realizar un acto típico y por error realiza uno de menor gravedad o uno atípico. Se da en la tentativa y en el delito frustrado, donde, por una equivocada apreciación de los hechos, el delincuente que quiere cometer un delito fracasa; no obstante, debe responder por su tentativa (Juan, enojado con su socio, con el objetivo de lesionarlo le dispara un balazo, pero no apunta bien y no lo hiere; comete delito frustrado de lesiones punibles)"[39].

El error de tipo se encuentra regulado en el primer párrafo del art. 14 del CP. Aquí el error recae sobre alguno de los elementos necesarios para que un comportamiento sea penalmente relevante, para que pueda subsumirse en alguna infracción penal. Como afirma Villavicencio Terreros, "puede ser que el sujeto activo no haya comprendido algún elemento típico, que existe objetivamente (falta de representación), o lo comprenda de manera diferente de lo que es en la realidad (representación falsa)"[40]. El sujeto ignora que en su conducta concurren todos o alguno de los elementos que definen un tipo penal.

Como sabemos, el tipo objetivo está conformado por elementos descriptivos y normativos. El error puede recaer sobre cualquiera de estos elementos. Así, Villavicencio Terreros señala: "Si el agente ha percibido equivocadamente un elemento típico, el error recaerá sobre los elementos descriptivos; pero, si el agente careció de una valoración que

38 *Loc. cit.*

39 *Loc. cit.*

40 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 361. *Vid.* Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., trad. por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 329. *Vid.* Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas*, Lima: Ara Editores, 2004, p. 645.

le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recaerá sobre los elementos normativos"[41]. Como indica Hurtado Pozo, se trata de "una condición que concierne al aspecto cognitivo del dolo: la conciencia. El agente no comprende, en el contexto social y jurídico en el que se encuentra, el sentido material de su comportamiento. De esta manera, desconoce que su conducta se adecúa a un tipo legal"[42]. En efecto, en el error de tipo el agente obra "sin conocer el sentido social del comportamiento que está realizando"[43]. Por ejemplo:

> [E]n el caso del hurto el sujeto puede tener una representación incorrecta sobre la ajenidad del bien que sustrae del lugar donde se encuentra, puede pensar que es de su propiedad; en el caso del homicidio el sujeto puede creer que dispara sobre un animal cuando en realidad lo hace sobre una persona, dándole muerte; en el caso de la violación sexual de menor puede pensar que la persona con la que se tiene acceso carnal tiene más de 14 años[44].

El conocimiento debe abarcar "todas las circunstancias que integran la descripción del delito, aunque únicamente en sus rasgos esenciales, pues es imposible para el hombre común conocer todos los detalles de la realidad, basta con saber que se dispara contra una persona y que ella va a morir a consecuencia de dicho disparo, pero no los procesos físicos y biológicos que el disparo causa para conducir a la muerte del herido"[45]. Ejemplo: para cometer el delito de violación sexual de menor (art. 173 del CP) basta con saber que se accede carnalmente a una niña notoriamente impúber, no la fecha de nacimiento de esta. También, cuando la ley

---

41 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 361.

42 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, p. 468.

43 Ávalos Rodríguez, "Error de tipo - error de prohibición", art. cit.

44 *Loc. cit.*

45 Politoff Lifschitz, Sergio; Jean Pierre Matus Acuña y María Ramírez G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., Santiago: Jurídica de Chile, 2004, p. 257. Recuperado de <https://bit.ly/3icMhUs>.

agrega circunstancias para atenuar o agravar la pena de un delito como es el caso del parentesco, que transforma el homicidio simple (art. 106 del CP) en parricidio (art.107 del CP)[46]. Se requiere "el conocimiento de dichas circunstancias para afirmar la tipicidad del delito así calificado", pero solo en sus rasgos esenciales: "para cometer un parricidio basta saber que se mata a quien se conoce como padre, no los procesos fisiológicos que determinaron su paternidad"[47].

Politoff *et al.*, indican:

> En definitiva, como en la comunicación social el significado de las cosas está también determinado por el contexto en que ellas existen o suceden, no se puede hablar de dolo si el sujeto no entiende el significado de su acto en la vida social. En otras palabras, para obrar con dolo el sujeto debe conocer el significado de su hecho en el 'mundo de la vida'.
>
> Pero no es suficiente un saber potencial para satisfacer la exigencia intelectiva del dolo, es necesario traspasar efectivamente 'el umbral de la conciencia'. Por cierto, esto no significa que se requiera una conciencia enteramente 'despierta' en todos los detalles, basta una conciencia 'atenuada' e imprecisa. Tampoco es indispensable para la existencia de dolo un proceso mental enteramente claro ('estar pensando en ello') respecto de todas las circunstancias en que el hecho tiene lugar; el que comete un delito no está necesariamente pensando mientras actúa: 'soy casado', 'soy empleado público', etc. Por eso la doctrina habla de una

---

46 Art. 106 del CP.- Homicidio simple
El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.
Art. 107 del CP.- Parricidio
El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.
[...].

47 Politoff Lifschitz, *et al.*, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, ob. cit., p. 257.

conciencia 'compartida' o, tal vez mejor, de un 'saber que acompaña' a la conciencia de la acción[48].

Los elementos descriptivos del delito son aquellos que el sujeto puede percibir y comprender a través de los sentidos, en ellos es suficiente una constatación fáctica, pues expresan una realidad naturalística aprehensible, en otras palabras, la afirmación del dolo necesita la simple percepción sensorial del elemento en cuestión (verbigracia, el *otro* en el delito de homicidio; el *fuego* en el homicidio calificado; la concurrencia de *dos o más personas* en el delito de robo agravado; el concepto *mujer* al cual se refieren los tipos de aborto; el *bien mueble* en los delitos de hurto, etc.)[49]. Estos elementos son "identificados a través del lenguaje común o mediante las terminologías jurídicas sin necesidad de recurrir a otras valoraciones para su comprensión"[50]. Un elemento es descriptivo cuando se puede percibir sensorialmente, es decir, ver y tocar[51].

Para Hurtado Pozo, la constatación del error sobre un elemento descriptivo es fácil "por la índole del mismo juicio de apreciación entre lo que se representa el agente (tirar sobre una persona, utilizar un veneno) y lo que sucede en la realidad (tirar sobre un animal, emplear una sustancia inocua). Resulta más complicado hacerlo respecto a los elementos normativos, en la medida en que estos ya implican un juicio de valoración"[52].

Villavicencio Terreros resalta la imposibilidad de establecer "un límite firme entre los elementos descriptivos y los normativos de los tipos

48 Politoff Lifschitz *et al.*, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, ob. cit., pp. 257 y 258. Recuperado de <https://bit.ly/3icMhUs>.

49 *Vid.* Pérez López, Jorge A., "El error de tipo en el Código Penal peruano", en *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima: septiembre del 2015, p. 192.

50 *Vid.* Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 314.

51 *Vid.* Pérez López, "El error de tipo en el Código Penal peruano", art. cit., p. 192.

52 *Vid.* Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3.ª ed., ob. cit., pp. 470 y 471.

penales. Muchas veces se superponen y es preciso fijar la preponderancia. Ejemplo: el concepto 'muerte' (artículo 106 [del] Código Penal); 'muerte clínica': cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas (de conformidad con el artículo 3 [de la] Ley 28189[53], [Ley general de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos])"[54]. Otro ejemplo: el concepto de documento en los delitos contra la fe pública, los signos escritos y el papel son elementos descriptivos; en cambio, la determinación de los hechos jurídicamente relevantes para la prueba es un elemento normativo, solamente entendible de manera espiritual.

En resumen, hemos señalado que el error de tipo afecta al dolo, por lo que su estudio se produce en la tipicidad, en concreto, en el tipo subjetivo. Usualmente "el error sobre algún elemento esencial del tipo trae como consecuencia la exclusión del dolo, pero no siempre de la culpa que puede quedar subsistente". Para determinar cuándo sucede una u otra cosa, "debe distinguirse si el error era vencible o invencible"[55].

2.2.1. Error de tipo invencible o inevitable

El error de tipo invencible ocurre "cuando el agente, habiendo observado el cuidado debido, no pudo salir del error en que se encontraba, originando el resultado. En este caso, la conducta debe ser atípica, pues el agente ha actuado de manera diligente y con el debido cuidado; descartándose, con ello, tanto una imputación dolosa como imprudente"[56].

---

53 Artículo 3 de la Ley 28189.- El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basa en el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas de acuerdo a los protocolos que establezca el reglamento y bajo responsabilidad del médico que lo certifica.

54 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 315.

55 Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., pp. 94 y 95.

56 Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 2002, p. 295.

Este tipo de error incide sobre un elemento esencial del tipo, su presencia en el conocimiento del autor es imprescindible para que pueda configurarse la realización típica de un delito. Para apreciar el carácter inevitable del error resulta conveniente recurrir a los criterios utilizados para determinar si se da o no un delito culposo. Lo decisivo es, en consecuencia, comprobar si el agente tomó, para evitar el error, las precauciones necesarias de acuerdo con las circunstancias personales y materiales en que actuó. Como hemos señalado, la calificación del error como vencible o invencible dependerá de si hemos actuado o no con el cuidado debido[57].

Para determinar si un error es vencible o invencible se aplica el criterio de la *adecuación*. Así, un error es vencible "cuando un observador objetivo, colocado en el momento de la acción y con los conocimientos especiales del autor, hubiera apreciado correctamente la realidad y, por tanto, hubiera podido evitar el error". *A contrario sensu*, cuando dicho observador "no se hubiera percatado del error, este será invencible. [...] La vencibilidad del error se valora, pues, desde una perspectiva *ex ante*"[58].

El error invencible excluye la responsabilidad penal, es decir, el sujeto no responde penalmente. Martínez Escamilla ilustra esto con un ejemplo:

> [S]i el cazador dispara contra algo que se mueve entre los matorrales pensando que es un jabalí, pero resulta ser una persona agazapada a la cual causa la muerte, la consecuencia jurídica dependerá de si calificamos este error de vencible o invencible, para lo cual tendremos que atender a las circunstancias concretas del caso. Si calificamos el error de invencible, el sujeto no responderá por homicidio, ni a título doloso

57 *Vid.* Pérez López, "El error de tipo en el Código Penal peruano", art. cit., pp. 198 y 199.

58 Martínez Escamilla *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 141.

ni a título imprudente. Si calificamos el error como vencible, el sujeto responderá por homicidio imprudente[59].

2.2.2. Error de tipo vencible o evitable

El error de tipo vencible ocurre, como ya hemos indicado, cuando "el agente pudo haber salido del error en el que se encontraba y pudo evitar el resultado observando el cuidado debido que las circunstancias le exigen para poder evitar cualquier tipo de resultado". La conducta solo será punible cuando corresponda a un tipo imprudente, pues el error excluye el dolo, pero no la imprudencia del autor. Es decir, "no se puede hablar de la ausencia de responsabilidad penal por el solo hecho de excluirse el dolo, ya que queda pendiente la ausencia del cuidado debido que le era exigible al agente. Será necesario comprobar si hay un tipo penal que sancione la realización imprudente de la conducta"[60]; de no ser así, el agente quedaría impune.

El cuidado exigido o la diligencia debida se determina en función de la capacidad individual de las circunstancias concretas de la acción (capacidades y conocimientos individuales del autor). Por ejemplo, planteamos el caso de una enfermera que aplica una inyección que causa la muerte de un paciente por tratarse de una sustancia a la que este era alérgico. Estaremos ante un error de tipo vencible en caso de que se tratase de una alergia a la penicilina, puesto que respecto de esta sustancia la enfermera conoce que hay personas en quienes su administración provoca reacciones alérgicas, por lo que de acuerdo con el cuidado debido se deben realizar previamente pruebas dirigidas a descartar dicha posibilidad. Por el contrario, el error de tipo será invencible cuando se trate de una sustancia que no representaba riesgo, pero a la cual raramente el paciente era alérgico.

---

59 *Ibid.*, p. 142.

60 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 362 y 363.

En síntesis, de acuerdo con el primer párrafo del art. 14 del CP, el error de tipo vencible excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa (imprudencia) cuando se hallare prevista en la ley. Esto debido a que, si el sujeto no actúa con la diligencia debida, está comportándose de una manera imprudente, por tanto, debe ser sancionado de manera culposa. Si el error es vencible o evitable —referido a una circunstancia del hecho típico—, no hay dolo, pero subsiste la imputación a título de culpa por la negligencia en la evitación, y se reputará el acto como culposo si está prevista la figura en la ley penal como tal[61].

2.3. Modalidades particulares de error

Respecto al elemento típico sobre el que recae el error, se habla de algunas modalidades específicas de error, a saber: *error in personam vel in objecto*, *aberratio ictus* y *dolus generalis*.

2.3.1. *Error in personam vel in objecto* (el error sobre el objeto de la acción)

El *error in personam vel in objecto* es el que recae sobre el objeto de la acción, sobre las características, la identidad o circunstancias del objeto material del delito. Se entiende tradicionalmente una confusión respecto al objeto del hecho. Este tipo de error se configura cuando la acción incide sobre el objeto al que precisamente se orientaba, pero este detenta identidad o características distintas. Si el objeto del delito es una persona y el sujeto confunde su identidad, el error es denominado *error in personam*. Aunque la representación subjetiva del autor sea otra, el riesgo dolosamente creado y el bien jurídico afectado no pueden individualizarse de modo distinto. Al respecto, STRATENWERTH señala "el

61 *Vid.* PÉREZ LÓPEZ, "El error de tipo en el Código Penal peruano", art. cit., pp. 200 y 201

desarrollo del suceso se corresponde totalmente con el esperado"[62]. En efecto, el autor dirige su acción sobre una persona u objeto y alcanza de la manera en la que quiere hacerlo. El error sobre la identidad es irrelevante porque, por ejemplo, la identidad de la víctima no es, por regla, elemento del tipo. Este sería el caso de que A quiere matar a B, pero por diversas circunstancias mata a C y no a B.

En este tipo de error "el autor confunde el objeto que quiere dañar o poner en peligro con otro. Este error se presenta con relación a la calidad del objeto del delito o la identidad de la persona"[63].

Hurtado Pozo indica:

> Es el caso [...] del agente que quiere matar al perro de su vecino (daños a la propiedad) y [...] causa la muerte del hijo menor de este que se encontraba jugando en el recinto reservado al animal. Como no tiene conciencia de disparar contra una persona (objeto del delito de homicidio) no puede serle aplicado el artículo 106 [del CP] (homicidio simple), pero sí el artículo 111, que reprime el homicidio culposo por no haberse tomado las precauciones necesarias para verificar sobre lo que realmente disparaba (culpa inconsciente)[64].

Existe además un concurso ideal con el delito de daños en grado de tentativa.

La doctrina dominante señala que el "error en la persona de quien actúa de modo inmediato es irrelevante". Por tanto —según esta postura—, los casos del que pretendiendo matar a A mata a B, a quien confundió con A, y del que dispara contra su compinche pensando que era perse-

62 Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. parte general,* trad. Manuel Cancio Meliá y Gustavo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 120.

63 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 480.

64 *Loc. cit.*

guido (suponiendo que este hubiera muerto) "deberían ser castigados por homicidio doloso consumado"[65].

Esta solución suele fundamentarse en que para afirmar el dolo solo interesa la calidad del objeto. Por tanto, es irrelevante el error mientras la acción se dirija a un objeto de la misma calidad del que se quería lesionar.

Contra esta postura ROXIN objeta:

> La popular tesis de que solo es necesario que el dolo abarque las circunstancias del hecho en la cualidad propia de su especie (el sujeto quería matar a una persona y mató a una persona; actuó por tanto dolosamente) no es sostenible, [...] pues [...] la muerte de una persona es abarcada por el saber y el querer del sujeto, sin que se haya de proceder a una imputación dolosa, ha de verse ahí una individualización de la representación del sujeto en un objeto concreto de la acción, que fundamenta una imputación dolosa. [...] Aplicando el *criterio de la realización del plan*, se llega a la solución de que el plan del sujeto —sin perjuicio de su representación desviada de la identidad— se ha realizado ya, según parámetros normativos, cuando quien actúa alcanza a la víctima concreta a la que había apuntado. Se ha de considerar, por tanto, decisivo para la valoración jurídica únicamente el conocimiento del sujeto de la situación del objeto en el momento del hecho e irrelevante, según parámetros objetivos, su representación errónea de la identidad de la víctima[66].

Por su parte, JAKOBS sostiene:

> Si el autor no conoce que podría resultar afectado otro objeto [...], responderá por el ataque intentado al objeto al que apuntaba y, a lo sumo, además por la lesión imprudente del objeto alcanzado, pero no

65 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, trad. de la 2.ª ed. alemana (1994) y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 504.

66 ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 504.

por consumación dolosa, ni siquiera cuando ambos pertenecen a la misma clase.

Y ello por el siguiente motivo: Mediante el ataque al objeto al que apunta el autor crea un riesgo también para objetos que se encuentran en el ámbito de dispersión del medio comisivo; pero este riesgo no lo conoce (y no tiene por qué ser no permitido; así, p. ej., cuando en el ámbito de la dispersión *ex ante* no puede encontrarse nadie). La realización del riesgo de desvío tampoco es una mera variante del transcurrir del riesgo conocido, pues el riesgo de desvío depende en cada caso de elementos situacionales diversos, es decir, no se le puede determinar en su clase y medida a partir del riesgo advertido. En concreto: si alguien apunta al lado derecho de una persona, el que le alcance en el lado izquierdo no constituye un desvío que impida la comisión dolosa, pues esta posibilidad está dada conjuntamente por el hecho de disparar a una persona; el que junto a la persona esté otra, o un objeto que pueda romperse, etc., no está determinado por el hecho de que se dispare a una persona, es decir, constituye mero azar en relación con el peligro advertido[67].

Por ejemplo: un sujeto es atacado en la oscuridad por un compañero de vivienda, por lo que con ánimo de defenderse coge un bastón y golpea, pero en lugar de darle al atacante le da a la mujer que se encontraba inadvertidamente detrás de este y que pretendía apaciguarlo.

Roxin considera que el *error in personam vel in objecto* es, desde la representación del ejecutante acerca de la identidad del objeto (víctima), una desviación del curso causal de la acción: "Se ha de admitir que el *error in personam vel in objecto* estructuralmente 'es una clase de error en el curso causal'. Si se tomara por base la representación del sujeto acerca de la identidad [...], concurre desde todo punto de vista una desviación

67 Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2.ª ed. alemana (1991) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 365.

del curso causal respecto de ella, cuando se alcanza 'al que no es' o 'lo que no es'"[68].

Sin embargo, el error deja de ser una desviación en el curso causal y es, por tanto, irrelevante cuando se recurre a un punto de vista teleológico: la representación del sujeto sobre la situación del objeto sobre el que recae la acción en el momento del hecho, y ya no su representación sobre la identidad personal de la víctima. En este sentido, ROXIN señala:

> La [...] [desviación en el curso causal] solo deja de producirse cuando exclusivamente la individualización según la situación del objeto en el momento del hecho se convierte en la base de la apreciación de que el sujeto ha alcanzado lo que quería. Ello presupone, sin embargo, una valoración previa, de modo que la irrelevancia del *error in personam vel in objecto* no es algo necesario desde el punto de vista lógico o categórico, sino resultado de la interpretación teleológica, que también podría resultar de otra manera. Si no se considerara objetivamente decisiva la representación del sujeto sobre la situación del objeto de la acción en el momento del hecho, sino su representación sobre la identidad personal de la víctima, resultaría que en un *error in personam* el plan habría fracasado y solo habría de apreciarse una punición por tentativa. No en vano [...] VON LISZT consideró hasta el final relevantes tanto el *error in personam* como la *aberratio ictus*[69] "cuando la previsión del verdadero curso habría apartado al sujeto de la comisión del hecho"[70]. En el caso en que A quiere matar a su enemigo a muerte E, pero en la

68 ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 504

69 A diferencia del error en el objeto, que supone una confusión del objeto de la acción por otro, en el *aberratio ictus* el sujeto yerra la dirección del ataque. Ejemplo: el que quiere matar a otro y contra él apunta su arma, pero apunta mal o el aparato de puntería del arma es defectuoso, de tal manera que mata a un tercero que se encontraba cercano. El yerro se produce, pues, en la ejecución. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 365.

70 VON LISZT, Franz, citado por ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 505.

oscuridad toma por E a su propio hijo F y lo mata, el mismo consideraba "errónea" la apreciación de un delito consumado doloso[71].

Villavicencio Terreros enseña que "el error es *irrelevante* (no excluye el dolo) si la persona o del objeto sobre los que recae la conducta no hacen cambiar la valoración jurídica del hecho respecto al que se trata de cometer. Entonces, habría que condenar por delito doloso. En otros términos, no hay error cuando el autor "solo se equivoca en la equiparación de los objetos del hecho que son del mismo valor. Esto solo nos llevaría a un error de motivación antes que un error de tipo. Ejemplo: quien en la semioscuridad lesiona a una persona por otra (error en la persona); el que sustrae una cartera creyendo que contiene dinero, pero en realidad contiene algunas joyas (error en el objeto)"[72]. Lo importante es que los objetos sean típicamente equivalentes u homogéneos, pues da lo mismo que A se apodere del automóvil de B que creía propiedad de C, o que mate a D en lugar de a Z.

Si se tomara como criterio la representación del agente sobre la identidad de la víctima, es decir, si se considera que, "al no haber causado la muerte de la persona escogida como víctima, el plan de acción decidido por el agente no ha sido ejecutado, debería concluirse que solo ha cometido una tentativa respecto a ella y, tal vez, un homicidio culposo con relación a la persona muerta"[73]. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, en cuyas filas está Hurtado Pozo, conviene en que "lo más acertado es considerar superfluo este error porque el objetivo que se representa el agente es privar de la vida a una persona, comportamiento prohibido sin tener en cuenta la identidad concreta de la víctima". Ello rige "aun cuando la substitución (por ejemplo, debido al azar) de la víctima escogida por un tercero se produzca sin que el agente que desencadena los

71 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., pp. 504 y 505.

72 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 364 y 365.

73 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 481

hechos se encuentre presente. Así, la muerte causada a la mujer de la víctima prevista mediante una bomba colocada en su automóvil, debido a que fue ella la que lo utilizó en lugar de su marido, como lo esperaba el asesino"[74].

Por su parte, GARRIDO MONTT sostiene que carece de trascendencia el error que recae en la persona del sujeto pasivo, puesto que él no integra el tipo. Por ejemplo, "si el delincuente pretende sustraer el automóvil de Pedro, pero por error se apodera del de Juan, que tiene las mismas características que el otro, responde a título de dolo por la sustracción del vehículo, ya que se apropió de un automóvil ajeno"[75].

La solución es distinta cuando la persona sobre la que recae la acción no es intercambiable sin que varíe el tipo penal. Al respecto, GARRIDO MONTT señala:

> La situación puede variar cuando la persona es el objeto material de la acción, como sucede con delitos como el homicidio, las lesiones o la violación, donde la actividad delictiva tiene necesariamente que recaer físicamente sobre la corporeidad de la víctima, de manera directa [...]. Aquí debe distinguirse si el objeto de la acción es o no intercambiable, sin que el tipo penal varíe. En principio, rige la misma regla antes indicada: el error es inesencial si el autor quería lesionar a Pedro, pero lesiona a Juan al confundirlo con aquel, en definitiva, se ha lesionado a un hombre y eso es lo que sanciona el tipo delito de lesiones. De modo que cuando los objetos sobre los que recae la acción descrita por el tipo son intercambiables, los errores carecen de interés en cuanto a sus consecuencias. Pero el problema se suscita cuando conforme al tipo dicha intercambiabilidad no es posible, como acontece con algunos delitos especiales; v. gr., el individuo que queriendo matar a su padre, mata a un tercero al confundirlo con aquel. Aquí se plantea la interrogante de si hay delito doloso de parricidio o de homicidio o se trata de un

74 *Loc. cit.*

75 GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 96.

> concurso entre un delito de homicidio culposo —la muerte de Juan— y una tentativa dolosa de parricidio. [...]. Puede suceder que el sujeto queriendo matar a su padre, por error lo confunde con su madre, aquí el error es irrelevante, pues se trata de dos personas que para los efectos del tipo aparecen como intercambiables, reúnen las mismas condiciones de calificación: el autor deberá responder por parricidio. Se puede dar una hipótesis distinta si se está ante una confusión de objetos de diversa naturaleza. El autor confunde a su enemigo con un maniquí que a la distancia se le asemeja y le dispara dañándolo; aquí hay una tentativa inidónea de delito de lesiones al enemigo, en concurso con daños al maniquí, no punible[76].

En resumen, se considera que "el error es *irrelevante* [...] si la persona o el objeto sobre los que recae la conducta no hacen variar la valoración jurídica del hecho respecto al que se trata de cometer"[77]. En el ejemplo del sujeto que dispara contra su enemigo, pero resulta que se confunde y mata a otra persona, el dolo se da por la conciencia y voluntad de matar a una persona, no interesa que sea su amigo o enemigo, por lo tanto, el error en este caso sería irrelevante.

El *error in obiecto* siempre es relevante cuando "los dos objetos confundidos no equivalen típicamente entre sí"[78]. Ejemplos:

> Si A mata a tiros a una persona a la que ha tomado por un espantapájaros, se trata entonces de una tentativa de daños en unidad de hecho (concurso ideal) con homicidio imprudente; ello se deriva de la teoría del error [...] y no es un problema de imputación al dolo. Lo mismo rige cuando el sujeto da como castigo unos azotes en la oscuridad a consecuencia de una confusión al niño del vecino en lugar de a su propio hijo. Aquí concurre un error sobre los presupuestos de una causa de justificación (del derecho de corrección); el padre puede castigar (corregir) al hijo

76 *Ibid.*, pp. 96 y 97.

77 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 364 y 365

78 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 508.

> propio, pero no a los niños ajenos. Si, con la opinión dominante, se trata [...] tal error como excluyente del dolo, entonces solo se pueden apreciar en este caso, por tanto, con independencia de las reglas de la imputación dolosa, unas lesiones imprudentes causadas al niño ajeno[79].

2.3.2. *Aberratio ictus*

El *aberratio ictus* (frase latina que etimológicamente significa desviación de la trayectoria o del golpe) "se refiere al caso en el que, a consecuencia de una desviación del curso causal, el resultado tiene lugar en un objeto de la acción diferente a aquel que el sujeto quería alcanzar"[80]. El sujeto dirige su acción "contra un objeto determinado, perfectamente identificado, pero por un fallo en la ejecución de la acción termina lesionando otro objeto no incluido en el dolo del autor"[81].

El *aberratio ictus* constituye una *desviación del curso causal*: el delito se realiza en un objeto diferente al que el autor tuvo como meta de su acción. Por ejemplo, Pedro dispara contra Juan, pero este desvía el proyectil, el mismo que mata a Rosa. El agente tiene consciencia y voluntad de matar a una persona, pero el resultado difiere del que el agente se representó. Otro ejemplo:

> El agente dispara su revólver sobre una persona sin alcanzarla y el proyectil rebota contra un muro causando así la muerte de un peatón. La modificación del resultado sale del marco de la relación de causalidad previsto por el sujeto activo. Respecto al resultado muerte no se da el dolo, solo debe considerarse tentativa respecto a la primera persona y, según las circunstancias, homicidio culposo en cuanto a la segunda[82].

---

79 *Loc. cit.*

80 *Ibid.*, p. 492.

81 Martínez Escamilla *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 145.

82 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 477.

En los casos de *aberratio ictus* existe acuerdo en considerar que el autor proyecta una acción sobre un objeto determinado, pero a causa de una deficiente realización esta recae sobre otro objeto de la misma especie. La solución a ello "depende [...] de si el autor ha tenido o no un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, debe imputársele a título de dolo". En este sentido, basta para afirmar el dolo del autor "su conocimiento de la posibilidad del resultado proveniente de su experiencia: debe preferirse, en consecuencia, [...] [la posición que defiende la sanción] con la pena del delito doloso"[83]. Sin embargo, "contra esta solución se objeta que el autor no tuvo, en tales supuestos, 'una voluntad general de matar a alguien'"[84].

Es discutido el tratamiento que merece la *aberratio ictus* cuando el resultado causado y el que se buscaba alcanzar tienen la misma significación jurídica; por ejemplo: el que quiere matar a Juan, pero por el *aberratio ictus* mata a Pedro. La doctrina está dividida en cuanto a la punibilidad de estas situaciones; sin embargo, las soluciones se han planteado en los siguientes sentidos:

A. Primera solución

Esta posición considera que, tratándose de resultados típicos equivalentes, el error es *irrelevante* y estima la concurrencia de un delito doloso consumado ("dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable")[85], por lo que en el caso planteado líneas arriba se habría cometido un homicidio consumado (solución similar al *error in persona*

83 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 331 y 332.

84 Bacigalupo Zapater, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 332.

85 *Ibid.*, p. 331.

vel in objecto)[86]. JESCHECK y WEIGEND objetan que esta tesis "olvida el dato de que no basta con [que] el dolo vaya referido de forma abstracta a una *clase* determinada de objeto material, sino que el autor debe haberse propuesto atacar a un objeto concreto"[87]. Por su parte, WESSELS considera que esta posición "atribuye al autor un dolo homicida general, cuando, en realidad, pensaba en un objeto de ataque completamente determinado y había efectuado una individualización del objeto que no debe ser desatendida, por lo menos en el ámbito de los bienes jurídicos eminentemente personales. No indica nada el que no sea necesario que el dolo se individualice y que pueda bastar un dolo homicida general, si el autor ha hecho una individualización del objeto y ha tenido una voluntad homicida especial"[88]. Para STRATENWERTH, en esta posición "el supuesto de *aberratio ictus* se trataría como si fuera un mero error sobre el curso causal, lo que, en realidad, no es"[89].

Esta solución, a juicio de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, tiene el inconveniente de que "es injusta cuando además de la tercera persona alcanzada por el disparo o golpe también resulta alcanzada la persona a la que se pretendía herir, y, desde luego, no puede aplicarse tampoco cuando se trata de resultados heterogéneos". Por ejemplo, "se pretende matar a una persona y se mata al valioso caballo [...] que esta montaba. En estos casos, la solución del concurso sería la única capaz de abarcar el desvalor perfectamente diferenciable de los distintos resultados"[90].

---

86 *Vid.* WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 2.ª ed., trad. de la 11.ª ed. alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago: Jurídica de Chile, 1976, p. 107.

87 JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 336.

88 WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 6.ª ed. alemana por Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 76 y 77.

89 STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, trad. de la 2.ª ed. alemana (1976) por Gladis Romero, Madrid: Edersa, 1982, p. 104.

90 MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 315.

B. Segunda solución

Esta posición, que es la mayoritaria en la doctrina, estima que el error es *relevante* pese a la igualdad de bienes jurídicos, por lo que ha de sancionarse el peligro respecto al objeto perseguido y la lesión respecto al alcanzado. Entonces, en el referido ejemplo, "habrá un concurso ideal entre la tentativa de homicidio y el delito de homicidio imprudente (siempre que el resultado fuera objetivamente previsible)"[91]. MIR PUIG enseña que la solución depende de si se considera al bien jurídico como valor abstracto o como un objeto empírico que posee ciertas características que lo hacen valioso. En el primer caso, el error será irrelevante, porque, en suma, se ha conseguido lesionar ese valor abstracto aunque se afecte un objeto material distinto; en cambio, si se considera al "bien jurídico un objeto empírico dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, no será relevante el error sobre las características no típicas como la identidad de la víctima a la que se dirige el ataque", a sabiendas de que no se alcance el objeto empírico atacado, pero "sí el error sobre la dirección del ataque al objeto empírico [...], porque en tal caso la agresión dolosa no se habrá dirigido a este bien jurídico". Conforme a esta postura, será coherente, pues, apreciar un concurso entre homicidio doloso tentado con homicidio imprudente consumado[92]. En nuestro país, VILLAVICENCIO TERREROS defiende esta posición[93].

Cuando el resultado causado y el que se quería conseguir tienen distinta significación (más o menos grave) o no son típicamente equivalentes, el error, de manera indiscutida, *siempre será relevante*[94]; por ejemplo: Si A apunta a un jarrón muy valioso y en lugar de a este alcanza

91 MARTÍNEZ ESCAMILLA *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 146.

92 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2011, pp. 285 y 286.

93 *Vid.* VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 366.

94 *Ibid.*, p. 367.

mortalmente a B, que está al lado, evidentemente solo hay que apreciar una tentativa de daños y, en su caso, un homicidio imprudente. Otro ejemplo: "debido a los defectos del sistema de dirección del arma usada, al que se mata no es a un vecino sino a su padre y viceversa". También en estos casos VILLAVICENCIO TERREROS cree que "deben aplicarse las reglas del concurso ideal"[95].

En estos casos, la opinión dominante señala que siempre se apreciaría un concurso ideal de delitos:

> — Si el autor dirige su acción a realizar el tipo más grave: tentativa del delito más grave en concurso ideal con el delito menos grave imprudente.
> [...]
> — Si el autor dirige su acción a realizar el tipo menos grave: tentativa del delito menos grave en concurso ideal con el delito más grave imprudente. Si no existe la modalidad imprudente, se sancionará con el tipo básico imprudente[96].

De estas soluciones se apartan muy pocos autores, quienes estiman que "la desviación del desarrollo de los hechos está dentro del marco de la causalidad adecuada". Frente a esta postura se propone "distinguir los casos de *aberratio ictus* de los de dolo alternativo, según que el resultado se haya producido sobre un segundo objeto que el autor no tenía a la vista (*aberratio ictus* = tentativa y delito imprudente) o que el resultado haya tenido lugar en un objeto que también tenía a la vista. En este último caso se debe admitir el llamado dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable"[97].

---

95 *Loc. cit.*

96 MARTÍNEZ ESCAMILLA *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 146.

97 BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 331.

Un *aberratio ictus* excluye, además, según todas las opiniones, la pena del delito consumado cuando la posibilidad de la desviación del curso causal fue abarcada por el dolo eventual del sujeto. Así sucede, por ejemplo, cuando A, al apuntar a B, ve a C, que está al lado, percibe la posibilidad de alcanzarle, pero pese a ello dispara y alcanza en efecto mortalmente a C. Entonces, se ha de admitir un homicidio consumado de C, porque el sujeto actuó al respecto con *dolo eventual*. Ha de admitir un dolo alternativo, en virtud del cual, junto al homicidio consumado de C, habría que apreciar además una tentativa de homicidio de B. En tal caso es consecuente castigar solo por homicidio consumado.

Ello debido a que, "conforme al criterio de la imputación objetiva, en el juicio de experiencia existe la posibilidad de que el peligro creado por la acción realizada lesione un bien jurídico de otro titular, salvo casos excepcionales"[98].

Distinta es la solución cuando un tercero se interpone entre el autor y su víctima, de suerte que el lesionado es dicho tercero y no aquel contra quien originalmente se dirigía la acción. Ejemplo: "el autor quería lesionar a Francisco y le dispara, pero Diego en defensa de este, que está a su lado, se atraviesa en la dirección y recibe el impacto". Aquí, "el acto voluntario por el cual Diego se hace herir para impedir que el proyectil lesione a su amigo no puede atribuirse a quien dispara. La lesión de Diego no es susceptible de atribución objetiva a la acción de disparar, el autor responderá únicamente de lesiones frustradas a Francisco"[99].

2.3.3. *Dolus generalis*

Estamos ante la figura del *dolus generalis* cuando un "suceso se lleva a cabo en dos actos y el autor juzga equivocadamente el curso de la acción al creer haber logrado el resultado querido mediante el primer

98 Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 98.

99 *Loc. cit.*

acto [...], en tanto que el resultado solo se ha producido con el segundo acto realizado para ocultar el hecho". En este caso, "el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior. El delito se consuma de forma distinta a como cree el autor, pero este es el que, en todo caso, lo consuma, es decir, el que aporta también la última y definitiva causa"[100].

Según Bramont-Arias Torres, decimos que hay *dolus generalis* porque "abarca al hecho total, y no solo a la acción inicial con la que el agente creyó haber consumado el delito, por lo que el dolo se mantendría intacto, siendo irrelevante, en este caso, el error sobre el curso causal". Por ejemplo:

> José dispara sobre Luis, para darle muerte, pero por una desviación del curso causal yerra y solo lo hiere. Creyendo que Luis ha fallecido, José decide ocultar su delito y arroja al río el cuerpo inanimado de su víctima. Luis muere por asfixia a causa de la inmersión. Según la teoría del *dolus generalis*, ambos actos constituyen un suceso unitario, en cuya segunda parte existe todavía el dolo homicida. Desde este punto de vista, se da un hecho doloso consumado[101].

Sin embargo, existe una posición doctrinaria mayoritaria que propone una forma distinta de solucionar estos casos. En efecto, en la doctrina se ensayan diversas formas de solucionar los casos que se encuentran dentro del denominado *dolus generalis*. A continuación, procederemos a desarrollar las principales.

A. Propuesta de los partidarios del dolus generalis

Como ya hemos señalado anteriormente, los partidarios del *dolus generalis* (un dolo cuya amplitud permitiría abarcar todo el suceso)

100 Bramont-Arias Torres, Luis M., *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Santa Rosa, 2000, p. 168.

101 *Ibid.*, p. 169.

suponen en estos casos la existencia de un único delito consumado doloso. Para este sector de la doctrina el error no es esencial. Se considera la presencia de un solo comportamiento doloso y el segundo resultado está comprendido sin más en el dolo inicial.

Hurtado Pozo enseña que "si es cierto que el dolo debe existir en el momento del acto, también es acertado afirmar que este no necesita existir durante todo el desarrollo del suceso, sino en el momento en que el agente desencadena el proceso causal. El primer acto es propio para causar el resultado (muerte en el ejemplo dado) y esto basta para que sea imputable subjetivamente a nivel del dolo, en la medida en que el resultado se presenta también como realización del plan del autor"[102].

Muñoz Conde y García Arán indican que en estos casos, donde "el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad la consumación se produce por un hecho posterior [...], [e]n la práctica, parece más justo apreciar, sin embargo, un solo delito consumado doloso: el sujeto quería matar a la persona y lo ha conseguido"[103].

Por su parte, Roxin refiere que "idónea en concreto para producir el resultado lo es cualquier acción que pone en marcha un curso causal adecuado; solo puede ser decisivo el dato de si un curso causal previsible sigue estando dentro del plan del hecho"[104]. El mismo autor indica que en los casos de *dolus generalis* habrá una desviación inesencial del curso causal "concurre una siempre y cuando "la acción del sujeto est[é] guiada por el ánimo o intención de matar. Incluso entonces debe hacerse aún una pequeña restricción: debe tratarse de un ánimo o intención de matar no revisado" [105].

---

102 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 480.

103 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 316.

104 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 502

105 *Ibid.*, p. 500.

Roxin ilustra su postura con el siguiente ejemplo:

> Si A quiere matar a B, pero se arrepiente cuando ve a la víctima inconsciente tendida ante sí, abandona desde entonces su intención e intenta devolver a la víctima el conocimiento, toma erróneamente por infructuosos estos esfuerzos y en vista de ello entierra resignado a la víctima y solo entonces la mata, él mismo ha renunciado al plan de asesinato en el estadio de la tentativa, de modo que la posterior causación de la muerte ya no puede contemplarse como realización del plan original, ya no vigente en absoluto, de matar y, por tanto, no puede ser ya tampoco imputada al dolo[106].

B. Posición mayoritaria

En la doctrina, la posición mayoritaria considera que "se debe apreciar una tentativa en el primer tramo (porque el autor dirige su acción a lograr el resultado que no se produce por razones ajenas a él), mientras que en el segundo tramo se responsabiliza al autor por delito culposo (ya que produce la muerte sin saberlo, y esta era evitable si hubiera observado el cuidado exigido frente al bien jurídico); la tentativa de homicidio y el homicidio imprudente concurrirían materialmente (en concurso real)"[107]. Bacigalupo Zapater sostiene esta postura, ya que, a su juicio, "en el momento de producir el resultado el autor no dirige a él su acción y no sabe de la realización del tipo"[108].

Por su parte, Roxin señala:

> [L]a decisión entre consumación o tentativa depende de si la determinación de realizar la segunda acción fue tomada de antemano o solo a raíz del primer acto: 'Solo cuando la resolución de deshacerse de la víctima se toma después de la supuesta muerte hay tentativa de homicidio en concurso real con homicidio imprudente' [...]. [Q]uien

106 *Loc. cit.*

107 Bacigalupo Zapater, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 322.

108 *Loc. cit.*

> actúa en el primer acto con ánimo o intención de matar la mayoría de las veces planeará de antemano también el segundo acto, ya que ha de deshacerse del cadáver; en cambio, quien solo posee dolo eventual respecto de un homicidio en el primer acto y tiene la esperanza de que la víctima sobreviva no se preocupará aún por regla general de lo que habrá de hacer con el cadáver en caso de muerte de la víctima. Pero ambos principios basados en la experiencia son refutables en el caso concreto, y, por tanto, induce a error atender al momento de la decisión de deshacerse del cadáver; pues ni la previsibilidad del segundo acto depende en general de si ya estaba planeado en el momento del primer acto, ni el segundo acto se presenta como realización del peligro creado por el primer acto únicamente cuando estaba planeado de antemano[109].

Para Roxin sería erróneo concluir que la desviación es siempre inesencial, pues "se pasa [...] por alto que el concreto curso causal puede estar en tales casos fuera de lo previsible, de modo que entonces ya no se realiza el tipo objetivo". Ilustra esto con un ejemplo: "si [...] alguien carga a la víctima tomada por muerta en su automóvil para enterrarla en un lugar apartado y la víctima del atentado mortal, en verdad solo inconsciente, pierde entonces la vida en un accidente de tránsito de camino al lugar de la inhumación, se podrá apreciar solo una tentativa por el carácter 'extravagante (aventurero)' del curso causal"[110].

El mencionado autor alemán señala también que "hay que rechazar [...] la concepción que pretende apreciar en la constelación del *dolus generalis* sin excepción solo una tentativa y, en su caso, un hecho imprudente. La misma se apoya sobre todo en la apreciación de que el dolo ha de 'darse en el momento del hecho' y falta por tanto en el verdadero acto de matar: 'Se le supone al sujeto en este caso por tanto un dolo ya extinguido'"[111]. Para Roxin, esto sería incorrecto, pues "no es necesario

109 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 501.

110 *Ibid.*, p. 499.

111 *Ibid.*, pp. 500 y 501.

que el dolo concurra durante todo el suceso, sino solo en el momento en que el sujeto abandona el control del curso causal [...]. En el *dolus generalis* se imputa al sujeto la muerte de la víctima como consecuencia adecuada de su primera acción abarcada por el dolo; y eso basta también para la imputación al dolo, en cuanto que el resultado se sigue presentando como realización del plan del sujeto"[112].

Roxin además señala que hay que distinguir los casos de *dolus generalis* de los de dolo eventual:

> Para la imputación al dolo habrá además que diferenciar entre si quien actúa se propuso la muerte de la víctima o si solo se conformó con ella con agrado o a la fuerza como consecuencia accesoria. Si A se propone matar a B y lo entierra estando este inconsciente y creyéndolo muerto, de modo que muere por esta segunda acción, se habrá de contemplar el suceso, en una valoración objetiva, pese a la desviación del curso causal, como realización del plan del sujeto: A quería matar a B y además lo ha conseguido. Es verdad que la muerte se ha producido en concreto de manera algo distinta a la pensada; pero para la realización del plan de matar eso es exactamente igual de irrelevante que otras desviaciones del curso causal [...]. La valoración varía, sin embargo, cuando p. ej. A quiere violar a la mujer B, la estrangula para vencer su resistencia y solo se conforma de mala gana con *dolus eventualis* con la muerte de la mujer, en cuya evitación tiene esperanzas. Si en tal situación el sujeto toma erróneamente por muerta a la mujer inconsciente, quizá realiza incluso intentos de reanimación aparentemente infructuosos y entonces la entierra con efecto letal, eso ya no es, no solo desde el punto de vista del sujeto, sino tampoco según parámetros objetivos, la realización del plan del hecho, sino una desgracia lamentable: el plan del hecho incluía el homicidio de B solo en tanto fuera necesario para el éxito de la violación; por lo demás el mismo estaba dirigido a la evitación de la muerte[113].

112 *Ibid.*, p. 501.

113 *Loc. cit.*

C. Otras propuestas

Algunos autores pretenden resolver el problema del *dolus generalis* por medio de los principios de la imputación objetiva, pues "el resultado posterior quedaría en la posibilidad de ser atribuido objetivamente a la actividad del sujeto, que conlleva como inherente a ella peligros de esa naturaleza, aunque no hayan sido aprehendidos por su dolo"[114].

Otra vía de solución es la de negar la imputación objetiva "del resultado de muerte a la acción inicial dolosa, y [que] esta constituy[a] un homicidio frustrado (en tentativa acabada) [...], de modo que el resultado se imputa objetivamente a [...] [la] segunda acción", en la cual, sin embargo, no hay dolo (error de tipo vencible). En consecuencia, se trataría de un "homicidio frustrado en concurso real con un homicidio imprudente"[115]. Como afirma JAKOBS: "[E]l resultado no es imputable a título doloso cuando el riesgo del primer acto queda desplazado por un nuevo riesgo creado a través del segundo acto. El riesgo creado dolosamente no se realiza, y el riesgo realizado no se crea dolosamente"[116].

3. TIPO CULPOSO O IMPRUDENTE

El delito culposo o imprudente se caracteriza porque el sujeto activo no quiere la lesión del bien jurídico. BACIGALUPO ZAPATER enseña que el tipo culposo "es la realización del supuesto de hecho en los que el autor realiza el tipo sin quererlo, pero como consecuencia de su obrar

114 GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 99.

115 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Madrid: Universitas, 1999, pp. 435 y 436. VILLA STEIN señala que se da una desviación en el proceso causal, lo que excluye la imputación objetiva. VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Lima: San Marcos, 1998, p. 382.

116 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 364.

descuidado"[117]. El fundamento de la relevancia penal de la imprudencia "reside en la *lesión del deber objetivo de cuidado*, es decir, en la *falta de la diligencia debida*. Ello tiene lugar cuando la conducta del sujeto crea un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico que sobrepasa las fronteras del riesgo permitido [...]. Una conducta imprudente es, pues, una conducta peligrosa no aceptada socialmente, una conducta que permite prever la lesión del bien jurídico"[118].

Cuando el tipo delictivo no hace mención del elemento subjetivo, está exigiendo dolo; cuando el legislador castiga la realización imprudente de los tipos, lo señala expresamente. En nuestro país, del art. 12 del Código Penal se extrae que la imputación de la culpa es siempre excepcional. Es decir, solo podrá considerarse que un delito es "culposo" si es que el legislador expresamente ha incorporado tal elemento subjetivo en la descripción típica. Y es que el delito imprudente "implica normativamente una exigencia mucho mayor en relación a los actos de los ciudadanos (no solo no debe matar, sino además debe tener cuidado de no matar)"[119]. Es por ello por lo que la imprudencia debe ser restringida para evitar los tipos abiertos.

En el delito culposo el agente objetiva y subjetivamente infringió un deber objetivo de cuidado. Por el rol y la capacidad que tiene el sujeto, se le exige que actúe con la diligencia debida. En el caso de que el sujeto haya omitido el cumplimiento de dicho deber (siempre dentro del marco de lo exigible) y provoque un resultado, este le será atribuible a título de culpa.

---

117 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 1996, p. 211.

118 Martínez Escamilla *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 156.

119 Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 233.

En el plano objetivo del tipo culposo, consideramos que, en primer lugar, debe establecerse si el agente pudo o no pudo evitar el resultado. La evitabilidad, la cual también se exige al analizar el tipo doloso, va a permitir distinguir aquellos casos que merecen una respuesta penal de los otros que no requieren de la intervención punitiva (por ejemplo, los resultados ocasionados por casos fortuitos, los cuales son imprevisibles).

En segundo lugar, según un sector de la doctrina, la determinación del deber de cuidado debe realizarse basándose en un doble baremo: el de la "persona media prudente o diligente" y el del sujeto individualizado en la situación típica concreta (se considera su experiencia, capacidad y conocimientos especiales). Al respecto, Mir Puig indica:

> Si se aplica rigurosamente el criterio del hombre diligente situado en la misma posición del autor, ya ha de tomarse en cuenta la fuente más importante de un posible poder especial. Pues, si también los conocimientos especiales del autor al actuar deben ser tenidos en cuenta, entre tales conocimientos ha de contarse la experiencia especial y el fruto de un aprendizaje particularmente intenso. Si un cirujano conoce una técnica operatoria que solo él domina, ese dato deberá ser considerado, en la medida que objetivamente sea conocido por él: para la averiguación de si hubo infracción de la norma de cuidado deberá preguntarse qué hubiera hecho el hombre diligente en la misma situación del cirujano, es decir, contando con el dato de su excepcional preparación[120].

En esa línea, Villavicencio Terreros señala que el deber exigible "dependerá de una meticulosa consideración de las [...] [circunstancias en relación con el] autor"[121], a sus calificaciones profesionales, a su capacidad individual y a su situación jurídica y social.

En tercer lugar, la creación del riesgo prohibido (infracción a la norma de cuidado) debe haber provocado el resultado. Al respecto,

120 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 300.

121 *Vid.* Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 389.

nos remitimos a lo desarrollado en el capítulo referido a la imputación objetiva.

En el plano subjetivo, el sujeto actúa culposamente cuando desconoce la peligrosidad de su conducta, pero debió y pudo advertirla. No obstante, también es posible afirmar que, en algunos casos, la imputación de la culpa no abandona el conocimiento. En realidad, puede tratarse de un conocimiento insuficiente sobre el grado de peligrosidad de su conducta. Al respecto, García Cavero sostiene que "debemos precisar que la imputación subjetiva en los delitos culposos adquiere ciertas particularidades frente a los delitos dolosos. En la culpa no se imputa el pleno conocimiento de la aptitud lesiva del hecho realizado, sino un conocimiento en menor grado que, unido a criterios normativos, habría llevado a evitar la realización del tipo penal". Por ejemplo, actúa culposamente el cirujano que ignora que le está aplicando al paciente un medicamento cuyo efecto secundario le causa la muerte.

3.1. Estructura del tipo imprudente

Para una mejor comprensión de los elementos del tipo imprudente, partiremos de sus elementos objetivos: el normativo y el descriptivo.

3.1.1. Elemento normativo

El elemento normativo consiste en la "*violación del deber de cuidado*, que no se refiere a la correcta conducta, sino a la atención y el esfuerzo de evitar un daño y surge del ámbito jurídico de la relación". El deber de cuidado se desarrolla en *normas escritas*, "penales y administrativas, como [...] el reglamento de tránsito, todo tipo de reglamento interno de actividades hospitalarias, industriales, etc."[122]. Otras fuentes del deber de cuidado serían las "*reglas de experiencia y reglas técnicas* vigentes en

122 Girón Palles, José, *Teoría del delito*, 2.ª ed., Ciudad de Guatemala: Instituto de la Defensa Pública Penal, 2013, p. 42. Recuperado de <https://bit.ly/3aAvdE8>.

el ejercicio de determinadas actividades (medicina, construcción, etc.). Estas reglas se conocen como *lex artis*"[123].

Por último, también son fuentes los *deberes genéricos de cuidado*. Así, en las actividades que "no están reguladas (planchar, cocinar, colocar macetas en las ventanas, limpiar una escopeta, etc.), para decidir si lesionan o no la diligencia debida se atiende a la experiencia general". Por ejemplo: "no puedo irme de casa dejando la cocina a gas prendida junto a unas cortinas inflamables"[124]. La violación del deber de cuidado "equivale al desvalor de la acción como la desaprobación que el ordenamiento jurídico realiza de la conducta, por ejemplo: la persona que conduciendo un automóvil [de manera irresponsable, por encima de la velocidad permitida], atropella a otra que fallece (homicidio culposo)"[125].

3.1.2. Elemento descriptivo

El elemento descriptivo consiste en "el resultado o puesta en peligro del bien jurídico como consecuencia de la violación de la norma del deber de cuidado". Como se desprende de ello, hay delitos de resultado y delitos de peligro. Los primeros son los que "producen un cambio en el mundo exterior traducido en una efectiva lesión al bien jurídico protegido, tal es el caso del homicidio culposo o lesiones culposas, que en este caso constituyen el desvalor del resultado"[126]. En los segundos, basta la puesta en peligro del bien jurídico.

Como indicamos, la violación del deber de cuidado es el principal fundamento del delito imprudente, este se exterioriza en los términos *imprudencia*, *negligencia* e *impericia*. En este sentido, Girón Palles señala:

---

123 Martínez Escamilla *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 157.

124 *Loc. cit.*

125 Girón Palles, *Teoría del delito*, ob. cit., p. 43.

126 *Loc. cit.*

> Hay ciertas actividades que requieren conocimientos especiales o una preparación técnica para realizarlas, de donde se deriva la obligación de omitir acciones peligrosas. Su inobservancia da lugar a la impericia profesional [...]. En la misma forma, la exigencia del deber de preparación e información previa, especialmente para los cirujanos, como consultar la historia clínica del paciente, o los cuidados que requiere un paciente inmediatamente después de la operación, cuando se viola el deber de cuidado, se le denomina negligencia médica. Es por ello que al decir negligencia o impericia genéricamente nos estamos refiriendo a la imprudencia" 127.

El deber de cuidado impone un "deber de examen previo", es decir, además de exigir a la persona "realizar los actos lícitos con prudencia, [...] [la obliga], internamente, a prever o advertir la presencia de un peligro que pueda causar un resultado [...]. La previsibilidad objetiva adquiere mayor importancia cuando se trata de imputar objetivamente un resultado dañoso a una persona que realiza una acción u omisión, es por ello que constituye uno de los elementos de la causalidad adecuada"[128].

3.2. Clases de culpa

Según la teoría volitiva, la culpa o negligencia se puede presentar de dos formas: consciente o inconsciente.

3.2.1. Culpa consciente (con representación)

En la culpa consciente "existe un aspecto 'cognoscitivo'. Se trata de una 'previsibilidad' del resultado lesivo por la conducta peligrosa"[129].

---

127 *Loc. cit.*

128 *Ibid.*, p. 44

129 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 138.

Cuando el sujeto actúa con conocimiento de la peligrosidad de su conducta estaremos ante una culpa consciente. Este "se representa un peligro de lesión del bien jurídico, pero valorando falsamente la situación piensa que el peligro no se concretará en el resultado"[130]. Mir Puig enseña que, "si bien no se quiere causar la lesión, se advierte la posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya en dolo eventual"[131].

Para Alcócer Povis, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente "se restringe al mayor o menor grado de intensidad de la voluntad. En resumen, si el agente conoce del peligro de su conducta y se 'conforma' con las consecuencias lesivas, habrá actuado con dolo; en cambio, si espera (confía) que tales consecuencias no ocurrirán, habrá actuado con culpa"[132].

Por ejemplo, "el conductor de un vehículo puede representarse el resultado típico de lesionar, pero confía en que no va a acontecer, subestima la virtualidad de su producción. Si el sujeto 'deja de confiar', entramos al terreno del dolo eventual"[133].

Girón Palles distingue con unos ejemplos la culpa consciente del dolo eventual:

> En el caso del conductor de un vehículo que se emborracha sabiendo que tiene que conducir de regreso a su casa, advierte la posibilidad de tener un accidente, pero confía en su destreza para manejar, que el resultado no sucederá, él reconoce las consecuencias del peligro de la violación de la norma del deber de cuidado, pero confía en su destreza o experiencia y, sin embargo, provoca, por ejemplo, un homicidio.

---

130 Bacigalupo Zapater, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 200.

131 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 293.

132 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 139.

133 *Ibid.*, pp. 138 y 139.

> En este caso hay culpa consciente [...]. Diferente es emborracharse a propósito (*actio liberae in causa*) para atropellar a la persona X, pero en el camino se presenta la persona Z, y la atropella, en este caso podría concurrir dolo eventual[134].

3.2.2. Culpa inconsciente (sin representación)

En la culpa inconsciente, el sujeto actúa ignorando el peligro de su conducta. No se representa la probabilidad de la producción del daño, pero debió hacerlo. Por ejemplo, un médico novato que durante una operación no se percata de que su paciente se está ahogando[135].

En efecto, la culpa es inconsciente cuando el sujeto no se percata del riesgo que genera su conducta (riesgo que es previsible). Este no se representa (ni se imagina) el peligro que genera su conducta imprudente.

De esta forma, pierde total interés la interminable discusión latente que existe entre el dolo eventual y su límite mínimo (el querer o no el resultado) con la culpa consciente, ya que la culpa solo se entenderá como la inconsciente (no quiso, pero debió preverlo).

134 Girón Palles, *Teoría del delito*, ob. cit., p. 44.

135 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 139.

LECCIÓN 8
ANTIJURICIDAD

1. INTRODUCCIÓN

Las causas de justificación son circunstancias eximentes que por determinados motivos excluyen la antijuricidad o ilicitud de la conducta en principio típica. Son también denominadas causas de exclusión de la antijuricidad o del injusto[1] y convierten un hecho típico en lícito y conforme a derecho.

Las disposiciones concernientes a las causas de justificación son normas permisivas, pues "prevén casos excepcionales en los que se puede violar la norma (implícita al tipo legal). El orden jurídico admite, en consecuencia y de manera excepcional, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido"[2].

Las causas de justificación presentan motivos bien fundados para ejecutar un comportamiento prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en la conducta justificada existe un comportamiento socialmente aceptable, no anómalo, solo en consideración a su contexto, es decir, a la situación de justificación. El comportamiento

1 Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://bit.ly/3btloly>.

2 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, p. 519.

justificado (aún no es culpable) se distingue del antijurídico en que aquel no muestra falta de motivación jurídica dominante: el comportamiento antijurídico (que tampoco es culpable) muestra tal falta, pero el autor no es responsable de ella (de lo contrario, el comportamiento sería culpable)[3].

2. ANTIJURIDICIDAD E ILICITUD

En un Estado de derecho, "la pena no puede ser la consecuencia de un hecho jurídicamente beneficioso o indiferente", sino de una infracción al orden establecido por las normas[4]. En ese sentido, la antijuridicidad es la calidad del hecho (acto) que determina su oposición al derecho. Esa calidad no existe sencillamente porque el hecho sea típico. Excepto en las situaciones en los que un elemento normativo del tipo exige y adelanta, como un elemento de la noción del hecho, el juicio sobre la antijuridicidad del comportamiento del autor, la tipicidad es solo un indicio de la antijuridicidad del hecho, ya que la presunción que aquella implica es excluida si concurre una causa de justificación[5]. Por ejemplo: el sujeto que mata en legítima defensa realiza el tipo delictivo de homicidio (art. 106 del CP), pero no obra antijurídicamente; solo lo hace si no concurre una causa de justificación.

La teoría de la antijuricidad tiene la finalidad de determinar las condiciones y los casos en que la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria a derecho. Por ello, se trata de una teoría de las autorizaciones que busca la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado

---

3 Cfr. JAKOBS, Günter, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2.ª ed. alemana (1991) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 419 y 420.

4 MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Teoría de la antijuridicidad*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 24. Recuperado de <https://bit.ly/2LziY2s>.

5 NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte general*, Córdoba: Marcos Lerner, 1999, p. 153. Recuperado de <https://bit.ly/2MLJUfJ>.

equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró[6].

Al examinar el tema de la antijuridicidad emerge la problemática relacionada a cómo distinguir los comportamientos antijurídicos contrarios al señalado por las normas. Ello nos obliga a meditar sobre la existencia de comportamientos antijurídicos en las diversas ramas del derecho, pues en ellas el legislador recoge normas que se integran al contenido de la ley, así como consecuencias jurídicas para los que violan el deber de obediencia o de sumisión emanado de ellas[7].

Al respecto, Hurtado Pozo define la antijuricidad como:

> [L]a valoración negativa de la acción en relación con todo el orden jurídico. No constituye una categoría propia del ámbito penal, sino una noción común a todos los dominios del derecho. Por esto, las normas permisivas, con independencia de su naturaleza (civil, administrativa o pública) la excluyen de todo acto, incluso del hecho conforme a un tipo penal. Así sucede, por ejemplo, con el art. 423, inc. 3 [del] CC que regula el derecho de corrección que tienen los padres frente a sus menores hijos en el marco de la patria potestad. Esta prerrogativa, en la medida en que sea utilizada de manera moderada, puede constituir una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho, art. 20, inc. 8 [del CP]) respecto a las privaciones de la libertad (delito contra la libertad individual) que sufran los hijos cuando, por ejemplo, son castigados impidiéndoles salir de casa durante un fin de semana[8].

Lo anterior genera que continuamente se entienda a lo antijurídico como lo contrario al derecho; no obstante, es preciso recordar que

---

6 Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.ª reimp., Bogotá: Temis, 1996, p. 117.

7 Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, 3.ª reimp., Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 131. Recuperado de <https://bit.ly/3cQZAZP>.

8 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., pp. 513 y 514.

el ataque se dirige propiamente a nivel normativo, mas no a nivel ley. Ello nos arroja una respuesta relacionada con el rol de las normas y su diferencia con la ley, pues resulta inadmisible pretender homologarlas y darles el tratamiento de sinónimos[9].

Para Hurtado Pozo, la ilicitud es "una categoría propiamente penal, pues supone la tipicidad del acto y su carácter antijurídico. Si se considera que la antijuricidad es la no conformidad de la acción con las normas del ordenamiento jurídico, el resultado de tal confrontación solo puede ser la comprobación según la cual el acto es lícito o ilícito"[10].

Para explicar la problemática que afronta la antijuridicidad, Plascencia Villanueva sostiene:

> [P]odemos recurrir a la teoría de las normas de Binding a partir de la cual el autor se enfoca a demostrar que el delincuente no actúa en contra de las leyes penales, sino que concreta lo que la ley penal precisa. Empero, es usual la expresión en el sentido de 'trasgresión' o 'violación' de la ley penal, las cuales tienen sus ventajas, pues nos permite deducir que el sujeto activo viola determinadas proposiciones con su comportamiento. A dichas proposiciones jurídicas, Binding las denomina "normas", siendo estas las que el delincuente transgrede, pues 'la ley que el delincuente transgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente a la ley que dispone la forma de su condena', lo cual resulta lógico por una cuestión de sistemática, dado que el presupuesto de una teoría del delito es precisamente la existencia de tipos penales, los cuales surgen a partir de leyes penales, y solo ante la concreción de los tipos penales puede darse la posibilidad de una culpabilidad, originada como consecuencia de la antijuridicidad, [la] misma que emana del ataque a una norma integrada a un tipo penal contenido en la ley penal.

9 Plascencia Villanueva, *Teoría del delito*, ob. cit., p. 131.

10 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 514.

Entonces, podemos señalar que lo antijurídico se comprende como "la realización del tipo penal objetivo con una carga valorativa"[11].

3. ANTIJURICIDAD FORMAL Y ANTIJURICIDAD MATERIAL

Von Liszt puso en discusión la existencia de una dualidad antijurídica, que él distinguió en *formal* y *material*. Por tanto, existe una doble reprobación jurídica que recae sobre el acto:

a) *Antijuricidad formal*: el acto es "formalmente contrario al derecho", debido a que infringe una norma establecida por el Estado e incorporada al orden jurídico.

b) *Antijuricidad material*: es "materialmente ilegal", porque esa conducta es contraria a la sociedad (antisocial)[12].

No es aceptable una antijuridicidad resultante de la colisión entre un obrar y una norma no legislada. En ese sentido, la noción de lo antijurídico es unitaria y solo es consecuencia del derecho positivo para el contenido del derecho[13].

La antijuridicidad es *formal*, dado que solamente el derecho positivo, a través de la formulación de los tipos y de las reglas especiales de justificación, constituye su fuente, y, por ende, la antijuridicidad solo existe si el hecho ha sido cometido contrariando la norma prohibitiva u ordenadora del pertinente tipo delictivo, sin que concurra una causa de justificación[14]. Así, Politoff Lifschitz señala: "En sentido *formal* [...], la *antijuricidad* representa la relación de contradicción de la conducta con los mandatos y prohibiciones del orden jurídico, o, más precisamente,

---

11 Plascencia Villanueva, *Teoría del delito*, ob. cit., pp. 131 y 132.

12 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, 16.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 256.

13 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., pp. 256 y 257.

14 Núñez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 153.

en *la falta de autorización legal expresa* —causal de justificación— para realizar la conducta típica socialmente dañosa"[15].

En otras palabras, se entiende por antijuricidad formal la oposición del acto con la norma prohibitiva o preceptiva, implícita en toda disposición penal que prevé un tipo legal. Por ejemplo, el "no matar" del delito de homicidio (art. 106 del CP)[16].

Así también, sobre la *antijuridicidad material*, Fontán Balestra señala lo siguiente:

> Aun cuando la tesis de Von Liszt, en el ámbito de las que distinguen entre *norma* y *ley*, ha quedado como un ensayo sociológico superado, le corresponde el mérito de haber indicado el camino para distinguir la existencia de una *antijuridicidad material*, que significa tanto como señalar la materia o contenido de lo antijurídico.
>
> La acción es *sustancialmente antijurídica* cuando, siendo contraria al derecho, *lesiona, pone en peligro o es idónea para poner en peligro un bien jurídico*, según la extensión de la tutela penal a través de la respectiva figura. La ley penal, mediante los tipos, da mayor o menor amplitud a la tutela jurídica, la que va desde la existencia de la lesión efectiva hasta la posibilidad del peligro, acuñando para ello las figuras de lesión o daño, de peligro real o concreto y de peligro presunto o abstracto. También mediante la norma genérica, en la que prevé la punición de los actos de tentativa, la ley crea figuras de peligro[17].

15 Politoff Lifschitz, Sergio; Jean Pierre Matus Acuña y María Ramírez G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., Santiago: Jurídica de Chile, 2004, p. 209. Recuperado de <https://bit.ly/3icMhUs>.

16 Cruz Gonzales, Yarlaque, *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre tobo agravado, en el Expediente N.° 2277-2012-92-1706-JR-PE-01, del Distrito Judicial de Lambayeque-Chiclayo*, tesis para optar el grado académico de licenciado en Derecho, Chiclayo: Universidad Católica Los Ángeles Chimbote, 2016, p. 150.

17 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 257.

Esta antijuricidad *material* comprende el carácter dañino del acto con relación al bien jurídico protegido por la norma legal. Este perjuicio al bien jurídico no solo debe ser comprendido en sentido natural, como producción de un daño a determinado objeto de la acción (por ejemplo, muerte de una persona o daños a una cosa), sino también como contradicción al valor ideal que tutela la norma jurídica (ofensas al honor). En este sentido, como señala HURTADO POZO, la antijuricidad material y la noción de ilicitud se contraponen a la antijuricidad formal. Esta se reduce a la contradicción del acto con la norma[18].

Como advierte FONTÁN BALESTRA, la idea de la *antijuridicidad sustancial* o material tiene como base la función protectora de los bienes jurídicos. De esta manera, penetra en la esencia de la naturaleza de la antijuridicidad, e indaga en la totalidad del derecho positivo para descubrir su contenido y su objetivo. Con ello se alcanza la posibilidad de graduar lo injusto, de acuerdo con la gravedad de los intereses lesionados, al tiempo que se llega al principio del *valor* y *el interés preponderantes* para el derecho en materia de justificación. Así también, el principio de la no contradicción del orden jurídico adquiere singular importancia[19].

Este concepto sigue la idea de que la antijuridicidad tiene un contenido o sustancia real, que no radica en la oposición formal del hecho a una especial norma jurídica[20]. Por tanto, la *antijuricidad material* reside en la *dañosidad social* de la conducta, es decir, la lesión o peligro efectivo en que se ha puesto el bien jurídico protegido por cada norma en específico[21].

---

18 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., pp. 514 y 515.

19 FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 257.

20 NÚÑEZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 154.

21 POLITOFF LIFSCHITZ *et al.*, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, ob. cit., p. 209.

De este modo, la antijuridicidad reside en la falta de adecuación del hecho a determinadas pautas decisorias. Desde el punto de vista subjetivo, la antijuridicidad se vincula a criterios valorativos. En ese sentido, V. Liszt sostuvo que una acción era antijurídica si no se presentaba como el medio adecuado para lograr el fin reconocido como legítimo por el legislador; por su parte, Dhona precisó que no se presentaba como un medio justo para el fin justo; y Mezger se oponía al fin último de todo derecho de satisfacer en la mayor medida conciliable los intereses individuales frente a los de la colectividad. Contrario a ello, el objetivismo creyó hallar la materia de la antijuridicidad en la oposición de la acción a las normas de cultura social, es decir, a las normas de carácter social, moral, religioso, etc., con las cuales la sociedad, mediante prohibiciones y mandatos, exige las conductas convenientes[22].

Hurtado Pozo explica por qué la noción de *antijuricidad material* es de singular importancia en el campo de la política criminal:

> Su influencia práctica es notoria en tres aspectos. En primer lugar, en la interpretación de los tipos legales, lo que permite, por ejemplo, comprender mejor los casos agrupados bajo la denominación 'adecuación social', en los que la acción puede ser en el nivel formal conforme al tipo legal, pero no adecuarse al tipo de delito por su significación respecto a la comunidad (dimensión material). Es el caso, por ejemplo, de los insultos en el ámbito familiar que no lesionan el bien jurídico y, por lo tanto, no son conformes al tipo legal. En segundo lugar, en la individualización de la pena, debido a que, al hacer posible la graduación de la ilicitud, la noción de antijuricidad material facilita la determinación de la culpabilidad del agente. En ambos aspectos resulta importante tener en cuenta la influencia que puede ejercer la intervención de la víctima en la realización del delito o en la intensidad del injusto (en razón a la ponderación de los bienes jurídicos protegidos). En este sentido se pronunció la Corte Suprema en una sentencia [Exp. N.° 4986-97 Lima] determinando que 'quien es responsable de una situación de conflicto

22 Núñez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 154.

> [...] debe soportar la consecuencia de su actuación antijurídica'. Y, en tercer lugar, la influencia práctica de la antijuricidad material se advierte tanto en la comprensión de la índole como de la amplitud de las causas de justificación, en cuanto facilita su apreciación y la posibilidad de admitir otras adicionales a las previstas en la ley[23].

El concepto de la antijuridicidad formal no hace referencia a cuál es la sustancia de un hecho antijurídico, sino que a través del no funcionamiento del principio de la regla-excepción se limita a precisar los casos en que lo es. Pero, más allá de ese formalismo, la antijuridicidad del hecho significa la ofensa que él implica a los intereses sociales receptados por los tipos delictivos. Esa ofensa se traduce en la lesión, de daño o de peligro, del bien jurídico (antijuridicidad objetiva). NÚÑEZ indica: "El 'concepto personal del injusto' elaborado por el finalismo sobre la idea de que lo injusto reside siempre en el 'disvalor de la acción' y solo en los delitos de resultado, también en el disvalor de este, es la consecuencia del trastrueque del soporte material de lo 'injusto' (el hecho), con la razón de ser de su injusticia (la antijuridicidad). En relación al hecho, puede hablarse, por un lado, del 'disvalor de la acción', y por otro, del 'disvalor de su resultado'. Pero eso no es factible en lo que atañe a la antijuridicidad, que no es algo material divisible, sino el resultado del juicio de disvalor sobre la simple acción o sobre ella y su resultado, según sea una u otra la estructura del hecho objeto del juicio"[24].

> La antijuridicidad formal y la antijuridicidad material pueden coincidir en un acto, pero pueden también concurrir separadamente. La lesión o riesgo de un bien jurídico *solo será materialmente contraria al derecho* cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común; esta lesión o riesgo será materialmente *legítima*, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el

23 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., pp. 515 y 516.

24 NÚÑEZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 155.

caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana[25].

Finalmente, sobre el criterio que niega o disminuye la importancia de la distinción entre antijuricidad material y antijuricidad formal, HURTADO POZO indica lo siguiente:

> Si bien es cierto que, en principio, la ilicitud (tipicidad y contradicción con el orden jurídico) como la antijuricidad (ausencia de causas de justificación) son criterios igualmente formales, no hay que olvidar que la primera está condicionada por la mayor o menor intensidad de la acción típica. Ahora bien, es, en efecto, este carácter socialmente nocivo de la acción el que permite graduar su ilicitud. Se trata, en definitiva, de percepciones del mismo hecho, pero desde perspectivas y niveles diferentes; necesarias, puesto que para comprender toda su complejidad se le debe concebir de manera integral. Así, se evita toda confusión pensando, por ejemplo, que se puede afirmar la antijuricidad material de una acción y, al mismo tiempo, negar su antijuricidad formal[26].

4. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación es el género de eximentes más importante. Su eficacia consiste en eliminar el carácter antijurídico de un comportamiento descrito en la ley como delito, para así eximir a su autor de toda responsabilidad penal o extrapenal. JIMÉNEZ DE ASÚA las define como "las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen"[27].

---

25 FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 256.

26 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 516.

27 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 12.ª ed., Buenos Aires: Sudamericana, 1981, p. 284.

La noción de causas de justificación está estrechamente relacionada al concepto de antijuridicidad. En ese sentido, sostener que las causas de justificación excluyen la antijuridicidad, que significa que la conducta se contradice con el ordenamiento jurídico, supone realizar un razonamiento tautológico, porque la voz *antijuridicidad* designa exactamente lo contrario al derecho. Por esa razón, los penalistas nos hemos esforzado por indagar el contenido material de la antijuridicidad.

Bacigalupo Zapater, partidario de la teoría del carácter indiciario del tipo, propone sustituir el concepto de antijuridicidad por el de justificación, de modo que sería antijurídica la acción típica que no esté justificada. Para este autor, la comprobación de la ilicitud de una conducta requiere dos operaciones de subsunción: ilícita es la acción que se subsume bajo el tipo de lo ilícito (lesiona una norma) y no se subsume bajo el tipo de una causa de justificación[28].

Bajo otra óptica, Núñez precisa:

> Cuando se admite que en el sistema del derecho positivo la tipicidad del hecho no determina su antijuridicidad, sino que es un indicio de ella, se acepta también que, en determinadas circunstancias, el derecho positivo no confirma ese indicio. Esas circunstancias [...] son las llamadas causas de justificación o permisos concebidos para cometer en determinadas circunstancias un hecho penalmente típico [...].
>
> [L]as causas de justificación obedecen al principio de que, en el conflicto entre dos bienes jurídicos, debe salvarse el preponderante para el derecho positivo. Esa preponderancia debe extraerse teniéndose en cuenta el orden jerárquico de las leyes [...], mediante la interpretación coordinada de las reglas legales aplicables al caso [...].

28 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 117 y ss.

> Rechazada la idea de que la antijuridicidad tiene una materia o contenido supralegal, tampoco puede admitirse la existencia de causas de justificación de esa índole[29].

La doctrina siempre ha intentado sistematizar las causas de justificación. No solo con la finalidad de fundamentarlas debidamente, sino para enfatizar principios generales comunes a todas ellas que permitan estatuir nuevas causas de esta índole. Así, se distinguen dos clases de sistemas: *el monista y el pluralista*. El primero sostiene que todas las causas de justificación se basan en un único principio. Pertenece a este grupo la llamada teoría del fin (*Zwecktheorie*), en virtud de ello, si la acción constituye el medio adecuado (justo) para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico, no es ilícita. También deben considerarse monistas los sistemas cimentados en la idea utilitarista de "más provecho que daño social" (Sauer) o en el criterio, muy afín a esta idea, de la "confrontación de intereses" (hay que salvar el más importante de los intereses en conflicto) (Noll). En oposición a estas opiniones, los partidarios del segundo sistema fundamentan las diferentes causas de justificación en diversos principios. De este modo, según el caso particular, se consideran de un modo alternado, la "falta de interés", el "interés preponderante", la "confrontación de bienes" y el fin permitido (Jescheck y Wingeid).

En otras palabras, no existe contradicción entre ambos sistemas. Los principios se formulan de manera tan general que pierden importancia en la teoría y práctica.

Con relación a los principios generales, en los problemas reales para sistematizar las causas de justificación, se deben aplicar un criterio polivalente apropiado a las características y funciones de cada uno de estos[30].

---

29 Núñez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 157

30 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 519.

Las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico y no solo la ley penal. Por tanto, "el catálogo de causas de justificación es un *catálogo abierto* (*numerus apertus*), pues el número de las causas de justificación no puede determinarse en forma definitiva. En consecuencia, no solo están previstas en el artículo 20 del Código Penal, sino que pueden ser procedentes de cualquier parte del ordenamiento jurídico, existiendo entre estas y las normas típicas, que solo se dan en el derecho penal, una auténtica relación complementaria"[31]. Por lo tanto, su admisión no significa una violación o abandono del principio de legalidad, puesto que ellas limitan el poder represivo.

4.1. Teorías de la justificación

El sistema de causas de justificación se fundamenta a través de la teoría monista y pluralista.

4.1.1. Teoría monista de la justificación

Para explicar todas las causas de justificación, esta teoría utiliza criterios generales y reduce la fundamentación a un principio único totalmente abstracto. Ejemplo: "más utilidad que daño social" (Sauer), "utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico" (Von Liszt, Graf zu Dhona), "ponderación de valores" (Noll)[32]. Esta teoría afirma que, "para encontrar la estructura y alcances de las causas de justificación en particular, solo sirve un enfoque que

31 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, reimp., Lima: Grijley, 2006, p. 531.

32 Jakobs señala: "Las teorías monistas señalan como principio rector: el empleo del medio adecuado para el fin justo, o la ponderación de valores en el conflicto de valores, o el respeto de la pretensión prevalente a un bien en la situación concreta, o la regulación socialmente conveniente de los intereses o contraintereses. Todo esto no significa nada más que la fórmula del motivo bien fundado". Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 420.

destaque la variedad del contenido material de cada una de las causas de justificación. Estos conceptos generales no permiten una clara distinción entre causas de justificación, por lo que han sido abandonados"[33].

4.1.2. Teoría pluralista de la justificación

La teoría pluralista indica que cada causa de justificación tiene su propio argumento. Al considerar a la naturaleza de lo ilícito como una lesión de intereses, se aceptan principios justificantes como: ausencia de interés (usada por MEZGER para fundamentar el consentimiento) y principio del interés preponderante (estado de necesidad), prevalecimiento del derecho, principio de proporcionalidad, etc. Estas teorías pluralistas tratan de asignar un lugar autónomo en el sistema de causas de justificación al consentimiento. La producción de estos principios ordenadores de base social perfila la antijuricidad material, pues la fundamentan en cada caso de causa de justificación; así también delimitan los bienes jurídicos que son afectados. La combinación de los distintos principios en las diversas causas de justificación "operan como directrices interpretativas para concretar su contenido y permiten ver tanto la estructura de las causas de justificación en particular como su contexto"[34] [35].

De acuerdo a JAKOBS, respecto a las teorías pluralistas, se podrá realizar una clasificación de las causas de justificación en tres grupos:

a) En el primer grupo, la justificación es consecuencia de un comportamiento de organización de la víctima de la intervención. El

33 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 531.

34 *Ibid.*, p. 532.

35 Las teorías pluralistas, en sus expresiones más difundidas, combinan el principio de ausencia de interés y el principio de interés preponderante, o el principio del derecho preponderante (derecho a intervenir, por ejemplo, en la legítima defensa) con el de ausencia de injusto (por ejemplo, el consentimiento). JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., pp. 430 y 431.

fundamento de la justificación cabe denominarlo *principio de la responsabilidad*, o a veces de modo atenuado *principio de ocasionamiento* por parte de la víctima de la intervención. El motivo bien fundado para el comportamiento justificado reside en que la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su comportamiento de organización. [...] [Por ejemplo, en la legítima defensa].

b) El segundo grupo es el *principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención*. El motivo bien fundado reside en este grupo de casos en que la víctima de la intervención la define como beneficiosa o al menos como aceptable. [...] [Por ejemplo: el consentimiento].

c) El fundamento de la justificación en el tercer grupo es el *principio de solidaridad*. Se recurre a la víctima de la intervención en interés de otras personas, sobre todo de la generalidad. [Por ejemplo: supuestos de ejercicio de cargo] [36].

4.2. Causas de justificación según el Código Penal

Las causas de justificación reguladas en nuestro Código Penal son las siguientes: la legítima defensa; el estado de necesidad justificante; el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y la obediencia debida o jerárquica.

4.2.1. Legítima defensa

La legítima defensa es uno de los mecanismos legales que expresan la racionalidad del derecho penal, porque permite la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos del agresor, de modo tal que legítima la capacidad de respuesta violenta del ciudadano colocado frente a una situación de peligro personal o de terceros —con prescindencia de que

36 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 421.

sean familiares o allegados— no provocada suficientemente por acción propia[37].

La legítima defensa es una institución tan antigua como la historia de la humanidad. Tiene la finalidad de excluir el comportamiento delictivo, de modo que exige que este sea necesariamente antijurídico; por tanto, la causa justificará un hecho típico, que traerá como consecuencia, si concurrieran todos sus requisitos, que el sujeto quede exento de pena, conforme lo establece el art. 20.3 del CP[38]; mientras que si faltase alguno de sus elementos —legítima defensa imperfecta—, el juzgador podría disminuir prudencialmente la pena (art. 21 del CP)[39].

La legítima defensa es uno de los pocos y excepcionales casos en los que se podría argüir con toda razonabilidad de que el derecho se hace valer también a través de medios violentos —de ser el caso— que contribuyan a reafirmar la vigencia de la norma. Esta no puede admitir el sacrificio de bienes jurídicos ante la hipótesis de la inacción o no defensa[40].

---

37 Rojas Vargas, Fidel, "La legítima defensa: proporcionalidad o racionalidad de medios", en *Cuadernos Jurisprudenciales*, n.° 23, Lima: mayo del 2003, p. 3.

38 Art. 20 del CP.- Está exento de responsabilidad penal:
[...]
3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:
a) Agresión ilegítima.
b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.
c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. [...]

39 *Vid.* Bramont-Arias Torres, Luis A., "Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa", en *Cuadernos Jurisprudenciales*, n.° 23, Lima: mayo del 2003, p. 7.

40 Rojas Vargas, "La legítima defensa: proporcionalidad o racionalidad de medios", art. cit., p. 4.

Según Vásquez Shimajuko, "la doctrina dominante considera a la legítima defensa como una causa de justificación; sin embargo, hay quienes han sostenido la ilicitud de la reacción defensiva, considerando a esta eximente como una causa de inimputabilidad, como causa de inculpabilidad e, incluso, otros la han equiparado con la idea de retribución de la pena"[41].

El principio de que "la norma solo se aplica incondicionalmente en los casos de normalidad" cede cuando "deben tenerse en cuenta condiciones valorativas", por eso "no se exige una vigencia absoluta [del mandato] en todas las situaciones de conflicto que se den en la realidad"[42]. El ordenamiento jurídico no solamente se compone de prohibiciones sino también de normas permisivas que autorizan realizar hechos, en principio prohibidos por la ley, pero que por causas justificadas son permitidos y, por lo tanto, no punibles. En otras palabras, existen causas que excluyen la antijuricidad y convierten el hecho típico en uno perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico[43], uno de estos es, precisamente, la legítima defensa.

Sobre la naturaleza de la legítima defensa, Muñoz Conde precisa:

> Durante mucho tiempo estuvo confundida con las causas de exculpación, planteándose como un problema de miedo o de perturbación del ánimo en el que se defiende al ser objeto de un ataque. Pero en la medida en que la defensa sea una respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera que sea la actitud anímica del

41 Vásquez Shimajuko, Carlos, "Las agresiones extrapenales en la legítima defensa", en *Cambio Social*, año 2, n.° 6, Cajamarca: enero-marzo del 2002. Recuperado de <https://bit.ly/3pZAmwg>.

42 Donna, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*, t. II, Buenos Aires: Astrea, 1995, pp. 127 y 128. Recuperado de <https://bit.ly/2LHcZsq>.

43 Academia de la Magistratura, *Serie de Jurisprudencia 3. Sentencias de derecho penal y de derecho procesal penal*, Lima: AMAG, 2000, p. 271. *Vid.* Sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Junín, de 17 de septiembre de 1996, recaía en el Exp. N.° 1655-91.

> que se defiende, existe una auténtica causa de justificación que legítima el acto realizado[44].

La doctrina y la jurisprudencia trata pacíficamente a la legítima defensa como una *acción meramente impune*, considerándola una *causa de justificación*, un tipo permisivo que elimina la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico, cuya naturaleza deriva en la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos. Esta institución se diferencia del estado de necesidad en el elemento colectivo de defensa y en la afirmación del orden jurídico del que carece el segundo, también porque el estado de necesidad trabaja con la idea del interés preponderante a diferencia de la causa de justificación.

Existen autores que consideran a la legítima defensa un derecho, ya que no es posible exigir a la persona que se defienda ante la agresión ilegítima cuando decide huir o retirarse, siendo su elección de defenderse, jurídicamente inobjetable. Al respecto, cabe precisar que la doctrina penal, como hemos indicado, considera a esta figura jurídica como una causa de justificación, mientras en el derecho constitucional es considerada un derecho fundamental de la persona[45].

En ese sentido, Muñoz Conde y García Arán señalan lo siguiente:

> [L]a importancia y trascendencia que tiene conceder a una persona derechos que incluso se niegan al Estado (por ejemplo, matar a otra persona [por medio de la figura jurídica de la legítima defensa]), impone la necesidad de limitar ese derecho individual a casos o situaciones realmente excepcionales[46]. En la medida en que puedan operar eficaz-

---

44 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 365 y 366.

45 Artículo 2 de la Constitución Política de 1993
Toda persona tiene derecho:
[...]
23. A la legítima defensa

46 Requisitos de la legítima defensa (según el inciso 3 del artículo 20 del Código

mente otros mecanismos jurídicos protectores, el derecho a la defensa cede. No hay, pues, un principio de prevalencia del derecho a toda costa frente a la injusta agresión, y, en todo caso, ese principio tiene que ser compaginado o matizado por otros principios informadores de las causas de justificación, como el de proporcionalidad, ponderación de intereses, etc.; también debe tenerse en cuenta que la pluralidad de situaciones y la tensión y el dramatismo que suelen envolver los casos de legítima defensa dificultan una solución nítida de los mismos, siendo a veces difícil de distinguir dónde terminan los límites de la justificación y comienzan los de la exculpación. Por otra parte, la legítima defensa, aunque suele estudiarse como las demás causas de justificación en la teoría general del delito, se plantea sobre todo en el homicidio y en las lesiones, por lo que a la hora de interpretar sus requisitos deben tenerse en cuenta las particulares circunstancias que rodean [...] [a este tipo de delitos, como son la] violencia, la inseguridad ciudadana, la agresividad, las riñas, etc. [47].

De este modo, la doctrina penal moderna se dirige hacia una cierta restricción de la legítima defensa. Recientemente se viene ofreciendo una fundamentación exclusivamente individual a la facultad de defensa, la que es legitimada en la necesidad de "auto imposición de la propia libertad organizativa frente a comportamientos directamente encaminados a negarla. Por eso, el deber de tolerar la acción defensiva se basa en la responsabilidad por el propio comportamiento originador de riesgos para terceros"[48].

Penal):

a) Agresión ilegítima.
b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para su defensa.
c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa

47 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 366.

48 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 537.

A. Requisitos de la legítima defensa

Para la defensa necesaria que hace un sujeto con la finalidad de contrarrestar un ataque se requiere que existan las condiciones siguientes:

— Agresión ilegítima.

— Necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión ilegítima.

— Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

a. Agresión ilegítima

En principio, se presume la existencia de una determinada situación de necesidad; entendiéndose la agresión como la acción generada directamente por un ser humano y animales u objetos bajo vigilancia o dirigidas por el primero. Por tanto, si el dueño de un pitbull le ordena a este que ataque a un sujeto se admite la agresión como humana y la legítima defensa, puesto que en este caso el animal es empleado como un instrumento destinado para el ataque.

La agresión ilegítima tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente protegido[49]. Para que concurra esta condición se exige doctrinariamente lo siguiente[50]:

— *En cuanto a su naturaleza*, la agresión ilegítima tiene que representar un *peligro real*, no podrá ser imaginario, ya que estaríamos ante una legítima defensa putativa (que es una causal de exculpación), en la que el sujeto creería por error que se dan los requisitos de la legítima defensa de manera objetiva.

— *En cuanto a su calidad*, la agresión ha de ser *ilegítima*, esto es, que el agredido no debe encontrarse jurídicamente obligado a

49 La ilicitud supone la antijuricidad de la acción agresora.

50 *Vid.* Bramont-Arias Torres, "Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa", art. cit., p. 8.

soportar la agresión. Es importante que esta conducta sea antijurídica, mas no típica. La antijuricidad de la agresión debe suponer necesariamente tanto un desvalor de acción como de resultado, por lo que si la agresión resulta amparada por una justificante no será ilegítima. Es inaceptable la legítima defensa contra las conductas conformes a derecho.

— *En cuanto a su oportunidad*, la agresión ha de ser *actual o inminente*, como se deduce tácitamente del texto legal, donde se habla tanto de repeler la agresión como de impedir el daño. Esta agresión debe ser actual, implica que el ejercicio de la defensa debe efectuarse dentro del mismo tiempo de la agresión, es decir, que esta debe interrumpir la ejecución del hecho agresivo antes que el ataque quede consumado[51]. No puede haber legítima defensa después de haber terminado la respectiva agresión, de lo contrario estaríamos situándonos ante un abuso de derecho, que podría transformarse en venganza o justicia por propia mano. Asimismo, el ataque deberá ser inminente cuando la resolución del agresor sea irrevocable respecto a su inicio; no podría llamarse inminente aquella acción jurídicamente imposible, así pues, una persona no podría agredir a otra con un mazo de plástico para piñata (no existiría agresión si esta es una tentativa inidónea).

— *En cuanto a los bienes defendibles*, la ley no los distingue, por lo que puede ser cualquier bien perteneciente al agredido o a un tercero, y puede tratarse de cualquier interés reconocido jurídicamente.

La agresión ilegítima puede ser dolosa o imprudente; en todo caso, lo que importa es la manera cómo reacciona el sujeto en relación con el deber de cuidado. Por ejemplo, es imprudente cuando el chofer de una combi, por competir con otra, aumenta la velocidad del vehículo, más

51 Momethiano Santiago, Javier Y., *Lecciones de derecho penal. Legítima defensa*, Lima: Ediciones Legales, 2005, p. 42.

allá de los límites establecidos, poniendo en riesgo la vida de los pasajeros, pues se encuentra a punto de chocar con un poste de alumbrado eléctrico; en este caso, si uno de los pasajeros golpea al conductor con la intención de tomar el vehículo para evitar el impacto, el estado de necesidad defensivo será admitido como modalidad de legítima defensa en sentido restringido, puesto que el estado de necesidad defensivo no se encuentra preceptuando de forma expresa en el art. 20 del CP.

No existirá agresión ilegítima ni legítima defensa cuando haya ausencia de acción[52], ya que la persona no podría dirigir sus propios actos (no existiría acto voluntario de parte del agente frente a la víctima). Por ejemplo, cuando la persona es empujada por otro y producto de ello lesiona a un tercero.

Si la agresión es realizada por inimputables —menores de 18 años o enajenados mentales—, la legítima defensa se flexibiliza. El contexto de respuesta exige, de acuerdo al sentido común, que la respuesta ajustada a la situación concreta trate de evitar la lesión de bienes jurídicos del agresor excepcional (el esquivamiento, la huida o retirada deben realizarse, en caso de ser practicables).

Generalmente, la agresión consiste en una acción, pero también puede consistir en una omisión si, sobre la base de un deber jurídico de actuar, se equipara a una acción activa. Por ejemplo: en el caso de la madre que deja de alimentar a su hijo[53]; el caso del médico que omite prestar auxilio inmediato a un herido a quien encuentra en una carretera (omisión propia, art. 127 del CP)[54], o el caso del sujeto que intencionalmente omite llamar o detener a su perro que ataca (omisión impropia).

52 Como es el caso de la fuerza física irresistible, los actos reflejos y los estados de inconsciencia.

53 Bramont-Arias Torres, "Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa", art. cit., p. 8.

54 Artículo 127 del Código Penal
El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave o in-

b. Necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión ilegítima

La defensa es aquella conducta dirigida a rechazar la agresión. Se exige que la defensa sea necesaria: *indispensable e ineludible*. En otras palabras, el ataque del cual es víctima el sujeto debe ser inevitable por otro medio menos lesivo. Al respecto, PLASCENCIA VILLANUEVA indica:

> El tema de la inevitabilidad resulta preciso analizarlo a la luz de las condiciones objetivas presentes en el momento del ataque, así como en los elementos cognoscitivos del agredido, los medios de que disponía en el momento para evitar la agresión, del tiempo en que se sufrió y del lugar de la agresión, es decir, los elementos objetivos y subjetivos que se presenten al momento en que se ejerce la defensa[55].

Necesaria es toda *defensa idónea*. Ello significa que la defensa debe ser la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. El defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor; por ejemplo: quien pueda repeler al agresor con puños o a patadas no puede usar un cuchillo o un revólver; y quien pueda intimidar al agresor amenazándole con un arma contundente o de fuego, o mediante un disparo de advertencia, no puede disparar sin más. Al respecto, JAKOBS señala lo siguiente:

> El defensor está justificado cuando elige, de entre los medios apropiados para la defensa, el que comporta la *pérdida mínima para el agresor*. La defensa permitida no se corresponde fijamente con una agresión determinada, sino que depende de la fortaleza del autor y víctima, de las perspectivas de resultado y de los medios defensivos disponibles,

---

minente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa.

55 PLASCENCIA VILLANUEVA, *Teoría del delito*, ob. cit., p. 143.

> en cuyo empleo la defensa necesaria puede ser distinta a la igualdad de agresión por lo demás, pues no importa la proporcionalidad de los bienes afectados[56].

Ahora bien, el principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo; por tanto, no es preciso arriesgarse a luchar con los puños si no se está seguro de poder salir sin heridas; y tampoco es preciso efectuar un disparo de advertencia cuando sea posible, si no se tiene éxito, ser víctima de la agresión. El criterio de prevalencia del interés legítimo protegido con la acción de respuesta lesiva pertenece igualmente al ámbito textual de la necesidad racional de la defensa[57].

La necesidad de la defensa supone dos requisitos[58]: i) que la agresión ilegítima sea actual e inminente; y ii) que la agresión ilegítima sea peligrosa, es decir, la defensa es necesaria cuando puede esperarse con seguridad la conclusión inmediata de la agresión y garantiza la eliminación definitiva del peligro.

Al respecto, VILLAVICENCIO TERREROS sostiene:

> La defensa [...] debe ser racional, es decir, la adecuada para impedir o repeler la agresión. [...] Lo racional "hace suficiente una necesidad aproximada, no estricta para cualquier persona de las características del autor colocada en su situación en el momento de defenderse (consideración *ex ante*)". En este sentido debe tenerse en cuenta la totalidad de circunstancias que concurrieron al hecho, las circunstancias que rodearon a la agresión y a la defensa: intensidad del ataque, peligrosidad del agresor y de su actuar, y medios disponibles para la defensa. Ejemplo:

---

56 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 472.

57 ROJAS VARGAS, "La legítima defensa: proporcionalidad o racionalidad de medios", art. cit., p. 5.

58 BRAMONT-ARIAS TORRES, "Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa", art. cit., p. 8.

> será racional aquella defensa del que es agredido con un puñal si lo único que tenía para defenderse era un arma de fuego. La exigencia de la racionalidad de la defensa permite excluir aquellas conductas supuestamente defensivas que son abusivas, grotescas, insoportables o innecesariamente desproporcionadas. Ejemplo: dar muerte al ladrón que huía en el conocimiento de que la cartera que había sustraído estaba vacía[59].

La racionalidad del medio señalado en el parágrafo b) del art. 20.3 del CP no está referida solo al medio empleado por el agresor, sino también a las posibilidades de defensa del agredido[60]. Esta se manifiesta en la reacción defensiva y no solo en los instrumentos empleados —tipo de medio o su utilización— con ese fin. Claro está, si el atacado dispone de distintos medios para reaccionar, es necesario que utilice el menos grave o menos lesivo de ellos, dentro de los que sean suficientes para evitar o repeler la agresión[61]. Desde una perspectiva sistemática, no cabe sino entender que la racionalidad debe alcanzar todo el ámbito de la defensa; por ejemplo: ante el ataque de un niño de siete años con los puños, no hay necesidad racional de defensa propiamente dicha, basta esquivarlo. De este modo, se requiere verificar tanto la *necesidad en abstracto de la defensa* (si la agresión ilegítima pone en peligro a la persona o derechos propios o ajenos) como la necesidad del medio defensivo concretamente utilizado (*necesidad en concreto de la defensa*)[62]; esta diferenciación es "importante porque si falta la necesidad de defensa en abstracto o en concreto, habrá que descartar una legítima defensa perfecta (podría ser la una eximente incompleta, artículo 21 del Código Penal). Ejemplo: frente

59 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 542.

60 *Vid.* Quintero Olivares, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Cadecs, 1996, p. 394.

61 Caro Coria, Dino C., "Legítima defensa", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado. Título preliminar. Parte general*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 683.

62 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 435.

a la agresión inofensiva de un ebrio, en la que no existiría necesidad de defensa y bastaría con esquivar la agresión"[63].

No hay que entender el *medio* en su sentido gramatical, solo como instrumento, sino como todo aquel procedimiento lo racionalmente necesario y con la eficacia suficiente para poder neutralizar la agresión. No es lo mismo la defensa de un luchador profesional que la defensa de un anciano con escasas posibilidades. *La peligrosidad de la agresión* se constituye en un límite de la necesidad del medio, en definitiva, no habrá que disparar mortalmente para evitar el daño de un vehículo. La racionalidad habrá que relacionarla y medirla con la necesidad, por ejemplo: un atracador utiliza una navaja filuda, la que maneja diestramente, mientras que el agredido solo cuenta en su poder con un arma de fuego, este último no podrá obviarla y pedir al agresor que lo espere hasta conseguir una navaja, lo coherente será que utilice el arma, pero solo de la manera necesaria para conjurar el peligro. Sin duda, la racionalidad del medio no habrá que comprobarlo *ex post*, sino habrá que evaluarla al momento de los hechos (*ex ante*), cuando el hombre actúa y según la representación que él tiene en ese momento; a pesar de que *a posteriori* se compruebe que el medio no era racional, podrá admitirse la legítima defensa.

Para ejercer la defensa no son necesarias utilizar las medidas inadecuadas, las cuales tampoco están justificadas. La legítima defensa no es un castigo; quiere decir que no es que el agente sea indigno de utilizar esta medida mínima en la defensa, sino que la legítima defensa sirve únicamente para la protección de bienes y más allá de esta es inadmisible. En esta causa de justificación se puede diferenciar el *exceso extensivo* del *exceso intensivo*, el primero es un exceso en la duración (tiempo) de una defensa necesaria, y el segundo es un exceso en la intensidad lesiva de la defensa que dada la agresión debía ser menor. El exceso extensivo excluye

63 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 544.

toda forma de legítima defensa, mientras el exceso intensivo permitiría la eximente incompleta (art. 21 del CP)[64].

En síntesis, la necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión ilegítima significa que la defensa debe ser razonable, aproximada y debe considerar las circunstancias del caso. En otras palabras, la agresión debe ser adecuada para repeler o impedir la agresión[65]. El que se defiende puede usar el medio que sea necesario para impedir o repeler la agresión, pero no puede ir más allá de lo estrictamente necesario para el fin propuesto; debe recurrir al medio menos lesivo de los que estén a su alcance. Es preciso indicar que la acción de legítima defensa, aparte de ser objetivamente necesaria y racional, debe ser guiada, en el *aspecto subjetivo*, por la *voluntad de defensa*.

c. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende

La provocación es una acción u omisión anterior a la agresión. No es necesario que la acción esté dirigida a desencadenar la respuesta agresiva. Cuando hablamos de provocación nos referimos al comportamiento del "presunto defendido" que induce o motiva la agresión. Tiene que tratarse de una provocación de cierto peso, es decir, "suficiente" de acuerdo al concreto medio social en que se da el comportamiento; por ejemplo: en determinados ambientes sociales, el mirar fijamente a un desconocido se considera altamente ofensivo o molesto. En tal sentido, la valoración de este requisito, según NEWMAN, "requiere considerar, entre las partes, su grado de cultura y las costumbres ambientales"[66].

---

64 MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 436.

65 PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. y Kelly SANTILLÁN LÓPEZ, "Presupuestos de la legítima defensa en el Código Penal peruano", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 14, Lima: agosto del 2010, p. 49.

66 NEUMAN, Elías, *Victimología*, Buenos Aires: Universidad, 1984, p. 87.

Solo la provocación suficiente es la que coloca al agente fuera del cuadro de la legítima defensa, es decir, aquella que basta para conseguir un fin o un resultado; por ejemplo, no lo es la simple broma o el displicente silencio. La provocación no será suficiente sino cuando explique, de una manera cumplida y satisfactoria, la agresión misma[67]. Si la agresión rebasa la gravedad de la provocación, el provocador puede invocar la legítima defensa. No se considera provocación suficiente el hecho de que el agredido emplee su arma de fuego y con ella realice disparos al aire con la finalidad de evitar que sus agresores hurten autopartes de su vehículo[68].

4.2.2. Estado de necesidad justificante

El estado de necesidad justificante es "un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente se puede conjurar por lesión de intereses legítimos"[69] ajenos y que no dan lugar a una legítima defensa, ni al ejercicio de un deber. "El agente se ve 'obligado' a elegir una conducta típica que lesiona el bien jurídico de menor valor"[70]. Así, existe un interés preponderante, justificándose el sacrificio de otro bien jurídico, por lo que se excluye de esta forma la antijuricidad[71]. Debe remarcarse que "el agente no habría podido realizar un comportamiento distinto; además, no debe estar obligado jurídicamente a afrontar el trance y, por supuesto, tampoco debe haber provocado la situación. Quien pone deliberadamente en peligro un bien jurídico está realizando ya una conducta

67 Bramont-Arias Torres, "Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa", art. cit., p. 9.

68 Pérez Cepeda, Ana I., "La victimología en el derecho penal", en Reyna Alfaro, Luis M. (coord.), *Victimología y victimodogmática*, Lima: Ara Editores, 2003, pp. 76 y 77.

69 Bramont-Arias Torres, Luis M., *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Eddili, 2002, p. 285.

70 *Loc. cit.*

71 Maurach, Reinhard y Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general I. Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible*, 7.ª ed., trad. por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 468 y ss.

antijurídica cuya evitación no puede permitirse a costa de lesionar otro interés positivamente valorado por el derecho"[72].

Al respecto, se podrían citar los siguientes ejemplos de estado de necesidad justificante: el caso del misérrimo padre de familia que sustrae de la vitrina de una farmacia una caja de aspirinas para combatir la elevada fiebre que aqueja a su menor hijo; el farmacéutico que en lugar de bicarbonato de sodio entrega por equivocación cianuro a un cliente y que, al advertir su error cuando este ya se ha retirado de la farmacia, utiliza sin permiso un automóvil ajeno para impedir que el comprador ingiera el veneno; el galeno que opera a una persona en inminente riesgo de muerte, aunque la familia del enfermo se oponga; el conducir un vehículo a velocidad excesiva, contra el tráfico o sin brevete, para salvar la vida a una persona herida.

En un sentido amplio, el estado de necesidad puede ser definido como una situación de peligro en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente[73]. En el estado de necesidad el bien lesionado y el bien preservado son protegidos de la misma manera por la ley, y el titular del bien jurídico que ha sido perjudicado es un tercero ajeno a la situación de peligro.

El estado de necesidad justificante va a eliminar la antijuricidad del acto típico convirtiéndolo en un acto legítimo tutelado por la ley. Con respecto al conflicto de intereses y deberes que subyace en las situaciones de estado de necesidad, existen las denominadas *teorías unitarias o monistas,* que le asigna a tal supuesto la naturaleza de causa de justificación, o bien siempre de causa de inculpabilidad; frente a otro sector, mayoritario, que de acuerdo con la *teoría dualista,* distingue el supuesto de conflicto

72 Bramont-Arias Torres, Luis M., *Manual de derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 285.

73 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 450 y ss.

entre intereses desiguales, en cuyo caso se estaría ante un supuesto de justificación-estado de necesidad justificante[74].

La doctrina mayoritaria considera al estado de necesidad justificante como una causa de justificación[75] en la medida en que se den realmente los presupuestos objetivos (existencia real del peligro inminente) y los subjetivos (conocimiento por parte del agente de la situación de peligro y la voluntad de evitar el mal grave o salvar un bien jurídico mayor, propio o ajeno; por ejemplo: robar un pan para no morir de hambre). De esta forma, "el necesitado tiene derecho a solventar el conflicto de bienes, salvaguardando el superior, aun a costa del sacrificio del interés jurídico de entidad menos considerable"[76]; por ejemplo, si ante el ataque ilegítimo de que alguien es objeto por parte de una banda de asesinos, fuga a través de una plantación de rosas, destruyéndolas, le amparará el estado de necesidad justificante; el bien dañado y el salvado son de valor desigual; el derecho, al sopesarlos, se inclina en favor del más importante, que en el caso señalado sería la vida, pues está por encima del patrimonio.

Los supuestos en los que se baraja la posible aplicación de un estado de necesidad justificante siempre tendrán como base un conflicto o colisión de intereses.

A. Requisitos del estado de necesidad justificante

De la regulación legal de esta causa de justificación pueden derivarse los siguientes requisitos:

— Situación de necesidad

---

74 *Vid.* Arias Eibe, Manuel J., *Responsabilidad criminal: circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch, 2008, pp. 105 y 106.

75 Las causas de justificación son aquellas que eliminan la antijuricidad del acto realizado y convierten al acto típico en un acto lícito acorde al derecho.

76 Jiménez de Asúa, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, ob. cit., p. 304.

— Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado
— Empleo de un medio adecuado para vencer el peligro
— Inevitabilidad

a. Situación de necesidad

La situación de necesidad implica un peligro en el que el sujeto involucrado se enfrenta a la necesidad de lesionar típicamente un bien jurídico para salvar otro. Esta situación es decisiva porque da origen a la eximente, sin ella no puede darse la causa de justificación; por ejemplo, quien por hambre se apodera de una oveja que no le pertenece y lo hace después de haber intentado conseguir alimento por otras vías, como la mendicidad, el trabajo, etc.

JAKOBS sostiene que "el peligro es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión del bien no es improbable de acuerdo con el curso causal que se ha de esperar". Cuando la ley exige que un bien se halle en peligro, significa que su titular debe encontrarse en una situación en la que uno de sus bienes jurídicos puede resultar perjudicado. "El peligro solo es relevante para un estado de necesidad si sobrepasa el riesgo vital general[77] [...]. [N]o es necesaria una probabilidad preponderante (o alta) de desenlace fatal"[78]. El pronóstico de peligro para el bien jurídico concernido ha de realizarse objetivamente *ex ante* (antes del hecho); el juicio de apreciación debe ser formulado por un tercero según los conocimientos que, en el momento de la acción, se tenga de los factores presentes o con los que debería contarse en relación con la experiencia común. En ciertos casos, sin embargo, será necesario recurrir a expertos. Según MIR PUIG, "para decidir si concurre la probabilidad inminente

77 No importa la intensidad del riesgo, desde que existe un peligro mínimo de probabilidad de que se produzca un daño.

78 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 500.

[de peligro], el juez debe retrotraerse al *momento en que actuó* el agente (*ex ante*) y enjuiciar la situación según lo haría una persona *prudente* [un hombre medio] con sus conocimientos"[79].

La ley exige la existencia de un *peligro actual* para los bienes jurídicos. Pues bien, el peligro importa una situación en virtud de la cual la lesión de intereses jurídicos se presenta como probable. Este puede provenir de un suceso de la naturaleza (como un tornado que genera la necesidad de penetrar en un domicilio ajeno), de sucesos de animales (como el ataque de un perro rabioso), de un hecho proveniente de una conducta humana, bien sea típica (como el incendio de una vivienda, provocado intencionalmente, que lleva inevitablemente a un sujeto a romper los vidrios de una ventana para escapar) o no (como el incendio de los sembríos cosechados, provocado por un campesino con la finalidad de iniciar la siguiente temporada y pone en peligro la vida de unos niños que juegan entre los altos matorrales), e, incluso, el peligro puede ser generado por supuestos de ausencia de conducta (como el ataque de un epiléptico dentro de una sala de operaciones y que está a punto de desplomarse sobre un artefacto que ayuda a respirar a un paciente)[80].

La fórmula 'peligro actual' debe ser interpretada con cierta amplitud. Hurtado Pozo precisa:

> En primer lugar, significa que el desarrollo del suceso se dirige de manera inmediata a la producción del resultado [...]. Por ejemplo, en caso de un incendio, el peligro es inminente cuando el fuego no ha alcanzado aún las proporciones que lo caracterizan, pero las circunstancias muestran que hay riesgo serio de que próximamente se produzca un perjuicio. La intervención puede tener lugar de manera inmediata, puesto que con posterioridad podría resultar muy problemática, en el sentido de

79 *Vid.* Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 474.

80 *Vid.* Vásquez Shimajuko, Carlos, "Estado de necesidad justificante", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado. Título preliminar. Parte general*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 697.

> que la amenaza sería conjurada con mucha dificultad. No es necesario, entonces, que la persona, por ejemplo, esté por sufrir efectivamente una lesión grave.
>
> [...] [E]l peligro también es actual cuando la situación riesgosa perdura y puede, aun cuando no de manera determinada, dar lugar a un daño. Por ejemplo, el estado ruinoso de un edificio, o el hecho de aterrorizar a una persona mediante actos de hostigamiento y violencia[81].

Con relación a los bienes jurídicos susceptibles de ser amparados bajo el estado de necesidad justificante, estos no están restringidos a la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico individual, aunque así lo exija una interpretación analógica del precepto; debe entenderse que dicha enumeración es meramente enunciativa. Bajo el estado de necesidad justificante no solo pueden protegerse bienes individuales, sino también bienes jurídicos colectivos; no es indispensable que los bienes estén protegidos por el derecho penal, es suficiente que gocen de reconocimiento o protección por parte de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no procede el estado de necesidad frente a conductas justificadas. De lo contrario, se caería en una inadmisible situación en la que quien ampara un estado de necesidad puede ser repelido por otro que actúa bajo la misma eximente, lo que ocasionaría que se caiga en un círculo vicioso en el que la solución del conflicto pesaría en las manos del más fuerte[82].

Los bienes jurídicos involucrados en una situación de necesidad no solo pueden ser propios, sino también ajenos; serán de una persona natural, jurídica o, incluso, del Estado. Esta es una de las características que diferencian esta causa de justificación con la legítima defensa, que no podría amparar bienes jurídicos colectivos.

---

81 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 550.

82 Vásquez Shimajuko, "Estado de necesidad justificante", art. cit., p. 698.

b. Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado

La ponderación de los bienes involucrados en la situación de necesidad no debe limitarse al valor abstracto de ellos —que viene referido por las penas previstas en los tipos penales en concreto—[83], sino que también es necesario tener presente las diferentes particularidades de la situación, como la intensidad de la afectación de los bienes jurídicos; es decir, si estos solo han sido puestos en peligro o, por el contrario, están siendo lesionados, también la proximidad y gravedad del peligro (actuará justificado quien a excesiva velocidad conduce al hospital a un herido que morirá si no es atendido inmediatamente)[84], la importancia social de los bienes en conflicto (excluyendo este criterio se llegaría a soluciones materialmente injustas y no acordes con la realidad social; así, frente a la destrucción de la vivienda de un pobre campesino y la cabaña de un multimillonario, será preferible dañar esta última), la idoneidad de la acción salvadora, la finalidad perseguida por el agente, la irreparabilidad o no de la lesión, si el peligro proviene o no del sujeto afectado con la acción salvadora, etc.[85] En muchas ocasiones, la pena conminada para determinados ilícitos varía de acuerdo a las modalidades de su comisión, a la gravedad de la culpabilidad e, incluso, a decisiones político-criminales o coyunturales, por eso no debe limitarse la ponderación de bienes jurídicos solo a la sanción que les correspondería.

Sobre este segundo requisito, HURTADO POZO señala:

> También se protege el interés preponderante cuando el agente descarta un peligro concreto creando un peligro abstracto. Es decir, cuando causa un mal menor con la convicción de que, si se abstiene de actuar, se producirá con mucha probabilidad un resultado más grave. Así, el que conduce un automóvil en estado de ebriedad (art. 274 [del CP])

83 Las penas amenazadas en la legislación penal no son sino un indicio a los efectos de la determinación de la jerarquía de los bienes.

84 VÁSQUEZ SHIMAJUKO, "Estado de necesidad justificante", art. cit., p. 700.

85 *Ibid.*, p. 699.

> para transportar a un lesionado (peligro para la integridad corporal o la vida). La duda surge, sin embargo, cuando se piensa que el conductor ebrio pudo haber escogido otro medio para neutralizar el peligro: por ejemplo, solicitar auxilio a la policía o los servicios de un taxista. También actúa lícitamente el conductor que, para alertar al chofer del coche que le precede del mal estado de una de sus ruedas, sobrepasa el límite de velocidad; el médico que no respeta la luz roja para poder llegar a tiempo y poder atender a una persona herida de gravedad; o quien le quita al propietario las llaves de su automóvil para impedirle conducir en estado de embriaguez. Sin embargo, sobre todo en los casos referentes a la circulación, hay que asegurarse [de] que el comportamiento del agente no cree un peligro concreto respecto a terceros[86].

La ausencia de provocación de la situación también debe ser incluida para la ponderación de los intereses. Ello constituye la dignidad humana, una referencia ineludible. La provocación debe estar referida al peligro y no a la preordenación de una situación en que se presente como inevitable la protección de un bien jurídico a costa de otro de menor valor, ya que ambas implican diferentes niveles de desvaloración.

En los casos de estado de necesidad, en los que se salvan bienes jurídicos propios, el provocador siempre será el necesitado. En los supuestos de estado de necesidad en el que se salvaguardan bienes ajenos, el provocador ha de ser quien realiza la conducta típica salvadora de intereses ajenos, pues solo de esta manera se arribarían a soluciones más justas. Al respecto, se presentan dos soluciones problemáticas: por un lado, quien protege el interés de mayor valor en una situación de peligro que ha sido provocado por el tercero beneficiado (un sujeto que sin saber nadar penetra en las aguas profundas de un río y está a punto de perecer ahogado, pero es salvado por otro que hace uso de un bote ajeno); y, por otro, quien protege un bien jurídico de un tercero en una situación de peligro generada por él mismo (un sujeto arroja a un profundo lago

86 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., pp. 555 y 556.

a otro que carece de conocimientos de natación, y toma un bote ajeno para salvarlo, luego de que los hechos han escapado de su control). En la primera situación, la conclusión es la apreciación de una eximente plena; en la segunda hipótesis, considerar antijurídica y prohibida la conducta salvadora (el uso del bote ajeno) a favor de quien nada tiene que ver con la provocación resulta, a todas luces, insatisfactorio, pues ello ocasionaría que el sujeto provocador se abstenga de proteger el interés en peligro; declarar conforme a derecho e impune la conducta salvadora que supone la lesión de un bien jurídico tampoco es acertada, pues la situación de peligro es imputable a la conducta del agente. La solución correcta discurre por la sanción de la conducta generadora del peligro (exposición de personas en peligro)[87], mas no por el comportamiento típico salvador[88]. El provocador que no ha logrado su cometido, que se ampara maliciosamente en un estado de necesidad, no puede ser medianamente justificado, porque su conducta es plenamente antijurídica.

La obligación de soportar ciertos riesgos derivados del ejercicio de determinadas profesiones u oficios también es un criterio a tener en cuenta en la ponderación. Por ejemplo: el bombero no debe rehuir a su obligación de salvar vidas, a pesar de que señale la existencia de un peligro para su vida o integridad física; el agente de policía debe asumir el riesgo de que un delincuente responda violentamente a su detención; etc.[89] Dichos sacrificios hallarán sus límites en los preceptos jurídicos que regulan su ejercicio y en lo exigible para cada función.

---

87 Artículo 125 del Código Penal
El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

88 Vásquez Shimajuko, "Estado de necesidad justificante", art. cit., pp. 701 y 702.

89 *Ibid.*, p. 702.

La elección del mal menor o el sacrificio de los intereses menos importantes a favor de los más importantes son pautas o principios ordenadores de la convivencia humana que deben ser considerados en el caso concreto para valorar globalmente si la acción realizada estuvo en los márgenes jurídicamente correctos. Pero el estado de necesidad justificante no puede ser utilizado como la panacea justificativa de todos los conflictos entre bienes jurídicos. Por ejemplo, quien secuestra un avión de pasajeros para escapar de la persecución política en su país no puede invocar el estado de necesidad justificante frente a los pasajeros inocentes[90]. En algunos casos, el estado de necesidad se emplea como sustituto de la legítima defensa para justificar la protección de bienes jurídicos frente a ataques de inimputables o frente a actuaciones de quienes creen razonablemente que están siendo atacados y lesionan a un tercero inocente[91].

c. Empleo de un medio adecuado para vencer el peligro

El art. 20.4.b del CP cuando señala "emplee un medio adecuado para vencer el peligro" se refiere a los instrumentos y modos de actuar a los que recurre el agente para descartar los riesgos que corre uno de sus bienes jurídicos[92].

Un sector de la doctrina sostiene que de la regulación del estado de necesidad justificante se deducen dos niveles de valoración: por un lado, la ponderación de los intereses en juego y, por otro, la valoración ético-social de la acción salvadora. En este segundo nivel valorativo se determinaría si la conducta de quien obra en estado de necesidad justificante es conforme o adecuada a las concepciones valorativas reconocidas

90 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 374 y 375.

91 *Ibid.*, p. 375.

92 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 561.

por la comunidad[93]. La cláusula del medio adecuado garantiza al Estado de derecho en sentido formal frente a la libre optimización de la utilidad mediante la ponderación de intereses. "La realización del acto típico debe ser el medio para evitar el peligro, no existiendo para ello un camino menos lesivo. El bien jurídico salvado debe ser mayor al que se sacrifica"[94].

La acción realizada en estado de necesidad solo será justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial. Es decir, tiene que haber una marcada distinción a favor del interés que se salva. Sin embargo, la comparación de bienes o intereses no autoriza la realización de acciones que afecten bienes individuales como, por ejemplo, extraer un riñón a uno para trasplantarlo a otro a quien se le salva la vida. En este caso, la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, pero el límite frente a los bienes individuales excluye la posible aplicación del estado de necesidad justificante. La razón de esta limitación reside en que la acción necesaria en el estado de necesidad debe constituir un medio adecuado socialmente[95] [96].

En otras palabras, la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere, además, de un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses. En todo caso, la diferencia valorativa de los intereses en juego debe ser esencial; en el caso del trasplante que hemos analizado antes, faltaría esa característica.

---

93 *Vid.* Vásquez Shimajuko, "Estado de necesidad justificante", art. cit., p. 703.

94 Rodríguez Hurtado, Mario; Ángel Ugaz Zegarra; Lorena Gamero Calero y Horst Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, 2.ª ed., 3.ª reimp., Lima: Nova Print, 2012, p. 78.

95 Bacigalupo Zapater, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 129 y 130.

96 Lo decisivo será no la realización jerárquica de bienes, sino el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social.

Sobre la cláusula de la adecuación, HURTADO POZO precisa:

> Una sociedad solidaria no puede dejar de exigir un mínimo de disponibilidad individual a sacrificarse en pro de terceros. Pero, al mismo tiempo, tampoco puede dejar de garantizar que el núcleo de los derechos humanos será salvaguardado. En esta perspectiva, la cláusula de la adecuación favorece a que se tengan debidamente en cuenta los intereses personales cuando hay que establecer las relaciones entre el derecho a la autodeterminación y el principio de solidaridad. Un caso muy discutido es el de la extracción de sangre a una persona sin su consentimiento para salvar a otra que está en peligro de muerte.
>
> La cuestión consiste, por último, en precisar si el Estado de derecho debe o no dejar en manos de cada individuo la libertad de decidir sobre los conflictos morales que afectan directamente a su dignidad personal. Esto lleva a plantearse que, si bien no hay que reconocer un deber general de ayuda a terceros, resulta a veces conveniente aceptarlo en casos particulares o excepcionales (por ejemplo, entre cónyuges, padres e hijos, soldados en el frente de guerra). Sin pretender establecer reglas absolutas, debido a las circunstancias peculiares de las situaciones concretas, hay que admitir que cuando se trata de bienes jurídicos individuales, el derecho a la autodeterminación juega un papel decisivo. Y este derecho pesa a favor del bien jurídico atacado y en contra del bien a salvarse[97].

El medio adecuado se refiere a los instrumentos y modos de actuar a los que recurre el agente para descartar el riesgo que corre uno de sus bienes jurídicos. De este modo, se tiene que comprobar si la acción realizada para salvar es la apropiada con relación al peligro. Esta es una forma de proteger los derechos de la persona y no sobrepasarlos.

d. Inevitabilidad

El Código Penal, al señalar que el peligro debe ser "insuperable de otro modo", hace referencia expresa al requisito de inevitabilidad. Como

97 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 563.

vemos, el estado de necesidad justificante es subsidiario porque el sujeto necesitado está en el deber de evitar el mal mediante el uso de cualquier otra vía (pacífica o agresiva, pero, en este último caso, valiéndose del medio menos perjudicial). Dicho, en otros términos, cuando se puede evitar el daño que nos amenaza valiéndonos de un medio que no signifique perjuicio a los bienes jurídicos de terceros y no actuamos así, no hay estado de necesidad. Si el mal fue evitable, desaparece la necesidad de superarlo.

Si el sujeto, a pesar de disponer de medios menos lesivos, hace uso de los más dañosos, solo es posible la apreciación de una eximente incompleta. Al respecto, Muñoz Conde y García Arán señalan:

> Es preciso [...] que la realización del mal o la infracción de un deber, que el sujeto realiza para evitar un mal a sí mismo o a un tercero, sea el único camino posible para conseguir la meta salvadora. La realización del tipo de injusto de un delito que la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber jurídico realizan, ha de ser, por tanto, necesaria; es decir, la evitación del mal que amenaza al bien jurídico solo puede ser conseguida realizando otro mal. Igualmente, la necesidad debe ser también valorada de un modo objetivo, aunque lógicamente teniendo en cuenta la situación concreta en la que se encuentra el sujeto y las circunstancias y medios de que dispone[98].

Cuando haya una única manera para evitar el peligro que nos amenaza la realización de un hecho típico ejecutado mediante coacción, habrá estado de necesidad justificante si, de la valoración del peligro, el bien protegido resulta predominante sobre el perjudicado. Por ejemplo, cuando el coactado causa un daño menor que el que podría haber recibido del coaccionante (si A sustrae el reloj de X, obligado por C, quien con una pistola lo amenaza de muerte).

98 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 376.

A criterio de MIR PUIG, "para que concurra un estado de necesidad es preciso *que no haya un modo menos lesivo* de evitar el mal que amenaza"[99]. Ejemplo, si es posible huir de la situación de peligro, debe hacerse. Una interrupción del embarazo para eliminar el peligro de suicidio no estaría justificada si el peligro se puede eliminar de otro modo mediante una ayuda fácil de prestar.

La reprobación deja de existir y no hay delito que reprimir cuando, dadas las circunstancias en que se encontraba el agente, una conducta diversa no podría ser exigida (*ultima ratio*). Si la búsqueda de ayuda o la huida importan una lesión desproporcionada para el necesitado, la situación de necesidad aún estará presente. Así, quien se encuentra en peligro debe determinar, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, si fuera posible preservar el suyo, sea causando un perjuicio menor, sea alejándose del apremio en el que se encuentra, o solicitando ayuda a terceros. De las diversas posibilidades que tiene para salvaguardar su bien debe elegir aquella que no implique perjudicar al tercero o inocente que constituya el mal menor.

Con relación al estado de necesidad justificante, la ley no dispone, expresamente, que el agente deba aceptar o soportar el peligro cuando está "obligado por una particular relación jurídica". La obligación de soportar ciertos riesgos, no de sacrificarse, es de índole jurídica y no moral ni siempre legal. Si fue de carácter moral significaría entonces que el orden jurídico exige que las personas concernidas se comporten como héroes o santos. Esto no sería proporcional ni humanitario. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el deber de asumir el peligro es un factor que debe tenerse en cuenta para decidir sobre la proporcionalidad de los intereses[100].

---

99 MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 476.

100 PÉREZ LÓPEZ, Jorge, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 142-144.

Si los requisitos exigidos en el estado de necesidad no se dan, trataremos un caso de exceso. Tanto los errores del autor sobre las condiciones objetivas como sus límites de existencia serán apreciados conforme a ley.

4.2.3. Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

El obrar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo se encuentra regulado en el inc. 8 del art. 20 del CP[101]. Consiste en la expresa autorización que se le otorga a un sujeto para que realice determinada conducta, pese a que con ella lesione o ponga en peligro algún bien jurídico. En esta circunstancia el sujeto ejerce un derecho reconocido en la propia ley, por tanto, si al obrar realiza una conducta típica, esta resulta plenamente justificada.

El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo "adquiere su contenido con las acciones que la ley no manda ni prohíbe, y que caen dentro de lo autorizado"[102]. La justificación se basa en el art. 2.24 la Const. Pol., según el cual "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". Esta justificación es "consecuencia del principio de unidad del ordenamiento jurídico, ya que lo que está legitimado en una parte del derecho no puede ser prohibido penalmente en otra"[103]. Fontán Balestra señala que el ejercicio legítimo de un derecho tiene un rango más amplio que el cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de autoridad o cargo: "Entre lo que la ley *obliga a hacer* y lo que *prohíbe hacer*, hay una zona que se llena con numerosos actos que el individuo puede realizar, sin que le puedan

101 Art. 20 del CP.- Está exento de responsabilidad penal:
[...]
8. El que obra en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

102 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 274.

103 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 555.

ser impuestos ni prohibidos y sin que él pueda exigirlo ni prohibirlo a los demás"[104].

El *ejercicio legítimo de un deber* y el *obrar en ejercicio de un oficio o cargo* se distinguen esencialmente en lo siguiente:

> Mientras en estos últimos supuestos se cumple la ley, en el ejercicio de un derecho se actúa en el *ámbito de libertad, dentro de lo autorizado por el orden jurídico*. Quien cumple la ley puede *imponer a otro su derecho o exigirle su deber*, cosa que no ocurrirá siempre en el ejercicio de un derecho, pues el límite de los derechos propios está fijado por los derechos de los demás[105].

Entre los diversos casos en que podría invocarse el actuar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo —como "la actividad del abogado que, en sus alegatos o escritos, en interés de su cliente, trata de señalar hechos dañosos para la reputación de la contraparte (aunque en tales casos también pudiera sostenerse la atipicidad por falta de *animus iniuriandi)*"—, Politoff Lifschitz *et al.* resaltan aquellos supuestos que "tienen relación con la actividad médica"[106]. Otros ejemplos pueden ser el derecho de retención del acreedor sobre los bienes del deudor (arts. 1123 y 1127.1 del CC)[107], que constituye un supuesto de justificación frente al delito de apropiación ilícita (art. 190 del CP)[108]; o el derecho

---

104 *Loc. cit.*

105 *Loc. cit.*

106 Politoff Lifschitz *et al.*, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, ob. cit., p. 237.

107 Art. 1123 del CC.- Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de un deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.
Art.1127 del CC.- El derecho de retención se ejercita:
1. Extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla la obligación por la cual se invoca [...].

108 Art. 190 del CP.- El que en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente

de huelga (art. 55 de la Const. Pol.), que justificaría la usurpación (art. 202 del CP)[109].

La doctrina mayoritaria considera que la eximente de obrar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo tiene la naturaleza de una causa de justificación. Ello que supone que quien actúa realiza una conducta típica pero no antijurídica, es decir, obra conforme al ordenamiento jurídico, aun cuando cumpla formalmente un tipo penal y lesione materialmente un bien jurídico protegido. Existe una incompatibilidad conceptual absoluta entre la conducta conforme a derecho y el delito; entre ambos no hay conflicto posible, pues donde acaba uno empieza el otro.

En virtud de la unidad sistemática del ordenamiento jurídico (derivada de un concepto unitario de antijuricidad y del principio de no

---

de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

109 Art. 202 del CP.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años:

1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.
2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.
3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.
4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse. La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes.

El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.

contradicción interna) y del carácter de *ultima ratio* del derecho penal, lo que es lícito para un sector del derecho no puede ser ilícito para el derecho penal. De estos principios se deriva la regla de que el ejercicio legítimo de un derecho no puede dar lugar a ilícito penal alguno. En idéntico sentido se pronuncia Roxin: "Sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiaridad del derecho penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del derecho, no obstante, fuera castigada penalmente"[110].

El "ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir en ilícito ningún acto"[111]. Cuando existe un conflicto entre dos derechos —el que es ejercido y el que es limitado por ese ejercicio—, se impone "el más importante y, en caso de igualdad, cualquiera de ellos. Según la Constitución, se deben salvaguardar en primer lugar los derechos que conciernan directamente a la dignidad de la persona[112]. Asimismo, hay que tener en cuenta los principios generales relativos a la primacía de las leyes superiores, posteriores y especiales sobre las inferiores, anteriores y generales"[113].

Los requisitos que la doctrina identifica para el ejercicio legítimo de un derecho son los siguientes: a) *la existencia de un derecho de parte de quien actúa* y b) *el reconocimiento de dicho derecho por parte de una norma jurídica positiva.* El primer requisito implica la existencia de una facultad de obrar o poder de voluntad establecido por el derecho objetivo para satisfacer un legítimo interés. Cury Urzúa señala que es "requisito fundamental de esta causa de justificación la existencia de un derecho, no es necesario que la facultad aparezca expresamente establecida en la ley; la existencia de un derecho puede también deducirse mediante una

110 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 570.

111 Núñez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 166.

112 De acuerdo al art. 1 de la Const. Pol.

113 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 575.

interpretación analógica"[114].No podría acogerse al ejercicio de un derecho el propietario que incendia su casa con el pretexto de ejercitar la facultad de disposición que integra su derecho de dominio. El segundo requisito impone que el derecho se ejercite en las circunstancias y de la manera en que la ley señala, es decir, legítimamente.

Entonces, el ejercicio de un derecho justifica el acto típico realizado solo cuando "dicho comportamiento se efectúe dentro del marco establecido por la norma, es decir, sin incurrir en un abuso del derecho [...]. Es fundamental sobre todo determinar si el titular del derecho puede ejercerlo directamente o si se requiere la intervención de una autoridad competente"[115]. El ejercicio, en suma, debe ser legítimo. Esta exigencia significa "la exclusión del ámbito de la justificante del *exceso* y del *abuso* en dicho ejercicio ('ejercicio arbitrario del propio derecho')"[116]. Hurtado Pozo indica que el límite del ejercicio del derecho "está dado [...] por el carácter arbitrario del comportamiento del agente; es decir, un comportamiento dictado solo por la voluntad o el capricho. Actúa de un modo arbitrario quien recurre a la violencia, intimidación, engaño o cualquier otro medio prohibido por el ordenamiento jurídico"[117].

El derecho proscribe hacerse justicia por uno mismo. Por ejemplo, el acreedor "no puede ejercer violencia o amenaza contra el deudor moroso para recuperar la suma que le ha prestado. El orden jurídico le ofrece las vías legales necesarias para hacer respetar su derecho. Por eso, incurre en delito, fuera de los otros que hayan cometido en concurso (coacción, vías de hecho), quien 'con el fin de ejercer un derecho, en

114 Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2.ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile,1992, p. 375.

115 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 575.

116 Politoff Lifschitz *et al.*, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, ob. cit., p. 237.

117 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 576.

lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo' (art. 417 [del CP])"[118].

Bramont Arias-Torres señala que con ello el legislador "quiere privar de justificación a quien se excede en el uso de sus facultades; de este modo se enfatiza la aserción de que todo derecho tiene un límite más allá del cual no existe como tal"[119].

Jescheck y Wingeid se preguntan si en los tipos penales que hacen depender la punibilidad de determinado comportamiento de que el autor carezca de una autorización oficial, "esta última se configura como un elemento del tipo de carácter negativo [...], de modo que la existencia de tal aprobación haga decaer el tipo mismo, o si [...] se trata de una causa de justificación que excluye la antijuricidad". Los referidos autores hacen depender la solución de la finalidad que posea el requisito de la autorización respecto al correspondiente mandato o prohibición. En este sentido, señalan: "Si se trata de un comportamiento peligroso o no deseado que solo excepcionalmente puede ser permitido, entonces la aprobación oficial es una causa de justificación [...]. Por el contrario, si el requisito sirve solo para una mejor supervisión de una actividad en sí misma deseada o, por lo menos, socialmente convencional, entonces actúa típicamente quien carece de la necesaria autorización"[120]. Ejemplo: el ejercicio de una profesión.

Gran parte de las normas penales en blanco[121] requieren realizar una determinada conducta sin el permiso o autorización de alguna autoridad,

---

118 *Loc. cit.*

119 Bramont-Arias Torres, Luis M., *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Santa Rosa, 2000, p. 222.

120 Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., trad. por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 392. Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 349.

121 Son aquellas leyes que abarcan solo una prohibición penal, y sus circunstancias o aspectos complementarios se remiten a otra(s) ley(es). Esta(s) ley(es) de remisión

actuar infringiendo ciertas normas extrapenales o ilegítimamente, etc. En estos casos, suponiendo que el agente haya contado con el permiso o autorización de la autoridad u haya observado las normas extrapenales, dicha autorización u observancia puede constituir una justificante ("la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho") o bien puede excluir el tipo ("la conducta es ya antes atípica")[122]. Para determinar cuándo estaremos ante la eximente objeto de estudio, Revilla Llaza propone los siguientes criterios:

> 1.° la autorización de la autoridad es un caso especial del consentimiento en general (eximente prevista en el inciso 10 del artículo 20 [del] CP) y sigue, por tanto, sus reglas; 2.° habrá una autorización excluyente del tipo cuando es presupuesto del mismo la actuación en contra de la Administración, y el requisito del permiso sirve para controlar un comportamiento socialmente adecuado o aceptado; 3.° en cambio, habrá una autorización justificante (excluyente de antijuricidad) en los casos en que un comportamiento en sí mismo no deseado o desaprobado en términos generales se permite excepcionalmente en atención a intereses más importantes; 4.° la autorización de la autoridad se corresponde, por lo general, [...] con el consentimiento excluyente del tipo, que, en definitiva, hace decaer la aplicación de la eximente en estudio[123].

Por oficio debe comprenderse toda actividad económica, no solo las que requieren para su ejercicio una licencia. El ejercicio de un oficio supone que quien lo desempeñe obre dentro del marco legal, general o

---

complementan al tipo. Ejemplo: apropiación ilícita de un tesoro (art. 192, num. 1 del CP: "sin observar las normas del Código Civil"); parricidio por emoción violenta (art. 109 del CP: "si concurre alguna de las circunstancias previstas en al art. 107"); especulación (art. 234 del CP: "productos considerados oficialmente de primera necesidad").

122 Revilla Llaza, Percy E., "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado. Título preliminar. Parte general*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 799.

123 Revilla Llaza, "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho", art. cit., p. 799.

especial, pertinente. El comerciante ambulante (informal), además de respetar las pautas municipales, debe actuar dentro de los límites establecidos por las normas que regulan la comercialización del producto-objeto de su actividad. El ejercicio de su oficio no le faculta, por ejemplo, a explotar el trabajo de menores ni a poner en peligro la seguridad de la circulación pública de vehículos y peatones.

En el caso de los profesionales, el título profesional que los habilita para ejercer su oficio o profesión no constituye una patente de corso para justificar cualquiera de los actos que cometan como tales.

Todo oficio debe ser "autorizado o tolerado por la ley, es decir, no prohibido, ya que la regla es la libertad de trabajo". Según el art. 2.15 de la Carta Magna, toda persona tiene derecho "a trabajar libremente, con sujeción de la ley". En cuanto al hecho de asumir y ejercer un cargo, "supone necesariamente una base legal. Así, por ejemplo, el art. 40 de la Carta Fundamental dispone que 'la ley regula el ingreso de la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos'. Esta última disposición constitucional también es el fundamento de la referencia al obrar por 'orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones'" [124].

Ciertas profesiones pueden conllevar a la realización de conductas lesivas para los bienes jurídicos. Por ejemplo: cuando un abogado se expresa duramente en el juicio contra el acusado podría constituir el delito de injuria. Para que esto no ocurra, debemos encontrarnos frente a un ejercicio legítimo, es decir, amparado por el ordenamiento jurídico. Lo mismo en el caso de los periodistas y los médicos.

La doctrina destina un tratamiento particular al *ejercicio de la actividad médica.* Si bien la intervención médica, en principio, no constituye una actividad típica *justificada,* sino una conducta *atípica* —puesto que

124 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I,* ob. cit., pp. 571 y 572.

se cuenta con el consentimiento (aun tácito) del paciente y con que los actos terapéuticos se hayan realizado de acuerdo con las reglas del arte médico (*lex artis*)—, no son pocas las situaciones en que los límites de lo admitido por el derecho no están suficientemente definidos y reclaman una actividad creativa de la doctrina y la jurisprudencia. Aunque algunas intervenciones médicas en interés de la salud ajena, como el caso de los trasplantes, donde el *consentimiento* del paciente cumple un papel central, no parecen ya suscitar polémicas (en casos en que aparece evidente que la pérdida de un órgano, consentido por una persona, está destinado a salvar la vida de otra), todavía presenta dificultades determinar los requisitos que deben concurrir para que puedan considerarse justificadas las lesiones causadas con fines de *experimentación*. Estos serían los siguientes: a) insignificancia de la lesión; b) importancia y seriedad de la experimentación; c) conformidad en el plano sociocultural de las metas y procedimientos de esa experimentación; d) acatamiento a las normas de la *lex artis* médica, tanto desde el punto de vista de la técnica como de la ética; y e) *consentimiento* expreso del afectado.

Similares consideraciones podrían valer para la justificación de las operaciones de carácter *estético*. La situación de los llamados *enfermos terminales* o *irrecuperables* presenta aún más dificultades. Por una parte, está el problema de la escasez relativa de los aparatos médicos que procuran la sobrevivencia de estos pacientes (respiradores artificiales, máquinas dializadoras, etc.) y de la necesaria decisión acerca del uso que se hará de ellos y, en particular, de los pacientes a los que serán conectados o desconectados. La simple afirmación de que la desconexión sería siempre ilícita ignora la práctica médica, enfrentada a menudo a la penosa necesidad de ponderar los bienes en juego: la *vida recuperable de* un paciente que se enfrenta a un cuadro agudo ante la simple *sobrevida artificial* del que padece una enfermedad mortal de necesidad.

> El médico no puede obligar a su paciente a que se someta a una intervención quirúrgica, pero, en las relaciones corrientes, no se le puede prohibir a un médico que opere a un enfermo, ni a este que se haga

> operar por él. Se trata, sin embargo, de comportamientos penalmente típicos. Por eso, en estos casos, la justificante o la *legitimidad* de su ejercicio se completa con el *consentimiento del interesado*. En cambio, el agente policial no necesita el consentimiento del acusado para detenerlo; ni el funcionario de aduana el del viajero para incautarse del objeto que se pretende introducir en infracción; ni el padre el del hijo para aplicarle una medida disciplinaria[125].

El cumplimiento de un deber puede invocarse también en el caso de las lesiones ocasionadas en el ejercicio de tratamientos médico-quirúrgicos. Estos están justificados en virtud del reconocimiento que hace el Estado a las diferentes profesiones médicas y a las intervenciones curativas y estéticas, o en virtud de que muchos tratamientos se aplican con el objetivo de evitarle al paciente un mal mayor.

La justificación formal deriva de la autorización oficial, mientras que la material o de fondo, de la preponderancia de intereses. Las intervenciones quirúrgicas persiguen un interés de mayor valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva. Esto no se contradice con el hecho de que en ciertos casos sea necesario el amputar un miembro, corregir una malformación o utilizar tratamientos agresivos en el cuerpo humano, siempre y cuando la finalidad sea salvar la vida o, en su caso, ampliar la expectativa de vida.

En cuanto al consentimiento, algunos consideran que es un requisito indispensable, sin embargo, existen ciertos casos en los que, dadas las circunstancias, no es posible solicitar al paciente o a un familiar su consentimiento. De igual manera, hay ciertos casos en los que, pese a que se exprese el consentimiento, este no resulta válido[126].

---

125 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 274.

126 Plascencia Villanueva, *Teoría del delito*, ob. cit., 155.

En todos los deportes violentos en que hay competición pueden producirse acontecimientos luctuosos. No hay tipo penal que regule esta situación. No obstante, si quisiéramos profundizar en la antijuricidad y en la justificación alegaríamos la realización de actos conducentes a un fin reconocido por el Estado, ya que el deporte se halla permitido por las autoridades y las leyes.

En las reglas del juego y en su normal desarrollo no entran ni el fallecimiento ni las heridas. Siempre que estas se hayan causado sin infringir las reglas del juego y de un modo eventual, nos hallaremos ante el denominado caso fortuito, que es el límite de la culpabilidad y no un motivo justificante[127].

El deporte es en general una actividad permitida por ley. Su permisión y licitud se infiere en la propia Constitución Política, que reconoce el derecho de la persona a la integridad física, al libre desarrollo y al bienestar (art. 2.1).

El desarrollo de muchos deportes implica el despliegue de una actividad física o contacto corporal, en consecuencia, cabe la posibilidad de que se produzcan menoscabos a determinados bienes jurídicos de las personas que lo practican. Al respecto, surge la cuestión de hasta qué punto el ordenamiento jurídico puede seguir manteniendo permitida una conducta que formalmente cumple un tipo penal y materialmente lesiona un bien jurídico protegido. En otros términos, cuándo estas conductas pueden generar responsabilidad penal.

La producción de una lesión durante la práctica deportiva puede quedar impune ya en aplicación de los principios de adecuación social e insignificancia, de la ponderación del riesgo permitido, y/o de la verificación de la eximente del consentimiento del titular del bien jurídico (art. 20, inciso 10 del CPP), circunstancias que excluyen la tipicidad

127 Jiménez de Asúa, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, ob. cit., pp. 318-320.

de la conducta. Pero si esto no fuere posible, una lesión típica puede quedar impune, en virtud de la eximente del obrar en ejercicio legítimo de un derecho, siempre que se trate de menoscabos a la integridad física producidos en estricta observancia de las reglas de juego o competición, y siempre que se observe el cuidado objetivamente debido (en cada deporte) para su práctica[128].

El caso de los periodistas se ha debatido arduamente en los últimos años, sobre todo porque la función que desempeñan implica informar sobre acontecimientos que, en ocasiones, afectan a las personas. En este caso, se discute en torno a los límites del ejercicio de la libertad de prensa. Se argumenta que la ley les confiere el derecho y el deber de informar objetivamente sobre la realidad, aun cuando dicha verdad pueda afectar el honor, la moral o el crédito que tenga la sociedad para una persona. Sin embargo, para invocar esta circunstancia es necesario que el periodista se sujete a los límites de la ley, de otra manera su comportamiento resulta plenamente punible[129].

Como quedó establecido en el caso de los periodistas, esta eximente justifica lesiones al honor (difamación: art. 132 del CP) cuando se producen como consecuencia del ejercicio legítimo del derecho de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (art. 2.4 de la Const. Pol.). La conducta estará amparada cuando producto de una *ponderación de intereses* prevalezca la libertad de expresión o información sobre el derecho al honor o a la intimidad.

La importancia de la libertad de expresión e información radica fundamentalmente en que constituye una "libertad pública que forma parte de los principios esenciales de un Estado social y democrático de derecho". El ejercicio de dichas libertades debe cumplir con los siguientes presupuestos: "a) persecución de un interés general (social) y no particu-

128 Revilla Llaza, "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho", art. cit., p. 797.

129 Plascencia Villanueva, *Teoría del delito*, ob. cit., 156.

lar; b) no utilización de términos directamente injuriosos en la exposición de opiniones, y c) veracidad, es decir, que se impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad" [130].

La jurisprudencia reconoce el derecho a denunciar de las víctimas de un delito, es decir, el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139.3, de la Const. Pol.), que constituye una causa de justificación frente al delito de denuncia calumniosa (art. 402 del CP) [131].

Uno de los casos más frecuentes en los que se actúa en ejercicio legítimo de un oficio es aquel en el que un abogado, durante su intervención en un proceso, como defensor o patrocinante, ofende oralmente o por escrito a una persona, o le atribuye un delito, hecho o cualidad que pueda perjudicar su honor o reputación.

Frente a ello, Revilla Llaza señala:

> 1) Los supuestos que hayan sido realizados sin el elemento subjetivo del tipo especial distinto al dolo (*animus injuriandi, animus calumniandi o animus difamandi*) resultarán siempre atípicos (atipicidad subjetiva); 2) por lo general, los supuestos que hayan sido realizados con el elemento subjetivo del tipo especial distinto al dolo (*animus injuriandi, animus calumniandi o animus difamandi*) no solo resultarán típicos, sino también antijurídicos, pues, al no tratarse ya de un legítimo ejercicio de un derecho emanado de la profesión de abogado (como exige la eximente), no será aplicable el inciso 8 del artículo 20 [del] CP; 3) de ahí que la eximente sea solo aplicable en los raros supuestos en que coexistan el ánimo de ejercer legítimamente la profesión y los *animus* especiales exigidos en los delitos contra el honor, 'y en que las expresiones deshonrosas sean necesarias, en una interpretación *ex ante*, para la defensa de los intereses de sus clientes' [Cerezo Mir, José, *Curso de derecho*

130 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 555 y 556.
131 *Ibid.*, pp. 555 y 556.

penal español. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito, t. I, 3.ª ed., reimp., Madrid: Tecnos, 1988, p. 313][132].

4.2.4. Obediencia debida o jerárquica

La eximente denominada obediencia debida, también llamada obediencia jerárquica, se encuentra prevista en el numeral 9 del art. 20 del CP[133]. Tiene lugar cuando "el ejecutor de un hecho delictivo comete la acción en el cumplimiento de una orden impartida por alguien que se ubica en un orden jerárquico superior respecto de él"[134], esto convierte a la obediencia de estas instrucciones en una obligación que cumplir. Por ese motivo, existen circunstancias en las cuales "quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, expedida por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, no es castigado [penalmente] [...], pues su cumplimiento tiende a realizar la 'voluntad del sistema jurídico mismo'"[135].

Cuando la orden es ilícita, no opera la eximente de la obediencia debida. El tratamiento para el subordinado será el siguiente: "El subordinado que la ejecuta comete un acto ilegal de la misma manera que el superior que la dicta. Pero el subordinado no incurrirá en reproche alguno si, en las circunstancias en las que actuó y se vio obligado a obedecer [...], no se dio cuenta [...] [del] carácter ilícito [del mandato], o lo hizo a pesar de la divergencia de criterios con su superior".

---

132 Revilla Llaza, "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho", art. cit., p. 802.

133 Art. 20 del CP.- Está exento de responsabilidad penal:
[...]
9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

134 Ugaz Sánchez-Moreno, José C. y Juan D. Ugaz Heudebert, "La obediencia debida", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado. Título preliminar. Parte general*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

135 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 583.

En cuanto al superior jerárquico: tendría las características de un autor mediato, "será castigado por la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita. Al contrario, el juez no podrá penarlo si su orden es conforme a derecho, aun cuando su ejecución implique la comisión objetiva de un ilícito penal por parte del subordinado"[136].

Si la obediencia es "debida", habría de admitirse que quien la presta cumple con un deber derivado de su cargo, deber que cabría en la eximente de cumplimiento de un deber.

Velásquez Velásquez señala que el fundamento de la obediencia debida se basa en el principio de interés preponderante[137]. La regulación de la obediencia debida se justificaría, en cierta medida, por el interés que existe en destacar la relación particular entre quien ordena y quien ejecuta la orden, pues resultaría necesario determinar la responsabilidad de ambos y no solo de quien ejecuta material y directamente la acción típica.

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 antijuricidad de la orden o no, sino en la cuestión de obligatoriedad de una orden injusta. Una parte de la doctrina "sostiene que a una orden dada dentro del marco de la competencia del superior jerárquico debe reconocerse una 'presunción de juricidad'". Otro sector estima que "una orden es adecuada a derecho inclusive cuando las condiciones jurídicas de su juricidad no están dadas, pero el superior jerárquico las ha tenido erróneamente por existentes previa comprobación de acuerdo al deber"[138]. Bacigalupo Zapater, sin

136 *Loc. cit.*

137 Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 351.

138 Bacigalupo Zapater, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 134.

embargo, advierte que la "idea de una 'presunción de juricidad' parece peligrosa para una vigencia estricta del Estado de derecho"[139]. En efecto, si la obediencia debida se centra en la apariencia de legalidad de una orden que, en realidad, es injusta, entonces se trataría de supuestos de error antes que de justificación.

El fundamento de la obediencia debida "ha de verse en las necesidades de funcionamiento de la administración pública. Del mismo modo que estas necesidades exigen una organización jerárquica, es preciso que dicha organización no pueda resultar obstaculizada a cada momento por dudas de los subordinados acerca de la legalidad de las órdenes que reciben, sino solo cuando exista suficiente motivo para considerar manifiesta su ilegalidad"[140]. Obedecer las órdenes superiores, aunque, a juicio del que las ejecuta, de su cumplimiento pueda resultar algún daño, no es violar el derecho; es, por el contrario, mantener el orden, que desaparecería si cada una de las instituciones o agentes de la autoridad tuviese el poder de deliberar y resolver, por sí y ante sí, los actos que debe o no practicar. El ejecutor de decisiones superiores ha de examinar si ellas están o no dentro de la órbita en que ha de moverse el que las expide, y si revisten formas externas que deben legalmente tener para ser obedecidas. No hay que considerar a los hombres como máquinas o simples instrumentos. Antes bien, todo el que desempeña funciones en el seno de la sociedad debe ejercerlas racionalmente y con sujeción a las leyes.

Existen casos en los que, pese a que la orden es antijurídica, su cumplimiento se encuentra justificado. La doctrina penal señala que esta situación se da cuando la orden emitida por la autoridad lleva a una infracción menor. 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. En efecto, si a las órdenes se le quita su vinculatoriedad por cualquier defecto o irre-

139 *Loc. cit.*

140 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 510.

gularidad acusada por el obligado a cumplirla, se sacrificaría el mínimo esencial del principio de autoridad. Por lo tanto, el cumplimiento de la orden emitida por una autoridad competente será preponderante y, por consiguiente, justificará su obediencia si es que supone un riesgo de escasa importancia. 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 estar justificado. Pero si el uso de la máquina solamente genera riesgos materiales de escasa relevancia, primará el cumplimiento de la orden del superior[141].

Sin embargo, de acuerdo con García Cavero, la obediencia debida no se fundamenta en el principio de autoridad, pues, si se asumiera plenamente este principio, no cabría margen para la negativa a cumplir una orden, aunque el subordinado la reconozca como antijurídica. 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[142]. En nuestro país, por ejemplo, el art. 19.8 del Código de Justicia Militar y Policial señala que está exento de responsabilidad penal quien se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de guerra.

Si el destinatario de la orden, pese a su carácter manifiestamente antijurídico, la cumple por miedo o por otros motivos relevantes (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

141 García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 613.

142 García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 612.

miedo insuperable, en la medida en que el incumplimiento de la orden habría traído consigo una represalia mayor[143]. En todo caso, tendrá que hacerse una 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 evite la culpabilidad del autor.

La discrepancia principal, en cuanto a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, se da "entre los que afirman que se trataría de una causa de justificación y los que creen que es una causa de no exigibilidad (inculpabilidad)"[144]. Esta última posición, en la actualidad, es la más aceptada por la doctrina.

Muchos autores consideran a la obediencia debida como una causa de justificación, en particular, una modalidad especial del cumplimiento de un deber (art. 20.8 del CP). Otros autores acogen la posibilidad de considerar a la obediencia jerárquica una causa de atipicidad cuando se actúa en cumplimiento de un deber. Quienes defienden la posición de la obediencia debida como causa de justificación, "argumentan que, "de no serlo, se admitiría que quien actúa en obediencia de una orden impartida por un superior jerárquico, puede ser pasible de una reacción justificada como legítima defensa"[145]. Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert juzgan incorrecta esta solución, pues, "tratándose del cumplimiento de una orden, no se estaría frente a una agresión ilegítima"[146].

---

143 *Vid.* Ugaz Heudebert, Juan D., "La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida", en Urquizo Videla, Gustavo (coord.), *Estudios críticos de derecho penal peruano*, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 118.

144 *Vid.* Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1991, p. 109.

145 Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert, "La obediencia debida", art. cit., p. 810.

146 *Loc. cit.*

Una orden no manifiestamente antijurídica implica un "conflicto entre el bien jurídico afectado por la orden y las necesidades de funcionamiento de la administración pública". La ley resuelve este conflicto en favor de las segundas, es decir, permite la lesión del bien jurídico, que es la característica de toda causa de justificación. En este sentido, MIR PUIG señala: "Si la obediencia es 'debida', ha de ser permitida y no puede ser prohibida, antijurídica, máxime si la desobediencia se castiga. La obediencia debida habrá que justificar el hecho, y no solo excluir la responsabilidad penal de su autor"[147].

NÚÑEZ señala que la exclusión de responsabilidad penal a la que conduce la obediencia debida se funda en la "distinción entre la función del superior que ha deliberado la orden y la función del inferior que se ha limitado a su ejecución y que, por consiguiente, carece de la facultad de examinar, rectificar o rechazar lo deliberado por su superior. Esta exclusión presupone la obligación jurídica del inferior de obedecer la decisión del superior en cuanto lo constituye en ejecutor de lo que este ha dispuesto"[148].

Para que una orden sea formalmente legítima y, en consecuencia, obligue al inferior a obedecerla, debe satisfacer las siguientes condiciones: "a) que entre el que emite la orden y su destinatario medie una vinculación jurídica de naturaleza pública que autorice al primero a expedirla; b) que la orden llene las formalidades legalmente exigidas para el caso de que se trata"[149].

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. No hacerlo así llevaría a transformar lo injusto en justo y se

147 MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 514 y 515.

148 NÚÑEZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 170.

149 *Ibid.*, p. 171.

limitaría injustificadamente la posibilidad de que el afectado por el cumplimiento de la orden pueda ejercer, por su parte, una legítima defensa[150].

MIR PUIG sostiene que el hecho de que "el cumplimiento de una orden no manifiestamente antijurídica se halle justificada, no significa que quede excluida la antijuricidad de la orden y la responsabilidad penal que por la misma merezca el superior. Este es un autor mediato de la lesión que produce la orden, el cual utiliza el subordinado como instrumento que actúa"[151].

En cuanto a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, la mayor parte de la doctrina está a favor de considerarla una causa de inculpabilidad, en la medida en que constituye una situación de *no exigibilidad de otra conducta*. Sin embargo, existe un sector doctrinal que la consideran una causa de justificación. No sería correcto alegar que se trata de una causa de justificación, toda vez que la orden que vincula al ejecutor subordinado no puede ubicarse jerárquicamente por encima de otros valores de mayor importancia, por tanto, quien comete un delito obedeciendo a un superior, está impedido de excusarse señalando que obró justamente. En ese caso, la acción antijurídica no deja de serlo por tratarse del cumplimiento de una orden.

NÚÑEZ señala que, según la orden sea legítima o ilegítima en sí misma y siempre que haya sido emitida por autoridad superior, en el círculo de sus atribuciones y en la forma legalmente requerida, nos hallaremos respectivamente ante una causal de justificación o de inculpabilidad:

> Si lo ordenado es legítimo en sí mismo, nos hallamos en presencia de la eximente que se ampara en el obrar en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo. Si, por el contrario, la orden, emitida por autoridad superior, en el círculo de sus atribu-

150 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 612 y 613.

151 MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 515.

> ciones y en la forma legalmente requerida, es en sí misma ilegítima, la obediencia jerárquica no es otra cosa que un error suscitado por el que manda en el uso de sus atribuciones y en la forma debida, por lo que resulta ese error invencible por el obligado a obedecer. No es una causa de justificación, sino una causa de inculpabilidad[152].

Por regla, es el error sobre la legitimidad de la orden y no la obediencia debida lo que excluye la responsabilidad del subordinado. Pero, si la orden ha sido impartida en situación excepcional o el subordinado está obligado a cumplirla y no media error ni coacción simple, lo que exime de responsabilidad al ejecutor es la *coacción especial* que en el caso implica la orden del superior.

La impunidad por obediencia debida funciona en los casos en que, debiendo el subordinado cumplir la orden sin examen, es puesto por el derecho fuera de toda relación imputativa y la acción se desplaza hacia el superior que impartió la orden jurídicamente inexcusable, al cual, como en el caso de la violencia, le debe ser directamente atribuida dicha acción[153].

A. Requisitos de la obediencia debida

Para que se aplique la eximente de obediencia debida, se tienen que cumplir los siguientes requisitos: la existencia de una relación de subordinación idónea, el subordinado y el superior jerárquico deben ser competentes, se debe obrar por obediencia, la orden debe estar revestida de formalidades legales y debe ser obligatoria.

a. Relación de subordinación idónea

Para que pueda aplicarse la eximente de obediencia debida, la relación de subordinación entre el que ordena y el que acata debe ser legal y

152 Núñez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 170.

153 *Loc. cit.*

proveniente de una relación de derecho público o militar. Ello impone al inferior jerárquico la obligación de obedecer los mandatos de su superior: se crea así un deber jurídico[154].

Es indispensable la existencia de una relación de subordinación entre el que obedece y el superior jerárquico, gobernada por los cánones propios del derecho público, lo cual es producto del principio de jerarquía que preside toda organización de la administración pública. El subordinado puede ser también un particular, cuando por mandato legal tenga el encargo de cumplir con una determinada función administrativa o cuando, en razón de circunstancias expresadas en la ley, se encuentre obligado a obedecer las órdenes de autoridad[155]. Lo esencial es que "exista una regulación jurídica determinada que especifique la situación de subordinación de un sujeto respecto a otro. Esta relación solo puede darse en el ámbito del derecho público [por ejemplo: cuando un juez manda detener a una persona] y del derecho militar [por ejemplo: cuando un general ordena a un soldado que cumpla cierta orden], pero no en las relaciones privadas laborales o familiares (v. gr., obediencia de los hijos a los padres) y en ellos no delito de desobediencia"[156]. La obediencia reverencial no tiene relevancia penal para excluir el delito (la obediencia que se les deba a los padres por parte de los hijos, al cónyuge por su consorte, al maestro por el alumno, etc.).

Así pues, no basta que haya una jerarquía entre los sujetos, sino que esta "tiene que darse en un ámbito determinado en el que el ejecutante deberá actuar siempre en su condición de subordinado, posición que no es aplicable a las relaciones familiares, toda vez que la norma hace alusión expresa a que la orden debe emanar de 'autoridad competente' y haber sido expedida en 'ejercicio de sus funciones', conceptos no asimilables al

154 *Vid.* Morillas Cueva, Lorenzo, *La obediencia debida. Aspectos legales y político criminales*, Madrid: Civitas, 1984, p. 48.

155 Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 351.

156 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 645.

ámbito familiar"[157]. Las relaciones de dependencia familiares o laborales se estiman insuficientes para excusar el cumplimiento de una orden dirigida a la realización de un delito. No obstante, se acepta que pueden excusar la ejecución de una acción peligrosa que no se dirige a la realización de un resultado dañoso, aunque pueda provocarlo.

La relación jerárquica supuesta por la obediencia debida es de orden público e implica, por un lado, la potestad de mandar del superior y, por el otro, el deber de obediencia del inferior. Se debe valorar la relación jerárquica entre ambos sujetos a fin de impedir que, alegando cualquier tipo de dependencia, se puedan cometer delitos al amparo de la excusa que quien los comete se encuentra en una situación de subordinación jerárquica respecto de quien le transmite una orden.

La relación de subordinación es la posición jurídica que ocupan unos funcionarios respecto de otros por imperativo del derecho administrativo, en cuya virtud nace el deber de cumplir lo que les ordenan los modos propios de dicho derecho y para los fines que corresponden a aquel sector de la administración pública. VILLAVICENCIO TERREROS señala que se requiere que exista una regulación jurídica determinada que especifique la situación de subordinación de un sujeto respecto a otro. Restringir los ámbitos en los que se puede dar y limitarlos al derecho público y militar (debidamente regulados) permite que no exista arbitrariedad en cuanto a la determinación de las relaciones de verticalidad que justifican la existencia de la obediencia debida[158].

El art. 19.8 del Código de Justicia Militar Policial[159] presupone, a diferencia del art. 20.9 del CP, una relación de jerarquía entre la persona

157 UGAZ SÁNCHEZ-MORENO y UGAZ HEUDEBERT, "La obediencia debida", art. cit., p. 813.

158 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2001, p. 130.

159 Art. 19 del Código de Justicia Militar Policial.- Están exentos de responsabilidad penal y de pena:

que emite la orden (el superior) y el que la cumple (el subordinado). Asimismo, el Código de Justicia Militar Policial añade un requisito: la orden no debe ser manifiestamente inconstitucional o ilegal. De esta manera, se admite que la orden debe ser acatada aun cuando sea ilícita, pero a condición de que esta característica no sea evidente.

Hay que tener en cuenta que el delito de desobediencia, conforme al art. 126 del Código de Justicia Militar y Policial[160], supone que el subalterno no cumpla las disposiciones contenidas en leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional. Existe la posibilidad de que el subordinado alegue, justamente, que la orden es ilícita para explicar su inobservancia.

b. Competencia del subordinado y del superior jerárquico

La competencia se refiere a las funciones correspondientes al superior jerárquico. Aquí habrá que atender a lo que señala la respectiva regulación legal y reglamentaria. Por ejemplo: un notario público no puede emitir una orden de detención.

No solo el superior deberá ser competente, el subordinado también deberá serlo. Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert señalan que es "trascendente el hecho de que el subordinado tenga competencia, que

---

[...]

8. El que se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de guerra.

160 Artículo 126 del Código de Justicia Militar Policial.- El militar o policía, que se negare a cumplir las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

la relación de subordinación sea legítima, lo que implica que debe ser funcionalmente competente para recibir órdenes superiores"[161].

Cuando la norma señala que la orden debe emanar de autoridad competente, hace referencia a la condición de funcionario público del emisor de la instrucción. Este debe encontrarse investido de la facultad de emitir mandatos con eficacia obligatoria, como producto de la relación entre superior y subalterno y con ocasión de la prestación de un servicio público, de acuerdo con las reglamentaciones legales donde se encuentran estatuidas sus atribuciones[162].

Algunos autores sostienen que "basta que el funcionario esté ejerciendo su función para que se cumpla este requisito, aun cuando la orden que emita exceda el ámbito de su competencia"; mientras que otros señalan que "la competencia de la autoridad o superior exige que la orden emitida esté vinculada necesariamente a su capacidad funcional"[163].

La orden debe darse dentro de las funciones —*in officio*—del sujeto y este debe ser competente en darla. Por ejemplo: si un comisario de policía ordena a un agente efectuar una detención arbitraria, él solo será el responsable del delito, porque ordenar una detención está dentro de su competencia, pero si ordenara torturar a un detenido, el subordinado no debe obedecerle, porque cometer actos de crueldad no forma parte de las atribuciones de ninguno de ellos.

Cuando hablamos de la competencia del superior jerárquico, nos estamos refiriendo a una de naturaleza abstracta, pues ninguna autoridad tiene la competencia concreta para emitir una orden de carácter antijurídico. No será, por tanto, una orden emitida por autoridad competente

161 Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert, "La obediencia debida", art. cit., p. 814.

162 Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 353.

163 Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert, "La obediencia debida", art. cit., p. 814.

el caso en el que el comisario le ordene 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 procedería aplicar ni siquiera la regulación de las eximentes incompletas[164].

c. Obrar por obediencia

Para obrar por obediencia es "necesario que el subordinado tenga competencia para ejecutar el acto ordenado. En virtud de la relación jerárquica, el subordinado se encuentra obligado a actuar, dentro de ciertos márgenes y respecto de ciertas materias"[165].

Se discute mucho sobre la obligatoriedad de las órdenes que puedan dar lugar a la comisión de delitos culposos. Por ejemplo, el superior que ordene al chofer del vehículo de servicio que lo conduzca a pesar del mal estado en el que se encuentran los frenos. El subordinado no debe obedecer cuando resulta bastante probable que se produzca un daño o se ponga en peligro concreto a terceros.

Sobre el aspecto subjetivo de la obediencia debida, el sujeto tiene que obrar con la intención de cumplir con una orden que conoce como legítima (al menos aparentemente). Si sabe que es ilegítima o la utiliza como pretexto para cometer un hecho ilícito, no se da la obediencia debida.

d. La orden debe estar revestida de formalidades legales

La obligatoriedad de la orden dictada por el superior depende precisamente de las disposiciones que reglamentan el ejercicio de su potestad.

---

164 Mir Puig, Santiago, citado por García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 614.

165 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª reimp., Lima: Grijley, 2013, p. 646.

Formalmente, es indispensable que sea competente para impartir la orden y, además, que esta cumpla con la forma prescrita. Por ejemplo: el mandato de captura emitido por funcionario judicial deberá ser escrito y contener los datos necesarios para la identificación o individualización del imputado. La orden tiene que reunir todos los requisitos que señalan la ley o los reglamentos desde el punto de vista formal. Cuando tales presupuestos no se hayan informado, la orden no obliga al inferior.

A diferencia de lo que sucede respecto del fondo de la orden, el destinatario tiene derecho a examinar la forma de la orden. En consecuencia, puede decidir no ejecutarla "si falta alguna de las exigencias formales, ya que, entonces, no habrá recibido una orden formalmente legítima que lo obligue a ejecutarla sin responsabilidad por las posibles consecuencias delictuosas de lo mandado por el superior"[166].

Cuando el inferior lleva a cabo una orden formalmente ilegítima, deberá responder penalmente a la par del dador de aquella. No obstante, "es posible [...] que, si por error el inferior ha creído en la legitimidad formal de la orden, no responda delictivamente por ausencia de culpabilidad"[167]. En efecto, cuando el agente ejecuta un hecho típico en cumplimiento de una orden en la creencia de que lo ordenado es legítimo existiría entonces un error de prohibición que suprime la culpabilidad de quien obra por error, pero el hecho continúa siendo antijurídico y es responsable de él quien lo ordenó.

La orden es definida como un mandato dirigido por el superior a su subordinado jerárquico encaminado a obtener de este un determinado comportamiento, de conformidad con la investidura legal correspondiente. No basta con el mero deseo o ruego, debe tratarse de una manifestación expresa, inequívoca y terminante de la voluntad del superior[168].

166 Núñez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 171.

167 *Loc. cit.*

168 Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 351.

La legitimidad de la orden no es solo formal, sino también material. En este último caso, la limitante es la ausencia de una "infracción manifiesta" del orden constitucional y legal, además de que el subordinado no puede en ningún caso ejecutar una orden desconocedora de la dignidad humana, más allá de los límites previstos por el ordenamiento jurídico[169]. La persona afectada por el comportamiento abusivo ordenado por el superior podría entonces defenderse con el derecho contra el inferior que lo ejecuta o trata de ejecutarlo.

e. *Orden antijurídica obligatoria*

La obligatoriedad de una orden formalmente ilegítima no es determinada por el derecho penal, sino por el administrativo. Villavicencio Terreros señala que "el sujeto tiene que actuar con intención de cumplir una orden legítima. Si la orden es manifiestamente ilegal o conoce la ilegalidad, responde por el hecho en concurso con el superior. La inexigibilidad se deriva del sistema de subordinación y disciplina a que el agente está sometido"[170]. Como ya hemos mencionado, el hecho de que la obediencia exima de pena al subordinado no excluye de responsabilidad al superior jerárquico, pues este actúa como autor mediato si lo hizo con dolo (o simplemente como autor imprudente).

Como hemos expresado anteriormente, los subordinados no tienen facultades para examinar o discutir la orden superior. En consecuencia, para que sea admisible el error, basta que la orden "en apariencia no infrinja manifiestamente un precepto legal, esto es, que sea formalmente válida (teoría de la apariencia). Si se trata de una orden notoriamente delictiva, el ejecutor del mandato ilícito no podrá invocar error exculpante"[171].

---

169 *Ibid.*, p. 354.

170 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 646.

171 Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert, "La obediencia debida", art. cit., p. 811.

Distinto es el caso en el que el inferior jerárquico, pese a conocer la ilicitud de la orden, no tiene otra alternativa de acción (no exigibilidad de otra conducta). En este supuesto, la obediencia "constituye una verdadera causa de inculpabilidad".

Respecto a la naturaleza del error derivado de la equivocada apreciación sobre la licitud de la orden, existe discrepancia entre los autores nacionales. Así, "algunos alegan que se trata de un error de prohibición invencible [...], mientras que otros sostienen que es más bien un error de tipo que excluye el dolo por tratarse de un actuar legítimo derivado del cumplimiento de un deber"[172].

Hay que cuestionarse en todos los casos si una persona con buen sentido común colocada en la misma situación que el subordinado hubiera considerado como lícita la orden. Esto significa adoptar el criterio de la apreciación paralela practicada por un profano.

El agente debe actuar con la finalidad de cumplir la orden impartida por el superior, a sabiendas y con voluntad de llevarla a cabo, sin importar para nada si además se siente recompensado internamente. En cambio, si el autor cumple el mandato porque uno de los afectados promete darle una propina cuantiosa o actúa halagado por "un favor sexual", no se cumple la exigencia en estudio y, por lo tanto, no puede invocar la eximente[173].

La exigencia de una orden excluye del ámbito de esta causa de justificación el caso de recomendaciones u opiniones, cuyo seguimiento no es obligatorio. Debe tratarse de órdenes de carácter público, es decir, expedidas por un funcionario público. En este sentido, las órdenes emitidas por privados en el marco, por ejemplo, de una relación laboral, no podrán dar lugar a una orden obligatoria. En estos casos, las órdenes de

172 *Ibid.*, p. 812.

173 *Vid.* Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 354.

los superiores jerárquicos deberán resolverse con las reglas generales del principio de confianza y la teoría del error[174].

La eximente de obediencia debida supone en el derecho vigente una relación de derecho público (la llamada obediencia política). Se excluye la simple vinculación o subordinación proveniente del derecho privado, con lo cual no se justifican los comportamientos punibles cometidos por mandato de otro o de una institución, ni por el temor reverencial. Lo mismo sucede con los comportamientos realizados como producto de relaciones jerárquicas regidas por el derecho laboral o comercial en diversos ámbitos[175].

4.3. Fundamento de las causas de justificación

Han existido intentos de buscar un fundamento común a todas las causas de justificación. Así la teoría de la "colisión de intereses" o de la "ponderación de intereses" o del "interés preponderante" sostiene que en todas las causas de justificación se permite la lesión de un interés o bien jurídico porque entra en conflicto con otro(s) interés(es) superior(es)[176].

Sobre el particular, Roxin señala:

> Una causa de justificación presupone que dos intereses colisionan entre ellos de tal manera que solo uno de ellos puede imponerse. Luego, es tarea de las causas de justificación emprender la regulación socialmente correcta de los intereses en conflicto. Esto sucede así sin excepciones cuando se permite la afirmación del interés que el ordenamiento jurídico valora más a costa de aquel de menor valor; solo en el caso excepcio-

174 Mir Puig, Santiago, citado por García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 614.

175 Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 351.

176 Luzón Peña, Diego M., "Causas de atipicidad y causas de justificación", en Mir Puig, Santiago y Diego M. Luzón Peña (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en el derecho penal*, Navarra: Aranzadi, 1995, p. 32.

> nalmente raro de que entren en colisión dos deberes de acción de igual valor, el ordenamiento jurídico deja al propio actor la decisión sobre cuál de ambos deberes quiere cumplir. La afección de bienes jurídicos de otro o de la generalidad es aceptada por el ordenamiento jurídico cuando ocurre siguiendo los parámetros de las causas de justificación; esta afección no es un injusto[177].

Las causas de justificación tienen su fundamento en el principio del *interés preponderante* cuando colisionan dos bienes jurídicamente protegidos, la tutela jurídica debe obrar en favor del interés superior o mejor. Así, en el estado de necesidad el necesitado puede solventar un conflicto de bienes salvaguardando el superior a costa del sacrificio del interés jurídico menos valioso; en tanto que en la legítima defensa se presenta una colisión entre un interés legítimo (el del atacado) y un interés ilegítimo (el del agresor) que se resuelve en favor del primero.

Algunos autores también admiten como fundamento de las causas de justificación el principio de *ausencia de interés*, en el que MEZGER quiso basar la naturaleza eximente del consentimiento del ofendido.

Otro fundamento busca la *teoría del fin*, según la cual lo que se justifica es la adecuación y necesidad del medio para un fin justo. Esta afirmación, sin embargo, es tan general e imprecisa que no puede explicar las razones y particularidades por las que en cada caso se consideran justos los fines y adecuados los medios.

Una gran clasificación o agrupación se puede efectuar entre las causas de justificación del resultado y causas de justificación (solo) de la acción. En las primeras, el bien jurídico deja de estar protegido en el caso concreto frente a la lesión (o puesta en peligro), e incluso puede producirse un resultado valorado positivamente o hasta jurídicamente obligatorio,

177 ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, t. I, trad. por Manuel A. Abanto Vásquez, Lima: Grijley, 2016, p. 224.

y por eso excluyen el desvalor del resultado (o el desvalor del hecho o de la situación en los delitos de mera conducta)[178].

En las causas de justificación, aunque subsiste el desvalor del resultado, la conducta no es jurídicamente desaprobada porque falta el desvalor de la acción. El desvalor puede darse en la parte objetiva o en la parte subjetiva de la acción. En esta última falta el desvalor por ausencia de dolo e imprudencia, debido a que el agente actúa conforme al deber objetivo de cuidado, de manera que tal conducta es a veces permitida y a veces incluso obligatoria. Así, son causas de exclusión del desvalor subjetivo de la acción el caso fortuito en general, siempre que se actúe con la diligencia objetivamente debida, el error objetivamente invencible sobre el tipo o sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación y supuestos específicos de esta última clase de error (o causas de justificación putativas) legalmente equiparados a la concurrencia real de los presupuestos de las causas de justificación. Esto último sucede, por ejemplo, en la creencia racionalmente fundada *ex ante* en la necesidad del medio de legítima defensa, en la veracidad de la información para el ejercicio del derecho de libertad de información, etc. El desvalor objetivo de la acción se excluye en el estado de necesidad, por conflicto entre intereses desiguales o iguales (debido a la ponderación de intereses, inexigibilidad general y respeto de libertad); en sus variantes de colisión de deberes y del estado de necesidad defensivo; en el riesgo permitido (eximente que se puede basar formalmente en el ejercicio de un derecho, y próxima al caso fortuito), posible incluso aunque haya dolo neutro; en la obediencia debida a órdenes antijurídicas obligatorias; y en las causas de justificación supralegales, como la adecuación social cuando también sea jurídicamente admisible o la inexigibilidad jurídica general[179]. La exclusión del desvalor subjetivo y la del desvalor objetivo de la acción están interrelacionadas, ya que en la ausencia del desvalor subjetivo hay también componentes de falta de desvalor objetivo de la acción y viceversa.

178 Luzón Peña, "Causas de atipicidad y causas de justificación", art. cit., p. 33.

179 *Ibid.*, pp. 33 y 34.

Un sector doctrinal propone efectuar la distinción entre auténticas causas de justificación y meras causas de exclusión del injusto o de la antijuricidad. Las causas de justificación implicarían una valoración positiva de la conducta, mientras que las causas de exclusión del injusto no supondrían una valoración jurídica positiva, sino neutra, de modo que la conducta estaría meramente no prohibida, pero, según añaden algunos autores, tampoco estaría permitida. Sin embargo, es inaceptable que pueda haber un ámbito fuera del derecho o jurídicamente libre de conductas no prohibidas o permitidas. Todas las conductas no prohibidas (o jurídicamente libres) están permitidas, aunque su valoración no sea positiva, sino neutra o indiferente jurídicamente. Mayoritariamente se equiparan causas de exclusión del injusto y causas de justificación.

Algunas causas de justificación son simultáneamente causas de atipicidad (causas de exclusión del tipo indiciario). Ello por dos razones. La primera, porque excluyen ya directamente el indicio de injusto y de entrada el carácter penalmente relevante que supone la parte objetiva del tipo positivo, por no ser realmente afectado o menoscabado el bien jurídico —como ocurre en algunos casos de consentimiento— o por considerarse social y jurídicamente totalmente normal e irrelevante la afectación del bien jurídico —como sucede en casos de adecuación social y jurídica o de tratamiento quirúrgico correcto con resultado positivo—. La segunda, por excluir la parte subjetiva del tipo por ausencia de dolo o imprudencia, como en el caso fortuito. Frente a esto, cabe efectuar otra distinción entre causas de justificación, que excluyen toda antijuricidad, y causas de exclusión de la tipicidad penal o de exclusión del injusto penal, que solo eliminan la antijuricidad penal por no ser suficientemente grave la conducta antijurídica, como pueden ser el principio de insignificancia, la tolerancia social, la adecuación social no justificante, casos de consentimiento no justificante pero penalmente relevante o de inexigibilidad penal general[180].

180 *Ibid.*, p. 35.

Jescheck y Weigend sostienen que, salvo por el hecho de que inciden en el desvalor de la conducta, realmente no hay principios comunes a las causas de justificación. En ese sentido, señalan que "como consecuencia de la intervención de la norma justificante, tanto el desvalor de acción como el de resultado del hecho debe de caer o ser compensado en todo o en su mayor parte. Nada más puede decirse acerca de los principios comunes a todas las causas de justificación, pues cada una de ellas descansa sobre combinaciones completamente diversas de factores justificantes"[181] [182].

4.4. Elementos objetivos y subjetivos de las causas de justificación

Las causas de justificación están compuestas de aspectos objetivos y subjetivos. El elemento objetivo consiste en la situación que permite invocar una causa de justificación. El elemento subjetivo está compuesto por el conocimiento de dicha situación y la voluntad de actuar de manera permitida. Debido a esto, "una acción típica no está justificada por el solo hecho de que existan los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sino que el autor 'debe haber actuado conociendo la situación de hecho justificante y sobre la base de las facultades que esta le otorga'[183]. Ejemplo: para comprobar una legítima defensa no solo basta probar que la persona se defendió objetivamente, sino que, además, sabía que estaba repeliendo una agresión ilegítima y actuó con voluntad de defenderse"[184].

En el mismo sentido, Hurtado Pozo señala que la ausencia de antijuricidad depende de que "el agente actúe, en el nivel objetivo, en el marco de lo permitido y, en el subjetivo, con conocimiento de la situación justificante [...]. Esto quiere decir que el agente debe considerar que hace

181 Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 349

182 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 532.

183 Wessels, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, trad. a la 6.ª ed. alemana por Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1980.

184 *Ibid.*, pp. 533 y 534.

algo permitido y esto sucede cuando conoce las circunstancias materiales que condicionan o limitan la causa de justificación en cuestión"[185].

El mismo autor indica que es irrelevante el móvil con que haya actuado el agente, lo único que interesa es que tenga la voluntad de actuar de manera justificada:

> Poco importa que haya actuado, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa, solo motivado por el fin específico de defenderse. Consciente de la agresión ilegítima, puede reaccionar por la cólera provocada por la agresión ilícita. En caso de defensa de un tercero, el que reacciona contra la agresión puede hacerlo más motivado por la voluntad de castigar merecidamente al agresor que por la de defender a la víctima. Basta el 'dolo' de actuar de manera justificada[186].

Históricamente se ha discutido si las causas de justificación requieren un elemento subjetivo de justificación. Una postura considera la justificación como "un suceso exclusivamente objetivo". Otra exige una actuación "en ejercicio de la autorización que se presta sobre la base de la respectiva situación justificante, p. ej.: en el estado de necesidad, actuar para apartar el peligro". Finalmente, una posición intermedia señala que "bastaría el conocimiento de los presupuestos de la justificación, sin que se requiera una relación subjetiva hacia el fin; solo excepcionalmente en las 'causas de justificación imperfectas de dos actos' sería necesaria una intención especial; ello se refiere a las causas de justificación en las que no existen razones fundadas para una sola intervención sin una complementación posterior, [...] p. ej.: en la detención por particular [...] a la que debe añadirse la presentación posterior a la Policía"[187].

185 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 522.

186 *Loc. cit.*

187 Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., pp. 431 y 432.

Jakobs critica a la postura que señala que, para estar justificado, el comportamiento debe ser intencionado, debido a que esta llevaría a "imputar a título de consumación antijurídica incluso cuando el autor obra en conocimiento de la situación justificante y en expectativa [...] de la justificación, pero no motivado por la situación justificante". Por ejemplo: "el médico opera con arreglo a la *lex artis*, pero no para curar al paciente, sino solo por los honorarios que obtendrá tras la operación correcta. La persona que auxilia mata de un disparo al atacante en ejercicio de la defensa necesaria, pero no a favor de los bienes del agredido, sino solo por el placer de apretar el gatillo"[188].

La postura de Jakobs es la siguiente:

> [L]os elementos de las causas de justificación que han de concurrir realmente (objetivamente *ex post*) existen con independencia de que hayan sido conocidos. Pero también en los elementos de la justificación que vienen constituidos por un juicio objetivo *ex ante* la justificación está conectada al juicio virtual, no al hecho de su efectiva ejecución psicológica; e incluso en aquellos elementos en los que la determinación subjetiva *ex ante* basta para la justificación, la situación del juicio no se puede separar del hecho psíquico del juicio. En definitiva, es, pues, posible la separación de situación justificante objetiva y subjetiva[189].
>
> [...]
>
> Así pues, ha de exigirse dolo de justificación, pero no intención de justificación [...]. Esta idea es aplicable también a las [...] causas de justificación imperfectas de dos actos; no importa que el autor persiga el segundo acto, que es el que presta sentido al primero, sino que parta de que el segundo acto va a producirse [...]. Ejemplo: quien detiene a un ladrón a quien ha sorprendido con las manos en la masa [...] y sabe

188 *Ibid.*, p. 433.

189 *Ibid.*, p. 432.

que desde luego la policía va a acudir enseguida y que se hará cargo del detenido, no pierde la justificación porque no persiga esto último[190].

4.5. Características generales de las causas de justificación

Las causas de justificación presentan las siguientes características generales: están por todo el ordenamiento jurídico, contienen una autorización para realizar una acción típica, no rigen cuando la situación de justificación ha sido creada intencionalmente y exigen el conocimiento de la situación objetiva justificante.

4.5.1. Están dadas por todo el ordenamiento jurídico

Las causas de justificación no se agotan en los casos previstos en el Código Penal. Por el contrario, se trata de una lista abierta que se extiende a todo el ordenamiento jurídico como consecuencia del principio de que una ley no puede castigar lo que otra permite u ordena. Muchas autorizaciones provienen del derecho civil —como el derecho legal de retención que se concede al depositario, arrendatario o comodatario, entre otros—, así como del derecho administrativo, comercial, etc.

La posibilidad de trasladar una causa de justificación de un orden jurídico al otro "implica discutir la existencia de una antijuricidad específicamente penal"[191]. En virtud de la unidad del orden jurídico, "todos los efectos de las causas de justificación serían operativos en el orden jurídico en su totalidad. Ejemplo: el sujeto que actúo en estado de necesidad justificante no tendría responsabilidad civil".

Villavicencio Terreros señala que actualmente la posición dominante es que "una causa de justificación no puede ser trasladada automáticamente de un ámbito jurídico al otro. En todo caso, la discu-

190 *Ibid.*, pp. 432 y 433.

191 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 532.

sión plantea establecer cuáles son los criterios para trasladar una causa de justificación no penal al campo del derecho penal"[192].

4.5.2. Contienen una autorización para realizar la acción típica

En la legítima defensa se autoriza la producción de lesiones o hasta la muerte del agresor cuando esta sea racionalmente necesaria para repeler la agresión ilegítima.

4.5.3. Si la situación de justificación ha sido creada intencionalmente, no procede el amparo de una causa de justificación

El que coloca una bomba en un buque para cobrar la prima del seguro no puede alegar estado de necesidad si luego se encuentra en situación de peligro por haber explotado anticipadamente el artefacto.

4.5.4. La existencia de una causa de justificación requiere el conocimiento de la situación objetiva que la fundamenta

No está justificado el homicidio en legítima defensa cometido por un cazador que mata a su enemigo de un tiro, sin saber que en ese momento el que resultó muerto se disponía a matarlo. Ello porque, aunque se reúnen las condiciones objetivas (agresión ilegítima e inminente y necesidad de disparar para impedirla), falta el elemento subjetivo (ánimo de defensa), puesto que lo que ha querido el cazador es matar a su enemigo y no defenderse. Por eso se dice que en tales casos existe disvalor de la acción, pero falta el disvalor del resultado por ser este necesario para evitar otro resultado jurídicamente dañoso. De esta manera, se da una situación muy similar a la tentativa, en la que solo hay disvalor de la acción, y por ello se ha propuesto considerar estos casos como tentativas inidóneas, como ya se ha indicado con anterioridad.

192 *Ibid.*, pp. 532 y 533.

4.6. Efectos de las causas de justificación

Las causas de justificación tienen importantes consecuencias. En primer lugar, solo excluyen la antijuricidad, por tanto, "la acción sigue siendo típica, pero está permitida. Esta es la diferencia con las demás eximentes de responsabilidad señaladas en el artículo 20 del Código Penal y del ordenamiento jurídico". En segundo lugar, no admiten legítima defensa, puesto que se trata de conductas justificadas. En este sentido, VILLAVICENCIO TERREROS señala que "la persona que arremete ilegítimamente tiene el deber de tolerancia de la agresión legítima justificada". En tercer lugar, cuando la actuación del autor está justificada, la de los partícipes también lo estará. Ello se fundamenta en el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, de donde se desprende que si el hecho principal está ajustado a derecho también serán legítimas las participaciones accesorias a su ejecución. Así, el auxiliador de legítima defensa actúa justificadamente puesto que coopera a un acto justo. En cuarto lugar, el sujeto no puede crear una situación con la intención de invocar una causa de justificación. Como refiere VILLAVICENCIO TERREROS: "[L]a provocación intencional de una situación que permita invocar la causa de justificación excluye la justificación". En quinto lugar, la conducta justificada no admite ninguna clase de sanción, "no es posible aplicar una medida de seguridad u otra sanción a una conducta justificada". En sexto lugar, cuando concurre una causa de justificación, ya no es necesario verificar la culpabilidad del agente. Ello porque la culpabilidad "solo es verificable luego de comprobada la antijuricidad de la conducta". Como sabemos, primero se verifica la tipicidad, luego la antijuridicidad y, finalmente, la culpabilidad. En séptimo lugar, "la conducta justificada excluye la responsabilidad civil en el campo penal, que es una consecuencia del delito". Las consecuencias de las causas de justificación, por ser actos ejecutados conforme a derecho, se proyectan sobre todo el ordenamiento jurídico y suprimen no solo la responsabilidad penal, sino también la civil y administrativa. VILLAVICENCIO TERREROS afirma que "esto tiene validez para el derecho penal, pero no

es necesariamente aplicable al derecho civil". En octavo lugar, las causas de justificación "solo toleran intromisiones en los bienes jurídicos a cuyo titular se refiere la proposición permisiva"[193].

193 *Ibid.*, p. 533.

LECCIÓN 9
LA CULPABILIDAD O IMPUTACIÓN PERSONAL

1. INTRODUCCIÓN

La culpabilidad o imputación personal puede ser definida como "la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable [que] pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena"[1].

Podemos entender que una persona es culpable cuando "se encuentra vinculada [a una norma] y [...] comprende los valores jurídicamente protegidos, pero que los ha desatendido y transgredido"[2]. Así, en la culpabilidad no se analiza la ética individual de una persona, sino la ética del "hombre medio" o la ética colectiva.

La culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea penalmente responsable de ella. En esta categoría del delito se examina la concurrencia de tres situaciones o condiciones de atribuibilidad:

---

1 Peña Gonzales, Oscar y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima: APECC, 2010, p. 210.

2 Otiniano Soler, Dario Gabriel, *Propuesta de modificación para derogar el inciso 3 del artículo 367 del Código Penal peruano aplicando del principio de proporcionalidad para adecuar la sanción penal*, tesis para optar el grado académico de maestro en Derecho Penal y Procesal Penal, Chiclayo: Universidad Señor de Sipán, 2019, p. 31.

a) *Imputabilidad:* el sujeto posee capacidad psicológica para poderse motivar por la norma.

b) *Conciencia de antijuricidad:* el sujeto tiene conocimiento de que su acto era antijurídico.

c) *Exigibilidad de otra conducta:* al sujeto le era exigible un comportamiento distinto a cómo actuó.

2. LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad es la capacidad de motivación que tiene el autor de un delito con la norma penal. En otras palabras, el sujeto debe poseer el mínimo de "capacidad de autodeterminación que el orden jurídico exige para poder afirmar su responsabilidad"[3]. Según Peña Gonzales y Almanza Altamirano, para poder declarar la culpabilidad de un sujeto que ha realizado un injusto penal (conducta típica y antijurídica), "es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas —psíquicas o físicas— que le permitan comprender la antijuricidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión"[4].

Es imputable quien tiene facultad de comprender el carácter delictuoso del acto. La compresión es un concepto que se presupone conocimiento, pero excede de este, ya que implica introyección y presupone también la propia vivencia como persona. Es imputable quien tiene capacidad de determinarse según esa comprensión.

En consecuencia, si la persona no tiene edad suficiente o si cuenta con alguna anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia o la

3 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 594.

4 Peña Gonzales y Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob. cit., p. 213.

percepción, se encontrará en una situación de inexigibilidad frente al poder penal.

2.1. Causales de inimputabilidad

Las causas de inimputablidad son supuestos donde el sujeto activo de un delito no tiene conciencia de la antijuricidad de su conducta. Esto genera que no tenga responsabilidad por el delito, pues para que se imponga una pena se requiere que el sujeto tenga capacidad psíquica. Sampedro Arrubia señala que "la inimputabilidad es la incapacidad del sujeto para ser culpable, siendo determinante la falta de conocimiento de la ilicitud y/o alteración de la voluntad, siempre y cuando ocurran en el sujeto al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito"[5].

En la doctrina se ha señalado que la inimputabilidad tiene dos vertientes o elementos: intelectivo y volitivo.

1) *Elemento intelectivo.* Es la incapacidad de comprensión, es decir, la imposibilidad de que la persona pueda juzgar o valorar sus actos. Por ejemplo: el paranoico sabe que mata, pero no comprende el significado de sus acciones, pues identifica a la persona que mató como su perseguidor, cuando en realidad era una persona que pasaba a su lado.
2) *Elemento volitivo.* Este elemento hace referencia a la deficiencia de la voluntad y se da cuando el sujeto conoce y comprende la ilicitud del acto, pero no logra controlar o regular su conducta[6].

Las causas de inimputabilidad están reguladas en el art. 20 del CP.

---

5 Sampedro Arrubla, Julio Andrés, *El problema de la inimputabilidad por trastorno mental*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1987, p. 12.

6 Cfr. Rodríguez Hurtado, Mario; Ángel Ugaz Zegarra; Lorena Gamero Calero y Horst Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, Lima: Nova Print, 2012, p. 97

2.1.1. Anomalía psíquica[7]

En el *Diccionario de la lengua española*, el término *anomalía* recibe múltiples significados; sin embargo, para efectos penales, la definición más relevante es la que describe a la anomalía como una malformación o una alteración biológica, congénita o adquirida[8]. Además, el término *psíquico* es definido como todo aquello que pertenece o es relativo a las funciones y contenidos psicológicos[9].

El concepto de anomalía o anormalidad es relativo, pues depende de los condicionamientos histórico-culturales, del desarrollo de la ciencia psiquiátrica y de las valoraciones jurídicas. Esto origina que no se pueda plantear un catálogo cerrado de anomalías ni un cuadro gnoseológicamente definido, ya que en la práctica pueden aparecer situaciones morbosas no contempladas. Las anomalías pueden ser causadas por procesos patológicos somáticos, donde se genera una alteración funcional o anatómico del cerebro. Esto puede provocar que la persona no genere vínculos con el mundo o que no sea capaz de controlar, frenar o dominar sus estímulos e impulsos.

Así, podemos definir la anomalía psíquica como la *desviación de lo normal* en el desarrollo psíquico de una persona. Para efectos penales, es decir, para que la persona sea considera inimputable, esta desviación debe ser grave o profunda, por tanto, se descartan aquellas anomalías ligeras o tenues[10].

---

7 *Vid.* Pérez López, Jorge, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 14-29.

8 Real Academia Española, "Anomalía", en *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., Madrid: 2014. Recuperado de <https://bit.ly/2O1ul3Z>.

9 Real Academia Española, "Psíquico, ca", en *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., Madrid: 2014. Recuperado de <https://bit.ly/3oInZmP>.

10 Cfr. Castillo Alva, José L., "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", en Castillo Alva, José L. (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 626.

Villa Stein enseña que el concepto de "anomalía psíquica" no se asimila al de perturbación psíquica morbosa, aunque la comprenda, esto lo afirma equivocadamente Villavicencio Terreros, citando a Jescheck. Para Bustos se trata de un trastorno mental permanente o enajenación, "que implica un proceso morboso o patológico, de carácter permanente y que produce una alteración absoluta de las facultades mentales"[11].

Para otro sector de la doctrina, esta definición es insuficiente, pues consideran que la anomalía no solo debe ser un efecto psicológico, sino que debe ser una incapacidad o una circunstancia que genera la incapacidad del sujeto para regular su propio comportamiento[12]. Por esta razón, debemos entender que la anomalía psíquica se caracteriza por producir trastornos que afectan todos los ámbitos de la vida psíquica (afectividad, pensamiento, emotividad, imaginación o capacidad de interacción social). Sin embargo, la presencia de este tipo de anomalías no supone necesariamente la pérdida de todas las facultades mentales o psíquicas[13].

Quintero Olivares considera que "lo relevante no puede ser tanto lo que realmente tiene o sufre un sujeto sino lo que eso signifique para la posibilidad de comportarse con la normalidad aceptada en la vida común, lo que abarca tanto la posibilidad de comprender el sentido de los mandatos y prohibiciones como la de conformar la propia conducta

11 Bustos, citado por Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 601.

12 Cfr. Bramont Arias, Luis y Luis A. Bramont-Arias Torres, *Código Penal anotado*, 4.ª ed., Lima: San Marcos, 2001, p. 181.

13 Sánchez Yllera señala: "Ni es exigida una pérdida total de las facultades mentales para llegar a una declaración de inimputabilidad, ni el simple diagnóstico de una enfermedad conlleva la declaración de inimputabilidad y anudadamente la peligrosidad criminal". Sánchez Yllera, Ignacio, "Art. 20.1 Código Penal", en Vives Antón, Tomás (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. 1, Valencia: Tirant Lo Blanch,1996, p. 116.

de acuerdo con ese conocimiento potencial y con unas pautas de comportamiento aceptables por los demás"[14].

Como es de conocimiento común, el derecho penal no abarca el debate sobre qué es una anomalía ni su clasificación, pues estas categorías tienen su propia rama de estudios; sin embargo, es necesario que los operadores jurídicos cuenten con estos conocimientos para poder aplicarlos al solucionar un conflicto.

Así, para que una anomalía sea considerada como una causal de inimputabilidad debe acreditarse su base psiquiátrica y su relevancia jurídica en la resolución del conflicto[15]. En ese entender, el individuo será inimputable si tal anomalía psíquica constituye un obstáculo para comprender la ilicitud de su comportamiento o para determinarse conforme a dicho conocimiento.

Entonces, la expresión "anomalía psíquica" como causa de inimputabilidad comprende "todas las enfermedades mentales, desórdenes, trastornos, permanentes o transitorios, cuya gravedad afecta de tal modo el sistema nervioso y el comportamiento del que las padece, que dificulta su sentido de la realidad, su capacidad de ajuste adaptivo racional al medioambiente y, en consecuencia, el dominio sobre la o las conductas de que es protagonista"[16].

Resulta indispensable exigir un nexo o vínculo entre la anomalía psíquica y la incapacidad de querer o entender o de motivarse conforme

14 Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2000, p. 535.

15 Cfr. Maurach, Reinhard y Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, t. I, 7.ª ed., traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 612.

16 Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: San Marcos, 2001, p. 404.

a dicha comprensión[17]. La ley condiciona que la no compresión del acto se fundamente y resida en la anomalía psíquica. Esta relación entre anomalía psíquica y delito ha de ser lo más estrecha y específica posible, es decir, se requiere de una relación directa, similar a la de causa y efecto. Se ha de valorar no solo su exclusiva concurrencia, sino el ámbito de la personalidad que afecta.

Por ejemplo, la cleptomanía quizá pueda exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hurto[18], pero no lo eximirá si lo que realiza es un asesinato. Del mismo modo, un epiléptico o un psicótico —tal vez— no llegue a ser castigado, según el caso, por un delito de sangre; sin embargo, su responsabilidad estará intacta si comete apropiación indebida o estafa[19].

De acuerdo con Peña Cabrera, al derecho "no [le] interesa [...] cualquier anomalía psíquica, sino la perturbación que debe ser de tal índole y grado que impida la comprensión normal del carácter delictuoso del hecho, es decir, la incapacidad del autor para comprender la anormalidad del acto u orientar sus acciones"[20].

Las anomalías psíquicas que interesan al derecho penal deben afectar al proceso de socialización del individuo y, en consecuencia, al proceso de internalización de todo el conjunto de normas sociales y jurídicas.

---

17 Pagliaro, citado por Castillo Alva, "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", art. cit., p. 630.

18 Sin embargo, Cerezo Mir, siguiendo a Gisbert Galabuig y Sánchez Blanque, señala: "En la cleptomanía y la piromanía solo procede una atenuación de la pena si en el sujeto se apreciara al mismo tiempo un estado de insuficiencia psíquica o una verdadera oligofrenia". Cerezo Mir, José, "Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.° extra 1, 2.ª época, Madrid, 2000, p. 267.

19 Pagliaro, citado por Castillo Alva, "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", art. cit., p. 631.

20 Citado por Alonso Peña Cabrera Freyre, *Curso elemental de derecho penal. Parte general*, t. 1, Lima: Ediciones Legales, 2011, pp. 386 y 387.

La formulación de la inimputabilidad tendrá que tener en cuenta de qué forma el proceso socializante incluye la afectación de las facultades psíquicas del sujeto. Se debe comprobar, caso por caso y en concreto, si el hecho cometido es manifestación de su anomalía psíquica o si se debe a la concurrencia de otra serie de factores que, de concurrir, no pueden eximir, sino atenuar o, en algunos casos, dejar inalterada la responsabilidad penal.

A efectos penales, resulta indiferente la razón por la que se produce la anomalía psíquica[21], aunque la mayoría de veces sea por causas corporales orgánicas o por enfermedades corporales que responden a una lesión o patología del cerebro. Puede tratarse tanto de desviaciones perjudiciales o negativas en un estado de salud no perturbado (el individuo que comienza a sufrir una patología psíquica) como de una anormalidad que existe con anterioridad (dolencias congénitas)[22]. No importa si la anomalía o trastorno psíquico afecta de manera directa y frontal a la actividad espiritual del sujeto —y con ello a la comprensión y motivación de la conducta— o si solo ejerce un efecto dañino mediato o secundario[23].

La anomalía psíquica puede ser permanente o transitoria, así como congénita o adquirida. A la ley no le interesa el tiempo de su duración, sino los efectos que despliega en el momento de la comisión del delito. Lo esencial es saber si ha concurrido o no en la ejecución del hecho. Si existe una comprensión del acto, subsiste la responsabilidad penal a la que se refiere el art. 20.1 del CP.

---

21 *Vid.* Morales Prats, Fermín, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 138.

22 Cfr. Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de la 2.ª ed. alemana (1991) por Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, p. 632.

23 Maurach, y Zipf, *Derecho penal. Parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, ob. cit., p. 612.

A. Psicosis

Desde el punto de vista jurídico, las *psicosis* son definidas como las "perturbaciones anímicas causadas por procesos patológicos somáticos, cuyas desviaciones funcionales anatómicas residen en el cerebro; anomalía de tal intensidad que disminuye considerablemente las facultades cognoscitivas del individuo, cuando no está en capacidad de valorar los vínculos con el mundo exterior y no puede dominar sus impulsos, controlarlos o frenarlos"[24]. Así, la psicosis, por lo general, incapacita a la persona de manera que no puede tener una adecuada valoración de la realidad.

La psicosis produce alteraciones profundas de las funciones psíquicas, y pueden ser endógenas o exógenas.

a. Exógenas u orgánicas

La psicosis exógena, también llamada enfermedad psíquica genuina, psicosis física o psicosis corporalmente fundada, es producida por causas externas al organismo, las cuales afectan al cerebro generando su disfuncionalidad.

Según lo señalado por Roxin, entre este tipo de psicosis están las psicosis traumáticas (causada por lesiones cerebrales), las psicosis por intoxicación (por drogas o alcohol, en este caso la alteración de la conciencia como causa de exención de la responsabilidad debe ser considerada patológica, precisamente porque es debida a una intoxicación del organismo), las psicosis por infección (por parálisis progresiva), la epilepsia (dolencia convulsiva orgánico-cerebral), las psicosis seniles (vinculado a la edad avanzada), la arterioesclerosis cerebral y atrofia cerebral, etc.[25]

---

24 Peña Cabrera, citado por Peña Cabrera Freyre, *Curso elemental de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 389.

25 Cfr. Roxin, citado por Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 601.

b. Endógenas[26]

La psicosis endógena, también denominada desviación normativa de la personalidad, es aquella psicosis que se origina debido a factores constitucionales, es decir, es originada por el propio organismo de la persona. Entre las más frecuentes tenemos: la esquizofrenia, la paranoia, la maníaco-depresiva y la epiléptica.

b.1. La esquizofrenia

También es conocida como *demencia precoz*. Es una enfermedad severa cuyo rasgo más evidente es el de la desorganización mental. Tiene un curso crónico que consiste en una profunda alteración de la conciencia del *yo* y la del *mundo*. Esto implica que no se reconozca la realidad y que haya una disgregación de la vida psíquica que rompe la relación habitual entre el sujeto y la realidad.

Existe una suerte de autismo del esquizofrénico, es decir, este no se relaciona con el medioambiente y, por tanto, cuenta con una incomprensión del mal. Su sintomatología se da a través de la disociación (rotura de la normal conexión del pensamiento o del lenguaje), la alteración de la afectividad (ausencia o escasez de respuesta afectiva con la persona o cosa), la alucinación visual o auditiva. A lo que se agrega, muchas veces, un delirio de grandeza o de persecución.

La peligrosidad del esquizofrénico es oscilante, es decir, depende del desarrollo de la enfermedad y de la circunstancia en la que él se encuentre, aunque siempre debe destacarse que su actuación y comportamiento suelen ser impredecibles, sin motivación conocida o racional, o pueden tener una descarga explosiva fulminante.

---

26 Cfr. Castillo Alva, "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", art. cit., p. 632 y ss.

b.2. La paranoia

La paranoia abarca un grupo de manifestaciones psíquicas diferenciadas que van desde la lucidez hasta el delirio más intenso. Su aparición es lenta y a veces imperceptible. A diferencia de la esquizofrenia, la paranoia abraza algunas de las parcelas más importantes de la vida anímica del sujeto, quien suele mantenerse en el límite de la verosimilitud y no organiza de modo coherente su conducta.

Esta anomalía psíquica se expresa a través de las siguientes manifestaciones:

— *El delirio de grandeza:* la persona tiene demasiada autoestima, lo que provoca que asuma poses seudocientíficas o seudofilosóficas.

— *El delirio de persecución:* la persona solicita, por ejemplo, que quien se involucre con ella sea identificada plenamente; asimismo, piensa que es odiada por alguien.

— *El delirio de querella:* la persona sostiene litigios o riñas con terceros por nimiedades. Esto se debe a que piensa que la causa es justa o porque imagina que con ello logrará evitar un perjuicio futuro a su persona, bienes o familia.

— *El delirio místico o religioso*: la persona piensa que es portador de una misión divina en la tierra, es decir, considera que es un mesías o profeta elegido.

b.3. Las psicosis maníaco-depresivas

Esta anomalía también es llamada afectiva, circular o bipolar, ya que tiene la particularidad de afectar el sistema emocional del enfermo. De modo que en él predominan estados afectivos externos (manía y depresión) y suponen una profunda alteración de la afectividad, sobre todo del humor. En la psicosis depresiva, la melancolía o la tristeza domina y

recorre la personalidad del sujeto, lo cual limita la ideación, la voluntad o la acción.

Asimismo, las personas que sufren de esta anomalía perciben la realidad de manera pesimista y con una profunda congoja. La presencia en el mundo lo ven como un duro e inmerecido castigo. Esto conlleva a que piensen constantemente en el suicidio o la instigación a este. Para el depresivo, la vida no tiene sentido, odia a las personas (sean sus compañeros e, incluso, sus propios familiares).

En la psicosis maniaca, el sujeto percibe de manera eufórica y descontrolada todo hecho, se toma la mayoría de cosas o proyectos como posibles y de ejecución fácil. Esto último va acompañado con la insensibilidad y el egoísmo, por lo tanto, el sujeto puede realizar actos de crueldad o crímenes graves para satisfacer determinados apetitos.

b.4. La psicosis epiléptica

Es una afección psíquica que conlleva descargas hormonales espontáneas. Es un disturbio paroxístico y transitorio de la actividad cerebral, que aparece de improviso, cesa repentinamente y tiende a repetirse en el tiempo; y es provocada por una alteración anatómica irritable del cerebro o de una alteración de naturaleza hereditaria o constitucional.

Los ataques epilépticos pueden distinguirse en tres categorías:

— *La epilepsia de gran mal*, que produce un estado de inconsciencia y constituye una causal de ausencia de acción y no de inimputabilidad. Un aspecto importante de la psicosis epiléptica es el momento anterior a la crisis, conocida como *aura epiléptica*, que ocasiona irritabilidad o explosividad del temperamento, lo que hace proclive al sujeto a la comisión de cierta clase de delitos. En estos casos de alteración de la conciencia debe realizarse un estudio minucioso del paciente para establecer el grado y

la intensidad de la perturbación, y ver si solo debe atenuarse la responsabilidad por existir una imputabilidad disminuida o si debe exonerarse completamente de responsabilidad penal al concurrir una situación de inimputabilidad[27].

— *La epilepsia de pequeño mal*, que aparece por intervalos de tiempo más breves, por lo que estos pueden ser poco perceptibles para el propio paciente; por lo demás, según su profundidad y la perturbación de la conciencia, puede terminar con resultados idénticos —en cuanto a su valoración jurídico penal— a los de la epilepsia de "gran mal".

— *El "ataque psicomotor"* representa el nivel más bajo de la epilepsia y, por lo general, no acarrea la pérdida de la conciencia o una alteración gravísima de las facultades psíquicas, pero a veces termina interrumpiendo o paralizando la actividad de coordinación o de destreza que realiza la persona, lo que la hace asumir un cambio brusco de actuación y proceder. Sin embargo, para fundar la responsabilidad penal del sujeto en este tipo de ataques epilépticos, es posible alegar, en la mayoría de casos, el *actio libera in causa* (acción libre en causa)[28].

B. Personalidades psicopáticas

Las personalidades psicopáticas manifiestan cierta frialdad al cometer los más execrables delitos. Estas son personas de por sí normales, llevan una vida familiar y social igual que el común denominador de las personas, pero, al mismo tiempo, esconden una personalidad provista de una sed implacable de provocar el sufrimiento a los demás.

---

27 La jurisprudencia del Tribunal español consideró que si el delito se cometió durante el ataque epiléptico o en la llamada aura epiléptica (inmediatamente antes o después del ataque), o cuando el sujeto se encontraba en estado de demencia, se aplicaba la eximente.

28 Cfr. Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de derecho penal*, t. v, Buenos Aires: Ediar, 1983, p. 166.

Estos sujetos obtienen equilibrio emocional cuando perpetran sus fines más perversos. Son individuos que, ante los ojos de la comunidad, se comportan como ciudadanos de bien e, incluso, son consideradas personas con personalidades atractivas y, algunas veces, plenamente seductoras. Pero se esfuerzan por encubrir de una manera particular los rasgos de su verdadero carácter y personalidad, por tanto, para los demás son completamente normales o, incluso, interesantes. Muchas veces, estos sujetos esconden patologías que, sin ser propiamente enfermedades mentales, determinan la perpetración de crímenes horrendos (v. gr.: asesinatos con crueldad, lesiones u homicidios sin motivo aparente por ferocidad o placer). Esto incide en negar de plano su condición de "inimputables".

El psicópata alberga una personalidad cuya característica es el no percatarse de su carácter anormal ni de la insensibilidad o del temperamento peculiar que posee. Mira sus actos de manera aislada y egoísta, no mide las consecuencias ni calcula los riesgos a los que se expone luego de la realización de una conducta. Responde normalmente como motivo y fin último de su actuación a los deseos de venganza, estos hacen albergar a los psicópatas la más cruda insensibilidad, la mayor falta de amor al prójimo y la ausencia de compasión y de solidaridad, llevándolos a asumir un egoísmo extremo.

Los psicópatas suelen tener complejo de inferioridad o tienden a considerarse víctimas de los demás. No debe creerse que la personalidad del psicópata solo es compatible con los actos de crueldad, pues también existen psicópatas que, siendo igual de insensibles, son más "refinados", pues no imponen un dolor adicional o innecesario a sus víctimas[29].

No confundamos al "psicópata" con el "psicótico", aunque ambos puedan presentar signos negativos de remordimiento[30]. Las personalida-

29 Castillo Alva, "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", art. cit., p. 636.

30 Peña Cabrera Freyre, *Curso elemental de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 389.

des psicopáticas no revelan propiamente una enfermedad mental, sino rasgos caracterológicos que inciden en una proclividad delictiva, lo cual de ninguna manera los convierte en "inimputables".

Asimismo, no se debe confundir la personalidad psicopática de aquella personalidad que solo tiene rasgos psicopáticos[31]. La mayor o menor insensibilidad de un delincuente, sus móviles egoístas y su deseo desmedido de venganza no nos pueden llevar a pensar y a generalizar que nos encontramos ante un psicópata. Del mismo modo, la más absoluta indiferencia hacia los valores o a las normas jurídicas no puede conducir a identificar la psicopatía con la existencia de una forma de anomalía psíquica. El juez debe realizar un análisis exhaustivo (que debe abarcar los hechos, la personalidad del agente y del respectivo informe psiquiátrico) y, posteriormente, un enjuiciamiento global del suceso y de la personalidad del autor, a fin de formarse así una opinión jurídica.

La composición de la personalidad del autor lo inclina hacia actitudes anormales, que no llegan a formar una base patológica que dé pie a la inimputabilidad. Son sujetos que no tienen el menor remordimiento por los actos criminales que cometen, y llevan consigo un poder manipulador muy significativo. El psicópata pueda interiorizar las normas jurídicas y los valores, pero no puede motivar ni orientar su comportamiento conforme a dichas pautas.

C. *Oligofrenia*

Algunos autores consideran que la *oligofrenia* también es una anomalía psíquica, pues señalan que "consiste en la debilidad intelectual congénita sin causa demostrable. Según su intensidad, se distinguen los casos de idiocia, imbecilidad, debilidad mental, inteligencia limitada"[32].

---

31 Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. V, ob. cit., p. 157.

32 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, p. 630.

Se explica por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en el ámbito emocional como intelectual, que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro, como psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionadas, psicosis infecciosas y otras[33].

D. Neurosis

Las *neurosis* son situaciones donde el sujeto se encuentra en conflicto consigo mismo o con el mundo circundante. Esto lo presiona emocionalmente y provoca estados de angustia cuyo origen no siempre se logra determinar. Frecuentemente, pueden causar efectos orgánicos como parálisis, ahogos u otros[34].

Castillo Alva define la neurosis de la siguiente manera:

> La neurosis es una condición de insuficiencia psíquica que se caracteriza por la ansiedad excesiva y duradera, que tiene una etiología psíquica no somática y en la que se trata de reacciones vivenciales anormales o de trastornos en la elaboración de la vivencia. Es manifestación de un conflicto intrasíquico no resuelto que inhibe o neutraliza los comportamientos sociales. Sus causas, si bien tienen una expresión interna, pueden deberse a un conflicto interpersonal severo o a un conflicto con el ambiente social[35].

Asimismo, el citado autor refiere que las principales clases de neurosis son:

---

33 Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de la 5.ª ed. por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 470.

34 Cfr. Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, t. II, 3.ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 282.

35 Castillo Alva, "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", art. cit., p. 238.

a) *La neurosis histérica*: que es muy frecuente y se caracteriza por una marcada emotividad y excitabilidad del mundo anímico debido a cosas, hechos o personas. El neurótico histérico suele simbolizar su conflicto con síntomas orgánicos y no con palabras. Quienes la padecen son fácilmente sugestionables, tienden a atraer la atención, el afecto o la consideración del otro y se refugian en la soledad cuando atraviesan por una situación ingrata, la que, por cierto, también exageran[36].

b) *La neurosis depresiva*: nace normalmente en paralelo con un acontecimiento o hecho doloroso sufrido por el sujeto de manera imprevista y que tiende a empeorarse o estabilizarse con el transcurso del tiempo. El neurótico depresivo sigue reviviendo continuamente dicho hecho de manera intensa y emotiva, lo que podría desencadenar en un intento de suicidio o un homicidio o tentativa del mismo sobre una persona querida.

c) *La neurosis obsesiva o compulsiva*: cuya nota particular es la existencia de una idea o un deseo fijo que atrae y polariza la atención del sujeto, alejando su conciencia de fenómenos o acontecimientos personales o familiares más importantes, lo que puede atraer o constreñir al sujeto a realizar cierto tipo de acciones o hechos. Pertenecen a este campo algunas monomanías, como la cleptomanía y la piromanía que afectan a sectores del psiquismo y terminan arrastrando el resto de la personalidad. Dentro de las perversiones sexuales puede citarse el exhibicionismo y el fetichismo.

d) *La neurosis de ansiedad*: se caracteriza por la tensión y angustia psicológicas por una actividad que se afronta o que se debe realizar, o por una consideración morbosa y exagerada respecto al peligro que se cierne para el sujeto. Suele demostrarse a través del terror a un objeto o a un acontecimiento. Aquí se incluyen las fobias, como la agorafobia, la claustrofobia, etc.;

e) *La neurosis neurasténica*: que se delinea por la conformación de un estado de cansancio, fatiga física o cerebral, que incapacita la direc-

36 Cerezo Mir, acertadamente, señala: "No procede, desde luego a la aplicación de la eximente completa en los casos de histeria y ludopatía". Cerezo Mir, "Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica", art. cit., p. 267.

ción y culminación de cualquier empeño por una fácil sensación de agotamiento de la actividad volitiva;

f) *La neurosis postraumática*: que se desarrolla en la víctima de un trauma físico, al que se asocia un mecanismo psicológico de tipo histérico, neurasténico o hipocondríaco. Aquí hay una autosugestión que tiende a sumergir al sujeto en el dolor, creyendo muchas veces que el daño es merecido, impulsándolo a una decisión fatal o peligrosa[37].

La neurosis, a diferencia de otras anomalías, puede ser superado a través de un adecuado tratamiento psicológico. En el aspecto jurídico penal, la neurosis no suele eximir de la responsabilidad penal de un ilícito, pues no privan al sujeto de la posibilidad de comprender el sentido de su acto o de motivarse conforme a este[38 39]; sin embargo, en algunos casos excepcionales se puede hacer languidecer cualquiera de esas dos condiciones de la imputabilidad.

E. Consecuencias jurídicas

La presencia de alguna enfermedad no basta para que se niegue la imputabilidad penal, sino que es necesario que los efectos de ella hayan alcanzado tal intensidad que perturbe u afecte de forma significativa la funcionalidad cerebral del sujeto. Si la manifestación de esta enfermedad no alcanza un estadio de perturbación suficiente en la psique del sujeto, no puede proceder la declaración de "inimputabilidad".

---

37 Castillo Alva, "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", art. cit., pp. 638 y 639.

38 Cfr. *Ibid.*, p. 639.

39 Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 13 de octubre de 1971, señaló: "Los neuróticos ocupan el último lugar descendente de la perturbación mental; por lo que solo las formas más acusadas y graves de tal anomalía podrían aspirar a la completa exención de responsabilidad penal, de modo que las reacciones neuróticas solo pueden pretender, cuando más, un poderío atenuante".

Es necesario que la anomalía psíquica cause un determinado efecto psicológico, es decir, que el individuo no sea capaz de autorregular su comportamiento de acuerdo con el mensaje normativo. La anomalía debe impedir que el individuo conozca o comprenda la ilicitud de su comportamiento (facultades intelectuales) o que determine su actividad conforme a dicho comportamiento (facultades volitivas)[40].

En consecuencia, la anomalía psíquica es considerada una causa de inimputabilidad, por lo que no se puede imponer una pena a la persona que realice una conducta típica y antijurídica en las circunstancias señaladas en el párrafo anterior. Sin embargo, nuestro Código Penal no se ha podido desligar totalmente de la idea del enfermo mental como ser peligroso y que tiene que ser apartado de la sociedad, ya que para estos casos se establece la aplicación de las medidas de seguridad, como la internación en un centro hospitalario especializado u otro adecuado, con fines terapéuticos o de custodia, cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves (art. 74 del CP).

Respecto a la pena de internamiento, Muñoz Conde señala:

> El internamiento obligatorio del enfermo mental que ha cometido un delito se convierte así en un sustitutivo de la pena, con la misma finalidad aflictiva y defensista que esta. Para ello se mitifica la peligrosidad del enfermo mental, exagerando su importancia cualitativa y cuantitativa, haciendo de ella el pretexto para imponer medidas esencialmente represivas y no curativas, por más que los actuales conocimientos psiquiátricos demuestren que la peligrosidad social permanente de algunos enfermos mentales es muy reducida y muy pocos, en efecto, son los casos de internamiento obligatorio justificado por la peligrosidad del enfermo[41].

---

40 Bramont Arias, Luis, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Vilock, 1978, p. 181.

41 Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Bogotá: Temis, 1999, p. 116.

No obstante, nuestro Código Penal morigera esos arrebatos peligrosistas al limitar la duración de la internación que no podrá exceder al tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicar por el delito cometido (art. 75).

Es importante indicar que si se trata de un imputable relativo se aplicaría la medida de seguridad consistente en el tratamiento ambulatorio (art. 76 del CP). La regulación del sistema vicarial, en el caso de imputables relativos, supone que el tiempo de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena, con esto se le otorga al juez la facultad de dar por extinguida la condena o reducir su duración, de acuerdo al éxito del tratamiento (art. 77).

2.1.2. Grave alteración de la conciencia[42]

La grave alteración de la conciencia es un estado que lesiona profundamente la esfera cognoscitiva del sujeto, quien actúa alterado en su propia conciencia o del mundo que lo rodea. Esto afecta al sujeto a tal nivel que le imposibilita comprender el carácter delictuoso del acto que comete, o se ve anulado su capacidad de controlar sus propios actos (facultades psicomotrices).

La grave alteración de la conciencia produce una disociación entre el mundo interno y la realidad, por lo que existe una ruptura del estado real de las cosas. El sujeto no es consciente de los actos que realiza, pues para él la realidad se encuentra totalmente desdibujada. Algunos agrupan dichas perturbaciones en dos: las de *carácter fisiológico* (como el cansancio y la fatiga extrema, por ejemplo) y las de *carácter psicológico* (como los estados crepusculares y las emociones intensas)[43].

---

42 *Vid.* Pérez López, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., pp. 29-52.

43 Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte general*, t. I, traducido por Manuel Cancio Meliá y Gustavo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 285.

Cuando la ley alude al término *conciencia* se refiere a la de "uno mismo en su relación con la conciencia del mundo exterior"[44]. Castillo Alva señala:

> La grave alteración de la conciencia generalmente excluye la capacidad reflexiva y de discernimiento del sujeto, aunque no lo elimina del todo, va acompañada por una turbación anímica o afectiva que hace presa al hombre de sus impulsos o de sus reacciones. Por ello, normalmente la ejecución del delito se produce de manera torpe, desordenada y no obedece a una planificación anterior que suela extenderse a instantes posteriores a la consumación del delito[45].

Consideramos que es exigible un mínimo de participación anímica[46] en la alteración de la conciencia para ser causal de inimputabilidad. La exclusión de conciencia es irrelevante jurídico-penalmente, al no ser una "acción" que le interese al derecho penal. Por tanto, estaríamos refiriéndonos a los estados de inconsciencia que configuran casos de ausencia de acción (causa excluyente de acción y no de culpabilidad). Jakobs considera que "la alteración es, pues, una desorientación, que sin embargo no anula la conciencia, sino que la deja restringida; no es la conciencia lo que se pierde en el estado pasional, sino el discernimiento"[47].

El uso de la denominación *grave* significa que esta causa de inimputabilidad solo se aplicaría ante las alteraciones de una intensidad que desbordan lo normal, como, por ejemplo, la profunda fatiga. En ese sentido, se deben eliminar todos los trastornos de conciencia que se mantienen dentro de

---

44 Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 639.

45 Castillo Alva, "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", art. cit., p. 645.

46 Sino estaríamos ante un "estado de inconsciencia" y no ante una perturbación de la conciencia, la primera hipótesis remite a un caso de ausencia de acción.

47 Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 639.

los márgenes de lo normal. Para ROXIN, "la palabra 'grave', materialmente no significaría otra cosa que el trastorno ha de ser de tal intensidad que la estructura psíquica del afectado esté destruida o perturbada"[48].

En efecto, la alteración de la conciencia debe adquirir tal profundidad que afecte gravemente las facultades cognoscitivas y volitivas de la persona.

Respecto al concepto de gravedad o de profundidad de las alteraciones, CASTILLO ALVA refiere que es una noción cargada de relatividad (depende de las valoraciones socio-culturales, psicológicas y jurídicas a las que se atenga el juez), pero que la clave para delimitar su magnitud es el hecho de que solo las alteraciones graves impiden al sujeto comprender el carácter delictuoso de su acto y no facilitan la determinación de su conducta conforme a dicho entendimiento"[49]. Este autor señala además que, "si bien es cierto las simples alteraciones de la conciencia no tienen ningún efecto eximente, también es cierto que pueden operar sin ninguna dificultad como un baremo del grado de imputabilidad y, por tanto, de la culpabilidad"[50].

Desde el punto de vista práctico, consideramos que los casos más representativos de esta figura son aquellos estados pasionales intensos y las emociones extremas o de alto grado. Estos casos deben ser de tal intensidad y gravedad que destruyan el psiquismo del sujeto en el caso concreto, tal como lo hemos indicado con anterioridad. Como ejemplo de emociones podemos mencionar las siguientes: ira, ansiedad, placer

48 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, traducción de la 2.ª ed. alemana por Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, pp. 828 y 829.

49 Cfr. CASTILLO ALVA, "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", art. cit., pp. 646 y 647.

50 *Ibid.*, p. 647.

erótico o vergüenza; y de las pasiones: el amor, el odio, los deseos de venganza o la celotipia[51].

La grave alteración de la conciencia es una causa excluyente de la culpabilidad. Este trastorno debe estar presente en el momento de la realización de la conducta prohibida por parte del agente e importa una perturbación o una exclusión parcial de la normal relación entre la conciencia del yo (autoconciencia) y la conciencia del mundo exterior[52]. Se observa la presencia de circunstancias particulares que perturban la reflexión de la persona y que impiden que se percate de lo que hace en el momento en el que actúa[53].

El ámbito de aplicación de este supuesto se circunscribe a las perturbaciones no patológicas, sean de naturaleza fisiológica (como es el caso del agotamiento profundo o la somnolencia) o de naturaleza psicológica (como los estados de semi-hipnotismo y gran intensidad de ciertas emociones)[54]. Al respecto, Roxin señala que "puede darse un trastorno de la conciencia en un sujeto que actúa en estado de excitación extrema, aun cuando el mismo no padezca enfermedad alguna y su estado pasional tampoco vaya acompañado de otras manifestaciones o síntomas de deficiencias (como, por ejemplo, la somnolencia, la hipnosis, la fiebre o deficiencias similares)"[55].

En la actualidad, las ciencias empíricas parten mayoritariamente de la idea de que, ante un "desbordamiento pasional" acontecido en estado de alto grado de excitación, la capacidad de control en el momento del

---

51 *Ibid.*, p. 648.

52 *Vid.* Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara Editores, 2004, p. 428.

53 Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e inimputabilidad*, México: Porrúa, 1993, p. 97.

54 *Vid.* Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 285.

55 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 830.

hecho puede estar con frecuencia excluida, pues dicho desbordamiento pasional "tiene como condición previa directamente la destrucción de las instancias de control"[56].

Por razones de prevención general, las posibilidades de exculpación abiertas se consideran —a menudo— demasiado amplias, por ello es que existen restricciones en la determinación de la grave alteración de la conciencia como causa de inimputabilidad. Por ejemplo, hay legislaciones donde se exige la existencia de una provocación culpable del estado pasional por parte del autor, es decir, se negará la aplicación de esta causa de inimputabilidad cuando el autor se coloca a sí mismo culpablemente en situaciones que conducen a hechos violentos o cuando hay defectos de carácter evitables y deslices morales. La imputabilidad subsiste cuando el estado pasional o emocional fuera evitable[57]. Por esta razón, solo se podrían invocar en "aquellas circunstancias que se hallan en estrecha relación con la 'acción en cortocircuito'. [...] [Por ejemplo,] el abandono incontrolado a malos humores depresivos que visiblemente conducen al terreno de peligro de descargas pasionales incontroladas"[58].

2.1.3. Alteraciones de la percepción[59]

Las alteraciones de la percepción se manifiestan respecto de los sentidos, pues se produce por la carencia o imperfección en estos, lo que genera una realidad desdibujada para el sujeto. Estas alteraciones pueden ser patológicas, a pesar de que su origen no lo sea, por ejemplo, la causada por un traumatismo de cráneo producido por accidentes o caídas (causas

56 *Loc. cit.*

57 Cfr. Castillo Alva, "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", art. cit., pp. 649-650.

58 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 830.

59 Pérez López, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., pp. 54-58.

mecánicas) en los primeros años de vida. La alteración será patológica en sí cuando consista en una enfermedad, afección o dolencia mentales que importen un deterioro sumamente marcado y una desintegración de la personalidad del sujeto. La alteración en alguna de las facultades sensitivas del sujeto debe incidir en las relaciones de este con el mundo exterior.

Berdugo explica que "la inimputabilidad proviene de una ausencia de socialización derivada de la minusvalía física, no psíquica. Esa falta de integración en el entorno puede provocar una inadaptación de tal calibre que el sujeto no haya interiorizado las claves que delimitan las acciones socialmente aceptadas de las que no lo son"[60]. Se entiende que la figura jurídica en comentario consiste en una afectación que sufre el agente en su percepción, lo que le impide tener una conciencia adecuada de la realidad mediante su propio entendimiento. Surge cuando el sujeto tiene alterado gravemente su concepto de la realidad y debido a ello no se encuentra en condiciones de autorregular su comportamiento de acuerdo con el mensaje normativo. En la alteración de la percepción existe una situación de incomunicación con el entorno social, que impide al sujeto conocer la realidad que le rodea y, por tanto, ser motivado por la norma[61].

Esta eximente tiene un carácter mixto, pues atiende *causas biológicas* (v. gr.: la ceguera o la sordomudez) y a *efectos psicológicos* (grave alteración del concepto de la realidad). Este término hace referencia a una "realidad" normativa, en concreto a la significación antijurídica del hecho. El uso del término *realidad inequívoca* es muy criticado, pues se considera que este concepto no existe debido a que cada uno asume su propia realidad[62]. Bustos Ramírez precisa que "lo que interesa en este

60 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Luis Arroyo Zapatero; Juan C. Ferré Olivé; José Serrano Piedecasas y Nicolás García Rivas, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona: Praxis, 1996, p. 256.

61 Cfr. Muñoz Conde, Francisco *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1991, p. 370.

62 Cfr. Cerezo Mir precisa que esta eximente es superflua y debería ser suprimida del Código Penal español por carecer de relevancia político-criminal y al no haber

caso es una determinada realidad valorativa, que puede ser jurídica (solo puede entenderse así, pues es la que interesa a tal efecto; así podría tener alterada la realidad de los colores para los demás, pero no la realidad valorativa de los colores; confundir el rojo con otro color, pero tener claro que el rojo en un semáforo significa prohibición de pasar)"[63]. Si bien una persona puede tener ciertos sentidos alterados, esto no supone necesariamente que no exista conciencia de la antijuricidad.

En síntesis, para que esta figura se constituya como una causa de inimputabilidad, "no basta la alteración de la percepción por defecto de los sentidos, sino que es indispensable que esta afecte gravemente el concepto de la realidad de la persona. Se trata, pues, de una deficiencia personal que impide hacerse una idea correcta de la realidad, en particular del comportamiento que se ejecuta"[64].

En un primer momento, la alteración de la percepción se limitó al habla y a la audición; sin embargo, en la actualidad se admite la alteración de todos los sentidos. Cuando estos se encuentran anulados en sus capacidades plenas, se produce un estado disociativo de la realidad social, es decir, acontece una desfiguración del individuo con su entorno social. Aquí, lo relevante para derecho penal son los efectos y consecuencias que produce en el sujeto una percepción equívoca, ya que sus sentidos no le otorgan una ubicación correcta o adecuada de los hechos circundantes.

Cuando hablamos del presupuesto biológico de las alteraciones de la percepción, nos referimos a cualquier defecto que suponga la disminución de las facultades de captación del mundo exterior. Generalmente se

---

tenido apenas aplicación en la práctica. Cerezo Mir, José, "Alteración de la percepción", en Cerezo Mir, José, *Temas fundamentales del derecho penal*, t. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 449; *Idem*, *Curso de derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito*, t. III, Madrid: Tecnos, 2003, p. 83.

63 Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona: PPU, 1994, p. 345.

64 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 633.

trata de defectos físicos (como la sordomudez o la ceguera), pero podría incluirse también a los autistas (cuyas anomalías congénitas del carácter producen un cierre a la comunicación). Este "defecto" debe ser sufrido por el sujeto desde el nacimiento o la infancia, es decir, en los momentos clave del aprendizaje social.

Si el sujeto ha adquirido conocimientos y experiencia suficiente para saber si sus acciones contradicen o no las normas y después sufre la alteración en la percepción, no será aplicable esta eximente. Esto se debe a que, como hemos indicado, el presupuesto biológico por sí solo no es suficiente para declarar la inimputabilidad, sino que también importa el efecto psicológico que se produce (alterar gravemente la conciencia de la realidad). El sujeto debe tener alterada su capacidad para conocer las pautas de comportamiento y los valores dominantes en su entorno social. Si esta alteración no es grave, cabría aplicar la eximente incompleta o responsabilidad restringida (art. 21 del CP)[65].

A. Sordomudez y ceguera

Para la eximente de sordomudez, es requisito necesario que el autor no haya poseído nunca las facultades de oír y hablar o que las haya perdido en la más temprana infancia. Una pérdida posterior no hace posible la aplicación de esta eximente. Lo mismo se aplica para los casos de ceguera. Así, en el caso de los sordomudos y de los ciegos, estos tendrían una imputabilidad condicionada, pues, si se trata de personas que han alcanzado el término de su proceso evolutivo y en los que por tanto no juegan papel alguno las especiales relaciones de la época de la pubertad con sus decisivos influjos en la vida afectiva y volitiva[66], no se aplicaría la eximente en comentario.

---

65 Cfr. Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 418-419.

66 *Vid.* Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, t. 2, Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 59.

B. Retardo mental u oligofrenia

Principalmente, los casos de *retardo mental* suelen ubicarse en las alteraciones de la percepción, aunque algunos autores, como Rojas Vargas, lo consideran un tipo de anomalía psíquica[67]:

> Es una de las varias anomalías psíquicas que registra la patología médica psiquiátrica, que afecta sensiblemente una de las más importantes funciones mentales: la inteligencia, y, concomitante con ella, la capacidad de adaptación del individuo. Se puede llegar a adquirir dicha anomalía de una manera congénita, o por un estancamiento en el proceso de desarrollo de las indicadas facultades (propiamente retardo mental), pero también a consecuencia de un ulterior socavamiento y destrucción de una inteligencia promedio o superior, caso este último que se advierte en las demencias seniles[68].

Estas deficiencias mentales han sido denominadas de distinta manera ("hipofrenias", "frenastenias", etc.), pero el término más usual es "oligofrenia". Si bien todas sus manifestaciones tienen el efecto de provocar un desarrollo incompleto o deficiente de la inteligencia, no todas tienen la misma intensidad ni tampoco presentan un cuadro unitario, pues suelen responder a etiologías diversas, lo cual da lugar a pronósticos y tratamientos diferentes[69].

---

67 Jescheck y Weigend indican que las deficiencias mentales "no expresan una unidad gnoseológica, sino que —desde un punto de vista etiológico— toman en cuenta las diversas causas, que en parte caen bajo conceptos somáticos de enfermedad, de tal forma que en estricta sistemática deberían tratarse bajo las psicosis". Se explica por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en el ámbito emocional como intelectual, que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro, como psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionadas, psicosis infecciosas y otras. Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 470.

68 Rojas Vargas, Fidel, *Derecho penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 132.

69 Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires: Ediar, 1982, p. 159.

La oligofrenia tiene su origen en el poco y detenido desarrollo del cerebro, que puede ser de carácter congénito o puede ser adquirido en los primeros años de vida. Este trastorno se caracteriza por la presencia de un desarrollo mental incompleto o estancado y por el deterioro de las funciones concretas de cada época del desarrollo. Además, influyen en el nivel global de la inteligencia, como las funciones cognoscitivas, las funciones de lenguaje, las funciones motrices y la socialización[70]. En estos casos nos referimos a las personas cuya inteligencia no rinde en la medida suficiente frente al mundo circundante.

Las oligofrenias se distinguen según el grado alcanzado por la afección en debilidad mental, imbecilidad e idiocia. Las causas de la oligofrenia suelen ser hereditarias o por lesiones durante el embarazo, inmediatamente después del nacimiento y en la temprana edad.

C. Consecuencias jurídicas

La capacidad de culpabilidad de las personas que sufren una alteración de la percepción depende de un examen realizado en cada individuo. Si el examen da como resultado la posesión de esa deficiencia en forma plena, habrá que afirmar su inimputabilidad. Sin embargo, si resulta que su capacidad, sin estar excluida, se encuentra grandemente atenuada, se castiga al sujeto, pero disminuyendo la pena.

Si el órgano jurisdiccional concluye que el imputado carecía de la capacidad para entender el carácter antisocial e ilícito de su hecho y de actuar en consecuencia, que actuó con base en un error excusable, o, por último, que, en razón de las circunstancias anormales en que tuvo lugar la conducta, no cabía exigirle otra conducta[71], entonces la responsabilidad

---

70 De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Décima Clasificación de Enfermedades Mentales (CIE-10).

71 Politoff L., Sergio; Jean Pierre Matus A.; María Cecilia Ramírez G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de

penal deberá excluirse conforme a los criterios generales del concepto de imputabilidad.

Hay casos que plantean dudas sobre si una persona está privada totalmente de razón o si solo la tiene disminuida; por ejemplo, el caso del sordomudo que, si bien patológicamente no presenta alteraciones psíquicas, por su situación de incomunicación con los demás el desarrollo de sus facultades mentales prácticamente es nulo o muy relativo.

Si bien los sujetos que sufren una alteración de la percepción (y que por ese motivo no cuentan con la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o no puedan determinarse según esa comprensión) son considerados inimputables, se les podría imponer las medidas de seguridad señaladas en el Código Penal.

2.1.4. Minoría de edad[72]

Todo el sistema jurídico penal tiene como base la idea de que "la imputabilidad no se adquiere de repente, sino que es el resultado de un largo y lento proceso". Si esta idea fuese dejada de lado, entonces estaríamos ante un derecho penal que ignora la realidad social. Por tanto, es necesario tener en cuenta las etapas de desarrollo humano conforme a sus cualidades innatas y al medio en el que se desenvuelve[73].

La minoría de edad, como causal para eximir la responsabilidad penal, se encuentra regulada en el art. 20.2 del CP: "Está exento de responsabilidad penal [...] el menor de 18 años". Esto significa que a pesar de que un menor de edad autor de un ilícito penal haya comprendido el carácter delictuoso de su acto y de que se ha comportado conforme a

---

Chile, 2004, p. 315.

72 Pérez López, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., pp. 67-69.

73 Cfr. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 611.

esa comprensión, él no podría ser objeto de proceso penal ni de sanción penal alguna, pues el dispositivo legal antes señalado es una presunción *iuris et de iure*. En ese sentido, "basta acreditar la minoría de edad cronológica para que sea aplicable la eximente"[74].

Un menor, por el hecho de serlo, no comete delitos, sino infracciones, por ello se les denomina infractores y no delincuentes. El menor infractor es aquella persona que no cuenta con la edad penal establecida para ser imputable e infringe las leyes penales o manifiesta una conducta nociva para su familia y la sociedad[75].

Según Revilla Llaza, esta eximente encuentra su justificación en:

> Los menores de edad no pueden ser tratados igual que los mayores que poseen plena capacidad de comprensión y actuación. Pues solo se puede juzgar a las personas en las mismas condiciones y con la misma severidad cuando tienen la capacidad de motivarse por los imperativos jurídicos (discernir lo que está prohibido u ordenado) y cuando, pese a poder evitar o efectuar una actuación conforme a ellos, no se inhiben de hacerlo[76].

Para Bustos Ramírez, la racionalidad con la que se rigen las vivencias culturales del menor y su mundo no es la hegemónica. Por esta razón no se podría sancionar al menor bajo esa racionalidad, pues esto significaría el enjuiciamiento de un conjunto de personas con esas mismas características. Así, todo aquel que cometa un ilícito debe ser considerado conforme a las instrucciones y reglas que se avengan con

74 Revilla Llaza, Percy, "Minoría de edad", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 661.

75 Cfr. Erazo Saro, Eva, "Tratamiento de la responsabilidad del adolescente infractor", en AA. VV., *Las causales eximentes de responsabilidad penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 24.

76 Revilla Llaza, "Minoría de edad", art. cit., p. 666.

su racionalidad[77]. En otras palabras, el menor se encuentra sujeto a las disposiciones tutelares del Código de los Niños y Adolescentes y, por ende, no puede ser sancionado bajo los lineamientos del Código Penal.

El menor de edad, en palabras de Erazo Saro, es:

> Aquella persona que por razón de su edad ostenta una condición o cualidad que es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico como factor determinante de la situación o posición de la comunidad y de su ámbito de poder, capacidad y responsabilidad. En términos estrictamente socioculturales, es una categoría que se encuentra en función de diversos condicionamientos, vigente en cada momento histórico, que los legisladores habrán de definir en cada caso atendiendo a las circunstancias culturales y sociales de un tiempo y un país[78].

El art. 20.2 del CP exime de responsabilidad criminal a los menores de 18 años en forma absoluta e incondicional, por ello se considera que la minoría de edad es una causal de inimputabilidad. El dispositivo legal mencionado determina, como en la mayoría de las legislaciones, la edad que será el umbral de la responsabilidad penal, respecto de la cual, por una suerte de ficción, se da por supuesta la ausencia de suficiente discernimiento, esto es, de la suficiente madurez como para comprender el mundo circundante de acuerdo con los criterios generalmente aceptados por la sociedad adulta sobre lo prohibido y lo permitido.

Solo pueden ser responsables las personas mayores de 18 años. En la ley penal se presume la incapacidad de culpabilidad del menor de edad y no se opta porque se determine en cada caso. Por lo tanto, "el menor de 18 años puede o no tener realmente capacidad de culpabilidad, pero por la sola condición de minoridad, a efectos penales, se le considerará

77 Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Ara Editores, 2004, pp. 1154-1155.

78 Erazo Saro, "Tratamiento de la responsabilidad del adolescente infractor", art. cit., p. 23.

inimputable, no pudiéndosele formular reproche de culpabilidad penal alguno"[79].

Para la doctrina dominante, lo que se presume en el art. 20.2 del CP es la *falta de asequibilidad normativa del menor de 18 años*[80]. Se considera que a esa edad una persona no tendría la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de determinarse conforme a ella, por cuanto la inmadurez o el desarrollo incompleto de su personalidad (psíquico y psicológico) no lo permitiría.

Núñez indica:

> La madurez mental es el desenvolvimiento intelectual y volitivo suficiente para comprender la criminalidad del acto ejecutado y dirigir las propias acciones, cualquiera que sea el sexo del autor. Hasta el momento en que la persona cumple 18 años, es absolutamente incapaz de ello. Esta incapacidad es absoluta, porque no depende, como en los otros casos de inimputabilidad, de la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto o de dirigir las acciones en el caso concreto, sino que se presume *iuris et de iure*[81].

Entonces, esta suerte ficción jurídica solamente exige que se pruebe la minoría de edad con la partida de nacimiento o, en su ausencia, con la pericia médico-legal[82]. No es necesario, por consiguiente, someter al menor a un procedimiento para comprobar su incapacidad.

Asimismo, otro sector de la doctrina determina que los menores de edad no cuentan con capacidad de culpabilidad porque son *personas con*

---

79 Revilla Llaza, "Minoría de edad", art. cit., p. 661.

80 *Vid.* Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 1994, p. 428.

81 Núñez, Ricardo C., *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1999, p. 182.

82 Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, 3.ª ed., Lima: Sagitario, 1987, p. 214.

un insuficiente desarrollo mental. Sin embargo, en concordancia con la noción de imputabilidad asociada a la capacidad de comprensión de la antijuridicidad del comportamiento, surgen las siguientes conclusiones:

1) No es posible afirmar que carecen de esa capacidad todas las personas que no han alcanzado una determinada edad.
2) No es razonable predicar que esa aptitud es adquirida al mismo tiempo por una persona respecto de cualquier hecho punible, pues el sentido social disvalioso de un daño o un hurto, por ejemplo, puede ser apreciado mucho antes que el de una defraudación fiscal[83].

Otros autores consideran que el fundamento de la exención de responsabilidad penal en los menores se funda en *valoraciones político-criminales* del derecho penal moderno, pues los ilícitos de un menor de edad no conmoverían la conciencia jurídica colectiva, por tanto, la imposición de sanciones criminales a menores resultaría preventivo-especialmente contraindicado[84]. Bajo esta perspectiva es más adecuado, en orden a la prevención de delitos y protección de la sociedad, aplicarles medidas socio-educativas o de protección[85]. Esto quiere decir que político-criminalmente resultaría más adecuado el tratamiento educativo específico que el puro castigo.

Esta eximente también puede admitirse como un *criterio generador de seguridad jurídica y una guía eficaz de la actividad jurisdiccional* (función

83 Cfr. Righi, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, Buenos aires: Lexis Nexis, 2008, p. 316.

84 Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., pp. 847-848.

85 *Vid.* Cobo del Rosal, Manuel y Tomás S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 602. Jakobs señala: "La presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, careciendo de competencia para cuestionar la validez de la norma". Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 629.

orientadora de la seguridad jurídica)[86]. En razón de que garantiza, a los menores y a la sociedad, "el desarrollo de [la] personalidad en forma normal y plena sin amenaza alguna (función de realización de la seguridad jurídica), sin la incertidumbre que pudiera generar la posibilidad latente del sometimiento a menores al sistema penal"[87].

Esta causal es la única que no admite graduación: se es o no menor de edad para los efectos de la imputabilidad. En general, existen tres criterios propuestos para la fijación de la minoría de edad: 1) el biológico, 2) el psicológico o intelectual y 3) el mixto[88].

Las legislaciones siguen el criterio *biológico*, donde se establece una edad determinada para considerar a una persona imputable. En el criterio *psicológico* se considera las circunstancias personales de un sujeto para establecer si ha adquirido madurez psíquica o aptitud para discernir, sin perjuicio de que se establezca una edad donde, para todos los efectos penales, se presume que no se es responsable por carecer del desarrollo mental adecuado. Finalmente, el conjunto o la regulación combinada de ambos aspectos, biológico y psicológico, recibe la denominación de *criterio mixto* ("biológico-psicológico")[89].

Villavicencio Terreros señala:

> Creemos que la exclusión de la responsabilidad de los menores es una presunción legal de que el sujeto no ha alcanzado la madurez suficiente para poder comportarse conforme a derecho, por este motivo, quizá esta circunstancia debería estudiarse fuera del capítulo de la imputabilidad

86 *Vid.* Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid: Taurus, 1968, p. 544.

87 Revilla Llaza, "Minoría de edad", art. cit., pp. 666-667.

88 Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 247.

89 *Vid.* Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 279.

(como capacidad de motivación), y sea una excepción del principio de igualdad (aplicación personal de la ley penal)[90].

Por su parte, Revilla Llaza indica:

> La minoría de edad constituye una especial circunstancia personal e incomunicable entre autores y partícipes: cuando afecta la responsabilidad de algún interviniente del delito no modifica la de los otros intervinientes en el mismo (principio de culpabilidad personal). Así, por ejemplo, si un menor de edad induce a un adulto a cometer un delito, solo aquel quedará exento de responsabilidad penal por poseer la condición personal de inimputable, la cual no se transmitirá al adulto ejecutante, quien responderá penalmente como autor. A la inversa, si un adulto determina a un menor de edad a cometer un hecho punible, solo este quedará exento de responsabilidad penal, mientras que el adulto responderá bien como inductor del delito (recuérdese que la inimputabilidad no afecta la autoría del hecho principal antijurídico) o bien como autor mediato (si el adulto, instrumentalizando al inimputable, tiene dominio de su voluntad), en su caso[91].

Para la aplicación de esta eximente se debe tener en cuenta que, si el delito es de resultado, la minoría de edad se comprueba cuando se realiza la conducta y no cuando se produce el resultado típico. Por ejemplo, si un menor de edad de 17 años envía una carta injuriosa y el destinatario cuando la recibe ve lesionado su honor pero aquel ya había cumplido los 18 años, cabe liberarlo de la pena[92].

Si el delito se realiza a través de una pluralidad de actos, hay que distinguir diversos supuestos. En los delitos *continuados*, si el agente cumple 18 años entre acto y acto solo se valorarán los actos posteriores al cumplimiento de la mayoría de edad, por ejemplo, "un hurto sistemático

90 Cfr. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 596-697.

91 Revilla Llaza, "Minoría de edad", art. cit., pp. 670-671.

92 Cfr. *Ibid.*, p. 667.

a lo largo de varios meses originará responsabilidad penal solo desde el acto posterior al cumplimiento de los 18 años de edad (y ello rige también para la determinación del monto sustraído). Lo mismo rige para el concurso real de delitos, en el que el agente solo puede ser responsable penalmente por el ilícito cometido en mayoría de edad"[93].

Los menores de 18 años no pueden ser sancionados con arreglo al Código Penal. Sin embargo, la comisión de un ilícito por parte de estos no implica la ausencia de toda reacción estatal, pues judicialmente le podrán ser aplicadas medidas socioeducativas o de protección (no represivas) conforme al Código de los Niños y Adolescentes.

Las personas inimputables no son capaces de soportar el reproche de culpabilidad y, por ende, tampoco pueden ser susceptibles de la imposición de una pena. Es así que "las medidas de seguridad serían las indicadas para este tipo de casos. Esto genera que se diga que nuestro sistema de consecuencias jurídicas es de doble vía: una vía es la pena para las personas imputables y la otra es la medida de seguridad para personas inimputables, siempre y cuando exista peligro de que vuelva a cometer el mismo injusto"[94].

Finalmente, es necesario señalar que "cualquier duda sobre la minoría o mayoría de edad del agente debe resolverse por lo más favorable a la persona (*in dubio pro reo*); v. gr., en los casos en que se debe estimar médicamente la edad de una persona cuyo nacimiento no ha sido registrado o que carece de partida de nacimiento"[95].

---

93 *Ibid.*, p. 668.

94 *Vid.* Neyra Flores, José A., *Manual de del nuevo proceso penal & litigación oral*, Lima: Idemsa, 2010, p. 451. Hacemos referencia aquí a la categoría de "injusto" y no a la de delito, por cuanto la conducta del agente es en este supuesto típica y antijurídica, mas no culpable.

95 Para Revilla Llaza, "la precisión de la edad del agente, sin embargo, no debe llevar al absurdo de considerar que la culpabilidad se adquiere verdaderamente siempre con el cumplimiento de los 18 años y no antes o después; esta es solo una con-

3. CONOCIMIENTO O CONCIENCIA DE ANTIJURICIDAD DE LA CONDUCTA

En esta categoría del delito, se analiza si el sujeto activo sabe que está actuando en contra del ordenamiento jurídico, es decir, si sabía lo ilícito de su actuar. El objeto de la conciencia de lo injusto, según Jescheck, "no es el conocimiento del precepto jurídico vulnerado ni de la punibilidad del hecho. Basta, por el contrario, que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por consiguiente, se haya prohibido jurídicamente. En otras palabras, es suficiente el conocimiento de la antijuricidad material como conocimiento a modo del profano"[96].

En el conocimiento de la prohibición de la conducta basta que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y es contrario a las normas. Sin embargo, pueden darse casos en los que el sujeto crea o esté convencido de que su actuar es lícito, pero en realidad está en contra del ordenamiento jurídico. A esta figura se la denomina error de prohibición.

3.1. Error de prohibición

La culpabilidad requiere la comprensión potencial de la antijuricidad con relevancia penal, lo que demanda que el autor tenga la posibilidad de comprender la naturaleza y entidad del carácter injusto de su acto. El error de prohibición es una figura jurídica que se presenta cuando, por cualquier error invencible, al autor no se le puede exigir la comprensión de que su injusto tenía entidad penal; a pesar de que comprendiera su simple antijuricidad, no habrá culpabilidad. Así, quien cree que su injusto

---

secuencia derivada de la presunción *jure et de jure*". Revilla Llaza, "Minoría de edad", art. cit., p. 662.

96 Jescheck, citado por Mario Abanto Quevedo, "El concepto de las conductas sexuales en el Código Penal peruano y el libertinaje sexual", en *Revista Jurídica Cajamarca*, año III, n.° 6, Cajamarca: enero-marzo del 2002. Recuperado de <https://bit.ly/3tuKjUy>.

es convencional cuando, en realidad, es penal, mediando un invencible error al respecto, no será culpable, porque no habrá podido comprender la criminalidad de su acción[97].

La "comprensión de la criminalidad" presupone el conocimiento de:

1) Los elementos del tipo objetivo dados en la realidad.
2) La antijuricidad como penalmente relevante.
3) Las circunstancias que hacen a la existencia de un cierto ámbito de autodeterminación para el sujeto[98].

El error de prohibición versa respecto al segundo caso. La doctrina utiliza la denominación "error de prohibición" para referirse a los supuestos en los que el sujeto ha tenido una incorrecta representación sobre la ilicitud del comportamiento que ha realizado.

Nos encontramos ante casos en los que la persona cree que su comportamiento es plenamente lícito. Por ejemplo, cuando un sujeto cree que, frente al incumplimiento de las obligaciones crediticias por parte del deudor, está habilitado por la ley para concurrir al domicilio de su deudor, sustraer algunos bienes y apoderarse de ellos en forma de pago, esto configuraría el delito de hurto simple (art. 185 del CP); cuando el sujeto cree que sufre un ataque inminente contra su vida, que realmente no es así, pero que reacciona y mata al supuesto agresor, si la amenaza realmente se hubiera presentado, tendría el amparo de la legítima defensa, pero como esta no se presentó se configuraría el delito de homicidio simple (art. 106 del CP); o cuando el agente piensa que la prohibición para tener relaciones sexuales con una menor de catorce años no rige porque la menor, durante buen tiempo, ha sido su enamorada y con la

97 *Vid.* Kaufmann, citado por Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires: Ediar, 1982, p. 186.

98 Cfr. Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. IV, p. 184.

que ha decidido convivir, pero esto es contrario con lo establecido en el delito de violación sexual de menor de edad (art. 173 del CP).

El error de prohibición versa sobre la antijuricidad del hecho, por tanto, no elimina la naturaleza dolosa de la conducta, este aspecto queda intacto. Lo relevante para el análisis de esta categoría del delito es la falta de conocimiento o la imposibilidad de conocer la ilicitud del hecho.

Para Muñoz Conde, "el autor sabe lo que hace típicamente, pero cree erróneamente que está permitido"[99], por tanto, el error de prohibición no afecta la tipicidad. Por su parte, Peña Cabrera Freyre señala:

> Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree obrar lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho, este juicio no se extiende sobre lo fáctico (elementos que lo hacen típico), sino sobre su carácter antijurídico: acá el autor sabe lo que hace y lo que quiere, mas no conoce de su prohibición —*error iuris nocet*—, ignorancia que extiende su representación sobre el tratamiento que le da el derecho penal al hecho —sobre su valoración jurídico penal—; se produce entonces una ceguera ante los principios mínimos de convivencia social, los cuales son recepcionados por todos los ciudadanos por los diversos medios de comunicación social existentes: la cultura, el derecho consuetudinario, la religión, la familia, el grupo, etc.[100]

Para Roxin, "concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho de injusto, no sabe que su actuación no está permitida. [Por ejemplo, quien] graba una cinta magnetofónica, sin que lo sepa su interlocutor [...], no le pasa por la cabeza la idea de que esto puede estar prohibido. O alguien [que]

99 Muñoz Conde, citado por Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Derecho penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*, Lima: Rodhas, 2004, p. 334.

100 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*, ob. cit., p. 334.

organiza, para fines de beneficencia, una lotería pública, no sospecha que necesita una autorización legal para ello"[101].

La diferencia entre el error de tipo y el de prohibición versa en que en el primero el sujeto cree que hace otra cosa; mientras que en el segundo el sujeto sabe lo que hace, pero no puede motivarse de acuerdo con la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión.

El delincuente por convicción actúa con conciencia del carácter ilícito de sus actos. Esto se denomina "conciencia de la antijuricidad"[102], que es la que existe cuando el sujeto reconoce como injusto la lesión específica del bien jurídico abarcada por el tipo aplicable[103]. En ese entendido, el agente actúa por error, es decir, considera que su manera de actuar en la situación concreta es permitida o al menos tolerada por el orden jurídico, por ejemplo, "el obrero que considera que su derecho a la huelga comprende impedir que trabajen sus colegas que se oponen a paralizar el trabajo"[104].

Sin embargo, hay que ser cuidadoso a la hora de admitir el error de prohibición en el caso concreto, pues la situación jurídica rara vez está tan clara como para que alguien pueda estar seguro de la nulidad de una ley. La mayoría de las veces el caso es discutible, ya que puede

---

101 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 861.

102 El objeto de la conciencia de la antijuricidad significa que "el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido sino prohibido", para la conciencia de la antijuricidad no basta la conciencia de la dañosidad social o de la contrariedad a la moral de la propia conducta; tampoco es necesaria la conciencia de la punibilidad. No obstante, la conciencia de la dañosidad social o del carácter de cualquier otro modo disvalioso de la propia conducta es un indicio de la vencibilidad de un error de prohibición y en casos extremos puede conducir a la negación de cualquier atenuación de la culpabilidad. Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 866.

103 *Ibid.*, p. 869.

104 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2005, p. 662.

pasar que el sujeto considera dudosa la validez de la ley y solo posible o probable su invalidez. En este caso, no existe un simple error de prohibición, sino una "conciencia eventual de la antijuricidad", que precisa un tratamiento aparte.

Como hemos visto, el error de prohibición es el que afecta la comprensión del injusto, en su carácter o su entidad. La antijuricidad es un desvalor que no solo se "conoce", sino que también se "comprende", como toda valoración.

Las formas del error de prohibición son las siguientes:

— Error de prohibición directo.

— Error de prohibición indirecto.

— Error de prohibición vencible o evitable.

— Error de prohibición invencible o inevitable.

3.1.1. Error de prohibición directo

El error de prohibición es directo si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede suceder, incluso, que tenga un conocimiento completo de la norma, pero que, por razones ulteriores, no la crea vigente. Zaffaroni señala lo siguiente:

> El error de prohibición directo recae sobre la "representación" de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva. Este error puede reconocer distintas modalidades, pero todas tienen la misma consecuencia. Una de ellas es cuando el autor conoce la norma, pero desconoce que su conducta choca con ella, por efecto de un error en la interpretación de la norma, [...]. Otra de las formas es el llamado error de validez, en que el sujeto conoce la norma, pero cree que no es válida, porque choca contra otra norma de superior jerarquía[105].

105 *Vid.* Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. IV, ob. cit., p. 190.

El llamado *error de prohibición directo* afecta la comprensión de la norma prohibitiva debido a que se desconoce su existencia, su validez o su alcance. También abarca el caso en que, existiendo este conocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión[106].

Hurtado Pozo señala:

> Este tipo de error de prohibición se da cuando el autor desconoce que una norma legal prohíbe el acto, la cree derogada o la interpreta de modo que considera que su comportamiento es permitido. Por ejemplo, el sujeto que mantiene relaciones sexuales consentidas con una menor de 13 años de edad, ignorando que la ley reprime todo acto sexual con menores de 14 años. Poco importa que el autor haya o no reflexionado sobre la conformidad de su acto con el ordenamiento jurídico. Se equivoca tanto quien duda sobre la licitud de su acto antes de ejecutarlo, como quien nunca se planteó la cuestión[107].

En sociedades pluriculturales, los miembros de ciertas minorías, aun conociendo el carácter ilícito de un acto, no piensan en ello, ya que este es conforme a los estándares de comportamiento del grupo social al que pertenecen.

Para la configuración del error de prohibición directo, el desconocimiento debe estar relacionado con el sentido sustancial de la norma, es decir, el sujeto "incurre en error sobre la existencia o vigencia de la específica norma que impone una prohibición o mandato penal o sobre su contenido (sobre el real sentido de lo que se manda o prohíbe)"[108]. Al respecto, se puede plantear los siguientes ejemplos:

---

106 *Ibid.*, pp. 190-191.

107 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 662.

108 Ávalos Rodríguez, Carlos, "Error de tipo - Error de prohibición", en Castillo Alva, José L. (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, p. 482.

— En la cultura árabe se desconoce la prohibición de la bigamia (que una persona casada contraiga un nuevo matrimonio).

— Quien cree que se ha derogado el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones (art. 366 CP) debido a que malentendió cuando se informó de la derogatoria del delito de desacato (desconocimiento de la vigencia de la norma prohibitiva).

— El caso de quien, consultando con su abogado sobre el sentido de un determinado tipo penal, obtiene una información incorrecta que le hace pensar que el comportamiento que está por realizar no se encuentra comprendido por ningún tipo penal (desconocimiento del real sentido de lo que se manda o prohíbe)[109].

Como vemos, este error de prohibición tiene varias modalidades:

> [L]a primera de ellas se produce por desconocimiento de la existencia de la norma prohibitiva, lo que se conoce como *error de prohibición abstracto*, en el que el sujeto, "pese a conocer todos los elementos fundamentadores de su conducta típica y antijurídica, desconoce, sin embargo, estar obrando antijurídicamente". También se presenta esta clase de error "cuando le falta la conciencia de la antijuricidad sin que hubiese reflexionado nunca sobre la posibilidad". Otra modalidad es cuando aun conociendo la norma, por un error en su interpretación, se desconoce que la conducta no es jurídicamente admisible, lo que algunos conocen como *error de subsunción*; y finalmente, en el caso —menos frecuente— que se conoce la norma, pero se cree que no es válida porque colisiona con otra norma de mayor jerarquía (*error de validez*) y se opta por acatar negando la anterior.
>
> [...]

109 Cfr. Ávalos Rodríguez, "Error de tipo - Error de prohibición", art. cit., pp. 482-483.

Sin embargo, "el error de prohibición directo no se agota con los casos en que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o del alcance de la norma, sino que también abarca el caso en que, existiendo este conocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión". A este supuesto se le denomina *error de comprensión*[110].

3.1.2. Error de prohibición indirecto

El error de prohibición indirecto, también denominado *error sobre la permisión* (*Erlaubnisirrtum*)[111], se produce cuando "el autor conoce la contradicción de su comportamiento con las normas jurídicas, pero supone erróneamente la presencia de una causa de justificación que no existe o le otorga una extensión distinta de la que tiene"[112]. Por ejemplo: cuando un sujeto cree que está permitido matar a alguien gravemente enfermo y que se encuentra desahuciado; o cuando una joven que fue violada cree que es lícito abortar.

El error de prohibición tiene dos supuestos:

1) Falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo: se presenta este supuesto cuando el autor supone erróneamente la existencia de una causa de justificación que la ley no reconoce. Aquí se incluye al error sobre los límites de la causa de justificación, es decir, el autor desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida y los extiende más allá de lo previsto, alejándose de las consideraciones del legislador.
2) Falsa creencia en la existencia de una tipicidad permisiva objetiva o "justificación putativa". Por ejemplo, cuando el autor cree erróneamente que se dan los presupuestos típicos de una causa

110 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 618.
111 *Vid.* Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 663.
112 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 618.

de justificación, es decir, cree actuar en una situación objetiva de justificación que no existe[113].

Como vemos, el error de prohibición indirecto consiste en la falsa creencia de que existe una tipicidad permisiva en el caso concreto. Al error de prohibición directo se le llamó "error abstracto de prohibición" y al indirecto "error concreto de prohibición". El error indirecto es el que determina la falsa convicción de que en el caso opera una causa de justificación[114]. Asimismo, se puede dar el caso donde el sujeto cree que una costumbre deviene en un permiso legal[115].

La falsa creencia en la existencia de una tipicidad permisiva objetiva o "justificación putativa" se produce cuando "el autor cree actuar en una situación objetiva de justificación que no existe".

> Aquí el error recae sobre los aspectos objetivos de la tipicidad permisiva. El sujeto cree [...] actuar para salvar un bien mayor, pero resulta que el bien mayor no corría peligro alguno [...]. [E]l sujeto sabe que hay un precepto que le permite defenderse legítimamente y su creencia a este respecto es correcta, solo que se representa una situación objetiva que encuadraría en el mismo, pero que solo existe en su imaginación [...]. Piénsese en el sujeto que retiene la cosa porque cree que el cheque es un instrumento de crédito en lugar de considerarlo un medio de pago.
>
> *No es más que una variante de cualquiera de las mencionadas formas del error indirecto de prohibición, el que recae sobre los límites de la tipicidad permisiva, es decir, cuando el sujeto excede por error el límite de lo permitido.* Así, por ejemplo, el que continúa golpeando al que le agredió cuando la agresión ya ha cesado. El yerro que le determina a eso puede consistir en que cree que tiene derecho a hacerlo o en que no ha podido conocer el cese de la agresión. En el primer caso, se trata de una variante de la falsa suposición de una justificación no reconocida por la ley; en

113 *Vid.* Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. IV, ob. cit., p. 191.

114 *Loc. cit.*

115 *Ibid.*, p. 206.

> el segundo, tampoco pasa de ser una variante de la falsa suposición de una situación de justificación que no existe, es decir, un supuesto más de justificación putativa[116]. [La cursiva es nuestra].

Otros ejemplos de error de prohibición indirecto serían los siguientes: cuando el sujeto cree que, frente al incumplimiento de las obligaciones crediticias por parte del deudor, el derecho le habilita sustraer los bienes del deudor y apoderarse de ellos en forma de pago (error sobre la existencia de una causa de justificación); cuando el sujeto considera que la legítima defensa le autoriza a disparar directamente a la cabeza y a matar a quien se alejaba lentamente luego de quitarle su reloj (error sobre el sentido de una causa de justificación o error sobre los límites de una causa de justificación); o cuando, por la forma en cómo sucedieron los hechos, el sujeto considera que la amenaza que se le hacía con un revólver de utilería para gastarle una broma en una "cámara indiscreta" constituía un efectivo ataque contra su vida, por lo que reacciona y mata al supuesto agresor (error sobre los presupuestos fácticos de la causa de justificación)[117].

3.1.3. Error de prohibición vencible o evitable

El error de prohibición vencible o evitable puede ser superado por el autor. Esto es lo que se le exige y, por tanto, se le reprocha. El error vencible de prohibición da lugar a una menor culpabilidad, porque es más reprochable la conducta de quien actúa con conocimiento efectivo del injusto que la de quien solo tuvo un conocimiento potencial. Se exceptúan los casos donde la falta de conocimiento efectivo ponga en manifiesto un total desprecio por el derecho.

El error es evitable cuando el autor es responsable de él, es decir, cuando el error sea sobre los fundamentos. Puede faltar la evitabilidad

116 *Ibid.*, pp. 206 y 207.

117 Ávalos Rodríguez, "Error de tipo - Error de prohibición", art. cit., p. 483.

cuando el sujeto muestra un cuadro de déficit de socialización; sin embargo, el error da cuenta de que el autor estaba psíquicamente dispuesto al error y a no evitar el injusto.

El error de prohibición vencible deja subsistente la concurrencia del dolo, pero permite atenuar la pena en vista de un menor grado de reprochabilidad atribuible. En este caso, el juicio de culpabilidad se relaciona con que el autor no advirtió el carácter antijurídico del hecho, pese a haber podido realizarlo si es que hubiera tomado la debida diligencia del caso. Esta valoración se efectúa según el caso concreto y depende de las facultades y conocimientos especiales del autor (*ex ante*). En este tipo de error de prohibición, a diferencia del injusto imprudente, la resolución punitiva es más exigente, dado que el individuo tenía más posibilidades de advertir y salir del error en que se veía comprometido[118].

3.1.4. Error de prohibición invencible o inevitable

El legislador ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad. Este error es inevitable porque el autor no ha podido obrar de otra manera, sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad, sea porque no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud y no puede ser alcanzado por el mandato normativo, o porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello[119].

El juicio sobre la invencibilidad del error se debe realizar de acuerdo a los siguientes criterios:

> *Primero*, si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la antijuricidad, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información, entendiendo como tal a la consulta letrada, la información acerca de la

118 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*, ob. cit., pp. 334 y 335.

119 *Ibid.*, p. 335.

jurisprudencia, etc., si su esfuerzo no fuera suficiente no quiere decir que el error sea invencible, aun si esta información fuese inexacta (o contraria a la realidad) el sujeto seguirá estando bajo error de prohibición invencible. Ejemplo: el sujeto se resiste al mandato judicial porque cree que existen deberes de función que prevalecen sobre los mandatos jurisdiccionales, y realizada la conducta tras haber efectuado consultas a especialistas sobre el particular, se configura el error de prohibición invencible sobre la ilicitud de la conducta, que elimina la responsabilidad penal del inculpado. Creemos que la situación es diferente si la fuente determinante no era fiable, por motivos de los que el autor es responsable. Ejemplo: si el mismo informante le dice que no tiene suficiente experiencia sobre la materia, no se debería considerar como supuesto de invencibilidad. *Segundo*, si el sujeto, al momento del hecho, tuvo la oportunidad de informarse; esto dependerá del tiempo que disponga para la decisión, reflexión, etc. *Tercero*, si al autor le era exigible que concibiese la criminalidad de su conducta, lo que no acontece cuando cualquier sujeto prudente y con igual capacidad intelectual que el autor, no hubiera tenido motivos para sospechar la criminalidad. Aquí se debe tener en cuenta las condiciones personales del individuo y sus posibilidades como su grado de instrucción, su actividad habitual, las circunstancias del hecho, etc., y si "cualquier persona pudo haber realizado —antes de actuar típicamente— una serie de comprobaciones que habrían esclarecido la ilicitud de su conducta[120] [121].

120 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 621 y 622.

121 Puede afirmarse que el error es invencible cuando el sujeto no tuvo la posibilidad de informarse, o, cuando teniéndola y habiendo hecho uso de los medios idóneos para la información, no lo logró. No son medios idóneos la propia conciencia, aunque bien puede serlo la reflexión con los elementos de juicio con que se cuenta. La información obtenida por cualquier medio que sea digno de confianza excluye la vencibilidad del error. El deber de las personas de informarse en el momento de actuar está limitado a lo que es preventivamente imprescindible. Por analogía, deben aplicarse los criterios establecidos para determinar si la persona ha actuado con culpa (imprudencia, negligencia, descuidadamente). En este sentido, debe admitirse que el agente está obligado a informarse cuando duda que su acto esté permitido, o cuando no sabe que dicho acto es perjudicial para terceros, o cuando, sin dudar que esté prohibido, sabe que el dominio al que pertenece está legalmente reglamentado.

En consecuencia, la exclusión de punibilidad se basa en la ausencia de culpabilidad. "El carácter invencible debe determinarse en relación con el agente en el contexto mismo de la realización de la acción. De esto se desprenden dos conclusiones: en primer lugar, no se trata de una imposibilidad absoluta de descartar el error, y, en segundo lugar, el agente tiene el deber de realizar esfuerzos suficientes para informarse sobre la índole de su comportamiento". Que el error sea considerado invencible implica que este "sea imposible de evitar o que el agente deba desplegar esfuerzos extremos para descartarlo. Esta exigencia sería excesiva debido a que los destinatarios del derecho son personas normales, a las cuales no se les demanda que se comporten de manera sobrehumana. Si sucede lo contrario, la vida comunitaria no podría desarrollarse con la fluidez y la tranquilidad necesaria [...]"[122].

Sabemos que no es necesario que el sujeto conozca el correcto encuadre legal de su conducta, sino que basta con la valoración paralela en la esfera del profano, es decir, que sepa que la conducta está prohibida en la ley penal y que no tiene ningún permiso que le autorice a realizarla. De no ser así, "solo un jurista cometería delito"[123].

De esta manera, se excluyen las exigencias extremas consistentes, por un lado, en afirmar un deber general de cerciorarse de la conformidad del acto al derecho y, por otro, en sostener que cualquier duda es motivo para informarse. Los esfuerzos destinados a obtener la información necesaria deben ser suficientes y serios. Así, el agente cuestionado por haber cometido un acto ilícito debe estar en condiciones de poder afirmar que tuvo suficientes razones para creerse con el derecho de actuar. En cuanto al aspecto material del comportamiento, pueden señalarse como factores externos, por ejemplo, las informaciones proporcionadas por la autoridad competente, las autorizaciones administrativas, las prácticas habituales de tolerancia de las autoridades, los textos legales imprecisos o ambiguos, las resoluciones judiciales contradictorias. Todos estos factores pueden impedir la comprensión del carácter ilícito de un hecho determinado.

122 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 667-668.

123 *Vid.* Frank, citado por Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. IV, ob. cit., p. 213.

El error de prohibición no desaparece el dolo, pues esta categoría no forma parte de la conciencia de la antijuricidad. Su configuración es la garantía de que los ciudadanos no serán sancionados penalmente por existir déficits en la relación normativa. Así, el conocimiento de la antijuricidad es un elemento indispensable que condiciona y que dota de contenido el juicio de culpabilidad, circunstancia que desemboca indefectiblemente en una falta de merecimiento de pena[124].

El legislador considera que en estos casos no debe de aplicarse la pena en virtud del principio de responsabilidad, pues para que se configure una verdadera relación normativa la norma debe ser recibida por los destinatarios (ciudadanos) con base en la función garantista que ejerce el tipo penal (*nullum crimen sine lege)*: posibilidad de conocimiento en el sentido de la teoría de la culpabilidad.

Los ciudadanos solo son penalmente responsables en la medida de su capacidad funcional motivadora. De esta manera, la punibilidad del error vencible tiene lugar porque el autor pudo haber tenido la conciencia de la antijuricidad, pero no la tuvo al momento de ejecutar el hecho, es decir, no pudo obrar de otra manera que sea conforme a derecho[125].

3.2. Error de comprensión culturalmente condicionado

El error de comprensión culturalmente condicionado es una causal de exclusión de la responsabilidad penal que gira en torno a las circunstancias inherentes al contexto social y cultural en el cual se desenvuelve la vida y el actuar del agente, que impide que este se motive según los dictados de la norma. La consideración de estos fenómenos es de suma importancia cuando se trata de analizar la actuación de las personas en el

124 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*, ob. cit., p. 335.

125 *Ibid.*, p. 336.

marco de sociedades pluriculturales[126]. Zaffaroni considera que los errores de comprensión culturalmente condicionados se producen cuando:

> [E]l individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura, como es el caso del indígena de una comunidad que tiene desde siglos sus propios ritos para los funerales y sepelios, lo que lo llevará a incurrir quizá en una tipicidad convencional al violar las reglamentaciones sobre inhumaciones, pero que es muy duro exigirle que abandone todas esas pautas para recibir las nuestras y reprocharle que no lo haya hecho. La persona, en razón a las normas de su propio grupo cultural, no puede ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes, las mismas que son diferentes a las de su propio grupo[127].

Dentro del planteo de la culpabilidad de acto, el error de comprensión es "la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente"[128]. La *comprensión* es entendida como el "más alto nivel de captación humana que implica internalización o introyección, encierra y presupone el simple conocimiento"[129], por lo tanto no cualquier conocimiento supone comprensión, pero toda comprensión supone conocimiento.

Así, el error de comprensión culturalmente condicionado se presenta cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta a la nuestra y ha interiorizado desde pequeño los patrones conductuales

126 Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 2002, p. 415.

127 Zaffaroni, Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. II, Lima: Ediciones Jurídicas, 1985, pp. 550-551.

128 Zaffaroni, Eugenio, "La parte general del proyecto de Código Penal", en *Política Criminal Latinoamericana. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*, Lima: AFA-UNMSM, 1988, p. 51.

129 Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. IV, ob. cit., p. 82.

y valores de esa cultura. Por ejemplo: el miembro de una comunidad nativa de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años, porque en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años[130].

El art. 15 del CP asume una variante del pluralismo jurídico[131]. Importa la coexistencia pacífica de varias formas de derecho o sistemas jurídicos al lado del derecho oficial, dentro del espacio cultural y social de este último. Muñoz Conde señala que "la comisión de un delito no siempre refleja un conflicto entre individuo y sociedad, sino una contraposición entre distintos sistemas sociales y distintas formas de entender la vida. Y, precisamente, lo que caracteriza a una sociedad democrática y pluralista es la posibilidad de coexistencia pacífica entre los distintos sistemas de valores, a veces contradictorios"[132].

El dispositivo legal señalado no solo contempla el error de comprensión culturalmente condicionado, sino que también regula la denominada conciencia disidente u objeción de conciencia.

Un sujeto obra con *conciencia disidente* cuando su actuar es el resultado de un esquema general de valores diferente. No nos referimos al individuo que pertenece a una cultura distinta, sino a uno que se encuentra en ella, pero a la cual no se ha "integrado" valorativamente (conflicto cultural intrasistémico). En el seno de una sociedad pluralista se generan "subculturas", las cuales "muestran alguna faceta disidente,

130 Villavicencio Terreros, Felipe, *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2001, p. 87.

131 Por su parte, el pluralismo jurídico clásico implica la coexistencia de uno o más derechos nativos al lado del derecho oficial, dentro del mismo marco social, por ejemplo, las comunidades nativas y las rondas campesinas.

132 Muñoz Conde, Francisco, "La objeción de conciencia en derecho penal", en Silva Sánchez, Jesús-María (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 293.

propia del derecho a la diferencia", "fenómeno que es propio del dinamismo característico de lo social y humano"[133].

Romeo Casabona precisa que "la objeción de conciencia ha sido entendida como la 'negativa a cumplir un mandato o una norma jurídica invocando un imperativo de conciencia que impide el cumplimiento'; o, de forma más exhaustiva, como el 'incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o búsqueda de adhesiones'"[134]. Supuestos de concienciа disidente lo constituyen, por ejemplo, los Testigos de Jehová, quienes se oponen a la transfusión de sangre y consideran la insumisión al servicio militar obligatorio; o el del médico antiabortista que omite auxiliar a la mujer embarazada cuando el aborto es el único medio para salvarle la vida (art. 119 del CP)[135], lo que podría generarle incluso responsabilidad penal por el delito de omisión de auxilio (art. 127 del CP)[136] [137].

133 Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. IV, ob. cit., p. 205.

134 Romeo Casabona, Carlos María, *Las transformaciones del derecho penal en un mundo en cambio*, vol. I, Arequipa: Adrus, 2004, p. 235.

135 Artículo 119. Aborto terapéutico
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.

136 Artículo 127. Omisión de auxilio o aviso a la autoridad
El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa.

137 En la sentencia del Exp. N.° 0895-2001-AA/TC Lambayeque, de 19 de agosto del 2002, el Tribunal Constitucional resuelve el caso de objeción de conciencia de un médico perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día que se negaba a laborar los días sábados, pues uno de los preceptos de la iglesia a la que pertenece ordena el reposo durante esos días. Se declaró fundada la acción de amparo por vulneración a

En todos estos casos los sujetos actúan motivados por razones de conciencia[138].

Así, solamente se sancionará legítimamente esas conductas "cuando no existan alternativas al respeto de la libertad de conciencia, por ejemplo, en el supuesto de la negativa a la transfusión de sangre entre los miembros de la congregación religiosa de los Testigos de Jehová, si esta no es objetivamente imprescindible o podría ser suplantada por otros sistemas de regeneración sanguínea o cualquier otra clase de tratamiento médico, no se podría sancionar como una conducta típica de omisión de auxilio u homicidio, cualquiera que sea el resultado que posteriormente se produzca"[139]. Únicamente se "sancionará en la hipótesis que se impida cualquier sustituto de atención médica como, por ejemplo, en el caso del médico antiabortista, si este anula toda acción destinada a conjurar el peligro que corre la embarazada"[140].

Si bien Villa Stein se contrapone a la admisibilidad de la "conciencia disidente" al considerar que "con ese 'amparo' se terminaría por oponer la eximente a los diversos injustos en que incurre un sinnúmero de modalidades de fundamentalismo político, cuyos militantes ciertamente comparten esquemas de valores distintos al nuestro"[141], no obstante, de

---

los derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión y a no ser discriminado por esos motivos.

138 Donna, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena 1. Teoría de la pena y la culpabilidad*, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 254. El autor plantea la siguiente solución para los casos del delincuente por conciencia: "El sujeto no ha podido motivarse según la norma, ya que en la formación de su conciencia de deber se ha encontrado con un problema irresoluble. Ya sea por las reglas del error de prohibición, ya sea por la no exigibilidad".

139 Pérez Arroyo, citado por Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 636.

140 *Loc. cit.*

141 Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, citado por Villavicencio Terreros, Felipe, "Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú", en *International Review of Penal Law*, vol. 82, n.° 3, Francia: 2011, pp. 571-572.

acuerdo con lo referido en el párrafo anterior, se negaría relevancia a la objeción de conciencia cuando los comportamientos se dirigen a vulnerar bienes jurídicos individuales, como lo son la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad o el patrimonio, pues estos son necesarios e importantes para el desarrollo social de los demás ciudadanos —se incluye aquí el ataque a bienes jurídicos de índole político cuando se emplea violencia y se menoscaban bienes jurídicos individuales— más que el propio ejercicio de la libertad de conciencia[142]. Además, sería absurdo que el Estado admitiera la lesión de intereses que sustentan su propia existencia o continuidad de su sistema político u orden constitucional, pues de esa manera se estaría abriendo el camino para su disolución[143].

En síntesis, la conciencia disidente u *objeción de conciencia* se genera cuando "los objetores de la norma penal son parte integrada de la sociedad y de la cultura oficial. Aquí no hay minorías étnicas o culturales, sino movimientos culturalmente disidentes. No existe un conflicto por pertenecer a culturas distintas, sino que, perteneciendo a la cultura dominante, alguien se rebela contra los valores imperantes. Bajo esta perspectiva, se rompe con el criterio étnico de lo diverso en el sentido cultural. Es decir, aquí ya no hay diversidad étnico-cultural, sino solo una 'pluralidad cultural' si se quiere. Por estas razones un indígena no puede ser considerado un objetor de conciencia"[144].

El error de comprensión no puede entenderse como un error de forma literal, pues el sujeto sabe que el acto es punible, pero no tiene la capacidad para internalizar la norma. Según Zaffaroni, en ciertas situaciones no se puede exigir la internalización, pues las normas co-

142 Muñoz Conde, "La objeción de conciencia en derecho penal", art. cit., p. 283.

143 *Ibid.*, pp. 281-282.

144 Valdez Pimentel, Lolo, "Diversidad cultural e imputación objetiva en el derecho penal", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 35, Lima: mayo del 2012, p. 109.

rresponden a una visión y experiencia del mundo totalmente distintas a las del procesado[145].

KALINSKY, desde una perspectiva antropológica, considera que "hay grados y calidades de asunción de las normas que dependen, muchas veces, de los lugares sociales donde esas normas rigen y exigen ser depositarias de los acuerdos de convivencia por atenderlas. No son las normas en sí mismas sino los ambientes donde esas normas adquieren legitimidad quienes deben ser considerados desde un punto de vista sociocultural"[146]. Asimismo, hay quienes consideran que "la expresión 'internalización de la norma' resulta escasa para explicar las causas de una infracción en contextos de interculturalidad"[147]. KALINSKY también determina que "los contenidos culturales [...] nunca pueden ser evaluados con valores de verdad/falsedad, corrección/incorrección. Son hechos y valen por *sí* mismos. En todo caso las fuentes de legitimidad serían múltiples y no necesariamente la decisión unilateral de un Estado. No podría hablarse con seriedad de un 'error cultural'. Por más que jueces, abogados y juristas traten de convencer y convencerse de que es un error jurídico y no cultural, pero que a ese error lo ha llevado su propio condicionamiento cultural"[148] [149].

Respecto a los casos de error, BECERRA señala:

---

145 Cfr. AMRY, Paul René, "Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate", en HURTADO POZO, José (dir.), *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 90.

146 KALINSKY, Beatriz, *Pluralidad cultural y derecho penal. La ley como factor de conocimiento*, tesis doctoral, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2000, p. 94.

147 *Ibid.*, p. 96.

148 *Loc. cit.*

149 *Vid.* VILLAVICENCIO TERREROS, "Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú", art. cit., p. 564.

> [U]ltimamente se tiende a poner en duda que en verdad las figuras en comento se traten de casos de error, ya que aun cuando se descubra, en el caso concreto, que el sujeto no tuvo ningún error —por ejemplo, por tener un especial nivel de información sobre el derecho oficial—, un respeto a ese pluriculturalismo exige que el sujeto no sea sancionado si su conducta no reviste ningún nivel de violación ético-social. En otras palabras: aunque el miembro de la comunidad indígena conozca en carácter antijurídico de su conducta en el marco de su entorno cultural que no lo contiene, él tiene derecho a responder a la valoración de esa conducta desde su propio contexto sociocultural[150].

De acuerdo con las ideas planteadas, esta fórmula contiene una visión etnocentrista, que podría ser superada a través del reconocimiento y práctica real de la identidad y autonomía cultural[151].

Rojas Vargas señala:

> [E]l error de comprensión culturalmente condicionado es una *modalidad de error de prohibición*, que se presenta, como todo error de esta clase, cuando el agente está imposibilitado o seriamente dificultado para comprender que su hecho se halla prohibido por el ordenamiento jurídico penal, en razón a que sus valores y creencias le impiden internalizar la antijuricidad de su conducta. Lo cual permite entender que en tales circunstancias el agente no podrá autodeterminarse o motivarse de conformidad a la norma penal, de una civilización, que no ha logrado comprender o suficientemente internalizar. Falta aquí la capacidad de culpabilidad necesaria para imputarle el ilícito penal, no por anomalía psíquica o alteración de la conciencia sino por pertenecer a un mundo cultural, y por lo general geográficamente distinto, que se halla dentro

150 Becerra, Nicolás, *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, p. 29, citado por Villavicencio Terreros, "Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú", art. cit.

151 Cfr. Francia Sánchez, Luis, "Pluralidad cultural y derecho penal", en *Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos*, Lima: s/e, 1992, p. 156.

> del occidental oficial. Solamente sería aplicable para los casos en que el infractor campesino o nativo efectúa la comisión del delito fuera de su ámbito territorial y contra bienes jurídicos que no son valorados por su cultura. El error de comprensión cultural, a diferencia del error de prohibición general, encuentra su *ratio legis* en el reconocimiento de la existencia de un pluralismo cultural, donde el agente pertenece a una etnia o comunidad de pobladores con una cosmovisión radicalmente diferente a la oficial convencional, con valores, patrones de conducta, prohibiciones y permisiones propios[152].

De la interpretación del art. 15 del CP, podemos observar que se regula un *caso particular de inimputabilidad.* Según HURTADO POZO, este es la interpretación que mejor corresponde con el texto legal y con la sistemática de nuestro código[153]. El "condicionamiento cultural" no solo puede ser advertido como una causal de inculpabilidad, sino también debe ser evaluado como una posible cualidad agravante de la conducta de los sujetos, siempre que esta suponga un aprovechamiento ventajoso en clara lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos valiosos para la comunidad nacional, esto en concordancia con lo dispuesto en la Constitución Política y el derecho comunal[154].

Otro sector de la doctrina postula que se debería hablar de la *inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante.* Esta es la posición asumida por PÉREZ ARROYO, quien señala que "a nadie se le puede exigir comportarse como no sabe o como no entiende, dado que sus pautas culturales son abiertamente contrapuestas a las de la cultura oficial. Este criterio es más válido para las sociedades latinoamericanas"[155].

---

152 ROJAS VARGAS, Fidel, *Derecho penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 94.

153 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 642.

154 CHUNGA HIDALGO, Laurence, "El 'culturalmente condicionado' en el derecho penal", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.° 140, Lima: mayo del 2010, p. 198.

155 PÉREZ ARROYO, Miguel, "Derecho penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el derecho penal. Minorías étnico-culturales en derecho penal. Mención

Asimismo, Becerra indica que la no exigibilidad es "un instrumento de 'ajuste' del funcionamiento del control penal del Estado cada vez que se trate de conductas realizadas en el marco de una comunidad indígena: el Estado no puede exigir que los sujetos abandonen su patrón cultural. A nadie se le puede exigir, a pesar de que 'pueda lograrlo', el abandono de sus parámetros culturales"[156].

Los elementos estructurales del error de comprensión culturalmente condicionado y de la conciencia disidente son los siguientes:

— Conflicto de diversos sistemas de valores.

— Falta de comprensión o falta de determinación del carácter delictuoso de su comportamiento.

— Grado de integración con el sistema cultural oficial (vencibilidad del error).

3.2.1. Conflicto de diversos sistemas de valores

El art. 15 del CP presenta un caso donde existe un conflicto cultural debido a la presencia de diversos sistemas de valores, es decir, la cultura en la que el autor del delito ha formado su personalidad y la cultura cuyos valores son consagrados por la ley que aplica el representante del grupo social dominante[157].

---

al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 72, Madrid: Edersa, 2000, pp. 767-768. "Para las sociedades occidentales con problemas de migración mi opción de salida, también integradora-asimilacionista, es el de la *renuncia de la pena por innecesariedad*, lo que el derecho penal alemán denomina, aunque con criterios de derecho penal de oportunidad, *'absehen von Strafe'*, y que cuyo contenido se redefiniría, para el tema que no ocupa, sobre la base de criterios político-criminales de 'necesidad y merecimiento de pena'".

156 Becerra, *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, ob. cit., p. 30.

157 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 640.

Con el nacimiento del individuo, se inicia el proceso de adaptación al sistema cultural. Esto se realiza mediante la imitación y el aprendizaje, los cuales son herramientas para que el sujeto interiorice modelos culturales y, por ende, que forme su personalidad. Con este proceso también se genera la integración de la experiencia del individuo y de sus cualidades constitucionales[158].

El conflicto de diversos sistemas es absoluto cuando un caso implica, por ejemplo, al miembro de una tribu de la Amazonía que no ha tenido contacto alguno con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú y que, según sus pautas culturales, mato al brujo del grupo porque lo consideraba responsable de la epidemia que diezmaba a la tribu. Este caso configuraría el delito de homicidio (art. 106 del CP); sin embargo, es un "acto valorado de manera positiva, ya que era el medio por el que el grupo social creía poder salvarse. El autor de este comportamiento ha actuado conforme a las pautas culturales que ha asimilado mediante el proceso de inculturación antes descrito. Este proceso ha condicionado la formación de su personalidad y, como conjunto de pautas culturales, ha analizado sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad, será considerado como un sujeto incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo a esta apreciación"[159].

3.2.2. Falta de comprensión o falta de determinación del carácter delictuoso de su comportamiento

El error de comprensión culturalmente condicionado será una eximente absoluta cuando se sustenta en una causa cultural o de costumbre que provoca que el agente no esté en condiciones de comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o, comprendiéndolo, no es capaz de determinarse con arreglo a esa comprensión. El primer supuesto es el

158 Cfr. *Ibid.*, pp. 639-640.

159 *Ibid.*, pp. 640-641.

de la incomprensibilidad, es decir, la incapacidad cognitivo-cultural de asimilar o inteligir la norma; y el segundo supuesto supone la comprensión de la norma, pero que al autor le resulta inconcebible como pauta conductual a seguir debido a su experiencia de vida[160].

Para eximir de la responsabilidad penal, no es suficiente con que se constate que el individuo no ha internalizado la norma prohibitiva, a pesar de conocerla, sino que, en concordancia con el art. 15 del CP, es necesario que se determine si era exigible la internalización de la norma. El citado dispositivo legal exige que el hecho ilícito se realice "sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto" y no únicamente "sin comprender" la prohibición. Esto encuentra su fundamento en el hecho de que el derecho penal, para afirmar la culpabilidad, no requiere que el sujeto haya internalizado los valores normativos, sino que haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. Este aspecto deberá ser analizado por el juez[161].

3.2.2. Grado de integración con el sistema cultural oficial (vencibilidad del error)

Un tema que resulta de suma importancia es el correspondiente a los casos de "vencibilidad del error". Desde la postura de Villavicencio Terreros, la vencibilidad del error no sería aplicable a los sujetos de las comunidades campesinas o nativas, porque ello significaría la imposición de otra cultura y, en consecuencia, se estaría pregonando la asimilación obligatoria de los valores de la cultura predominante. En ese sentido, solo se puede evaluar la vencibilidad para los casos de conciencia disidente.

160 Cfr. Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., ob. cit., p. 449.

161 Cfr. Villavicencio Terreros, Felipe, "Error de comprensión culturalmente condicionado", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. 1, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 500 y 501.

El art. 15 del CP establece que en los casos de vencibilidad el juez debe atenuar la pena a imponerse[162].

Al respecto, HURTADO POZO señala:

> La aplicación del art. 15 dependerá [...] del grado de integración de la persona que ha cometido el acto considerado como delito en el Código Penal (sistema cultural oficial). En el caso de relaciones sexuales con una menor de edad según la tradición del servinacuy, esta disposición se aplicará si se trata de un indígena sin, o con esporádicos, contactos con la cultura predominante, y si el hecho tiene lugar en el seno de su comunidad. Pero no si se trata de un inmigrante andino que habita en una barriada de Lima y que se encuentra relativamente bien integrado en el sistema oficial, porque su personalidad, formada al comienzo en el seno de su medio cultural y completada por sus vivencias en el medio cultural dominante, no puede ser considerada como la causa de su incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto precitado o de determinarse según esa apreciación. Esto no impide que, a pesar de sus capacidades personales, puede haberse equivocado sobre el carácter prohibido de las relaciones sexuales con menores de edad. En este caso, se le aplicará el artículo 14 del Código Penal que prevé el error de prohibición[163].

Para la determinación procesal de la vencibilidad, debido a que es una tarea difícil, se recomienda la actuación de una *pericia antropológica*. Cuando se trate de casos de "diversidad sociocultural" es de vital importancia la peritación del antropólogo y del sociólogo, esto permite que se forme un juicio más amplio sobre el fenómeno que puede generar inimputabilidad. Desde luego, hay otros casos en los cuales apenas si se requiere la presencia del perito, donde el juez puede por sí solo formarse el convencimiento requerido para emitir la decisión correspondiente. Anteriormente, quien determinaba la imputabilidad del agente era el

162 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 625.

163 *Vid.* HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 641.

psiquiatra, por fortuna esos años quedaron atrás; en la actualidad, el juez ha recuperado su lugar de privilegio a la hora de valorar conductas humanas que desquicien el orden jurídico-penal[164].

La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia N.° 00446, estableció que también se tienen que valorar judicialmente "una serie de factores como lo son: la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento (antropológico y sociológico) acumulado en relación con las pautas de conducta y los valores de ese grupo, etc. Todos estos aspectos vuelven a subrayar la necesidad de establecer el "concepto" de culpabilidad como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto"[165].

4. EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

La exigibilidad de otra conducta es la base central de la culpabilidad. Actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo, es decir, el que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente antijurídica[166]. Eso solo se le puede exigir a una persona que es imputable y que tiene conocimiento de la antijuricidad de su acto.

Todos los ciudadanos deben estar motivados para actuar en cumplimiento de la norma; sin embargo, "existen supuestos donde la responsabilidad se excluye, como cuando el sujeto no se encuentra en condiciones psíquicas normales, [o] [...] cuando —a pesar de contar

164 Cfr. Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 418.

165 Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia (ponente: Sr. juez Houed Vega), *Sentencia N.° 00446. Expediente N.° 92-000309-0006-PE*, Lima: 25 de septiembre de 1992.

166 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, Madrid: Gráficas Carasa, 1976, p. 366.

con la capacidad y el dominio de sus facultades— se encuentra en determinadas situaciones y circunstancias que regularán la exigibilidad o no de ciertos comportamientos"[167]. La no exigibilidad de una conducta no significa que esta no sea antijurídica y prohibida, sino que se excluye la responsabilidad del agente porque no se le puede exigir otra conducta.

Se debe tener en cuenta la situación y las circunstancias en las que se desenvuelve el sujeto. Es decir, la exigibilidad de otra conducta supone un juicio *ex ante* al momento de su comportamiento, el cual debe contemplar todas las circunstancias que han motivado su actuar y lo debe comparar con el actuar de un "ciudadano promedio u hombre medio" en la misma situación[168]. En principio, los mandatos o prohibiciones de la ley se le pueden exigir al sujeto, pero también hay casos en los que esto no se les puede exigir, como el estado de necesidad exculpante o en el miedo insuperable.

4.1. Estado de necesidad exculpante

El estado de necesidad exculpante se produce cuando el agente, "para alejar el peligro actual que amenaza su vida, integridad física o libertad (o la de una persona con la que tiene estrecha vinculación) y evitar su inminente menoscabo, se ve precisado (como último recurso) a efectuar una conducta antijurídica menoscabando un bien jurídico principal perteneciente a un tercero"[169]. Por ejemplo, en una discoteca en llamas, los ocupantes, al tratar de huir apresuradamente para salvar su vida, se atropellan entre sí y algunos mueren pisoteados por los demás.

---

167 Rodríguez Hurtado, Mario Pablo; Ángel Fernando Ugaz Zegarra; Lorena Mariana Gamero Calero y Horst Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, Lima: Nova Print, 2012, p. 97.

168 Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, Lima: San Marcos, p. 261.

169 Revilla Llaza, Percy, "Estado de necesidad exculpante", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 708.

El ordenamiento jurídico no exige un deber de tolerar la materialización del peligro antes descrito, por lo que la realización del hecho antijurídico para alejar el peligro no podrá dar lugar a un juicio de reproche con el que se pueda sustentar la culpabilidad.

Para Villavicencio Terreros:

> Esta forma de estado de necesidad [...] se presenta cuando existe un conflicto entre bienes jurídicos equivalentes o cuando se afecta uno de mayor valor. El sujeto está en un *estado de alteración motivacional* que hace inexigible una conducta distinta a la realizada que lesiona el bien jurídico. Ejemplo: dos náufragos sostenidos en una tabla [...], que solo puede soportar el peso de uno de ellos y, como consecuencia, uno de ellos mata al otro para sobrevivir. Si bien el derecho penal sanciona este injusto, no considera al sujeto culpable. No se puede justificar esta conducta en base al principio de ponderación de bienes, porque el derecho protege por igual la vida de todas las personas. Por esto no se acepta que sea una causa de justificación, en todo caso de lo que se trata es de apreciar si el sacrificio de uno de ellos, para salvar al otro, era la única vía adecuada "dentro de los límites de exigibilidad normales de la vida ordinaria"[170].

Por su parte, Bramont-Arias Torres señala que "el estado de necesidad exculpante surge cuando una persona, ante una situación de peligro actual para su vida, la integridad corporal o la libertad, comete un hecho antijurídico para evitar el peligro que existe para él o para otra persona próxima al mismo. Se basa en la aminoración de lo injusto de la acción, por la evitación del menoscabo corporal que amenaza un bien jurídico, y en la doble disminución del contenido de culpabilidad del hecho —el autor actúa con voluntad de salvación y bajo la presión de una situación motivacional extraordinaria—"[171].

---

170 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 639.

171 Bramont-Arias Torres, *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, ob. cit., p. 143.

Una parte de la doctrina considera que el estado de necesidad exculpante está limitada a la coacción, esto es, depende de que la amenaza provenga de una conducta humana. Otro sector sostiene que no habría por qué limitarlo a la conducta humana, puesto que se podría tratar de hechos de la fuerza de la naturaleza[172]; sin embargo, considero que esa situación configuraría un caso de fuerza física irresistible (ausencia de acción) y no de un estado de necesidad exculpante.

El estado de necesidad exculpante es una causa de inculpabilidad y no una causa de justificación, "es una circunstancia que expresamente presupone que el autor haya realizado una conducta antijurídica [...] que, sin embargo, puede quedar exculpada como resultado de su apreciación a nivel de culpabilidad o reprochabilidad"[173]. Si bien la conducta está sancionada por el derecho penal, se considera que el sujeto que la realiza es inculpable[174]; pese a que su comportamiento disculpado sea disvalioso e ilícito.

La conducta es inculpable porque el fin legítimo de salvación disminuye el injusto en el momento de realizar el enjuiciamiento del desvalor de la acción[175]. El injusto es menor porque se busca salvar un bien jurídico.

El fundamento del estado de necesidad excluyente de la culpabilidad ha sido muy discutido, por tanto, ha dado inicio a diferentes posiciones en la doctrina, como:

— La presión psíquica sufrida por el agente (concepción psicológica).

---

172 Villavicencio Terreros, *Código Penal comentado*, ob. cit., p. 120.

173 Eser, Albin y Burkhardt, citados por Revilla Llaza, "Estado de necesidad exculpante", art. cit., p. 708.

174 *Vid.* Villavicencio Terreros, *Código Penal comentado*, ob. cit., 120.

175 Cfr. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, traducción de la 11.ª ed. alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 251.

— La ausencia de una actitud hostil al derecho (concepción normativa).

— La ausencia de prohibición de la acción, pues el ordenamiento jurídico debe abstenerse de todo juicio de valor desaprobatorio (teoría de la unidad).

— La prepotente presión sobre los motivos.

— La notable disminución del contenido de culpabilidad del hecho.

Para VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, esta causal de inculpabilidad tiene como fundamento genérico "la no exigibilidad de un comportamiento distinto"[176]. De acuerdo a lo señalado por HURTADO POZO, el estado de necesidad exculpante está determinado por tres factores:

> [*P*]*rimero*, debe constituir un "hecho antijurídico", es decir típico, y no amparado por una causa de justificación; *segundo*, debe ser el último medio para salvar el bien jurídico y de manera que cause el menor perjuicio a otro; y *tercero*, debe estar destinado a proteger el bien en peligro. Respecto a esto último, el agente no solo debe haber conocido la situación de peligro en la que se encuentre el bien jurídico, sino que este conocimiento ha de haber sido el motivo que lo impulse a actuar[177].

A continuación, señalaremos los requisitos que, desde nuestro punto de vista, debe reunir el estado de necesidad exculpante para constituirse en una causa de inculpabilidad.

4.1.1. Colisión de intereses de similar jerarquía: vida, integridad corporal y libertad

Si una persona realiza un comportamiento típico que lesiona un bien jurídico con la finalidad de preservar otro de jerarquía similar, su com-

176 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 406.

177 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 676.

portamiento no puede considerarse justificado, porque la configuración del estado de necesidad justificante requiere que el autor cause un mal por evitar otro mayor. Por tanto, el estado de necesidad no excluye la antijuridicidad si se enfrentan dos bienes jurídicos de igual jerarquía[178].

Los bienes jurídicos que se encuentran comprendidos en el estado de necesidad exculpante son la vida, la integridad corporal y la libertad. Pueden tratarse de bienes del mismo sujeto o de las personas con quien este tiene estrecha vinculación. Esta eximente solo se refiere a bienes jurídicos específicos.

4.1.2. El peligro debe ser real, actual y grave

La situación de necesidad requiere "la presencia de un peligro real, actual y grave de producción de un mal propio o ajeno susceptible de ser evitado mediante el ejercicio de acciones de salvaguarda idóneas *ex ante* que implican la lesión de un bien jurídico ajeno, acciones en tal medida necesarias por cuanto no existen medios alternativos menos lesivos. Si no concurre este elemento, no puede hablarse de estado de necesidad y no cabrá apreciar ni siquiera la eximente incompleta"[179].

Que el peligro sea actual significa que existe una situación que probablemente producirá un daño si no se actúa de inmediato. Se trata de una alta probabilidad de afectación al bien jurídico; de un peligro que no será eludible de otro modo, presentándose la reacción como último medio eficaz del que dispone el amenazado. Si bien la realización del peligro podría tardar, tendría que intervenirse en el momento actual si

178 Cfr. Righi, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 343.

179 Martínez Escamilla, Margarita; María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 300.

no se quiere que sea demasiado tarde para una defensa[180]. No interesa el origen del peligro.

4.1.3. Acción necesaria: única posibilidad de salvación y elección de la vía de salvación menos lesiva

En el estado de necesidad se requiere que la acción sea necesaria, es decir, que con ella se intente evitar la lesión de un bien jurídico en peligro. Esto es conocido como exigencia de subsidiariedad y "supone que, si existen otros medios menos perjudiciales para salvaguardar el bien jurídico en peligro, no puede optarse por lesionar un bien jurídico o infringir un deber"[181].

Una exclusión de responsabilidad no entra en consideración cuando el peligro era evitable de otra manera. Esto ocurre cuando existe la posibilidad de eliminar el peligro conforme a la ley. Por ejemplo: quien, mediante una queja o apelando ante el encargado del servicio, puede escapar de un peligro no permitido para su integridad corporal en el ejército, pero, en vez de ello, comete una deserción.

La gravedad del resultado de la acción de salvamento respecto del interés jurídicamente protegido no debe estar en una relación desproporcionada frente a la magnitud del peligro evitado. Solo se puede salvar el bien jurídico en peligro afectando intereses de terceros. Poco importa cuál sea el origen de la situación de riesgo. Quien se salva a sí mismo de un peligro para su vida mediante la muerte de un tercero sigue siendo punible cuando hubiera sido suficiente la simple lesión del otro. La acción

180 Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., pp. 335-336.

181 Martínez Escamilla, *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., p. 293.

tiene la finalidad de apartar el peligro y debe perseguir subjetivamente la salvación[182].

Hemos indicado que no debe existir modo lícito o menos lesivo para alejar el peligro que amenaza los bienes jurídicos personalísimos. En este sentido, si el peligro resultaba evitable mediante un comportamiento conforme a derecho o uno menos lesivo, la responsabilidad penal no se vería excluida. 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[183].

Por ejemplo: cuando el agente puede solicitar protección judicial o puede escapar de las amenazas de aquel que lo quiere obligar a declarar falsamente pero no lo hace, su responsabilidad no se excluirá si declara falsamente de todas maneras. Asimismo, tampoco se excluirá la responsabilidad del homicidio de un "tirano de la familia" cuando los maltratos podrían ser evitados abandonando la casa o solicitando ayuda policial[184].

4.1.4. El círculo de personas privilegiadas

El estado de necesidad exculpante no es una causa de exclusión de la responsabilidad penal abierta a cualquier persona. El sujeto solo será eximido cuando el peligro le afecte a él mismo o a una persona con quien tiene una estrecha vinculación. Por *estrecha vinculación* deben entenderse, en primer lugar, los familiares cercanos y, en segundo lugar, las situaciones fácticas, como las uniones de hecho o la estrecha amistad[185].

182 Welzel, *Derecho penal alemán. Parte general*, ob. cit., p. 251.

183 Cfr. García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2012, pp. 660 y 661.

184 Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 336.

185 Cfr. *Loc. cit.*

En su interpretación amplia, la frase "persona con quien tiene estrecha vinculación" abarca "toda relación que vincule de manera especial al agente y [a] la persona en peligro. Este vínculo puede tener cualquier origen (familiar, amoroso, amistoso, legal, convencional, etc.) y su existencia debe ser comprobada en el caso concreto. De modo que, teniéndose en cuenta las circunstancias personales y materiales, se llegue al convencimiento de que es comprensible que el agente haya actuado de la manera como lo hizo"[186]

García Cavero indica:

> 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 encuentra el autor, no se le exige actuar de una forma distinta. El que se ve afectado por el que actúa en estado de necesidad puede oponer perfectamente una legítima defensa, pues, si bien la actuación de este último no daría pie a una imputación culpable, mantiene su carácter antijurídico. Por otro lado, la antijuricidad del acto de preservación de los bienes jurídicos personales determina que los actos de auxilio de aquellas personas que no están estrechamente vinculadas con quien está en una situación de necesidad, constituyen actos de participación punible. Si bien el autor del hecho antijurídico no responderá por estar en una situación de inexigibilidad, los partícipes no vinculados al afectado podrán responder culpablemente por su contribución prohibida al hecho[187].

4.2. Miedo insuperable[188]

El miedo es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario. Es el recelo o aprensión que uno tiene de que le

186 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 675.

187 García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, pp. 661-662.

188 *Vid.* Pérez López, *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., pp. 181-194.

suceda una cosa contraria a lo que desea. Es un estado psicológico personalísimo que obedece a estímulos o causas no patológicas. En nuestro contexto, el miedo, para que sea un eximente, tiene que ser insuperable, es decir, superior a la exigencia media de soportar males y peligros. Esta eximente se constituye cuando no puede ser posible exigir al sujeto que se comporte de otra manera, por ejemplo, los comuneros que brindan alimentos a unos terroristas por temor a que los maten no podrían ser sancionados penalmente.

Bustos Ramírez indica que, "en las situaciones de miedo insuperable, el sujeto se encuentra sometido a la presión que le produce el miedo por la amenaza de un mal. Se trata de determinar en esa situación concreta, en un juicio valorativo *ex ante* colocándose en la situación de la persona concreta, si el Estado le podía exigir un actuar contrario a sus propios intereses en la resolución del conflicto"[189]. El miedo estimula o empuja al autor a tomar una decisión que no hubiera adoptado de no haber estado sometido a la presión circunstancial. En consecuencia, el agente debe representarse tanto el daño como el peligro que este implica para uno de sus bienes jurídicos. Por su parte, Hurtado Pozo señala:

> [P]uede tratarse de cualquier bien, aunque sería más fácil admitirlo cuando se trate de bienes personales de gran valor (por ejemplo, la vida o la integridad corporal en comparación al patrimonio). Dada la índole de la eximente, fundada sobre todo en la no exigibilidad, el mal no requiere ser siempre real. Es decir, que la persona concernida puede actuar atemorizada por un mal irreal, imaginado por ella misma. Poco importa, así mismo, que sea originado por el comportamiento de un tercero o por fenómenos de la naturaleza. Por ejemplo, la persona que causa daños a la propiedad ajena para poder escapar de la muerte que teme que le puede causar un incendio; incendio que ha supuesto al percibir el humo intenso proveniente del piso inferior y causado por niños jugando a quemar papeles en el balcón.

189 Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid: Trotta, 1997, p. 380.

> [Es importante señalar que] el miedo provocado por un acto lícito (como la interpelación por parte de la policía [o] la pesquisa policial) no puede dar lugar a la eximente[190].

Si bien la doctrina mayoritaria considera que el miedo insuperable es una causal de *no exigibilidad de otra conducta*[191] (causa de exculpación), existen quienes señalan que es una causa de justificación o una causa de inimputabilidad. Villavicencio Terreros considera que "la primera es la más adecuada, a pesar de que hay posiciones que lo consideren una situación de necesidad, lo que haría superflua una regulación expresa de esta figura"[192].

El papel de la eximente de miedo insuperable es, en gran medida, el de una eximente supletoria. En la práctica, se emplea como cláusula residual para acomodar supuestos próximos a otras eximentes, aunque "finalmente no encajan en sus márgenes, como, por ejemplo, supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa o de solución de un conflicto de intereses sin acomodarse a los requisitos de subsidiariedad y ponderación de males propios del estado de necesidad"[193].

La situación característica del miedo insuperable es que el sujeto se encuentra ante un conflicto que afecta intereses particularmente cercanos, por lo que este lo resuelve de manera parcial (da mayor valor a los bienes por los que se siente ligado). Tal resolución parcial es aceptada por el ordenamiento penal porque es reflejo de los valores de autointerés, familia, amistad, etc., que en un sistema liberal no se puede desconocer, pues forma parte de lo que somos y de cómo somos.

---

190 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 682.

191 Bustos Ramírez, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 1174; Muñoz Conde, y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 450.

192 Cfr. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 641.

193 *Ibid.*, p. 331.

El fundamento de la eximente del miedo insuperable es la preferencia legítima por los propios intereses. La acción llevada a cabo por el miedo insuperable queda exenta de pena. Esto no se justifica en que sea inevitable (física o psicológicamente) que una persona prefiera sus intereses y los de sus seres queridos sobre los demás, sino en que, por lo menos, en algunas ocasiones tal preferencia no es digna de castigo. El miedo insuperable no se castiga porque faltaría la responsabilidad penal, que presupone la situación motivacional para que se le pueda exigir evitar el injusto.

Para la aplicación de la eximente del miedo insuperable, es necesario el cumplimiento de "una serie de requisitos que se pueden agrupar en torno a los tres elementos: miedo, mal e insuperabilidad". Estos requisitos son los siguientes:

a) La presencia de un temor o miedo.
b) Que el miedo esté inspirado en la amenaza de un mal real, inminente, serio y grave.
c) Que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas.
d) Que el miedo sea el único móvil de la acción [194]

En la Ejecutoria del Exp. N.° 1866-98 Sicuani (Cusco), de 17 de junio de 1998, la Corte Suprema señala los siguientes requisitos del miedo insuperable:

a) Que el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece.
b) Debe ser insuperable, es decir difícil de resistir en la medida del hombre medio.
c) Debe tratarse de un mal igual o mayor, esto es, no basta con que el estímulo que causa miedo insuperable sea real, sino que

194 Martínez Escamilla *et al.*, *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, ob. cit., pp. 330 y 331.

a la vez ofrezca una amenaza igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo.

4.2.1. La existencia del miedo

El miedo es un estado emocional por el temor al advenimiento de un mal. No debe entenderse en términos exclusivamente psicológicos de terror o pánico incapacitador, sino como un estado emocional de temor por un hecho desagradable que provoca la reacción del sujeto.

Nuestro Código Penal "no hace distinción respecto del origen que puede tener el miedo que sufre una persona; su fuente pueden ser la actividad humana, fenómenos naturales o las meras circunstancias. La conducta de personas agresivas o peligrosas puede provocar miedo, como también una tormenta intensa en la montaña, un temporal en el mar o el ataque de un animal feroz. La naturaleza del miedo no ofrece relevancia, siempre que alcance la intensidad adecuada"[195].

El miedo puede ser considerado como una presunción, pues es una representación subjetiva del agente que sufre la amenaza de un mal. Así, para determinar la aplicación de esta eximente se debe verificar dicha situación conflictiva, es decir, la existencia de una amenaza o de un mal que haya provocado la reacción de la persona motivada por el miedo a dicho mal[196]. Esta, según PAREDES VARGAS, es:

> [U]na presunción *juris tantum* que podría refutarse cuando haya indicios concluyentes que demuestren que la actuación de la persona no fue determinada por el miedo al mal amenazante. Los supuestos en los que podía negarse la presencia del miedo y, por lo tanto, la aplicación de la eximente, no tienen que ver con la existencia de una actitud reflexiva

195 GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 243.

196 Cfr. PAREDES VARGAS, César, "Miedo insuperable", en CASTILLO ALVA, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 754.

> por parte de la persona amenazada, o con el transcurso de un dilatado espacio de tiempo entre la amenaza y la reacción defensiva, sino más bien con la constatación de ciertos móviles incompatibles con el miedo[197].

Es un requisito *sine qua non* de esta eximente que la persona actúe de forma razonable con la finalidad de evitar un mal o un peligro y no por otros motivos (ánimo de lucro, venganza, etc.).

4.2.2. El miedo ha de ser insuperable

El miedo es insuperable cuando el agente no puede sobreponerse a su presión motivadora y, por lo tanto, no puede dejar de ejecutar bajo su influencia el comportamiento ilícito. Se percibe con claridad que la exculpación no se funda en la perturbación psíquica del agente, sino en el elemento normativo de que no se le puede exigir subjetivamente una conducta conforme al ordenamiento jurídico. El miedo, al ser insuperable, no debe dejar otra posibilidad al sujeto en el momento de actuar, pues es superior a la exigencia media de soportar males y peligros.

Al respecto, Garrido Montt indica:

> La insuperabilidad del miedo ha de considerarse en términos normativos; debe alcanzar intensidad, pero no inhibir la voluntad del que lo sufre. Por miedo insuperable debe entenderse aquel que permite no *exigirle* al que lo sufre un comportamiento diverso; un miedo que lo presione psicológicamente, de modo que una persona normal no pueda vencerlo en las condiciones que enfrentó el afectado.
>
> El carácter subjetivo de la exculpante es inevitable dada la naturaleza del miedo, que es un estado anímico y puede corresponder tanto a una realidad material como a la simple imaginación del sujeto, hipótesis esta última donde se podría dar un caso de error, al que corresponde dar el tratamiento de tal. La mensuración de la intensidad del miedo debe hacerse con criterio objetivo, apreciando la conducta del sujeto

197 Paredes Vargas, "Miedo insuperable", art. cit., p. 754.

> a través del comportamiento del hombre medio, [...], lo que permite excluir de la inexigibilidad al individuo timorato o aprensivo en exceso.
>
> [...]. La gravedad del mal debe apreciarse con criterio objetivo, pero con los ojos del sujeto que sufre el estado emotivo, pues, si bien la vida para cualquier persona vale más que la integridad física, el perder una pierna puede provocar tal miedo que para evitarlo se llegue a matar.
>
> La insuperabilidad del miedo conlleva su *actualidad*. La inexigibilidad de otro comportamiento queda limitada a las alternativas que enfrenta aquel que en el momento de actuar sufre el estado emotivo; la actualidad se refiere al instante en que el sujeto realiza el acto típico[198].

Por su parte, MORALES PRAT enseña: "En los dominios coherentes con el sentido normativo de la eximente, los de la inexigibilidad subjetiva de la conducta, cabría articular el juicio de insuperabilidad del miedo a través de entendimientos diversos del criterio normativo generalizador o de estandarización. De un lado, la ponderación de la exigibilidad subjetiva de conducta adecuada a la norma podría adoptar como criterio de modulación valorativa la referencia al 'hombre medio', conceptuando esta convención normativa de la estandarización en abstracto, así, la insuperabilidad del miedo se mediría conforme a cómo hubiera reaccionado el hombre medio abstracto frente al mal generador del temor"[199].

El criterio del "hombre medio en la posición del autor" ha sido criticado, pues es demasiado vago e impreciso para poder concretar la referencia a la insuperabilidad del miedo, pues se desconoce cuál es el modelo de "hombre medio" del que se debe partir y qué significa exactamente la frase "en la posición de autor". En la práctica, este parámetro ha producido el nocivo efecto de encubrir la discusión sobre las

198 GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 244.

199 MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 183.

exigencias normativas que deben requerirse para aplicar la eximente de miedo insuperable[200].

El juicio normativo sobre la insuperabilidad del miedo puede ser compatible con un examen de las características individuales y personales de la persona que alega la eximente. Lo decisivo a la hora de aplicarla no es lo que una persona razonable (o media) haga en lugar del autor, sino más bien qué es lo que puede razonablemente esperarse que determinada persona, teniendo en cuenta sus características individuales, haga en una situación de miedo debido a la amenaza de un mal. Ello no impide que en el examen sobre la razonabilidad individual de la conducta se emplee una serie de parámetros normativos, pues razonabilidad individual no equivale a una mera alegación o creencia subjetiva[201].

El mal amenazante y la acción salvadora frente a ese mal constituirían requisitos normativos que pueden servir de base en el juicio normativo de la insuperabilidad del miedo. El mal amenazante exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La necesidad de actuar inminentemente para poder defenderse con eficacia;
b) Creencia de la realidad y seriedad del mal amenazante —no es necesario que el mal sea ilícito en todo caso—;
c) El mal no ha de haber sido provocado responsablemente por la persona que actúa para evitarlo;
d) Una cierta entidad de mal —independientemente de los bienes jurídicos en juego—, y
e) El sujeto pasivo del mal ha de ser el propio autor o la persona vinculada afectivamente con el autor[202].

---

200 *Vid.* Paredes Vargas, "Miedo insuperable", art. cit., p. 755.

201 *Ibid.*, p. 757.

202 *Ibid.*, pp. 757-761.

A. La necesidad de actuar inminentemente ante la amenaza de un mal

La eximente del miedo insuperable no puede amparar aquellas acciones que se dirijan contra peligros pasados o que no tengan una posibilidad de reproducción en el futuro. Con ello, la exigencia de la inminencia hace referencia a la necesidad de un peligro ante el que actúa defensivamente. Sin embargo, el peligro no es necesario que sea inminente en el sentido de "inmediata causación si no se actúa", sino que también puede aplicarse en los casos de peligro futuro o duradero, es decir, en aquellos donde no se deba esperar el transcurso del tiempo para tener una mejora de las posibilidades de defensa o evitación del peligro.

La acción ha de ser en defensa de un bien jurídico y no para vengar una ofensa anterior. La defensa puede ser tanto cuando el peligro sea de causación inmediata, si no se evita, como cuando se trata de daños futuros, donde el peligro es duradero y el daño puede producirse en cualquier momento.

B. Creencia de la realidad y seriedad del mal

El miedo insuperable se funda en la inexigibilidad de otra conducta en una situación concreta. En estas condiciones, exigir que el sujeto se cerciore de la realidad del mal hará inviable la eximente, pues ello solo es posible con completa seguridad una vez que el peligro se haya concretado en la lesión del bien jurídico. Por esta razón, no puede ser una exigencia de la eximente. Para aplicar el miedo insuperable basta con la creencia seria y fundada en la realidad del mal amenazante. Ello no impide establecer que el sujeto con un mayor cuidado pudo haber superado la creencia errónea.

C. No causación responsable del peligro

El principio de responsabilidad por los actos propios excluye aquellas conductas de defensa que provienen de males amenazantes causados

por el propio sujeto. Sin embargo, para evitar que esta exigencia acabe convertida en un ilegítimo *versari in re illicita*, deberá requerirse toda una serie de condiciones para su aplicación.

En primer lugar, no basta la mera causación naturalística del peligro para la denegación de la eximente (ejemplo, denuncia a un delincuente que luego amenaza). En segundo lugar, es necesario que el peligro concreto final representado por la situación de miedo insuperable (no un peligro genérico) sea previsible al momento de realizar la acción precedente que lo origina. Y, finalmente, en tercer lugar, a la hora de evaluar la actuación precedente debe tenerse en cuenta los motivos que llevan a la persona a colocarse en una situación de peligro.

Los supuestos más complicados son aquellos en los que la actuación precedente solo puede considerarse imprudente respecto a la situación final del peligro para los bienes jurídicos. En estos casos, PAREDES VARGAS considera que lo más correcto sería la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable (art. 21 del CP)[203].

D. Una cierta entidad del mal

Este requisito tiene que ver con la gravedad, esto es, con el problema relativo a si la eximente de miedo insuperable es aplicable a aquellos supuestos en los que el mal amenazante alcance una determinada entidad o gravedad, que quedaría definida *a priori* por un catálogo cerrado de bienes jurídicos que deberían estar en peligro, por ejemplo: la vida o la integridad física.

PAREDES VARGAS considera que "la limitación *a priori* de la eximente en función de los bienes jurídicos en peligro no se aviene ni con el fundamento ni con la realidad práctica de la eximente, pues, por un lado, el principio de razonabilidad o exigibilidad requieren de un exa-

203 *Ibid.*, p. 760.

men individual de las circunstancias del caso, sin que parezca posible tasar de antemano, mediante un catálogo cerrado de bienes jurídicos, el umbral de peligro por debajo del cual la actuación de la persona deba ser considerarse ya, en todo caso, irrazonable"[204].

E. Sujeto pasivo del mal amenazante

La eximente de miedo insuperable se fundamenta en la preferencia legítima por los propios intereses. Por tanto, debe existir una relación especial entre los bienes jurídicos en peligro y el autor de la acción salvadora. Tal vínculo existe, ciertamente, cuando dichos bienes son precisamente los del propio autor, pero también cuando aquellos pertenecen a una persona con la que el autor está ligado por ciertos vínculos de afecto que pueden fundamentar la resolución parcial del conflicto. El ejemplo más claro es el caso de los familiares, pero no puede descartarse que, más allá de este círculo de personas, determinadas relaciones afectivas también dan lugar a la aplicación de la eximente en comentario.

F. Ponderación de males (mal igual o mayor)

El mal al que se refiere la ley es sinónimo de peligro o amenaza inminente de un perjuicio en perspectiva, sin necesidad de que este llegue a actualizarse hasta constituir una agresión o un acometimiento. El mal debe ser ponderado de acuerdo a la percepción que el agente tenga del perjuicio que lo amenaza. Lo que habrá de evaluarse no es la proporcionalidad objetiva de los males, sino una situación emocional insuperable para el sujeto de un mal igual o mayor.

Se trata de un mal que ha de estar relacionado con la amenaza o identificado con ella, sin que sea preciso que sea mayor, sino que basta con que sea igual al causado por quien sufre el impacto del miedo; implica

204 *Loc. cit.*

una aptitud o capacidad valorativa en el sujeto para poder comparar, aunque sea de manera elemental, fugaz e instintiva, la identidad de ambos males. Esto proporciona el necesario soporte objetivo a la eximente; no obstante, su peculiar trasfondo psíquico, pese a ser predominante, no anula su objetividad.

Para los efectos de la motivación, da lo mismo que el mal sea real o no, pues no se discute el problema del error de los conocimientos, sino de las motivaciones, de un estado emocional[205]. No se aceptará la eximente si el medio ha sido provocado por un acto lícito, como, por ejemplo, una detención policial.

5. PUNIBILIDAD

El delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, en ocasiones, la aplicación de una pena está condicionada a la concurrencia de condiciones objetivas de punibilidad y, en otras, a la concurrencia de excusas absolutorias.

Efectivamente, existen circunstancias en las que la imposición de la consecuencia jurídica está condicionada a requisitos que están fuera de la conducta delictiva, aunque el legislador ya las contemple, por ejemplo, el caso del hurto realizado de un hijo a su padre (art. 208.1 del CP).

Si bien existe delito, la ley excluye la pena por motivos ajenos a su comisión. En realidad, este requisito del parentesco, que aparece como una "excusa legal absolutoria", responde a razones de necesidad de la pena. También existen otros elementos, adicionales a la conducta, que se exigen para imponer una sanción penal, como la efectiva muerte de un sujeto que se suicida para castigar un comportamiento de auxilio o

205 Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español*, 3.ª ed., Barcelona: Ariel, 1989, p. 354.

su cooperación (art. 113 del CP). Se trata de las llamadas "condiciones de punibilidad" que pueden ser objetivas o no[206].

Estos requisitos han llevado a algunos a sostener, doctrinariamente, una categoría adicional a la teoría del delito: la categoría de la punibilidad. Dentro de esta categoría interactúan criterios de merecimiento y de necesidad para establecer su existencia, con la finalidad de determinar la responsabilidad penal e imponer una pena. Como hemos visto, los requisitos de punibilidad son aquellos elementos que no son parte de la conducta del agente, aunque se vinculan a ella, pero que tienen efectos respecto de la imposición final de la sanción penal.

Todo acto que requiere una intervención y solución judicial mediante la aplicación del derecho es justiciable, y, como sabemos, todo acto delictuoso es necesariamente justiciable penalmente. No son justiciable penalmente los actos que no requieren la intervención del juzgador penal para su solución, ya sea por motivos de poca relevancia penal o por cuestiones de política criminal.

Para conferir un estatuto propio a la categoría de la punibilidad sería necesario concebirla como una categoría que tiene un contenido propio, representado por otros presupuestos de la pena distintos de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad y, concretamente, que comprendiera las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias. No obstante, la proyección de estos elementos podría considerarse insignificante, por ello no puede decirse que la punibilidad sea un elemento del concepto del delito.

En efecto, desde nuestro punto de vista, la punibilidad no debe confundirse como un elemento de las categorías del delito, pues su estudio obedece a un tratamiento diferenciado. Esta figura se presenta "cuando

206 En ese sentido, véase Vargas Pinto, Tatiana, *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2011, p. 149.

el hecho, no obstante estar adecuado al supuesto típico de la ley penal, carece de algún elemento de punibilidad o penalidad ulteriores a los que configuran un injusto penal, que de una u otra manera, son causas que restringen la aplicación de la pena no extensibles para todos los delitos, sino solo para algunos"[207].

De acuerdo con MENDES DE CARVALHO, "el delito y la punibilidad no funcionan, por así decirlo, como dos 'círculos concéntricos' o 'secantes', sino como 'círculos independientes'. Es decir, la punibilidad actúa como un presupuesto de la pena independiente de las categorías esenciales que componen el concepto de delito"[208]. Si se exigiera que el delito sea una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, siempre que se den las condiciones objetivas de punibilidad y no concurra una excusa absolutoria, se definiría el delito no por sus caracteres, sino por sus consecuencias.

Los demás juicios son imprescindibles para la imposición de la pena. A diferencia de la punibilidad, estos deben siempre estar presentes, sin una sola excepción.

5.1. Condiciones (objetivas) de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad son "las circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genera la punibilidad"[209]. Son contextos a los que el legislador condiciona la imposición de penas, cuya realización es independiente de la voluntad del autor.

---

207 CHAPARRO GUERRA, Ayar, *Fundamentos de la teoría del delito*, Lima: Grijley, 2011, pp.155 y 156.

208 MENDES DE CARVALHO, Érika, *Comportamiento postdelictivo y fines de la pena*, Lima: Ara Editores, 2008, p. 31.

209 ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 970. A favor de eliminar este criterio, CORVALÁN, Juan, *Condiciones objetivas de punibilidad*, Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 276.

Condicionan la relevancia típica de la conducta, porque la ley la exige para imponer la sanción penal, pero no afectan el desvalor de conducta ni el desvalor de resultado. El agente puede realizar toda conducta típica y no ser castigado mientras falten esas circunstancias. Como son independientes de la voluntad del autor, se habla de "condiciones objetivas de punibilidad", pues no abarca el dolo del agente[210], ni son parte de la conducta típica.

Se suele citar de ejemplo el requerimiento escrito y fehaciente para la configuración del delito de libramiento indebido (art. 215, *in fine*, del CP). Sin embargo, el ilícito penal se configura cuando el agente no abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la notificación, por lo que la responsabilidad surge a partir de una conducta omisiva y no con el solo requerimiento, aunque sea independiente de la conducta del agente.

Se discute su naturaleza jurídica, pues estas no son parte de la conducta, pero sí es un requisito para castigar. Parece adecuada su consideración de condición de punibilidad, como requisito necesario para imponer una pena, que normalmente es objetivo. Se plantea como ejemplo el tipo que castiga la conducta de cooperación al suicidio, que para castigar dicha conducta se requiere no solo que el agente realice toda su cooperación (que le facilite el arma o veneno), sino que también se produzca efectivamente la muerte del suicida.

Vargas Pinto señala:

> [E]l resultado final depende de la conducta de la misma víctima y no del cooperador agente, por lo que difícilmente puede sostenerse que su dolo no abarque ese resultado muerte. Es una condición de punibilidad, pero no objetiva. Su efecto es lo determinante, en cuanto únicamente permite castigar si existe la circunstancia que condiciona la sanción.

210 *Vid.* Vargas Pinto, *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, ob. cit., p. 150.

Por tanto, menos procede el castigo de la tentativa y la frustración, como grados de desarrollo inconclusos. Estas condiciones son distintas de las condiciones de procedibilidad o procesabilidad, que no afectan la determinación de la responsabilidad penal, sino la posibilidad de persecución del delito[211].

5.2. Excusas legales absolutorias

Las excusas legales absolutorias son "situaciones en las cuales el derecho renuncia a la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, por razones de utilidad social"[212]. Asimismo, pueden ser definidas como "circunstancias o requisitos directamente relacionados con la persona del autor. El legislador es consciente de que la conducta es delictiva y, por ello, lo suficientemente grave como para merecer una pena. Sin embargo, la propia valoración del legislador indica que este hecho, del que ya se ha afirmado su carácter antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Por ello lo priva de la sanción penal, basándose en apreciaciones previas de carácter político-criminal"[213].

Existen casos en los que se dan los elementos del delito y se afirma la responsabilidad penal, pero no se impone la pena por motivos de necesidad o conveniencia. Las excusas son causas contempladas en la ley que impiden la aplicación de una pena, que se relacionan con el agente, como ya hemos indicado.

En cuanto a su naturaleza, están "vinculadas a la persona del autor y que, por tanto, solo le afectan a él y no a los demás partícipes del

211 *Loc. cit.*

212 Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2009, p. 469.

213 Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 226.

delito"[214]. Son causas personales de exclusión de pena o requisitos que impiden su imposición.

Las excusas legales absolutorias están vinculadas con el delito, por la calidad de los sujetos (víctima y victimario) y la clase de ilícito penal que se trata. En estos casos la ley considera que la aplicación de una pena sería más perjudicial[215]. Por ejemplo, cuando se exime de responsabilidad, no civil, por hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños a los parientes cercanos (art. 208 del CP). Otro ejemplo sería la eximente de los que ejecutan los delitos de encubrimiento personal o real si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta (art. 406 del CP).

Esta exención obedece a consideraciones de convivencia social o política criminal. Y, en estos casos, únicamente se eximen de consecuencias penales, por lo que subsisten otras, que se consideran suficientes.

214 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 462.

215 *Vid.* Vargas Pinto, *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, ob. cit., p. 151.

LECCIÓN 10
FASES DEL DESARROLLO DEL DELITO

La ley, al describir los delitos, regularmente lo hace en la hipótesis de que "el sujeto activo o agente realiza completamente sus actividades y se produce el resultado típico si es que forma parte de la descripción" legal del ilícito penal. No obstante, "es perfectamente posible que el delito no llegue a su etapa de perfección o consumación y quede en el camino"[1].

En efecto, el delito es entendido como la reunión de una serie de exigencias planteadas por la figura delictiva. Entonces, llamamos delito consumado o perfecto cuando se cumplen todas estas exigencias. Sin embargo, como ya se ha indicado, pueden existir circunstancias que provocan que el autor no llegue a consumar el ilícito penal que decidió cometer.

Al conjunto de sucesos que acontecen desde la decisión de la acción ejecutiva por parte del agente hasta la consumación o el posterior agotamiento del delito se le conoce como *iter criminis* o camino del delito. En esencia, este se distingue en dos fases: la fase interna y la fase externa.

Con relación a estas dos fases, PEÑA CABRERA explica que la *fase interna o subjetiva* incluye el proceso de elaboración mental de la idea delictiva que origina, en el agente, la resolución de realizar el hecho de-

1 *Vid.* POLITOFF L., Sergio; Jean Pierre MATUS A. y María Cecilia RAMÍREZ G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 367.

lictivo (*cogitatio*). En ese sentido, no hay delito sin acción y las ideas por muy deliberadas que fueren no son objeto de aplicación de la ley penal, ya que el pensamiento no se sanciona. Este principio ha sido consagrado en la fórmula de Ulpiano: "Cogitationis poenam nemo patitur"[2]. Dicho principio romano de no punibilidad de las ideas caracteriza al derecho penal contemporáneo de perfil democrático, y encuentra fundamento en nuestro país en el principio de reserva previsto en el art. 2.24.a de la Const. Pol.[3]

Así también, este autor señala que la *fase externa* del *iter criminis* es la más importante y deriva de la anterior. Así, la primera manifestación de la resolución del agente de cometer el delito está constituida por los "actos preparatorios" (*conatus remotus*), esto es, la obtención de medios e instrumentos necesarios para cometer el delito. A continuación, se verifican los "actos de ejecución" (*conatus proximus*)[4].

En estos "actos de ejecución", el agente verdaderamente inicia la realización del hecho delictivo para los efectos de represión penal. Este momento incluye a la tentativa, en todas sus manifestaciones. Finalmente, el camino del delito concluye en la llamada "consumación"[5].

Es común que se reconozca al denominado "delito agotado" como una etapa de la consumación. Esta consiste en que el agente después de lograr la consumación delictiva, busca lograr el fin específico que dio

---

2 Cfr. Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I., 3.ª ed., Lima: Sagitario, 1987, p. 296.

3 Art. 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
[...]
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
a. Nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda o impedido de hacer lo que ella no prohíbe [...].

4 Cfr. Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 296.

5 Cfr. *Ibid.*, p. 296.

origen a su actuar. Por ejemplo, para consumar el delito de extorsión (art. 200 del CP) es suficiente que el delincuente logre que la víctima se desprenda del bien patrimonial exigido, sin importar que el agente lo aproveche. Sin embargo, si obtiene el poder sobre la cosa y la ventaja patrimonial, estaremos ante un "delito agotado". Esto es irrelevante para la configuración típica del delito de extorsión; no obstante, una parte de la doctrina considera que debe tenerse en cuenta su peligrosidad para determinar la pena[6].

1. DEFINICIÓN DEL *ITER CRIMINIS*

Según el art. IV del título preliminar del CP, "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". Al respecto, HURTADO POZO enseña que esta norma "implica que los tipos legales deben describir tanto actos incriminados como consumados. Dicha descripción es efectuada según criterios precisos de política criminal y, en particular, con el objeto de alcanzar una mejor y más eficaz protección de los bienes jurídicos. Así, conforme al principio de legalidad, si el acto ejecutado no cumple con todos los elementos del tipo legal, tanto objetivos como subjetivos, el autor no podrá ser castigado"[7].

Por ejemplo, el art. 185 del CP señala que comete hurto "el que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra". Según este tipo penal, el ladrón debe, mediante un acto de sustracción, apoderarse de una cosa mueble que no le pertenezca total o parcialmente. Este es el caso de quien entra en una casa ajena, sustrae joyas de la caja fuerte y esconde lo hurtado en un lugar seguro para utilizarlo después.

---

6 Cfr. *Loc. cit.*

7 Cfr. HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, p. 795.

Así, este delito se configura cuando el ladrón sustrae un bien del lugar donde se encontraba y se apodera de un bien mueble ajeno[8].

La consumación de un delito (hurto), como la realización de cualquier acción, implica un proceso que se inicia con la toma de decisión del agente de perpetrar el delito (donde ha sopesado los pros y los contras); continúa con la preparación de la ejecución (obtención de informaciones y de un instrumento adecuado para abrir la puerta de la casa y el cofre); luego, con la ejecución propiamente dicha de sacar el bien de la esfera de posesión de su propietario, mediante el apoderamiento del bien sustraído (poder disponer de la cosa como si el ladrón fuera el propietario); y, por último, con el aprovechamiento real del bien (enriquecimiento)[9].

Como vemos, para que se consuma un delito es necesario seguir un "camino", es decir, realizar todo un proceso que va, desde la idea o propósito de cometerlo —que surge en la mente del sujeto— hasta la consumación misma del ilícito penal. A este "camino" se le denomina *iter criminis*. Jiménez de Asúa señala:

> El *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde su ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, [...] hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: interna y externa. La fase interna solo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se manifieste exteriormente. La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación[10].

8 Cfr. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 795.

9 Cfr. *Ibid.*, pp. 795 y 796.

10 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito. Principios del derecho penal*, 12.ª ed., Buenos Aires: Sudamericana, 1981, p. 459.

Por su parte, Ezaine Chávez indica:

> [E]l hecho delictivo es un proceso psicofísico que se genera en la mente del autor y que más tarde se exterioriza en actos, implicando ello una verdadera 'vida del delito', desde el instante en que aparece la idea criminosa en el pensamiento de su autor hasta el momento en que aquella se concretiza en una realidad material, atravesando etapas que se suceden y cuya totalidad se denomina *iter criminis*, es decir, 'camino del crimen', 'formas de aparición' (Mezger), 'el grado de la fuerza física' (Carrara), 'vida' (Valdés), 'momentos dinámicos' (Carnelutti), 'momentos sucesivos' o '*processus*' (Donnedieu de Vabres), "etapas de concreción" (Welzel), etc., del delito[11].

Asimismo, Pacheco, citado por Ezaine Chávez, refiere que el delito no surge de la realidad de la vida, sino que recorre un camino, una vía, el *iter criminis*, que empieza desde que surge la idea criminal en la mente del autor y llega hasta el momento en que se agotan los efectos del delito[12].

El *inter criminis* parte de una concepción mental, que se extiende hacia la vida física y concatena momentos psicológicos y materiales, de esa forma alumbra por fin el mundo de los hechos. En ese sentido, se produce lo que Carrara denominó "objetividad material y jurídica", bien en forma de un chispazo fugaz que salta instantáneo y violento desde la altura de la idea a la materialidad de la acción, o bien a guisa de movimiento maduro y tardo, cauteloso y certero, que se elabora serenamente en la mente y se realiza fríamente en la consumación. Sin embargo, no siempre la acción criminal recorre todo este camino ya sea a modo de circuito eléctrico o a modo de acaecer lento y mesurado. Como toda conducta humana, la acción criminal se mueve dentro de lo temporal y espacial. Los actos forjan la cadena de la conducta, pero esta no siempre

11 Cfr. Ezaine Chávez, Amado, *El iter criminis*, 3.ª ed., Lambayeque: Ediciones Jurídicas Lambayecanas, 1978, pp. 9 y 10.

12 Pacheco, citado por Ezaine Chávez, *El iter criminis*, ob. cit., p. 12.

realiza todo el proceso. Cuando ello ocurre, surgen formas anormales de la conducta delictuosa[13].

Debemos tener en cuenta que la construcción del proceso delictivo según etapas o momentos resulta ser ideal, pues en muchos supuestos media solamente un instante entre la concepción de la idea y su ejecución.

Los delitos tienen un desenvolvimiento propio, la acción se puede descomponer en diferentes actos que constituyen otras tantas etapas del proceso criminoso[14]. En tal sentido, hay que distinguir en el desarrollo del delito momentos de diversa índole: unos de índole interna (como la deliberación, la voluntad, la resolución de cometer el delito) y otros de índole externa[15].

Es históricamente tradicional en la doctrina que, aplicando criterios de índole naturalístico, se diferencien en la ejecución del delito la etapa interna o subjetiva de la etapa externa u objetiva. Tales etapas se aprecian cuando el hecho punible se forma primero en la mente de su autor y este decide materializarlo. La fase interna comprende la "ideación", "deliberación" y "resolución" delictiva. La externa, que sigue en el tiempo a la anterior, comprende los actos "preparatorios"; los de "ejecución" y "consumación", que se creen susceptibles de diferenciar objetivamente, aunque hay reconocimiento unánime de que en la realidad esa distinción es compleja y ambigua, aun cuando recurre a criterios objetivos y subjetivos en conjunto[16]. A continuación, explicaremos en qué consisten estas dos fases del delito.

---

13 Frías Caballero, Jorge, *El proceso ejecutivo del delito*, 2.ª ed., Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1956, pp. 59 y 60.

14 *Vid.* Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, vol. II, Bogotá: Temis, 1954, p. 69.

15 Marcone Morello, Juan, *Los caminos del crimen. El "iter criminis" en el derecho penal*, Lima: Monterrico, 1994, p. 75.

16 Cfr. Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, t. II, 3.ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 261.

2. FASE INTERNA DEL DELITO

Como señala Bramont Arias Torres, "el delito comienza en la esfera interna del sujeto, en primer lugar, el agente tiene la *idea* de cometer el hecho punible, luego, *delibera* acerca de los pro y los contra de su actuar, por último, toma la decisión de cometer el delito —resolución criminal—. Aquí termina la fase interna y da comienzo a la fase externa"[17].

Como vemos, esta primera etapa del delito comprende la *ideación*, la *deliberación* y la *resolución*. El derecho no sanciona la fase interna en general (esta etapa no se encuentra comprendida por los tipos penales), pues no puede castigar el pensamiento libérrimo del autor proyectado[18]. Así, la misión primordial del derecho penal es proteger el orden social, que no se vulnera por las reflexiones internas de los hombres, aunque se las pueda descalificar o considerar inmorales.

Debe recalcarse que no solo se trata de que las ideas no pueden ser sancionadas penalmente, sino también entender que el pensamiento pertenece a una esfera de la intimidad, tal que con el máximo rigor está exenta de la autoridad de los magistrados. Punir las ideas significaría invadir la mente, conculcar lo más propio del hombre, en definitiva, constituiría la expresión de un totalitarismo aberrante e inútil, pues destruiría al hombre como tal. Como dice Jakobs, lo interno es "el ámbito de los derechos protegidos absolutamente, en el que nadie puede inmiscuirse"[19].

La fase interna se da lugar en el cerebro del sujeto (que elabora en su mente planes y fines). Cuando las ideas se revelan en hechos recién adquieren exterioridad y pueden ser sancionables.

---

17 Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Santa Rosa, 2000, p. 340.

18 Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2008, p. 268.

19 Jakobs, Günther (1997), ob. cit., p. 853.

2.1. Ideación

El primer paso para cometer un delito doloso es la *ideación*. Esta primera etapa puede incluir lo siguiente:

a) Un momento en que en la mente del autor nace el propósito delictivo.

b) Un examen de factibilidad de lo que se pretende consumar.

c) Un estudio de los pros y contras del objetivo que se ha fijado.

d) La decisión de seguir adelante o desistir

La regla para todo este lapso temporal del *iter criminis* debe ser la impunidad, porque, como ya indicamos antes, nunca el mero pensamiento puede generar responsabilidad penal[20].

La ideación es un proceso de elaboración mental de la idea delictiva (aspecto interno, esfera de pensamiento). Los escolásticos denominaron a esta etapa "tentación" y es la que primero aflora en el camino del delito. En ella el agente resuelve realizar el hecho punible.

En la mente humana surge la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desestimada por el sujeto. Si este le da cabida, la idea se convierte en fija y puede surgir la deliberación, que es el proceso mental que culmina cuando el sujeto decide cometer el delito; por ejemplo, el hombre que, aprovechando la salida al teatro de sus vecinos, decide mentalmente hurtarles las joyas que él sabe hay en su caja fuerte.

La fase interna puede ser instantánea o extensa (problema secundario), lo real es que, de una u otra manera, la realización del acto ha surgido de la mente humana.

---

20 *Vid.* Righi, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2008, p. 408.

La ideación, aun cuando sea comunicada a terceros, no es punible, pues la incriminación de las ideas equivaldría a una radical invasión al campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el derecho de su misión especialísima y esencial: armonizar las relaciones puramente externas de los hombres para el logro de la convivencia y la cooperación, que son indispensables en la vida gregaria[21].

Las personas tienen libertad de pensamiento, por tanto, si un sujeto piensa realizar un ilícito penal no delinque. Lo contrario significaría una regresión intolerable, el ingreso del orden jurídico a la conciencia, el retorno a los "delitos de fuero interno" (los delitos "de opinión", cuando este se expresa de alguna manera, ya son de fuero externo) y al método inquisitivo para explorar el pensamiento[22].

Al derecho penal moderno no le interesa reprimir los pensamientos. Realizar ello implicaría violentar la dignidad y la libertad de la persona[23]. La fase interna del *iter criminis* no puede ser objeto de sanciones penales; no obstante, se podrá sancionar cuando se concretice en una fase externa. Este principio tiene su fundamento constitucional en el art. 2.3 de la Const. Pol.[24], que reconoce como derecho fundamental de la persona "la libertad de conciencia y religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público".

---

21 *Vid.* Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general*, 11.ª ed., Ciudad de México: Porrúa, 1977, p. 277.

22 García Ramírez, Sergio, *Panorama del derecho mexicano. Derecho penal*, México: Mc Graw-Hill, 1998, pp. 76 y 77.

23 Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Ara Editores, 2004, p. 658.

24 Cfr. Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 417.

El principio consistente en que nadie pueda ser perseguido por razón de sus ideas representa una conquista fundamental de la cultura actual. Por otra parte, una opinión no es todavía una resolución de voluntad. Y aun podría añadirse que parece dudoso que esta merezca ser tomada seriamente en consideración, pero mientras no se traduzca en actos permanece más bien en la esfera de los meros deseos.

Con relación a lo mencionado, WELZEL afirmó que tampoco "la voluntad mala es penada como tal, sino solamente la voluntad mala que se concreta; esto no solo porque la mera voluntad no es todavía captable y porque la moralidad no puede ser impuesta, sino, también, por el abismo profundo que separa, al fin y al cabo, el pensamiento del hecho"[25].

Al respecto, BRAMONT ARIAS señala que "los hechos constitutivos de la fase interna escapan al derecho penal porque siendo el derecho relación entre personas los pensamientos íntimos no son objeto de su consideración; [...] castigarlos significaría invadir el campo de la conciencia; porque, aun cuando se les suponga conocidos, no causan daños ni violan precepto penal alguno"[26]. Aunado a ello, este autor indica lo siguiente:

> El límite para la punibilidad de las ideas es la resolución manifestada de cometer un delito, en la cual la ley castiga, no propiamente una idea resolutiva, sino su expresión, lo que ya constituye un acto externo aunque no materializado; en otros términos, la idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de la relación, pero simplemente como idea o como pensamiento exteriorizado, antes existente solo en la mente del sujeto, la manifestación no es incriminable; y, solo por

25 WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducido por Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 189.

26 BRAMONT ARIAS, Luis, *Código Penal anotado*, Lima: El Ferrocarril, 1966, p. 199.

excepción, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la manifestación ideológica[27] [28].

La fase interna es un proceso en la que el autor elabora el plan del delito y propone los fines de su acción; a partir de ese fin, el sujeto elige los medios para alcanzarlo. "La cuestión implicada en [esta fase] y las leyes que tienden a su represión se vinculan, por un lado, con la garantía de la libertad de expresión [...] y, por otro, con la autonomía ética de la persona: el [dilema aquí] es hasta qué punto el Estado tiene autoridad frente a lo que para el individuo representa la coacción de su propia conciencia"[29].

Podemos concluir que el mundo psíquico del hombre, aquellos actos internos susceptibles algunas veces de horrorizar al mundo, no son pasibles de sanción alguna; castigarlos significaría invadir terrenos vedados: el campo de la conciencia individual. Y por lo demás, tampoco sería práctico, porque, si estos actos no son exteriorizados, no hay forma de conocerlos[30].

3. FASE EXTERNA DEL DELITO

La fase externa está referida a los momentos en los que el sujeto activo del delito trasciende el plano del pensamiento para concretar sus

---

27 Bramont Arias, *Código Penal anotado*, ob. cit., p. 199.

28 Como sería el caso, de los artículos 24 (instigación), 113 (instigación al suicidio), 184 (inducción a la fuga de un menor de edad), 183.3 (incitación a un menor), 302 (instigación al consumo de drogas), 316 (apología genérica de un delito), 317 (organización criminal), 349 (conspiración a la rebelión, sedición o motín), 358 (inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado), 374 (desacato), 380 (incitación al abandono de trabajo), 417 (inducción a error de funcionario) del Código Penal.

29 *Vid.* Bacigalupo Zapater, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 1996, p. 163.

30 *Vid.* Marcone Morello, *Los caminos del crimen. El "iter criminis" en el derecho penal*, ob. cit., pp. 97 y 98.

acciones. Esta fase se clasifica en tres etapas: preparación, ejecución y consumación.

3.1. Preparación (actos preparatorios)

La preparación es la etapa en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone[31], que es la comisión del delito. Los actos preparatorios son comportamientos que preceden a la ejecución típica del delito[32] y están dirigidos a facilitarlo. Deben ir más allá del simple proyecto interno (mínimo), sin que, por otro lado, deba iniciarse la inmediata realización típicamente relevante de la voluntad delictiva (máximo).

En principio, los actos preparatorios no se sancionan, salvo cuando en forma independiente constituyan delito; es decir, cuando la propia norma penal los tipifique como tales. Este adelantamiento de la barrera punitiva obedecería a criterios de exigencia político-criminal, que busca otorgar una mayor seguridad a los bienes jurídicos, dependiendo del tipo penal en concreto.

Los actos preparatorios crean las condiciones previas y adecuadas que hacen posible el inicio de la acción delictuosa. Por tanto, "un tercero que desconozca el plan del agente no podrá afirmar, al percibir los actos

31 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara Editores, 2004, p. 438.

32 Los actos preparatorios implican ir más allá del plan criminal (límite mínimo), objetivando el hecho representado, no pudiendo haber iniciado la ejecución inmediata y típicamente relevante de la voluntad delictiva (límite máximo). Reinhart, Maurach; Karl-Heinz Gössel y Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, traducción de la 7.ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 8.

cometidos por este, que dichos actos se hallan, física y temporalmente, en la inmediatez de la realización típica"[33].

Se les conoce a estos actos por ser equívocos, es decir, les falta unidireccionalidad en la consecución del fin, "por lo que no son idóneos en sí mismos para evidenciar la tipicidad. No producen daño ni violan precepto legal alguno, porque son incapaces por sí solos de indicar la voluntad de continuar y acabar el intento delictivo"[34].

En síntesis, los actos preparatorios son todos los que pueden ayudar a la realización de un delito, pero no forman parte de él y, por ello, son impunes. Al respecto, MAURACH señala lo siguiente:

> En principio ninguna de estas acciones está sujeta a las conminaciones penales de la ley; en ciertos casos, no alcanzan siquiera la zona de lo típico, y en otros no llenan el cuadro rigurosamente circunscrito de la figura legal. Y puesto que la conminación penal decide no solo *cómo*, sino también *si debe castigarse* una conducta, estas acciones, en principio, serán irrelevantes para el derecho penal. Es evidente, sin embargo, que al menos una parte de estos actos en sí no típicos deben ser castigados. Sería inadmisible querer, por ejemplo, dejar impune la preparación de un determinado delito de alta traición, o el asesinato frustrado. Es preciso, pues, extender, dentro de ciertos límites, la eficacia del tipo y, por tanto, la punibilidad, a las acciones de la especie indicada, reconocidas como merecedoras de pena. La inclusión de las etapas de realización delictiva anteriores a la consumación, en la conminación penal del mismo hecho punible, se designa con el calificativo de causas de extensión de la pena o causas de extensión del tipo[35].

Como ya se señaló, además de que las leyes no castigan los meros pensamientos delictivos, "existe otro tramo en el camino de la realización

33 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 798.

34 ROJAS CHACÓN, José A. y Cecilia SÁNCHEZ ROMERO, *Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos*, t. I, San José: Ministerio Público de Costa Rica, 2009, p. 442.

35 MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona: Ariel, 1962, p. 166.

del delito que también por regla es impune delictivamente. Es lo que constituye la preparación del delito (actos preparatorios). Estos actos no implican ejecución del delito, que es lo punible, sino que son actos que en sí mismos no son idóneos para realizarlo, y mediante los cuales el agente se limita a disponer lo conveniente para llevar a cabo su ejecución. Por consiguiente, tales actos no entrañan un inequívoco peligro inmediato para el bien que protege la pena respectiva"[36].

Núñez coloca claros ejemplos de estos actos: "El que examina el lugar y prepara la llave con la que abrirá la puerta de la casa para después apoderarse de lo ajeno, y el que carga el arma para usarla contra un tercero"[37]. Tales acciones no engendran un peligro inminente para el bien penalmente protegido, en tal sentido, como son conductas socialmente permitidas, son impunes.

Los actos preparatorios son "una de las garantías en el normal desenvolvimiento de las acciones humanas, cuyo respeto y objeto de mínima intromisión reflejan y grafican la real estructuración y funcionalidad de un Estado de derecho"[38].

Como vemos, la doctrina y la legislación reconocen la impunidad de los actos preparatorios debido a que no son una manifestación suficiente de la intensidad de la voluntad criminal y del fin que el autor persigue. El agente, a través de su realización, ha sobrepasado el límite de la fase interna del *iter criminis* (etapa deliberativa), pero no alcanza un nivel tal que permita observar que su accionar se halla en estrecha conexión con la realización típica[39].

---

36 Núñez, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Córdoba: Marcos Lerner, 1999, p. 225.

37 Núñez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 225.

38 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 418 y 419.

39 Cfr. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 799.

Sin embargo, "a causa de la necesidad de combatir la criminalidad violenta y organizada, algunos países han decidido reprimir los actos preparatorios en relación con ciertos crímenes graves. Lo que constituye una de las manifestaciones del denominado 'derecho penal de la puesta en riesgo'"[40]. En ese sentido, "el objetivo buscado es sin duda, el de adelantar la intervención represiva antes de que el agente comience a ejecutar el hecho punible y, de esta manera, evitar que se cree una situación que implique ya un daño irreparable. Así, no es indispensable esperar que los malhechores —dispuestos a pasar a la acción— inicien el comportamiento delictivo"[41].

Por regla general, los actos que no consisten en "dar comienzo a la ejecución de un delito por hechos directos", aunque estén encaminados a ello, no son punibles. Sin embargo, en ciertos casos, la ley sanciona algunos hechos que, no pudiéndose calificar de "directos", representan un mayor peligro para los bienes jurídicos en juego, por la eventual intervención de dos o más personas en la planeación y ejecución de un delito futuro[42].

El legislador puede adelantar la ejecución mediante dos formas. Primero, cuando amplía un determinado tipo hasta comprender acciones preparatorias. Segundo, cuando decide la tipificación independiente de algunas acciones preparatorias, es decir, crea un delito autónomo, por ejemplo: la fabricación, suministro o tenencia de explosivos (art. 279 del CP)[43].

---

40 *Ibid.*, p. 801.

41 *Ibid.*, p. 802.

42 Politoff L.; Matus A. y Ramírez G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, ob. cit., p. 385.

43 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 420.

En virtud de ello, gran parte de las sanciones a ciertos actos preparatorios se debe a excepciones fundadas en motivos de política criminal. Al respecto, VILLAVICENCIO TERREROS precisa:

> Algunos consideran que esta afirmación es equivocada e innecesaria, pues sostienen que preparación y ejecución son conceptos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. [...] En consecuencia, no hay "actos preparatorios" en sí, ni "actos de ejecución" en sí. Ejemplo: la tenencia de máquinas, cuños o cualquier otra clase de instrumentos destinados a la falsificación de monedas [...] no serían actos preparatorios 'excepcionalmente sancionados', sino actos de ejecución porque así lo ha decidido el legislador al extender hasta esos extremos la protección del bien jurídico[44].

En esa línea, sostener que estas excepciones se fundamentan en razones político-criminales no es del todo cierto, pues finalmente todos los delitos del Código Penal han sido creados teniendo en cuenta fundamentos político-criminales. En efecto, VILLAVICENCIO TERREROS señala que en nuestro país "no es aceptable la punición de actos preparatorios en relación a la peligrosidad personal de quien efectuó la preparación porque ello significaría un supuesto de derecho penal de autor"[45].

Existen situaciones en que la personalidad del "autor" hace parecer como seguro que la decisión una vez tomada será realizada. Por ello, es pertinente intervenir en esos casos, por ejemplo, en el estadio de una planificación delictiva de la que se ha llegado a conocer por medio de informaciones. Sin embargo, esto no solo negaría el dato de que toda prognosis de esa índole podría ser falsa, sino que también quebrantaría la prohibición de investigar el ánimo y los pensamientos de alguien cuyas acciones se hallan en total consonancia con el ordenamiento jurídico, elemento esencial para el Estado de derecho[46].

---

44 *Ibid.*, p. 439.

45 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 419 y 420.

46 *Vid.* STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general*, t. I, traducido por Ma-

Sobre esta etapa, STRATENWERTH señala:

> El concepto de preparación cobra significación sistemática recién cuando se lo define a partir de lo *material*, de la agresión a la norma social realmente protegida. Entonces, se percibe que hay tipos penales que realmente abarcan ya la preparación de esa agresión, [...] pero son excepcionales. Pues la acción de preparación, materialmente entendida, está, en general, según su imagen de manifestación externa, en total consonancia con el ordenamiento social [...]. Por ello, el amenazarla con pena sin considerar eso conduciría a sospechar como conductas criminales innumerables formas de comportamiento que no lo son de ningún modo. La sanción penal también alcanzaría a un autor que podría no haber tomado aún en absoluto la decisión de ejecutar un delito o que podría abandonarla en cualquier momento[47].

Y agrega:

> Por ello, el penalizar actos preparatorios parece defendible solo en caso extremo, a saber, cuando se anuncian inequívocamente el delito al que tienden y cuando la lucha eficiente contra la criminalidad correspondiente exige una injerencia prematura [...]. Incluso en los casos excepcionales, la comprobación de que, en la conducta conminada con pena, se trata de meros actos preparatorios tiene consecuencias prácticas en dos sentidos. En *primer lugar*, la tentativa de realizar el tipo de un delito de preparación debería quedar impune independientemente de las reglas generales [...], en la medida en que ella consiste en actos preparatorios aún más lejanos que los que la ley ya penaliza. En *segundo lugar*, el acto preparatorio deja de ser punible autónomamente cuando la verdadera agresión al ordenamiento jurídico a la que aquel correspondía ya ha ocurrido y, a su vez, es punible. Aquí se debe aceptar la existencia de un concurso impropio [...]; tomar en cuenta por separado diversos grados de desarrollo del mismo delito significaría hacerle al autor el extraño

---

nuel Cancio Meliá y Gustavo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 326.

47 Cfr. *Ibid.*, p. 327.

reproche de que no solo ha cometido el delito, sino que, además, también lo ha preparado[48].

Nuestro legislador no ha hecho referencia a los actos preparatorios, ni ha establecido expresamente su impunidad. Esto se desprende de manera implícita del hecho que haya establecido como límite genérico el simple comienzo de la ejecución de un delito (tentativa) para la intervención penal.

3.2. Ejecución

En la etapa ejecutiva del delito el agente empieza a utilizar los medios para lograr la consumación de su plan delictivo. Para poder distinguir esta etapa de los actos preparatorios se tendrá que verificar la configuración de cada tipo penal. Por ejemplo, la compra de una escopeta puede tener la finalidad de matar a una persona o simplemente cazar a un animal.

El art. 16 del CP que señala la fórmula "dar comienzo a la ejecución" hace referencia a una conducta externamente manifestada, por lo que todo aquello perteneciente a la esfera interior de la persona constituye un ámbito proscrito a la intromisión jurídico-penal. Los actos aún no ejecutivos (actos preparatorios) por regla deben permanecer impunes, salvo las excepciones señaladas con anterioridad.

Generalmente los delitos dolosos, al momento de su realización, suponen la coincidencia del aspecto objetivo y subjetivo del tipo. Cuando el sujeto realiza el aspecto subjetivo, pero no objetivo, o realiza este último de manera parcial, estamos ante las llamadas formas imperfectas de realización del ilícito penal. Una de las etapas previas a la total realización del tipo es la tentativa. Esta consiste en la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan criminal, en donde existen

48 *Ibid.*, pp. 327 y 328.

interrupciones del proceso de ejecución que impiden alcanzar la consumación. Las interrupciones pueden ser internas y externas.

La tentativa en el *iter criminis* está ubicada entre la ejecución y la consumación del delito, y, a diferencia de los actos preparatorios, su inicio significa un ingreso inmediato a la imagen guía del delito. Se presenta como un tipo objetivo incompleto y un tipo subjetivo doloso completo.

Como señala Rojas Vargas, "los actos de ejecución poseen una riqueza y alcance conceptual mayor que los actos que hacen estrictamente tentativa, ya que se localizan, incluso, antes de los comportamientos nuclearmente típicos, a través de los actos iniciales de ejecución, comienzo de ejecución, y continúan, en una serie progresiva que admite gradaciones, con los actos propiamente de tentativa y se prolongan hasta los actos de consumación"[49].

3.2.1. Tentativa

El penalista alemán Welzel define la tentativa como "la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de ejecución del delito"[50]. Además, este autor indica que "en la tentativa el tipo objetivo no está completo, por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado"[51]. En la doctrina nacional, Villavicencio Terreros señala que "la tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendiente a alcanzar la consumación del delito. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento o arrepentimiento) o involuntarias (externas o accidenta-

49 Rojas Vargas, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima: Grijley, 1997, p. 269.

50 Welzel, citado por Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 348.

51 *Loc. cit.*

les). En nuestra ley, la tentativa puede ser admitida en todos los delitos dolosos de comisión u omisión"[52].

En la tentativa, el autor realiza todo o parte de los actos que según su representación deberían producir la consumación del delito. Como ya hemos indicado, nos encontramos ante un tipo objetivo incompleto, pues falta parte de los actos necesarios para que se consuma el ilícito; asimismo, contamos con un tipo subjetivo completo, pues el dolo no depende del hecho de que se produzca o no la consumación[53].

Nuestro ordenamiento jurídico protege bienes jurídicos, por ello, no nos podemos conformar con que el derecho penal intervenga cuando el daño ya está hecho. Esta intervención puede y debe hacerse antes, cuando el riesgo sea serio e inminente. En efecto, la tentativa debe ser sancionada al existir un peligro para el bien jurídico protegido.

Al considerar que los actos de ejecución son constitutivos de la tentativa, podemos distinguir el delito tentado del frustrado. Estos actos pueden clasificarse en tentativa inacabada y tentativa acabada. La diferencia entre una y otra debe resolverse tomando en consideración la representación del autor según el estado de realización del hecho cometido[54].

En efecto, conviene a la doctrina señalar que el discernimiento entre una situación de tentativa acabada e inacabada es enteramente subjetiva, ya que todo dependerá del plan del autor, lo mismo que de la representación que se hace de su curso[55]. Normalmente basta recurrir a esta subjetividad del autor, pero, en algunos casos, el criterio objetivo puede dar buenos resultados, lo que es una consecuencia de la extensión del criterio objetivo-individual.

---

52 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 421.

53 López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte general*, t. II, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 37.

54 Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 356.

55 Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 356.

Si bien la clasificación señalada no está expresamente establecida en nuestro Código Penal, que pasa por alto la tesis del delito frustrado y tanto la tentativa acabada como la inacabada son tratadas como una sola tentativa (según Rojas Vargas, tal diferenciación carecería de sustento epistémico)[56], las modalidades de tentativa más recurridas son dos: la tentativa acabada y la tentativa inacabada.

A. Tentativa acabada

A esta tentativa se le denomina también delito frustrado, tentativa perfecta, agotada o delito fallido. Villa Stein sostiene que la tentativa acabada "comprende el caso de quien conforme su plan personal ha realizado todos los actos necesarios para que se consuma el delito, faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado"[57].

La tentativa acabada es aquella en la que se ha alcanzado un mayor grado de ejecución tras haberse realizado toda la etapa ejecutiva, pero el resultado no sobreviene, puesto que concurre una causa fortuita que el agente no previó. El autor ha concluido los actos corporales del caso para producir el resultado, de modo que para la realización ya solo importan acontecimientos que están más allá de la acción del agente.

El delito frustrado está consumado subjetivamente, es decir, en la representación de los hechos del sujeto que lo comete[58]. Es el caso de quien, con el propósito de causar la muerte, le asesta a la víctima una puñalada en una zona altamente vulnerable para su vida, pero la intervención rápida y oportuna de los médicos impide que la persona muera.

---

56 Cfr. Rojas Vargas, citado por Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 357.

57 *Ibid*, p. 356.

58 En ese sentido, González Roura, Octavio, *Derecho penal. Parte general*, t. II, Buenos Aires: Abeledo, 1922, p. 3.

El delito ha sido "subjetivamente consumado" pero no objetivamente, pues algo se interpuso en el logro de ese objetivo.

B. Tentativa inacabada

La tentativa inacabada es aquella en la que el agente no ha cumplido por completo la acción ejecutiva del delito, debido a que no hizo lo necesario para que su conducta se adecue a un tipo legal o al cumplimiento de los actos finales necesarios para la producción de la causalidad tendiente al evento típico, según se considere un delito de pura actividad o material.

La tentativa inacabada —*conatus imperfectus*— es denominada también tentativa simple y pura o propiamente tentativa. Esta tentativa se presenta cuando conforme su plan de acción, el agente actúa con la finalidad de dañar el bien jurídico sin alcanzar su propósito, ya sea por la intervención de impedimentos externos accidentales o de terceros o por el desistimiento voluntario. Por tanto, el actuar del agente es insuficiente para la producción del resultado[59]. Por ejemplo: cuando el autor, con el propósito de causar la muerte a su víctima, le asesta una puñalada en una zona no vital; o cuando el agente piensa matar a su enemigo apuñalándolo solo una vez, pero luego de hacerlo aprecia que está herido, y pudiendo realizar otras acciones para matarlo se abstiene.

Para que podamos hablar de tentativa inacabada es necesario que el proceso ejecutivo del delito se haya interrumpido por causas ajenas a la voluntad del autor, pues, si, en el supuesto dado, el sujeto bajara el arma por su propia voluntad, estaríamos ante un desistimiento voluntario, contemplado de modo distinto por la ley[60].

---

59 Cfr. Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 356.

60 Artículo 18 del CP.- Desistimiento voluntario-Arrepentimiento activo
Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos.

3.2.2. Desistimiento voluntario

El desistimiento voluntario consiste en la abstención del agente de seguir recorriendo el *iter criminis* o camino del delito, sin llegar a consumar el ilícito penal. Con ello interrumpe libremente su acción criminosa para impedir el resultado y neutralizar el riesgo que ha creado.

Revilla Llaza señala que "el desistimiento exige la concurrencia de todos los requisitos que conforman una tentativa delictiva: comienzo de la ejecución —causalidad adecuada—, resolución criminal de consumación y ausencia de consumación"[61]. Además, todo desistimiento presupone una conducta fundante de *tentativa punible*[62], que voluntariamente interrumpe antes de la consumación del delito; sin estos presupuestos, esta figura carece de todo sentido, puesto que "sin una tentativa delictiva no habría nada de qué desistirse, sin una tentativa punible no habría nada qué dejar impune"[63].

El art. 18 de nuestro CP regula el desistimiento del agente individual. Cuando este agente interrumpe voluntariamente el curso causal adecuado antes de que este se produzca, se le privilegia con la impunidad de una tentativa de delito. Esta exención "solo se puede aplicar sobre el delito no consumado, pues el propio artículo destaca que se sancionará los actos practicados que ya constituyen delito"[64]. En suma, "dentro del curso causal adecuado de una conducta ejecutiva dirigida a la lesión del

---

61 Revilla Llaza, Percy, "Desistimiento de actos ejecutivos. Desistimiento activo", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 585.

62 Regulado por el art. 16 del CP peruano: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena".

63 Revilla Llaza, "Desistimiento de actos ejecutivos. Desistimiento activo", art. cit., p. 584.

64 Bramont-Arias Torres, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 357.

bien jurídico protegido, el desistimiento debe constituir una interrupción posterior al comienzo de la tentativa, pero anterior a la consumación"[65].

Para que tenga pleno efecto eximente de pena, el desistimiento tiene que darse solo si el autor u omitente no ha asumido la posibilidad de perder el control absoluto de impedir la consumación, y si el riesgo gobernado por él no ha decrecido[66]. Un sector de la doctrina descarta la posibilidad de desistir en una tentativa acabada, restringiendo el desistimiento a la tentativa inacabada. En este sentido, las alternativas planteadas en el art. 18 del CP ("proseguir los actos de ejecución", "impedir que se produzca el resultado") deberán ser vistas no como las modalidades del desistimiento en la tentativa inacabada y acabada respectivamente, sino como formas de desistimiento de la tentativa inacabada comitiva y la tentativa inacabada omisiva. De lo mencionado, se concluiría que solo puede darse el desistimiento en los casos de tentativa inacabada.

Otra característica del desistimiento es que debe ser eficaz, pues de ser irrelevante, inconducente o no productivo carecería de entidad. No obstante, si el esfuerzo del autor produce el desenlace que se quería evitar con el desistimiento, no se amparará con la impunidad, siempre que no concurran otras causas en la producción del resultado, como la realización del incremento del riesgo imputable a la tentativa.

El art. 19 del CP peruano[67] señala que en los actos de intervención de varias personas en el ilícito penal el desistimiento como causal personal de

65 Revilla Llaza, "Desistimiento de actos ejecutivos. Desistimiento activo", art. cit., p. 586.

66 Sancinetti, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá: Temis, 1955, p. 255.

67 Artículo 19 del CP.- Participación de varios agentes en la tentativa
Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquel que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquel que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación.

supresión, exclusión, anulación o levantamiento de la pena solo exonera de pena al interviniente que ha desistido por sí mismo, no alcanza a los demás autores y partícipes.

Para lograr que se exima la pena, el artículo en mención nos presenta dos supuestos: el primero se da cuando el autor ha impedido la realización del resultado típico, este es el caso en que el partícipe retira su aporte y los demás intervinientes prosiguen con el hecho o no lo impiden; y el segundo se da cuando el agente realiza un gran esfuerzo para lograr el desistimiento, en este caso la valoración debe estar dada de acuerdo a las circunstancias y a las posibilidades con que cuenta la persona que quiere impedir el ilícito penal, por ejemplo, si la persona que quiere imposibilitar el delito es paralítica, cuenta con menos posibilidades de detener a los demás agentes. Como se observa, en este último supuesto se debe tener en cuenta qué tanto pudo hacer el sujeto que desiste; si puede impedir la comisión del ilícito penal, quedará exento de pena, mientras que los otros podrían ser sancionados por tentativa.

3.2.3. Tentativa inidónea

El delito imposible, de acuerdo con Fernández Moreda[68], "se da cuando la acción típica, a cuya ejecución tiende el designio del autor, no puede iniciarse o consumarse por la inidoneidad 'de origen' de los medios empleados para realizarla, o bien (por) la inidoneidad de igual carácter o la inexistencia del objeto pasivo material sobre el que se emplean".

En esa línea, Villavicencio Terreros sostiene que "estamos frente a una *tentativa inidónea* o *delito imposible* cuando la ejecución delictiva dirigida por el autor no llega a consumarse por razones fácticas o jurídicas. Los *límites* de la tentativa son precisados por el art. 17 del Código Penal y esta se presenta cuando la consumación del delito resulta imposible

68 Fernández Moreda, citado por Jiménez de Asúa, *La ley y el delito. Principios del derecho penal*, ob. cit., p. 490.

debido a 'la ineficacia del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto'"[69].

Mir Puig indica:

> Mientras que la doctrina dominante considera inidónea toda tentativa que *ex post* se demuestra que era incapaz desde un principio de llegar a la consumación, ya sea por inidoneidad de los medios o por inexistencia o ausencia del objeto, la tentativa inidónea es, para Cerezo Mir, la tentativa *ex ante* no peligrosa según el juicio "objetivo" de una persona inteligente; esa persona, en la medida en que de algún modo representa al hombre medio, debe ser una a la que no pueden serle accesibles conocimientos especializados. Un ejemplo sirvió en su momento para distinguir ambos conceptos de tentativa inidónea: el de quien dispara sobre la cama en que cree está durmiendo su enemigo, cuando en realidad solo hay un bulto que simula una forma humana, pero de modo que *ex ante*, desde la posición del autor cualquiera podría haber tomado dicho bulto por una persona; es este un caso paradigmático de lo que la doctrina dominante considera una tentativa inidónea por ausencia del objeto —los casos de ausencia o inexistencia de objeto se consideran los casos más claros de inidoneidad, y para quienes distinguen entre inidoneidad absoluta e idoneidad relativa son supuestos de inidoneidad absoluta—. Sin embargo, para Cerezo Mir este es un ejemplo de tentativa idónea, porque *ex ante* la falta de objeto no era objetivamente cognoscible o era muy improbable. Este autor equipara "tentativa idónea" a "tentativa peligrosa *ex ante*": "Si la inexistencia, o falta de presencia del objeto, no era objetivamente cognoscible *ex ante* la acción era peligrosa, aunque ningún bien jurídico haya corrido peligro. Serían supuestos de tentativa idónea o peligrosa".
>
> La razón que lleva a Cerezo a sostener esta concepción *ex ante* de la tentativa inidónea es que "*ex post* toda tentativa es inidónea"[70].

69 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 449 y 450.

70 *Loc. cit.*

Como lo señala nuestro Código Penal, el delito imposible es "pura *intencionalidad delictiva*, pues la ignorancia o error del pretendido autor le impide saber que el delito que quiere consumar es irrealizable por su inidoneidad personal para cometerlo o por la inidoneidad del objeto sobre el que recae su acción o por la inidoneidad del medio empleado. Si el pretendido delincuente obra conociendo algunas de esas inidoneidades, no delinque porque a la inexistencia material del delito se agrega su inexistencia subjetiva"[71].

En el delito imposible no se puede negar la existencia de error en el agente, quien obra bajo un supuesto que está alejado de la realidad, y que pretende un efecto (criminoso) que no puede lograrse por inidoneidad del medio empleado (como cuando se pretende envenenar a una persona suministrándole azúcar, creyendo que es arsénico), o por falta del objeto (disparar con ánimo homicida sobre un cadáver, en la creencia de que lo hace sobre un ser vivo)[72].

Para calificar el delito imposible bastará remitirnos al *error de tipo al revés evitable*, por ejemplo: quien pretende envenenar agregando azúcar al alimento de su víctima creyendo que es veneno. Por otro lado, cuando se presenta *un error de tipo al revés inevitable*, es mejor recurrir al art. 16 del CP (tentativa), por ejemplo: quien compra veneno para ratas en una farmacia, pero debido a una falla en su elaboración el producto se convierte en una sustancia inocua y, sin saberlo, se lo hace ingerir a la víctima[73].

Es importante separar la tentativa del delito imposible, ya que ambas figuras son objeto de distinto tratamiento. La diferencia no debe buscarse únicamente en el aspecto objetivo de la idoneidad o inidoneidad de los medios o del objeto —como lo señala Soler[74]—, ya que, objetivamente

71 Núñez, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 234.

72 Ezaine Chávez, *El iter criminis*, ob. cit., p. 110.

73 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 452.

74 *Vid.* Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, Buenos Aires: Tipográfica Edi-

y vistos en conjunto, en la tentativa los hechos resultan inidóneos *ex post facto*[75] y en el delito imposible la imposibilidad se formula *ex ante*. En el delito imposible el error se encuentra inherente al plan y el autor por ese camino no puede arribar a la consumación delictual.

El delito imposible guarda relación con el *inicio de la fase ejecutiva* y la *imposibilidad absoluta de realizar el delito*. Ello se debe a la inidoneidad del medio o del objeto (error de tipo al revés). En ese sentido, señalaremos dos circunstancias por las que la tentativa es inidónea.

A. Ineficacia absoluta del medio empleado

Analizaremos la imposibilidad que proviene de la inidoneidad del medio empleado. Esta inidoneidad es absoluta cuando los medios empleados, por su propia naturaleza, son radicalmente incapaces de producir el resultado querido por el agente; por ejemplo: pretender envenenar a una persona suministrándole azúcar en lugar de arsénico. Asimismo, estaríamos frente a una imposibilidad relativa cuando los medios, pese a ser eficaces por sí mismos, resultan falibles en la práctica debido a su deficiente utilización o a una circunstancia accidental distinta; por ejemplo: en el caso de un individuo que pretende abrir una caja fuerte, pero hace mal uso de los instrumentos con los que cuenta para tal fin y no consigue su objetivo al final; o cuando una persona dispara una bala con intención de herir a otra, pero no lo apunta; o cuando se pretende envenenar a otra persona con un modo idóneo, pero insuficiente para ocasionar su muerte; etc.[76]

---

tora Argentina, 1976, pp. 225 y 226.

75 Mayer sostiene que, prescindiendo del fin propuesto por el agente, la idoneidad equivale a la consumación con lo que desaparece el concepto de tentativa. Mayer, Max Ernst, *Derecho penal. Parte general*, traducido por Sergio Politoff Lifschitz, Buenos Aires: B de F, 2007, p. 439.

76 Citado por Ezaine Chávez, *El iter criminis*, ob. cit., p. 113.

Al respecto, Núñez precisa:

> El medio comisivo no es idóneo cuando por su propia naturaleza es inadecuado para lograr en el caso concreto la consumación del delito. Por ejemplo, ni el agua ni el azúcar son medios de efecto mortal, salvo respecto de quien por una circunstancia especial es apto para sufrir ese efecto, [padecer de diabetes]. Suele invocarse como un caso aquí comprendido, el uso de un revólver que no dispara o que está descargado, para atentar contra un tercero. Sin embargo, en el ejemplo, no media inidoneidad por la propia naturaleza de ese medio, ya que el revólver, aunque inutilizado o descargado, es un arma capaz de ser utilizada para lesionar e, incluso, matar, y la imposibilidad del medio no depende del modo de usarlo que elija el agente[77].

Entendemos que el Código Penal cuando utiliza la expresión "medio" se refiere tanto a los instrumentos como al comportamiento del agente; por ejemplo: quien pretende causar un aborto a una mujer con la aplicación de inyecciones analgésicas bajo la creencia que son idóneas para el logro de su cometido[78].

La exigencia legal de la ineficacia absoluta o absoluta impropiedad hace descartar los casos en los que el medio o el objeto eran relativamente inidóneos. En estos casos, será recomendable que la conducta se tipifique en el art. 16 del CP. En ese sentido, el medio es relativamente inidóneo cuando, al ser normalmente eficaz, deja de operar por la situación o circunstancia en que fue utilizado; por ejemplo: veneno en dosis reducida, considerada como no letal[79].

---

77 Núñez, *Las disposiciones generales del Código Penal*, ob. cit., p. 234.

78 Cfr. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 451.

79 *Loc. cit.*

Un medio es inidóneo cuando carece de "potencialidad causal", es decir, el poder que en realidad posee tal medio es insuficiente para lograr el fin[80].

Debido a la relatividad del término *inidóneo*, consideramos que la fórmula rigurosa es inadmisible.

En efecto, la rica variedad de combinaciones que puede presentar la realidad hace que toda idoneidad sea relativa. Por ejemplo: un vaso de agua azucarada puede ser fatal para un diabético; un golpe con un periódico doblado puede causar la muerte a quien recientemente fue operado del cerebro. En suma, todo depende de la situación real y del conocimiento que el agente tenía de ella[81].

Por esto, en cada caso en particular debe realizarse un análisis que permita determinar lo absoluto o relativo de la inidoneidad del medio.

B. Absoluta impropiedad del objeto material del delito

Analizaremos la imposibilidad que proviene de la inidoneidad del objeto material del delito. La imposibilidad es absoluta[82] cuando no existe el objeto o este es inidóneo para la perpetración del delito, por ejemplo, disparar sobre un cadáver o practicar maniobras abortivas en una mujer que no está encinta. La imposibilidad es relativa cuando, pese a la existencia del objeto y a que posee las cualidades esenciales

80 Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 311.

81 Cury Urzúa, Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Valparaíso: Edeval, 1969, p. 252.

82 Al decir "objeto" nos referimos al "material", que es la cosa o la persona sobre la que recae la actividad del sujeto activo (la cosa robada, el ultrajado en el desacato, etc.). Sin embargo, pueden coincidir sujeto pasivo y objeto (homicidio), o separarse como en el desacato, en el que el sujeto pasivo es la administración de justicia. Véase De Benedetti, Wesley, "El delito consumado", en *Enciclopedia jurídica. Omeba*, t. IV, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, p. 313.

para la perpetración del delito, no se encuentra este en el lugar en que el agente cree encontrarlo, como en el caso del que introduce la mano en un bolsillo vacío, donde creía que encontraría la billetera ajena, con el objeto de hurtar.

Estos casos de impropiedad del objeto material se presentan cuando a) el objeto sobre el que recae la acción no permite por sus condiciones la consumación, y b) cuando el acto no se consuma debido a que el objeto de la acción está ausente. Ejemplo del primer supuesto es el intento de practicar un aborto a una mujer no embarazada; y del segundo supuesto: el que irrumpe en el dormitorio donde tendría que estar su enemigo y apuñala lo que en realidad es la almohada.

Al respecto, Núñez señala:

> A veces, los autores admiten a la par de esos casos de imposibilidad absoluta, casos de imposibilidad circunstancial, es decir, no de una imposibilidad emergente de la condición natural del objeto para ser ofendido del modo delictivo que quiere el autor, sino de una imposibilidad que podría no haber existido. Vgr.: el caso en que la víctima del atentado está resguardada por [un vidrio antibalas], el de la víctima elegida que no se encuentra en el lugar en el tiempo en que el autor pensaba dar con ella, etc. Estos casos no constituyen delitos imposibles, sino tentativas porque, en realidad, el delito no se consuma por la condición en sí del objeto, sino por un accidente que impide que la acción del autor logre realizar el tipo delictivo en el caso, en tanto que el impedimento absoluto, que no constituye un accidente, sino una calidad del objeto, impide siempre la concreción del pertinente tipo delictivo[83].

Sobre la absoluta impropiedad del objeto, Villavicencio Terreros indica:

> [P]uede presentarse por razones fácticas o jurídicas. Así, [un ejemplo de] impropiedad fáctica absoluta del objeto [sería la] tentativa de aborto en

83 Núñez, *Las disposiciones generales del Código Penal*, ob. cit., p. 235.

> una mujer no embarazada, y de impropiedad jurídica absoluta del objeto [sería una] tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario. La impropiedad del objeto debe ser absoluta, y ello se presenta cuando no existe el objeto, [por] ejemplo: sustracción de una caja de televisor llena de desperdicios en la creencia que contiene el aparato; o cuando por la situación o condición particular del objeto es imposible alcanzar el resultado previsto, por ejemplo: disparar sobre un cadáver[84].

3.2.4. Delito putativo

El delito putativo es imaginado por el sujeto que cree realizar un acto injusto contrario a derecho, en circunstancias en que no existe tal contrariedad, por lo que el sujeto incurre en un error de prohibición al revés: actúa con pleno conocimiento de los elementos objetivos de su acción, sabe claramente lo que materialmente hace, pero su confusión incide en la valoración que hace de ese acto, lo supone ilícito cuando en realidad no lo es. En esencia, el agente tiene un errado concepto de la antijuridicidad de su conducta[85].

Jiménez de Asúa define al delito putativo como el hecho de realizar una acción que el propio autor estima delictiva, pero que en realidad carece de tipo. Como queda dicho, se trata de una fase intermedia entre el pensamiento y la acción externa, pero con falta de referencia a un tipo penal[86].

Concluimos, entonces, que el error de prohibición al revés es un supuesto que concurre cuando el autor cree erróneamente que su conducta está prohibida por una norma que no existe. Dicha suposición errónea puede estar referida a la exigencia de la norma prohibitiva como tal, a la

---

84 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 450.

85 *Vid.* Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 294.

86 Cfr. Jiménez de Asúa, *La ley y el delito. Principios del derecho penal*, ob. cit., p. 468.

mala interpretación de los límites de una norma penal existente, o puede, por último, desconocer el efecto justificante de una proposición permisiva (causa de justificación)[87]. El sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprochable.

En los casos de error de prohibición al revés, el agente aparece como una suerte de *transgresor naif*, que se decide a actuar en violación de una norma *inexistente*[88].

La doctrina nacional con unanimidad señala que el delito putativo es impune. Es evidente que la determinación de lo que constituye o no delito no corresponde a la opinión del sujeto sino a la ley y, por ello, el error del autor nunca puede significar su equivalencia a una prescripción penal[89]. El delito putativo es atípico porque no es un ilícito penal que se encuentra dentro de nuestro riguroso sistema legalista, por lo tanto, no puede ser penado.

Salvo escasos tratadistas como Salvagno Campos —que creen encontrar cierta peligrosidad en los delincuentes putativos—, la opinión casi unánime de la doctrina se pronuncia por la no incriminación del delito putativo, fundándose en el principio *nullum crimen sine lege*, piedra angular del derecho penal liberal, que fija en cada legislación particular de manera taxativa las infracciones. De tal manera que, al no estar previstos como ilícitos los hechos que conforman el delito putativo, este no se castiga[90].

Como sostiene Hurtado Pozo, en los casos de delito putativo:

> No resulta conveniente penar al sujeto, pues la idea equivocada según la cual ciertas conductas son delictuosas (a causa de un error sobre la

87 Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 573.

88 Duloup, Osvaldo, *Teoría del delito*, Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 390.

89 Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 335.

90 Ezaine Chávez, *El iter criminis*, ob. cit., p. 128.

existencia de una disposición legal o sobre los extremos de su aplicación) no revela una voluntad relevante en el ámbito penal. El carácter delictuoso de un acto no puede depender de la opinión personal de los individuos. El hecho de reprimir al agente en estos casos constituiría, en consecuencia, una violación del principio de legalidad[91].

En el delito putativo hay actos externos, no constitutivos de preparación ni de tentativa, que expresan una resolución, y por no corresponder a un tipo son inincriminables. Por lo tanto, esta figura, en el plano penal, no posee ninguna consecuencia jurídica, aunque evidencie potencialidad contraria al orden jurídico abstractamente entendido.

3.2.5. Tentativa irreal o supersticiosa

La tentativa irreal o supersticiosa se presenta cuando el agente utiliza medios extraordinarios o supersticiosos para llegar a un resultado delictivo. En estos casos, para cualquier observador objetivo, ubicado en la situación del autor, la tentativa es inidónea porque no es posible alcanzar la consumación. Esta tentativa no es un simple error sobre la causalidad, sino una causalidad no admitida debido a que no se puede verificar. Ejemplo: quien pretende matar a otro clavando alfileres en un muñeco que representa a la víctima[92].

Dado que nuestro país posee una gran riqueza cultural estos supuestos suelen presentarse con frecuencia. Además, la imposibilidad de verificar la causalidad ha motivado a que la doctrina esté de acuerdo sobre su impunidad. Para fundamentar la impunidad se han elaborado criterios objetivos y subjetivos. La *posición objetiva* señala que el derecho

91 El error fundamental en el que incurre el agente en el caso del delito putativo y su naturaleza han llevado a algunos autores a afirmar que se trata de una situación que solo pertenece al dominio de la culpabilidad y que su estudio junto a la tentativa es debido solo a razones didácticas. Schmidhäuser, citado por Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 840.

92 Cfr. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 453.

penal debe limitarse a prevenir hechos socialmente nocivos, que en el momento de realizarse aparezcan como peligrosos para los bienes jurídicos. La *posición subjetiva* considera que en la tentativa imaginaria a la voluntad le falta todo merecimiento de pena por cuanto la acción tentada pierde toda base de realidad. Un punto medio lo esboza la *teoría de la impresión (objetiva-subjetiva)*, que considera que el empleo de métodos mágicos y otros análogos no puede despertar ningún tipo de impresión en la comunidad. Las tres posiciones coinciden en la impunidad y solo varían en los fundamentos[93].

Los supuestos de esta tentativa no pueden ser subsumibles en el concepto mismo de tentativa, tampoco puede plantearse frente a ellos la posibilidad de establecer una reacción penal. En estos casos, el plan o la representación del autor está fuera de la realidad, pues no tienen ningún anclaje en el tipo objetivo[94].

3.3. Consumación

La consumación es el factor que permite ordenar la estructura del proceso delictivo. Esta etapa junto con la tentativa, a diferencia de la ideación y a los actos preparatorios, son relevantes penalmente, por ende, pasibles de sanción. Existen casos donde la consumación se adelanta a instantes anteriores como el caso de los delitos de peligro. Al respecto, Jiménez de Asúa señala que, cuando el delito objetivamente se perfecciona y el delincuente realiza la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, el ilícito penal se encuentra consumado[95].

En una definición general del delito perfecto[96], este solo existiría cuando el hecho corresponda a todos los elementos constitutivos del

93 Cfr. *Ibid.*, p. 454.

94 Gracia Martín, *Estudios de derecho penal*, ob. cit., p. 103.

95 Cfr. Jiménez de Asúa, *La ley y el delito. Principios del derecho penal*, ob. cit., p. 492.

96 En ese caso, denominamos delito perfecto al delito consumado.

tipo; por ejemplo: en el delito de hurto (art. 185 del CP)[97] el momento de la consumación es el apoderamiento del bien mueble. Es importante el momento consumativo en su acepción formal, pues en algunos casos el legislador decide considerar consumado un delito incluso en etapa de tentativa o de preparación.

La determinación del momento consumativo del delito da solución a muchos aspectos jurídico-penales como es el caso del lugar y tiempo de la comisión delictiva, el cómputo de la prescripción de la pena, entre otros.

La consumación del delito es un concepto formal, equivale a la realización precisa de un tipo penal e implica lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Ello significa que el agente debe alcanzar el objetivo planeado mediante los medios que utiliza. Frías Caballero señala que "hay delito consumado cuando determinada conducta surgida en la realidad externa ha realizado totalmente el tipo en todos sus elementos"[98]. Por ejemplo, la muerte de la víctima en el homicidio (art. 106 del CP)[99], no así los fines ulteriores que pudo tener en mente el agente.

Debemos entender que la noción de delito consumado es totalmente ajena al logro o fracaso del fin perseguido por el autor. El logro

97 Art. 185 del CP.- Hurto simple
El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.

98 Ezaine Chávez, *El iter criminis*, ob. cit., p. 108.

99 Art. 106 del CP.- Homicidio simple
El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

del fin perseguido existirá o no —como apunta De Benedetti[100]— en cada caso concreto; no obstante, ello no impedirá que el delito se haya consumado o tentado, según la tipificación del ilícito penal respecto a todos sus elementos[101].

La definición genérica de la consumación se reduce a una mera tautología. No podemos averiguar cuándo un delito está consumado sin acudir al tipo, que tanta importancia presenta en todo el dominio de la dogmática penal. En la definición de cada una de las infracciones penales se describe el momento de la consumación.

Es preciso señalar que doctrinalmente existen dos tipos de consumación: la *formal*, en la que se realizan todos los elementos típicos, y *la material*, en la que el agente logra satisfacer sus fines específicos, como es el caso del agotamiento.

3.3.1. Agotamiento del delito

Para que una conducta sea sancionada basta la consumación y no el agotamiento del delito. Al agotamiento también se le denomina terminación del delito, por ser una etapa posterior a la consumación propiamente dicha (o consumación formal). Por ende, es el último momento en el *iter criminis*.

No siempre el *iter criminis* concluye en la consumación, pues muchas veces el agente continúa desenvolviéndose hasta conseguir el fin último

100 De Benedetti, "El delito consumado", art. cit., p. 261.

101 "Las leyes penales están calculadas para el caso en que el hecho cometido reúna los caracteres que según la ley pertenecen a los elementos constitutivos de aquella determinada especie de delitos, y por consiguiente, para el caso en que exista completamente un hecho que responda al concepto que de aquel delito tenga la ley, cuando esto ocurre estamos frente a un delito consumado o completo". Véase Merkel, Adolf, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., traducción del alemán por Pedro Dorado Montero, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2013, p. 118.

que se propuso. Así, tanto el ladrón que vende las cosas que indebidamente se había apropiado como el calumniador que injustamente obtiene la condena de la víctima han agotado en cada caso el delito. En la consumación hay únicamente violación de la norma jurídica, mientras que en el agotamiento se logra el propósito ulterior que como último resultado perseguía el agente[102].

Respecto a esta fase, García Cavero señala lo siguiente:

> [E]l autor realiza plenamente el injusto del delito que sirve a la conformación del tipo penal. Este agotamiento puede presentarse, por un lado, como un acto que, estando fuera del tipo penal, forman una unidad de acción con la conducta típica. Por otra parte, puede que el agotamiento constituya una acción posterior tendente a la satisfacción de la finalidad procurada por el autor del delito. A pesar de que esta fase del delito no constituye una etapa penalmente relevante del delito, resulta importante tener en consideración su estructura a efectos de ordenar diversos aspectos de la imputación penal[103]. En este último caso, a pesar de que la conducta está fuera del tipo penal, se mantiene la unidad de acción; por ejemplo: el hijo que obtiene la herencia luego de matar a su padre (parricidio, art. 107 del CP), o el caso del empleado de una Caja Municipal que sustrae unas joyas de la institución donde labora (artículo 185 del Código Penal), la consumación material se verifica cuando entrega las joyas a su novia, en medio de serenata, por su cumpleaños. En este último caso, el elemento del tipo de apropiación contraria a ley que se configura en la frase "para obtener provecho", que estaba en la motivación del autor, se materializa con las conductas posteriores al apoderamiento; es decir, agota el delito[104].
>
> El agotamiento del delito puede presentarse también como una acción distinta al hecho delictivo, orientada a materializar el propósito del autor. Si bien en estos casos no hay una unidad de acción con el tipo

102 *Vid.* Ezaine Chávez, *El iter criminis*, ob. cit., p. 107.

103 García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 758.

104 *Idem*, *Derecho penal económico. Parte general*, Lima: Ara, 2003, p. 739.

penal, no hay que perder de vista su vinculación con el hecho previo para determinar aspectos como las circunstancias agravantes o las reglas del concurso de delitos. En esta línea, por ejemplo, el agotamiento del delito constituye una consecuencia lógica de la realización del delito que lleva incluso a que algunos tipos penales como la receptación no alcancen al autor del delito, en la medida que se entiende que el acto posterior al agotamiento está penado ya con la pena prevista por el delito previo. Por el contrario, en el caso del delito de lavado de activos, la discusión es más encendida, siendo la opinión dominante la aceptación de la posibilidad de que también respondan por este delito los que intervinieron en el delito anterior (el llamado autolavado)[105].

4. DELITO CULPOSO E *ITER CRIMINIS*

Debido a la naturaleza del delito culposo no es posible la tentativa, pues esta exige que el sujeto comience a ejecutar una actividad en donde su voluntad (dolo) la dirige hacia un objetivo injusto que no se llega a alcanzar porque no se logra terminar esa actividad o no se produce el resultado esperado. Por tanto, para hablar de tentativa es necesario que haya dolo y una acción susceptible de fraccionarse en su concreción[106].

El delito culposo no admite dolo, en consecuencia, es inconcebible que pueda darse una predeterminación del sujeto hacia el resultado injusto, que permita calificar una actividad por él realizada como acto preparatorio o de comienzo de ejecución, circunstancia que es fundamental en la tentativa. La "culpa" consiste en la falta del cuidado, exigida por el ordenamiento jurídico, que una persona tiene cuando realiza una actividad creadora de riesgos (peligrosa); de manera que en el delito culposo no hay alternativa: si la persona empleó el cuidado exigido en

105 García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 759.

106 *Vid.* Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 288.

la actividad que llevó a cabo, no hay acto típico; si no se cumplió con el referido cuidado, hay culpa y delito culposo consumado[107].

Como ya lo señalamos, no procede la aplicación de los principios inherentes al delito doloso de acción sobre el delito culposo, pues sus estructuras son distintas. Ello significa que no se puede recurrir a la analogía, es decir, la analogía *in malam partem*[108], porque llevaría a crear injustos penales no previstos en la ley, lo que contravendría la prohibición que consagra el art. III del título preliminar del CP[109].

107 *Loc. cit.*

108 Es la analogía que se encuentra prohibida por el derecho penal al estar en contra del reo. Por tanto, si el hecho que comete una persona no se corresponde estrictamente en la tipicidad de ningún delito, resulta atípico, es decir, no tiene consideración de delito y no se puede recurrir a un tipo legal similar para imponer la pena prevista para ese delito por muy similar que sea. La analogía *in malam partem* significa que las lagunas legales no pueden ser cubiertas a través de leyes que regulan casos similares o de igual significación jurídica, ya sea como presupuesto para castigar el delito o agravar. Así pues, el juez penal tiene prohibido aplicar la analogía.

109 Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 289.

LECCIÓN 11
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El art. 23 del CP señala: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción". El autor de un delito viene definido en su correspondiente tipo penal de la parte especial. Asimismo, en los arts. 24 (instigación o inducción) y 25 (complicidad) del mismo cuerpo legal existe una ampliación de la punibilidad para aquellos sujetos que, sin ser autores en sentido estricto, participan en el hecho principal con actos ejecutivos.

Llamamos autor de una obra al que es dueño de esta, es decir, a quien la ha creado con sus propias manos o al menos como fruto de su inteligencia. MIR PUIG entiende que el autor desarrolla en el delito una actividad principal, hasta el punto de que puede decirse que es el protagonista del delito o que el delito le pertenece compartida o exclusivamente a él[1].

Autor de un delito es, según lo mencionado, la persona a quien le pertenece el delito. Esto tiene que ver con la "suyedad" o "referibilidad" de una acción, como si se tratase de un objeto cuya propiedad —en parte real y en parte normativa— se le imputa o adscribe al autor. ROXIN

1 MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2011, p. 403.

enfatiza en que, frente a la pluralidad de intervinientes, el autor es "la figura central del acontecer (delictivo) en forma de acción"[2], y esta idea es directriz tanto para la comprensión del concepto prejurídico como del legal. El autor tiene el dominio del hecho porque él es el que pone la condición adecuada y directa del resultado típico, de modo que de él depende también no ponerla y hasta cierto punto retirarla una vez puesta (problema este último de desistimiento voluntario: art. 18 del CP), así como dirigir con su acción el curso causal del suceso (finalidad rectora).

El partícipe es quien no condiciona directamente el hecho, sino la autoría del hecho por otra persona, a quien propicia o facilita las condiciones para que ponga la causa adecuada directa del hecho delictivo, del ataque al bien jurídico. El partícipe dispone únicamente del dominio sobre su ayuda al autor, hasta que este la use. El aporte del instigador o cómplice queda en las manos de otro y de este último depende si lo usa o no, si lo hace valer o no para alcanzar el resultado. Generalmente, esto aparejará que el autor quiera el hecho como propio y, sobre todo, que el cómplice lo quiera como ajeno o lo quiera sabiéndolo ajeno[3].

La participación es siempre accesoria al hecho antijurídico del autor, a la conducta de sujetos activos, por tanto, no está abarcada directa e inmediatamente en la descripción legal de cada figura delictiva. Los partícipes no realizan por sí mismos y en su integridad el hecho punible —de forma directa y personal, usando a otro u otros como instrumentos no responsables o en conjunto con otros—, sino que colaboran en su realización o auxilian al autor o autores con contribuciones de mayor o menor importancia[4].

---

2 Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 42 y 43.

3 *Vid.* Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, t. II, Bogotá: Ibáñez, 2012, p. 831.

4 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., p. 786.

La figura de la participación punible no comprende la conducta de personas que necesariamente han de tomar parte en la acción para que esta pueda existir, como es el caso de la víctima de la estafa (si esta no entrega el bien, el engaño no ha surtido el efecto previsto en el tipo y, por tanto, no se configura el delito). Estos casos de intervención imprescindible de ciertos sujetos que no son los que cometen el delito (autor) ni los partícipes de este (instigador o cómplice) no son punibles ni objetiva ni subjetivamente, porque sus actos no son los que crean el riesgo antijurídico y ellos son sujetos pasivos y no activos de la acción típica. Son varios los tipos que suponen alguna forma de intervención de la víctima o sujeto pasivo del delito[5].

2. DISTINCIÓN ENTRE AUTORES Y PARTÍCIPES

El tema dogmático de las relaciones entre autoría y participación es hoy por hoy uno de los más discutidos y problemáticos de la doctrina internacional. Aunque la separación entre autoría y participación es técnica y depende en gran medida de la ley, desde el punto de vista de las valoraciones sociales salta a la vista que recae una mayor desvaloración social sobre la conducta de los autores que sobre la de los partícipes. En la comisión del delito el autor hace más que el partícipe, y, desde este punto de vista objetivo, el que aporta menos merece también menos pena. En su aspecto subjetivo, ambas configuraciones son iguales, porque tanto el autor como el partícipe deben actuar con dolo[6].

El sistema unitario de la autoría considera autor a todo sujeto que haya contribuido a la realización del hecho criminal. Sin embargo, Fernández Carrasquilla señala que la asimilación, en cuanto a la pena, que se hace entre los autores y algunos partícipes no elimina las diferencias sustanciales. Es, por tanto, violatorio de la ley sustantiva imputar penalmente a una persona sin precisar si es autor o instiga-

5 *Loc. cit.*

6 *Ibid.*, p. 789.

dor, por ejemplo, so pretexto de que la diferenciación es innecesaria porque ambos están sometidos a la conminación del mismo marco penal. Aunque la ley los conmina con el mismo marco normativo, autores e instigadores han hecho algo distinto y en un derecho penal de acto y culpabilidad siempre es necesario precisar la imputación[7].

Para las doctrinas diferenciadoras, que son las dominantes, dentro de las varias personas que concurren a la realización del delito hay diferencias conceptuales y valorativas entre autores y partícipes, según el plano en el que se produzcan los distintos aportes —igualdad y desigualdad— y la importancia que se les conceda[8].

De los conceptos de autor que en la literatura jurídico-penal se han manejado (unitario, extensivo y restrictivo), únicamente el extensivo y, de modo más directo, el restrictivo conducen a trazar la distinción autor-partícipe.

2.1. Concepto unitario de autor

Históricamente el primer concepto de autor parece ser el unitario, según el cual todo participante en el delito tiene calidad de autor y el juez podrá solamente, en sede de punibilidad, graduar la pena según la importancia del aporte de cada cual y su culpabilidad individual. Según esta postura, dogmática y valorativamente no hay diferencias entre los distintos intervinientes o concurrentes en la producción del delito[9]. Se es interviniente y por tanto autor de un delito con cualquier actividad que represente una condición sin la cual no se hubiera producido causalmente el resultado típico o no se hubiera realizado el tipo.

---

7 *Loc. cit.*

8 *Ibid.*, p. 797.

9 *Vid.* Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en el derecho penal*, Barcelona: PPU, 1991, pp. 47 y 65.

Un concepto así, por un lado, corresponde a una aplicación objetiva irrestricta de la *teoría de la equivalencia de las condiciones* —en donde todas las condiciones de un resultado son consideradas equivalentes— y, por otro, necesita, como complemento, de las más extremas posiciones subjetivistas (equiparación penal de todos los aportes en virtud de la igualdad o equivalencia de las fuerzas criminales y del merecimiento subjetivo de la pena). Pero este concepto es claramente contradictorio, porque, si la puesta de cualquier condición causal convierte al sujeto en autor y todas las contribuciones o condiciones son equivalentes, no queda claro bajo qué criterio el juez valoraría la mayor o menor importancia del aporte de cada cual[10].

En este sentido amplio —que no es el de la ley— es autor todo el que dolosamente pone una *conditio sine qua non* del resultado típico. Las valoraciones acerca de la mayor o menor importancia del aporte de cada interviniente son una cuestión que atañe solamente a la medición de la pena dentro del mismo marco penal. Para ello pueden servir como criterios de orientación las diferencias entre autores y partícipes, que en el fondo se corresponden con el carácter principal (autoría) o secundario (participación) de los aportes y, por tanto, remiten a una valoración de la importancia de estos[11].

2.2. Concepto extensivo de autor

El concepto extensivo de autor es propio de las primeras teorías causalistas. Fue propuesto por Von Buri y significa que los tipos de la parte especial abarcan toda forma de intervención y que la función de la cláusula general de participación es reducir la pena a los menores partícipes[12].

---

10 *Vid.* Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., p. 793.

11 *Ibid.*

12 Cfr. Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la im-*

La autoría corresponde a una interpretación extensiva de los tipos de la parte especial[13]. Si bien los partidarios de un concepto extensivo de autor siguen también la "teoría de la equivalencia de las condiciones" (mantienen, por tanto, en principio, que todo interviniente es autor), la realidad legal de algunos ordenamientos que no tratan por igual todas las contribuciones al hecho delictivo los obliga a acometer una distinción de referencia; distinción que, naturalmente y por definición, no les es posible basar en criterios objetivo-causales, habida cuenta de que para quienes parten de la doctrina de la *conditio sine qua non* todas las condiciones son causa del resultado, es decir, cualquiera de ellas es causa objetiva del hecho.

Dado que el concepto extensivo —al menos el más antiguo— se apoya en la equivalencia de todos los aportes objetivos, la diferenciación entre autoría y participación solo puede entonces fijarse en factores subjetivos o psicológicos, esto es, a adoptar lo que se conoce doctrinariamente con el nombre de "teoría subjetiva de la participación". Entonces, es autor quien actúa con ánimo de autor (*animus auctoris*), queriendo el hecho para sí y teniéndolo como propio; en cambio, partícipe es el que sabe y quiere el hecho para otro (*animus socii*), teniéndolo como ajeno. Con todo, cometer el hecho "por sí" no coincide siempre con cometerlo "para sí", y por esto la diferenciación subjetivista es inconsistente.

Determinar cuándo se actúa de una u otra manera es algo que intenta buscarse por diversos caminos, como los que se siguen desde la "teoría del dolo" (autor es quien tiene voluntad autónoma, y partícipe quien la tiene subordinada y dependiente a la del autor) o desde la "teoría del interés" (se es autor o partícipe según se obre en interés propio o en interés ajeno)[14].

---

putación, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 721.

13 Díaz y García Conlledo, *La autoría en el derecho penal*, ob. cit., p. 253.

14 *Vid.* Lorenzo Salgado, José M., "La participación criminal: autoría, complicidad.

Esta posición es criticable, entre otros argumentos, porque la determinación del título de imputación dependerá de la voluntad con la que actúe el agente, con lo cual se deja a su mero arbitrio la calificación del grado de su propia responsabilidad. Se genera un escenario de inseguridad jurídica proclive a la toma de decisiones injustas. Por ejemplo, quien mató a una persona a solicitud de otra alegará haber actuado sin interés alguno en la muerte de la víctima, por lo que, según esta posición, solo se le podría atribuir ser partícipe en el hecho[15].

Esta tesis no toma en consideración, primero, que, lejos de ser una causa atenuante, la participación es una figura normativa sin la cual el auxilio no sería típico ni punible; segundo, que, "si se afirma el carácter ejecutivo de todos los actos de concurso, se precisaría igualmente tener la coherencia de admitir que deberían ser incriminados a título de tentativa por el solo hecho de la ayuda, de la instigación o del acuerdo"[16].

Resumiendo, si todas las contribuciones al hecho antijurídico se tratan como condición *sine qua non* del resultado típico y asimilan en ese su valor causal, dado que no es posible su separación por criterios objetivos, se apelará a calificar subjetivamente como autor al que obra con ánimo de autor (toma la obra como propia y la desarrolla en propio interés, con *animus auctoris*) y como partícipe al que, tomando el hecho como ajeno y condicionando su voluntad a la voluntad del autor (que es quien decide sobre la consumación), se limita a cooperar en un hecho ajeno con *animus socci*[17].

La autoría mediata. La actuación en lugar de otro", en *Jueces 3.ª turno. Derecho penal y procesal penal*, Madrid: Adams, 2003, pp. 137 y 138.

15 Alcócer Povis, Eduardo, *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Jurista Editores, 2018, p. 208.

16 Latagliata, Angelo, *El concurso de personas en el delito*, Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 32.

17 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., p. 799.

El concepto extensivo de autor puede fundarse también en el criterio político-criminal de que el delito es la obra común de todos los que toman parte en su comisión.

La autoría trata de las acciones que son propias del sujeto principal en la obra del delito; la participación, en cambio, se refiere a la colaboración en hechos ajenos y debe entonces precisarse a qué hechos ajenos se puede colaborar, es decir, si estos requieren o no algunas calidades especiales para que den lugar a aportes secundarios y punibles de otras personas.

2.3. Concepto restrictivo de autor

El concepto restrictivo de autor —cuyo origen suele remontarse a Zimmerl— parte del principio de que no todo el que interviene en un hecho es autor, sino únicamente aquel del que puede afirmarse que realiza o comete el correspondiente tipo de la parte especial, esto es, la conducta concretamente prohibida por el delito del que se trate. Esto significa que los tipos de la parte especial son solo tipos de autoría y que la norma general de participación extiende la pena a los que no son autores[18]. Sería autor el que realiza la acción descrita en el tipo, y a esta descripción no se adecua la acción de los partícipes. Por esto, pues, las normas sobre participación de la parte general cumplen la función de ampliación de los tipos —para que abarquen también a los intervinientes que no son autores— y de extensión de la pena[19], para impedir que queden impunes aquellos que, habiendo contribuido al hecho, no son, sin embargo, autores. Ello porque para que pueda castigarse, pongamos por caso, al que, sin matar ni hurtar por sí mismo, ayuda al que mata o hurta, son necesarias normas que así lo permitan: las normas sobre participación.

---

18 *Vid.* Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 721.

19 Díaz y García Conlledo, *La autoría en el derecho penal*, ob. cit., p. 407 y ss.

Para esta teoría no es lo mismo causar el resultado que realizar el tipo y, por consiguiente, no todo el que causa es autor, aunque siempre hay que considerar la importancia o peso del aporte causal y espiritual si se trata de valorar el actuar de varios cooperadores, y desde luego en materia de delitos de resultado siempre se trata de causar o de contribuir a la causación de un resultado típico. Debemos precisar que, si bien es esta una opinión muy generalizada, se usan criterios variables para determinar el concepto de autor en sentido estricto y distinguirlo del de participación[20].

Según esta postura, es autor quien realiza por sí mismo o de propia mano y libremente la acción típica, en forma directa y personal, pero también lo es el autor mediato (que realiza el hecho punible usando a otro como instrumento) y el coautor (que realiza el hecho junto con otros, en reparto de cuotas importantes del trabajo ejecutivo). En todo caso, para ser autor de un delito especial es necesario poseer las calidades personales requeridas por el tipo objetivo; y, si otra persona obra en lugar o en nombre del sujeto calificado —generalmente conocido como *intraneus*—, basta con que las posea el representado, porque en este caso la ley las atiende en el representante como si fuera el representado mismo el que actúa[21]. Si la ley requiere determinadas calidades especiales de autor (delitos especiales) o exige determinados elementos subjetivo o anímicos, solo podría realizar la acción típica quien posea la calificación *(intraneus)* o actúe con esos elementos subjetivos especiales.

La diferenciación entre autor y partícipe, conforme a esta teoría, puede ya efectuarse sobre bases objetivas, en la medida en que cometer la acción típica es algo distinto de favorecerla. Y por esto mismo el concepto restrictivo de autor remite a una "teoría objetiva de la participación". En

20 *Vid.* Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., pp. 800 y 801.

21 *Ibid.*, p. 801.

síntesis, según esta teoría, la diferencia entre autor y partícipe radicaría en la clase de contribución al hecho.

Sin embargo, la unanimidad en torno al concepto restrictivo de autor comienza a quebrarse a la hora de elegir el criterio más adecuado para distinguir al autor del partícipe desde el plano objetivo propio de esta tesis, pues para determinar el concepto restrictivo de autor se han propuesto diversos criterios: la *teoría formalobjetiva* (es autor solo el que realiza total o parcialmente la acción descrita o al menos una de las acciones descritas en el tipo de la parte especial) y varias teorías materiales que se disputan el mérito de la mejor fundamentación y delimitación de tal concepto, dentro de las cuales en el panorama actual destaca con mucho la del dominio del hecho (el problema es decidir exactamente lo que estas expresiones significan, precisar sus límites y definir su conveniencia político-criminal)[22]. Son modalidades del concepto restrictivo o estricto de autor, o criterios para determinarlo las siguientes[23]: la teoría formal-objetiva, la teoría material-objetiva y la teoría del dominio del hecho.

2.3.1. Teoría formal-objetiva

Según la teoría formal-objetiva, cuyo principal defensor fue Beling, es autor quien realiza total o parcialmente acciones típicas, y partícipe quien colabora en la realización del hecho con otra clase de acciones que sirven como apoyos o colaboraciones (v. gr., sería acto de participación sostener a la víctima, en el homicidio, mientras el autor la acuchilla, o, en la violación, mientras el otro la accede). Para la teoría formal-objetiva, la autoría requiere de la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos previstos en el tipo.

Hay quienes piensan que no cualquier acción típica o, en su caso, cualquier acción ejecutiva convierte a quien la realiza en autor, sino

22 *Ibid.*, p. 802.

23 *Loc. cit.*

que es necesario que se realice en todo o en parte la acción nuclear del tipo, es decir la mentada por el verbo rector, que contiene el núcleo de la prohibición[24].

El autor que según la teoría formal-objetiva ha realizado la acción típica es, en general, autor para cualquier otra teoría. El tipo, su redacción y sus fines tienen que ser tomados de todas maneras en consideración, porque no se puede eludir que el concepto de autor —tanto en los delitos comunes como en los especiales y en los de comisión por omisión— es un momento conceptual del tipo legal y que la interpretación del sentido máximo del tipo es también un límite irrebasable impuesto por el principio de legalidad[25].

La teoría formal-objetiva, limitada al marco de sentido de la acción mentada por el verbo rector o por la mención de las acciones incluidas en la descripción típica, no resuelve totalmente el problema porque, ante la vigencia del principio de legalidad, dentro del tipo tiene que estar tanto la acción del autor inmediato como la del mediato y la del coautor, solo que en este caso su enunciado está mediatizado, según algunos, por el dispositivo amplificador de la coautoría y también por el de la tentativa, que puede llevar a considerar "ejecutivos" actos que no son directamente adecuados al modelo de acción del verbo rector, pero sí están inmediatamente ligados a este por el plan de ejecución y el sentido natural de la acción con que se lo está llevando a la práctica[26].

Se le objeta a esta teoría que se muestra incapaz de explicar la "autoría mediata", hipótesis en la que el denominado "hombre de atrás", que debe ser considerado el verdadero autor, no realiza, sin embargo, ningún acto de ejecución, sino que los practica por él quien actúa como

---

24 *Vid.* Díaz y García Conlledo, *La autoría en el derecho penal*, ob. cit., p. 485 y ss.

25 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., pp. 803 y 804.

26 *Ibid.*, pp. 804 y 805.

instrumento de su voluntad. Se señala en su contra también que muchos tipos se limitan a declarar el resultado (por ejemplo, el resultado muerte en el delito de homicidio), pero no los medios a través de los cuales puede lograrse, con lo cual cualquier contribución podría entenderse como acto ejecutivo previsto[27]. Tampoco quedarían claros los casos de coautoría, en los que, según el plan criminal, solo uno o algunos de los sujetos realizarán el medio típico.

2.3.2. Teoría material-objetiva

La teoría material-objetiva mantiene que lo decisivo es la importancia objetiva de la aportación al hecho (el valor sustancial de la contribución). Es esta importancia la que permitirá imputar el hecho al sujeto. Entonces, según esta tesis, será autor el que lleve a cabo la contribución más importante, y partícipe quien colaborase con actos de menor significación[28]. El autor realiza directamente la conducta típica o acciones causalmente imprescindibles para la realización del tipo, entanto que las del partícipe son menos importantes y eficaces, o menos peligrosas o decisivas, de tal manera que uno y otro se diferencian por la importancia y peligrosidad de su aporte causal[29]. El autor es causa y el partícipe mera condición del resultado típico. Roxin[30] sostiene que el autor es la "figura central" del acontecimiento criminal, de donde se desprende que los partícipes son en él "figuras secundarias" que de alguna manera están sometidas al autor, trabajan a su sombra y son "inferiores" en su papel frente a la comisión.

---

27 Lorenzo Salgado, "La participación criminal: autoría, complicidad. La autoría mediata. La actuación en lugar de otro", art. cit., p. 139.

28 *Loc cit.*

29 Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid: Universidad de Madrid, 1966, pp. 115-118.

30 Roxin, Claus, citado por Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., p. 807.

Al fondo de esta doctrina, cuando se atiene a la teoría de la equivalencia de las condiciones, subyace la idea de la equiparación, no meramente punitiva sino sustancial, entre quien realiza de propia mano el tipo (autor) y quien presta para su realización una contribución sin la cual no hubiera podido cometerse.

Se trata de una fórmula vaga que además desconoce el aspecto subjetivo del hecho. Por ejemplo, quien entrega el arma a otro para que mate, podrá ser considerado autor (pues sin el arma el sujeto no hubiera asesinado a la víctima) o cómplice (con la entrega del arma, solo se ayudó a cometer el hecho criminal). Esta tesis no logra brindar seguridad jurídica[31].

El principal reproche que ha merecido esta concepción es el de las dificultades que entraña el determinar la mayor o menor importancia de las diversas aportaciones, labor que situaría al intérprete en un terreno sumamente movedizo y, por tanto, inseguro, que, por lo demás, nos llevaría de nuevo a conceder trascendencia absoluta a la causalidad[32]. Lo que se puede concluir es que la causalidad no resuelve por sí sola el problema de la separación conceptual y legal de autores y partícipes, pero constituye un criterio que nunca puede eliminarse totalmente, incluso en nuestros días.

2.3.3. La teoría del dominio del hecho

Esta postura, introducida por los finalistas, basa la separación entre autores y cómplices en el "dominio final del hecho", que lo tienen los primeros, pero no los segundos. El dominio del hecho consiste, según MAURACH, en el poder empírico o causal-final para impulsar, dirigir, controlar e interrumpir el acontecimiento criminal en cuanto causalidad

31 ALCÓCER POVIS, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 209.

32 LORENZO SALGADO, "La participación criminal: autoría, complicidad. La autoría mediata. La actuación en lugar de otro", art. cit., p. 139.

dirigida[33]. Este poder se funda en el dolo como voluntad final de realización conductora del proceso externo y, por tanto, en el conocimiento que tiene el hombre de las leyes causales y en su capacidad de proponerse fines y escoger medios para alcanzarlos en la realidad, ya sea encausando, dirigiendo o sobredeterminando el proceso causal externo. Los cómplices solo tienen el dominio final de su propia colaboración, pero no son los señores del suceso. Este dominio final del suceso típico es propio de la voluntad conductora que caracteriza al dolo en los delitos comisivos y puede ser unipersonal o compartirse entre varias personas[34]. Es una teoría de marcado carácter objetivo-subjetivo.

En tal sentido, resulta decisivo tener en cuenta la conciencia con la que actúa el agente: es autor, en definitiva, aquel que, conociendo la situación, tiene el control del acontecer típico, esto es, el que, con conciencia de ello, puede detener o hacer que continúe la realización delictiva. De esta manera, es autor quien ejecuta con su "propia mano" los elementos del tipo, también lo es quien utiliza a otro como intermediario (dominio de la voluntad) y quien toma la decisión criminal de modo conjunto y realiza un aporte relevante para su realización (dominio funcional del hecho).

Después del finalismo, ROXIN ha realizado un enorme y significativo esfuerzo dogmático para definir todas las formas de autoría por el "dominio del hecho" —en diversas manifestaciones—. Su doctrina ha obtenido desarrollos de extraordinaria difusión e influencia práctica en el tema de la autoría mediata y la coautoría. Por su parte, SCHÜNEMANN ha terciado con la tesis del "dominio del fundamento": es autor quien

33 MAURACH, citado por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., p. 808.

34 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., p. 808.

domina o controla el "fundamento" de producción del resultado típico, es decir, su fuente de aparición, trátese de delitos comisivos u omisivos[35].

Esta tesis no está libre de crítica, pues se afirma que el "dominio" es un concepto "vago" que no resulta suficiente para crear seguridad jurídica. Por demás, se dice que, si la determinación de la autoría depende del poder de interrupción de la ejecución del plan criminal, esta capacidad también la tiene el partícipe e incluso los terceros[36].

Se señala también que esta teoría no explica satisfactoriamente los delitos imprudentes (en los que, por definición, el sujeto no controla conscientemente el curso causal: no está presente en ellos finalidad alguna respecto del resultado) o se indica, igualmente en tono de censura, que la posibilidad de interrumpir el acontecer típico (que constituye una de las notas con las que esta tesis caracteriza a la autoría) no es ajena a sujetos distintos del autor, incluidos, naturalmente, terceros, que pueden tener en sus manos la frustración del hecho punible[37].

Estas y otras críticas han llevado a algunos autores a tratar de complementar la idea de la que parte esta teoría. En este sentido, por ejemplo, Díaz y García Conlledo, siguiendo a Luzón Peña, señala que la autoría requiere que el sujeto realice la acción típica nuclear determinando objetiva y positivamente el hecho. De esta suerte —subraya este autor— se abarcan sin dificultad los delitos imprudentes (al exigirse que la determinación del hecho sea objetiva, sin necesidad de tener que hallar en este ámbito de diferenciación autor-partícipe una meta finalística en el sujeto) y se evitan, al propio tiempo, indeseables extensiones del concepto de autor (al reclamarse que la determinación del hecho sea positiva y que, por consiguiente, para calificar de autor al sujeto no

35 *Ibid.*, p. 809.

36 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 210.

37 Lorenzo Salgado, "La participación criminal: autoría, complicidad. La autoría mediata. La actuación en lugar de otro", art. cit., p. 140.

baste que este simplemente pueda impedir la producción del hecho: es necesario, en definitiva, que lo configure positivamente decidiendo el sí y el cómo del hecho)[38].

Rodríguez Hurtado nos brinda una definición de dominio del hecho:

> Por dominio del hecho debe entenderse la voluntad y poder de disposición sobre el curso del suceso típico. Este requisito, a pesar de basarse en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple voluntad del dominio del hecho, sino el voluntario moldeado del hecho. De acuerdo con esta teoría se puede calificar como autor a la persona que sabe el qué, cómo y cuándo se va a realizar el delito; contribuye objetivamente al hecho (dominio funcional del hecho); y, en el caso que intervengan varias personas, es quien haya acordado previamente la realización del hecho delictivo (plan delictivo)[39].

Las formas del dominio del hecho, entonces, serían las siguientes:

a) *Dominio de la acción.* El autor realiza la acción típica de propia mano, por lo que pasa al centro del acontecer a través de su acción (autoría directa).

b) *Dominio de la voluntad.* Se puede dominar los acontecimientos sin tener que estar presente en la realización del tipo si se domina al agente (autoría mediata), que sería solo un instrumento.

c) *Dominio funcional del hecho.* Se puede dominar la realización del tipo dividiéndose el trabajo con otros y poseyendo, durante la ejecución, una función esencial para la realización del hecho (coautoría). Existe un codominio del hecho.

---

38 *Loc. cit.*

39 Rodríguez Hurtado, Mario; Ángel Ugaz Zegarra; Lorena Gamero Calero y Horts Schömbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, Lima: Nova Print, 2012, p. 129.

El dominio final del hecho es precisamente el criterio con el que trabaja el finalismo para discernir las categorías de autoría y participación, criterio del que después se ha apropiado ROXIN, quien lo ha desarrollado con amplitud.

Dominio del acto es el tener las riendas del acontecimiento típico: la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente la configuración del tipo. Dominio del hecho lo "tiene todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, con su comportamiento, la realización del tipo"[40]. Se puede prescindir del simple cómplice, de su contribución, sin que desaparezca necesariamente el resultado, aunque desde luego algo cambia en el giro de los hechos con su retiro o renuncia.

Lo que el finalismo —y el teleologismo normativo de ROXIN— no logra explicar es por qué el autor tiene, y el partícipe no, tal señorío sobre el curso de los hechos, y no lo consigue por su temor a todo lo que represente una explicación causal.

A la doctrina del dominio del hecho se la conoce con el nombre de "nueva teoría material objetiva" o "teoría final objetiva", porque define la autoría por su contenido sustancial y no por su forma típica, lo que no significa que pueda prescindirse de la última.

El concepto roxiniano de dominio del hecho no responde a un contenido general y preciso, sino que se presenta en varias manifestaciones o concreciones. El mismo ROXIN lo propone como "concepto abierto"[41]. Desde luego, esto lo torna valorativamente inseguro y jurídicamente acomodaticio en buena medida, aunque "dominio" quiere

---

40 MAURACH, Reinhart; Karl Heinz Gössel y Heinz ZIPF, *Derecho penal. Parte general. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, t. II, trad. a la 7.ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea, 1955.

41 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 143 y ss.

decir señorío, control y pertenencia, y la expresión "del hecho" remite al acontecer fáctico. En cualquier caso, "abrir" los conceptos del tipo o la imputación es burlar flagrantemente el principio de estricta legalidad penal y propiciar la analogía *in malam partem*, porque todo elemento incierto o indeterminado del tipo solo puede usarse por libre creación o valoración del intérprete. Si la ley define al autor, no puede el operador jurídico suplir esta definición con un criterio valorativo "abierto" (que nada impedirá cerrar con valoraciones político-criminales que no son las de la ley)[42].

De otro lado, para un sector de la doctrina, la tesis del dominio del hecho no podría explicar la autoría en los delitos de infracción de deber. Para el propio Roxin, en el caso de los delitos de infracción de deber, el fundamento de la responsabilidad penal no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta solo al titular de un determinado *status* o rol especial[43]. Se afirma que en cuanto a esta clase de delitos no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor[44].

Al respecto, Alcócer Povis indica:

> En virtud de que la sanción prevista en el tipo se funda en la inobservancia de un deber especial, poco importa que la infracción sea por acción o por omisión. Por ello puede sostenerse, en general, que el

42 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., pp. 833 y 834.

43 Rueda Martín agrega que "en los delitos de infracción de un deber, los autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien, de modo que para el tipo el dominio del obligado es irrelevante; el obligado es siempre autor y ello con independencia de si ostenta o no el dominio de hecho". Rueda Martín, María A., "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.° 12, Lima: 2002, pp. 426 y 427.

44 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 213.

sujeto cualificado es quien ocupa un estatus especial y tiene un deber de garante[45].

Siguiendo a JAKOBS[46], la autoría de un delito debe ser determinada según se trate de un delito de organización o institucional. En este último caso, el deber se dirige al obligado especial, no para que simplemente "no dañe", sino para que "fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión"[47]. Por ejemplo, en el delito de peculado (art. 387 del CP), "entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una situación de corte institucional que lo sujeta a un mundo común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y custodiar correctamente los bienes del Estado"[48].

El fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales "se basa en el ejercicio de una actuación específica, que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función"[49].

45 ALCÓCER POVIS, Eduardo, "La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya", en *Actualidad Jurídica*, n.° 142, Lima: 2005, p. 98. Recuperado de <https://bit.ly/3hRHWVG>.

46 JAKOBS señala: "[Una] institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye". JAKOBS, Günther, 1991, nota 114, citado por José Antonio CARO JOHN, "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", en *Anuario de Derecho Penal*, Friburgo: 2003, pp. 6 y 7. Recuperado de <https://bit.ly/2JpV5sN>.

47 CARO JOHN, "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", art. cit., p. 7.

48 ALCÓCER POVIS, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 214.

49 Cfr. RUEDA MARTÍN, "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública", art. cit., p. 430.

En los "delitos de dominio" aparece la idea como dominio de la acción, que es el mismo dominio finalista del hecho en los delitos comisivos. En los "delitos de infracción del deber", que son los delitos especiales, y en los de comisión por omisión el dominio del hecho se concreta a la posición del deber jurídico, de modo que solo puede ser autor el que infringe un deber especial y positivo —distinto, en todo caso, de los deberes generales negativos que para todos se derivan del principio normativo *neminem laedere*—, aunque no consiste en esto su acción típica, porque también son delitos de lesión de bienes jurídicos. En los "delitos de propia mano" solo puede ser autor, si se los admite como categoría dogmática (algo que está cada vez más en duda), quien realiza personalmente y de propia mano o con su propio cuerpo la acción constitutiva del ilícito penal, que sería de naturaleza personalísima (y que para ROXIN es una categoría limitada a casos especiales de deber personal sin lesión de bien jurídico)[50].

Según ROXIN, se puede ser autor por dominio del hecho (delitos de dominio), por quebrantamiento de un deber personal especial extrapenal (delitos de infracción del deber) o por la comisión directa y personal de ciertas ilicitudes que no se pueden perpetrar por medio de otros (verdaderos o auténticos delitos de propia mano). Mientras los delitos de dominio y su criterio rector del dominio del hecho gozan de una difusión muy amplia, las otras dos categorías (delitos de infracción del deber y delitos de propia mano) han recibido bastantes más críticas y obtenido menos respaldo en la doctrina. JAKOBS, concretamente, considera que la teoría del dominio del hecho está en su "ocaso" y con ella no puede construirse, ni siquiera "dialécticamente", un concepto restrictivo y coherente de autor, porque se encuentra en el criterio normativo de la infracción del deber en los delitos especiales (que para él abarcan los llamados delitos de propia mano). Entre dominio y deber —señala— domina la categoría del deber[51].

---

50 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 568.

51 JAKOBS, Günther, citado por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte*

Para Roxin, el dominio del hecho puede darse también, según es conocido, como *dominio funcional* o compartido entre varios sujetos —el dominio del hecho lo tienen todos, pero repartido funcionalmente en cuotas o partes importantes entre los miembros del grupo—, como sucede en la coautoría; o puede consistir en un "dominio de la voluntad" (ajena) por error (en varios grados)[52], coacción o abuso de inimputables, que son las formas comunes de la autoría mediata (que él mismo denomina "dominio por organización").

El autor no solo tiene el poder de poner fin al proceso o interrumpirlo, sino también el poder de determinación objetivo y material del hecho, es decir, el de decidir —con el control en sus manos, sin tener que intervenir de propia mano— el "sí" y el "cómo" del suceso delictivo. Este control positivo es sobre todo notorio en los delitos de resultado, pero existe tanto en los tipos dolosos como en los imprudentes[53]. Desde el punto de vista de la imputación objetiva, este control material, objetivo y positivo se refleja en la creación por la conducta del autor de un riesgo directo, apreciado *ex ante*, de realización del resultado típico, en tanto que la conducta del partícipe solo crea *ex ante* un riesgo de facilitación para la conducta directamente riesgosa del autor[54]. En todos los casos, la imputación objetiva de resultados presupone la causación del resultado o un aporte causal a su producción.

Según la teoría del dominio del hecho, en los casos de los delitos culposos rige el criterio unitario de autor: todo aquel que culposamente causa un resultado es considerado autor del delito.

En los delitos de mera actividad, la autoría viene patentizada por el despliegue de la actividad típica, pero nada obsta a que esta se pueda

---

general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena, ob. cit., p. 835.

52 Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 567.

53 Cfr. Gutiérrez Rodríguez, María, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 451 y ss.

54 Gutiérrez Rodríguez, María, *La responsabilidad penal del coautor*, ob. cit., p. 458.

desplegar por medio de otro (instrumento), junto con otro e incluso en lugar de otro. Partícipe de un delito de mera actividad será, a su vez, el que se limita a instigar a otro para que lo realice, o a poner una condición adecuada para que pueda realizarlo o realizarlo mejor o más fácilmente. Si la ayuda no es adecuada, no es objetivamente tal[55]. No hay motivos decisivos para pensar que los delitos de mera actividad, a diferencia de los de resultado, exigen siempre la realización personal directa. Lo que hay que cuidar es si en cada caso se trata o no de un delito especial.

3. AUTORÍA

Normalmente los tipos penales inician su redacción con la preposición "al que" o bien con la expresión "el que". Estos tipos penales en los que no se exige ninguna calidad personal por parte del sujeto activo dan lugar a los llamados delitos comunes, los cuales, en principio, pueden ser configurados por cualquier persona. Por el contrario, los tipos penales en los que sí se requiere alguna calidad personal por parte del sujeto activo (por ejemplo, la calidad de servidor público) son tipos penales que dan lugar a los llamados "delitos especiales"[56]. A su vez, los delitos especiales pueden ser propios o impropios. En los primeros la calidad personal exigida por el tipo es fundamento de la pena, mientras que en los delitos especiales impropios la calidad personal exigida solo la agrava[57].

El autor de un delito es aquel a quien un tipo del catálogo penal señala como su realizador. Esto significa que todo tipo penal de la parte especial es un tipo de autoría, dado que el injusto es personal. Las for-

55 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., p. 838.

56 Los tipos penales especiales implican reglas específicas de autoría y participación.

57 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 5.ª ed., trad. de la 2.ª ed. alemana (1994) y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2010, p. 338.

mas de la autoría del delito son tres: autoría directa, autoría mediata y coautoría (art. 23 del CP).

3.1. Autoría directa

La autoría directa, denominada también autoría inmediata, unipersonal o individual, surge cuando el hecho es realizado personalmente y de modo pleno por un único sujeto y a él, en consecuencia, ha de atribuirse el delito en calidad de autor.

Desde el plano definitorio ningún problema se plantea, habida cuenta de que el agente lleva a cabo por sí todos los elementos integrantes de la infracción (realiza la figura delictiva) en la fase que corresponda (de tentativa o consumación) y, consiguientemente, su calificación de autor no se presta a dudas. Como señala QUINTERO OLIVARES, es la propia conducta física del sujeto la que cumple el tipo legal[58].

La autoría directa o inmediata está contemplada en cada tipo penal precisamente al aludir al sujeto activo que puede llevarlo a cabo. Es precisamente la conminación penal de los tipos de la parte especial —con las modificaciones que le introduzca el dispositivo de la parte general— la que prevé la conducta del autor —en sus distintas modalidades—, mientras que los dispositivos generales de la participación extienden la responsabilidad penal a los partícipes que no son autores[59].

Tal como señala el art. 23 del CP, se presenta la autoría directa cuando el agente "realiza por sí el hecho punible". Viene a ser él propiamente quien desarrolla todas las fases del *iter criminis*. Autor es el que comete

58 QUINTERO OLIVARES, citado por LORENZO SALGADO, "La participación criminal: autoría, complicidad. La autoría mediata. La actuación en lugar de otro", art. cit., p. 141.

59 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., p. 786.

por sí mismo el hecho punible (autoría directa), es decir, el que posee el dominio subjetivo del acto, sin necesidad o contribución de otros.

En conclusión, autor directo es aquel que plasma el dominio final del hecho a través del dominio de la acción. Es quien realiza directamente la acción típica, es decir, aquel que de un modo directo y personal realiza el hecho típico, en consecuencia, puede imputársele objetivamente el hecho como suyo. Por ejemplo: quien se apodera ilegítimamente de un bien mueble ajeno, habiéndolo sustraído del lugar donde se encontraba, es autor directo de hurto; quien, mediante violencia, obliga a otro a otorgarle una ventaja económica es autor directo de extorsión; quien, mediante palabras, ofende a otra persona será autor directo de injuria.

En algunos casos el legislador establece características especiales en los tipos que permiten delimitar el ejercicio de atribución de la autoría. Estas características pueden ser de índole objetivo (cualidades especiales en el autor en los delitos especiales o en la forma concreta de ejecución, en los delitos de propia mano) o de índole subjetivo (cuando se incluyen elementos distintos al dolo, como cuando el agente actúa con un propósito o tendencia determinada)[60].

3.2. Autoría mediata

El autor mediato de un delito, también denominado "el hombre de atrás" o "el autor detrás del autor", es aquel que lo concibe y lo impulsa, pero lo ejecuta por medio de otro, por medio de la violencia, la coacción, el error o por medio de un inimputable[61]. De manera que el autor no cumple personalmente la acción ejecutiva del delito, sino que se vale de otro.

La autoría mediata es aquella en la que el autor no llega a realizar directa ni personalmente el delito. El autor en esta hipótesis se sirve de

60 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 215.

61 Marcone Morello, Juan, *Diccionario jurídico penal y ciencias auxiliares*, t. I, Lima: Afa, 1995, p. 353.

otra persona, generalmente no responsable penalmente, quien al final de cuentas realiza el hecho típico. Lo que busca la ley es un fundamento que permita reprimir al autor real del delito, mas no a su instrumento. El criterio rector es el dominio del hecho, ya aludido, pues no cabe duda de que autor mediato (el hombre de atrás) es quien posee todo el dominio de la realización del delito[62].

En efecto, es autor mediato, según el art. 23 del CP, quien realiza el hecho utilizando a otro, a quien no se considera responsable del hecho delictivo, como intermediario. El agente utiliza al intermediario no como un objeto, sino como una persona que realiza un comportamiento voluntario para la comisión del delito (dominio de la voluntad)[63].

El autor mediato tiene dominio del hecho a través del dominio de la voluntad. Es decir, el sujeto se sirve del actuar de un intermediario, pero mantiene el dominio del hecho porque domina la voluntad del otro. Tiene las siguientes características:

a) La conducta se realiza a través de una tercera persona o intermediario, que actúa como instrumento. El accionar de este último está subordinado a la voluntad y dominio del autor mediato.
b) La ley se aplica al autor real (el que tiene el dominio del hecho) y no a quien actuó como instrumento.
c) Dominio del hecho por parte del autor mediato.
d) Subordinación del instrumento: dependencia material entre el ejecutor material y el autor mediato. Las características típicas deben concurrir únicamente en el "hombre de atrás".
e) Solo está presente en delitos dolosos: en figuras culposas no existe dominio del hecho.
f) La autoría mediata se da únicamente en los delitos que no requieran la realización personal o corporal del agente; esto es que en el caso de

62 Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 1997, p. 39.

63 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 215.

> los delitos especiales y los delitos de propia mano, la calidad especial del sujeto activo o su necesaria actuación física, respectivamente, hace imposible la presencia de un sujeto intermediario[64].

Podemos señalar los siguientes ejemplos de la autoría mediata: el médico que prepara una inyección letal y ordena a la enfermera aplicarla al paciente será autor mediato de homicidio; el sujeto que embriaga a su amigo para que este golpee a un tercero; el menor de edad que por encargo de un extraño coloca una bomba en el banco; el que introduce una cantidad de drogas en el vehículo de su amigo sin su consentimiento, con el objetivo de pasar la sustancia ilícita por la frontera; la secretaria que amenazada de muerte por su jefe destruye unos documentos reveladores de fraude en la administración de persona jurídica.

Los casos de autoría mediata son ciertamente variados y algunos de ellos particularmente discutidos por la doctrina. La ausencia de responsabilidad penal del intermediario puede obedecer a diversas razones: por haber realizado una conducta atípica, justificada, no culpable o no punible. Entre las diversas hipótesis que en esta materia conviene considerar, figuran las siguientes[65]: actuación del instrumento en ausencia de acción, actuación atípica del instrumento y actuación sin culpabilidad del instrumento.

3.2.1. Supuestos de autoría mediata

A) Actuación del instrumento en ausencia de acción

Si el instrumento utilizado se encuentra en ausencia de acción se entiende que no sería procedente acudir a la autoría mediata, pues para que ello fuera posible el instrumento tendría que realizar un comporta-

64 Rodríguez Hurtado, *et al.*, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 136.

65 *Vid.* Lorenzo Salgado, "La participación criminal: autoría, complicidad. La autoría mediata. La actuación en lugar de otro", art. cit., pp. 145-150.

miento calificable de acción, cosa que no sucede si está en un supuesto de *vis absoluta*. En este caso, el llamado "hombre de atrás" no sería autor mediato, sino sencillamente autor directo, puesto que convertido el sujeto que sufre la fuerza en un "objeto sin voluntad", su interposición no desplaza el carácter inmediato y directo de la autoría, como no lo aleja el empleo de cualquier utensilio material y mecánico.

B) Actuación atípica del instrumento

Puede serlo tanto respecto a la parte objetiva del tipo como a la subjetiva.

En lo que atañe al *tipo objetivo*, la atipicidad puede deberse, por ejemplo, al "engaño"; hipótesis en la que ha de admitirse la autoría mediata del causante del error (que es quien domina la situación con su conocimiento), pues el instrumento no realiza el hecho injusto, sino únicamente el sustrato material de este. Sería el caso de quien provoca la muerte de otro haciéndole tocar un cable de alta tensión, sin advertirle esta circunstancia. Como quiera que es atípico el matarse a sí mismo, la única manera de punir el hecho es imputárselo al "hombre de atrás" a título de autor mediato.

La atipicidad también surge, por ejemplo, en los casos en los que el instrumento carece de idoneidad para ser autor. La doctrina suele referirse a este supuesto como "instrumento doloso no cualificado". La mayor parte de la doctrina asevera que no es posible aquí la admisión de la autoría mediata. Este sería el caso del funcionario público que pide a su secretaria que destruya documentos o papeles que aquel tiene confiados por razón de su cargo. En esta hipótesis, la secretaria (*extraneus*) que actúa a instancia del funcionario (*intraneus*) no puede ser autora del delito especial propio, pues carece de la característica exigida por el tipo (la de ser funcionario público y tener documentos o papeles confiados en razón de su cargo), por lo cual su acción sería atípica. Así las cosas, el único modo de que el hecho no quede impune es considerar al fun-

cionario autor mediato, porque de lo contrario quedaría sin castigo en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación (esto es, no sería punible su conducta como partícipe inductor, puesto que no hay hecho antijurídico —el *intraneus* (la secretaria) no lo comete— en el que participar).

Una parte de la doctrina estima al respecto que por lo general el *intraneus* es, efectivamente, autor mediato cuando el instrumento no actúa típicamente. El *extraneus* sería un partícipe.

Según la opinión de la doctrina mayoritaria, aun subrayando los indeseables efectos que de ella se sigue (falta de castigo), al actuar, por definición, el "instrumento" doloso no cualificado actúa libremente. Así, en realidad, no nos hallamos ante la utilización de instrumento alguno, es decir, no es posible fundamentar el dominio del hecho por el *intraneus*.

Si es el *extraneus* quien "instrumentaliza" al *intraneus* para que realice el delito especial, este no llevará a cabo, por ser un mero instrumento, una acción típicamente antijurídica. Si el *intraneus*, sin embargo, actúa no como verdadero instrumento, sino como meramente instigado por el *extraneus*, el *intraneus* tendrá la condición de autor inmediato y el *extraneus* la de partícipe.

Si el delito es especial impropio (delito que, como es sabido, tiene correspondencia con un delito común), el *intraneus* podría ser castigado como inductor del delito común de que se trate, pues el *extraneus* sería aquí autor inmediato.

Con relación al *tipo subjetivo*, puede suceder que el instrumento obre sin dolo o sin los elementos subjetivos del injusto que el tipo contenga. En estos casos, la doctrina, en general, admite la responsabilidad por autoría mediata del "hombre de atrás".

Los casos de ausencia de dolo se darían, por ejemplo, cuando alguien hace que otro dispare para probar su puntería sobre una plancha

de madera, ocultándole que detrás de ella se encuentra una persona, que resulta muerta por los disparos. O el caso del que logra que un sujeto —que obraría también con error de tipo— mate a otro en una cacería haciéndole creer que se trata de un jabalí. El sujeto que provoca el error ha de ser considerado autor mediato.

En los supuestos relativos a la falta del elemento subjetivo del injusto —conocidos como casos de "instrumento doloso sin intención"— podríamos señalar los siguientes ejemplos: el criado al que su amo le pide que coja un objeto ajeno, cuya ajenidad le consta al criado. La solución a la que se acude para resolver tales hipótesis —para evitar la impunidad— es la de estimar que el señor es aquí también autor mediato de hurto. Se afirma al respecto que el criado no realiza el delito, pues en él no concurre el ánimo de lucro, y que el señor no ejecuta realmente la acción de tomar el objeto, pues esto lo hace el criado. Consiguientemente, el señor no podría ser inductor (partícipe), pues el hecho que el criado realiza sería atípico (falta de tipicidad subjetiva). Así las cosas, —se sigue afirmando— el único modo de impedir una laguna de punición es considerar al principal autor mediato. El criado, al que simplemente se le ha pedido que tome la cosa, sin coacción ni orden vinculante, respondería como partícipe del hecho del autor mediato.

C) Actuación sin culpabilidad del instrumento

Aunque en estos casos el principio de accesoriedad limitada no impide el castigo como partícipe del hombre de atrás (por cuanto existe un hecho antijurídico del instrumento que actúa sin culpabilidad del cual poder deducir una participación punible), sería desacertado calificar de partícipe a quien ontológicamente es autor mediato, ya que quien está en situación de inculpabilidad obra subordinado al sujeto que lo utiliza. Los supuestos abarcados en las hipótesis del instrumento inculpable hacen referencia a lo siguiente:

a) *A la utilización de inimputables*, ya sea que se aproveche tal situación o que se la provoque. Por ejemplo, se utiliza a un niño, que actúa inconsciente de la plena significación fáctica o jurídica de lo que hace, para que cause daños.

b) *Al aprovechamiento o causación de un error de prohibición*. Se hace pensar al instrumento que la conducta que va a realizar no está prohibida. Por ejemplo, se logra que la extranjera crea que el aborto es lícito en circunstancias distintas a las que permite nuestro ordenamiento.

c) *A los casos en que median causas de inexigibilidad de conducta adecuada a la norma*. Por ejemplo, que el sujeto obre por miedo insuperable no impide que actúe consciente y dolosamente; supuesto, por tanto, en el que no surgiría la autoría mediata.

Es importante señalar que en los *delitos de propia mano* no es posible tal clase de autoría, pues en estas infracciones es necesaria la ejecución personal, inmediata, directa o física del sujeto. Por ejemplo, no se puede ser autor mediato de ciertas conductas atentatorias contra la libertad sexual de otro porque el sentido del tipo lo impide. Quien no lo realiza directamente, en este tipo de ilícitos penales, no podrá ser nunca "el que" al cual se refiere el precepto positivo.

Tampoco el *extraneus* puede ser autor mediato en un delito especial, pues en tales supuestos únicamente puede tener la condición de autor aquel que posee las características reclamadas por el tipo.

Por otra parte, se declara mayoritariamente que no es posible la autoría mediata imprudente (por ejemplo, el que dirige las maniobras de un conductor de camión de una forma no diligente y ocasiona un resultado lesivo no es autor mediato, puesto que no utiliza ni se sirve del conductor para alcanzar el resultado: sería sencillamente una autoría directa de un delito imprudente del sujeto que dirige la maniobra o un caso de autoría accesoria imprudente de tal sujeto y del conductor.

Por último, en referencia al momento en que surge la tentativa del autor mediato, es dominante la postura según la cual la tentativa comienza cuando el sujeto actúa sobre la otra persona para convertirla en instrumento, sin que haya de esperarse, por consiguiente, que el instrumento empiece a realizar actos relacionados con la correspondiente figura típica.

D) Autoría mediata por dominio de organización

Una problemática especial se presenta en el caso de los ejecutores que actúan dentro de un *aparato organizado de poder*. Es el caso de aparatos organizados de tal forma que las decisiones para la ejecución del delito las toma el hombre que está en la cabeza del aparato y quienes realizan el delito (los ejecutores) tienen la característica de ser fungibles, es decir, que pueden ser cambiados por otros a voluntad. Aquí se presenta la situación en que el ejecutor directo es penalmente responsable, pero actúa como simple eslabón de una cadena de mando o de un aparato de poder jerarquizado.

La teoría de la autoría mediata por dominio de organización fue propuesta por ROXIN en 1963[66]. Sobre la base del criterio del dominio del hecho, este jurista "elaboró una tesis que permitiría imputar responsabilidad penal a título de autores a aquellos que sin ejecutar los hechos directamente [...][daban] las órdenes para su comisión". ROXIN planteó que el "hombre de atrás" domina la voluntad del ejecutante si ordena la ejecución del ilícito a través de un aparato de poder. Así, según el profesor alemán, "el autor no necesita aquí coaccionar o engañar al ejecutor, incluso ni siquiera conocerlo, pues el aparato de poder organizado garantiza por sí solo la ejecución del hecho punible, ya que, en caso de incumplimiento de la orden por parte de un determinado ejecutante, hay siempre otro que lo reemplazará en la ejecución"[67]. Sería posible atribuir

66 ROXIN publicó esta teoría originariamente en la revista *Goltdammer's Archiv* (1963), luego la plasmó en su conocido trabajo *Täterschefi und Tatherrschaft*, 6.ª ed., 1994.

67 PARIONA ARANA, Raúl, *Derecho penal. Consideraciones dogmáticas y político criminа-*

responsabilidad penal a quien actuó "por encima" de quienes efectiva o directamente cometieron los crímenes.

En dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados "el sujeto de atrás tiene a su disposición una maquinaria personal [...] con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor" [68].

O, en otros términos, hay dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados cuando "el sujeto de atrás tiene a su disposición una maquinaria, es decir, está en la palanca de un aparato de poder mediante la cual puede cometer delitos sin delegar su realización en el ejecutante, cuya individualidad no interesa" [69].

Frente a la criminalidad organizada u otras formas de criminalidad sofisticada "no es posible utilizar los baremos del delito individual, pues las figuras de autoría, complicidad y determinación no pueden cubrir sucesos de carácter colectivo que deben observarse globalmente, empero eso no exime a la justicia de determinar los responsables de los delitos a nivel individual" [70].

En estructuras organizadas de modo vertical "se recurre, generalmente, a la calificación jurídica de la autoría mediata del superior jerárquico

---

les, Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 144.

68 Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 7.ª ed. alemana (1999) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 270, citado por 12.

69 Arana Sangomé, Federico, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, tesis para optar el grado académico de magíster en Derecho, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, p. 12. Recuperado de <https://bit.ly/3atrNnT>.

70 Pariona Arana, Raúl, *Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, p. 20, citado por Arana Sangomé, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, ob. cit., p. 12.

como criterio de atribución de responsabilidad penal[71]. [...][L]a doctrina penal ha ventilado determinados supuestos donde el intermediario (humano) es dominado por la voluntad de una 'persona de arriba', ubicado en un aparato organizado de poder"[72].

Conforme indica Arana Sangomé, Roxin fundamenta la independencia de la autoría mediata por dominio de organización en tres supuestos:

— El instrumento utilizado por el hombre de atrás para la comisión de delitos va más allá de una persona individualmente considerada. El instrumento es el aparato mismo, la estructura de poder que se compone de un colectivo de personas, de una pluralidad de sujetos que se encuentran organizados y con funciones preestablecidas. La persona individual en sí misma no representa importancia alguna para la organización ni para el suceso delictivo, pues en su actuar el instrumento, o sea la organización, puede utilizar a cualquiera de sus miembros (ejecutores) para lograr el resultado que se propone[73].
— El hombre de atrás y el ejecutor poseen diferentes formas de dominio del hecho que no se excluyen entre sí. El ejecutor, quien comete el delito de propia mano, posee el dominio de acción, al paso que el hombre de atrás posee el dominio de organización (forma de dominio de la voluntad) y, por medio de él, influye y asegura la producción del resultado. Tanto el dominio de la acción como el dominio de organización pueden coexistir y estar en la cabeza de diversas personas integrantes de la organización.

71 *Vid.* Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 269 y ss.

72 En ese sentido, véase Ambos, Kai, "Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones", en *Themis*, n.° 37, Lima: 1998, p. 188.

73 Huertas Díaz, Omar; Carolina Amaya Sandoval y Germán Malte Ruano, "Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y de la instrumentalización del delito", en *Opinión Jurídica*, vol. 12, n.° 23, Medellín: 2013, p. 81. Recuperado de <https://bit.ly/3jMZYZc>.

— La seguridad del hombre de atrás en el resultado es mayor porque tiene a su disposición un aparato de poder organizado para tal fin, sobre el cual ejerce el dominio de organización. Diferencia fundamental con el dominio de voluntad por error, coacción o utilización de inimputable, donde el sujeto de atrás tiene menos certeza del resultado"[74].

La fundamentación de la autoría mediata, a decir de ROXIN, radica en el "dominio de la voluntad", porque, "a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino 'en el poder de la voluntad conductora'"[75]. Lo característico de la autoría mediata por dominio de organización sería entonces "la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio en la decisión"[76] (dominio de la organización).

Para afirmar una autoría mediata en los casos objeto de estudio (autoría mediata por dominio de la organización), deben presentarse los requisitos que desarrollaremos a continuación.

a) ***Organización permanente***

Es decir, el "poder de mando sobre la organización". ROXIN señala que "es posible identificar como autor mediato por dominio de la voluntad a quien pertenezca a una organización, tenga la capacidad de impartir órdenes a subordinados y utilice tales competencias para cometer delitos"[77]. Este dominio supone en

74 ARANA SANGOMÉ, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, ob. cit., p. 16.

75 ROXIN, Claus, citado por Eduardo ALCÓCER POVIS y James REÁTEGUI SÁNCHEZ, "El delito de cohecho en el Perú", en *Actualidad Jurídica*, n.° 34, Lima: 2005, pp. 268 y 269.

76 ALCÓCER POVIS y REÁTEGUI SÁNCHEZ, "El delito de cohecho en el Perú", art. cit.

77 ARANA SANGOMÉ, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, ob. cit., p. 14.

el agente la capacidad de dar órdenes que deben cumplirse para el funcionamiento mismo de la organización, y es indiferente el nivel jerárquico que ocupa el agente, ya que únicamente importa que domine la parte de organización a él sometida. En este sentido, ARANA SANGOMÉ indica:

> [Si el hombre de atrás ordena la realización de un hecho delictivo] a *motu proprio* u obedeciendo órdenes superiores es irrelevante, pues para determinar su autoría es suficiente que dirija una parte de la organización que tiene bajo su dirección y no tenga que dejar a criterio de otros la realización de los hechos punibles determinados. Así, es posible que se presenten en una organización varios autores mediatos y varios autores directos a medida que la directriz o la orden específica de cometer tales crímenes va recorriendo el camino desde el plan de ideación hasta la ejecución [...] [de este], pues, por ejemplo, cada miembro con poder de mando dirige su parte, a manera de eslabón de la cadena, hasta llegar al superior donde nació la orden.

b) ***Aparato de poder al margen del ordenamiento jurídico***

La organización de la cual se sirve el hombre de atrás debe encontrarse al margen del derecho. Pertenecen a este tipo de organización los aparatos de poder estatales, organizaciones criminales comunes, como también organizaciones terroristas. De encontrarse sometida al ordenamiento jurídico, no puede fundamentarse un dominio del hecho por parte de sus directores, porque el rango supremo de las leyes excluye el cumplimiento de órdenes antijurídicas.

c) ***Fungibilidad de los ejecutores***

En la organización debe existir la posibilidad de reemplazar al actor inmediato, es decir, debe concurrir la fungibilidad del ejecutor (opción discutible cuando se trata de ejecutores especializados). El actor inmediato sería solamente una figura inter-

cambiable, un "engranaje" reemplazable en la maquinaria del aparato de poder.

d) *Rígida jerarquía*

Debe concurrir una alta disposición al hecho del ejecutor; es decir, una elevada propensión al hecho en el autor material.

La autoría mediata por dominio de organización se fundamenta en el "dominio de la voluntad". Se acusó a esta postura de vulnerar el el principio de responsabilidad, que exige que la atribución de responsabilidad se haga "con arreglo al injusto individual, valorando separadamente las conductas del hombre de atrás y del ejecutor directo". En este sentido, se afirmó que "resultaba contradictorio señalar que ambos sujetos tengan dominio del hecho". Además de que "el organizador puede responder como partícipe (cómplice o instigador) o como coautor, pero también como autor mediato, dependiendo de las concretas particularidades en que se haya cometido el delito"[78].

3.3. Coautoría

Mediante el art. 23 del CP se sanciona a quien realiza "conjuntamente" la infracción criminal. La doctrina ha delimitado el concepto de coautor: "Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho"[79].

En la coautoría varias personas colaboran consciente y voluntariamente para realizar conjuntamente un delito. En tal sentido, comparten el dominio del hecho. Cada una de ellas interviene en el hecho delictivo de forma relevante. Por tanto, asumen por igual la responsabilidad de este[80].

78 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 219 y 220.

79 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barelona: Reppertor, 2016, p. 403.

80 Rodríguez Hurtado, *et al.*, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su*

3.3.1. Requisitos

Los requisitos de la coautoría son los siguientes:

A) Decisión común

Distribución de funciones entre los diversos autores intervinientes en el hecho; por ejemplo: para realizar un asalto a un banco, se decide que uno de los asaltantes reduzca al vigilante, otros dos amenacen con armas a los usuarios de la entidad financiera, y que el cuarto tome el dinero de los cajones de las ventanillas.

Los coautores asumen la responsabilidad de lo acordado, por tanto, si alguno lo excede, ello no será imputable a los demás. Rodríguez Hurtado *et al.* nos brindan el siguiente ejemplo:

> [U]n asalto a un vehículo de transporte público realizado por 5 sujetos, cuyo plan de ejecución previo solo comprendía robar las pertenencias de los pasajeros [...] [en el que], al momento de los hechos, uno de los asaltantes, "X", decide violentar sexualmente a una mujer [...] [y darle] muerte al esposo de esta cuando intentaba impedir dicha violación[81].

En este caso solo habrá coautoría respecto al delito de robo agravado (art. 189.5 del CP), mas no para la violación ni el homicidio calificado, por los que solo responderá "X".

La coautoría se diferencia de la complicidad en que no hay subordinación de unos respecto de otros, sino división de tareas.

B) Realización común

Consiste en el aporte objetivo al hecho por parte de los agentes (interdependencia funcional asentada en la división del trabajo). Para

---

importancia en el marco de la reforma procesal penal, ob. cit., p. 137.

81 *Ibid.*, p. 141.

configurar la coautoría, el aporte que brinde el agente en la fase de ejecución del delito debe ser necesario.

Para que haya coautoría se necesita "la existencia de elementos subjetivos (decisión conjunta) y objetivos (codominio del hecho y aportación —esencial— al hecho)"[82]. Uno de estos elementos objetivos es el dominio funcional del hecho, que implica que los intervinientes se repartan funciones para cometer el delito. Incluso, nada obsta a que, en ciertos casos, algunos coautores no estén presentes al momento de la ejecución del hecho ilícito[83].

En el ámbito subjetivo, solo podrá sancionarse como coautor a quien se inscribe conscientemente en el plan conjunto sabiendo que su intervención constituye una parte de este. En buena cuenta, se requiere la presencia del mutuo acuerdo, que puede ser expreso o tácito (por ejemplo, planificar, entre dos sujetos, lesionar a una persona y aceptar durante su realización que uno de ellos sustraiga los bienes de la víctima). El acuerdo puede celebrarse previo al hecho criminal o durante su realización[84].

La coautoría se rige por el principio de imputación recíproca. Según este principio, en cuanto el hecho criminal es producto del acuerdo mutuo, lo que realice uno es imputable al otro. Por ejemplo, dos sujetos planifican ingresar a una casa, habiendo acordado que uno de ellos agreda al guardián y el otro sustraiga los bienes. Si bien uno de ellos ejerció la violencia (al agredir al guardián), tal circunstancia es también imputable a quien solo sustrajo los bienes, pues tal hecho fue parte del plan conjunto acordado. En caso uno de ellos cometa un exceso, sin que los demás lo consientan, no se podrá aplicar la imputación recíproca. Así, si quien

82 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 147 y 148.

83 Rodríguez Hurtado, *et al.*, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p. 140.

84 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 220.

ingresa a la casa a sustraer los bienes encuentra a una mujer y la viola sexualmente, este comportamiento no será imputable al otro sujeto[85].

En lo objetivo, para la coautoría es preciso que se haya realizado un aporte esencial al hecho, el que puede ser realizado durante la etapa preparatoria o ejecutiva. Por ejemplo, el jefe de un grupo de tres personas que se reúnen para robar un banco puede ser considerado coautor de dicho delito, ya que dio información relevante o esencial para la realización del plan criminal, aunque no haya participado durante su ejecución[86]. Al respecto, ROXIN señala que "alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial para la concreta realización del delito"[87]. Existe así un dominio del hecho, en razón a cada aportación al hecho, basada en la división del trabajo o de funciones entre los intervinientes, de ahí que se hable del "dominio funcional del hecho".

3.3.2. Características

De lo anteriormente señalado, podemos concluir que las notas características de la coautoría serían las siguientes[88]:

— Comisión conjunta del hecho.

— Plan o acuerdo común (requisito subjetivo).

— Aportes objetivamente esenciales para el hecho.

A) Comisión conjunta del hecho

Lo decisivo en el ámbito de la coautoría es que sea la suma de las diversas contribuciones la que haga surgir el delito. Si, por el contrario,

85 *Ibid.*, p. 221.

86 *Loc. cit.*

87 ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 312.

88 *Vid.* LORENZO SALGADO, "La participación criminal: autoría, complicidad. La autoría mediata. La actuación en lugar de otro", art. cit., pp. 141-143.

los intervinientes completan ya cada uno de ellos íntegramente el hecho, estaremos ante una modalidad distinta: la de la pluriautoría. Un ejemplo es el apuñalamiento por parte de diversas personas de un sujeto que fallece por la concurrencia de las lesiones recibidas, ninguna de ellas, por sí mismas, mortales.

B) Plan o acuerdo común

Esto permite que los sujetos respondan no solo de lo de cada uno de ellos, sino de lo que hace el resto de los coautores (imputación recíproca del hecho global), siempre que se muevan, claro está, dentro del plan trazado (el exceso de un coautor no abarcado por el dolo del resto de intervinientes no puede serle a ellos atribuido).

Si, de modo distinto, dos o más personas actúan independientemente —sin que, por tanto, exista acuerdo— y producen el resultado típico por la adición de sus aportaciones, estaremos ante una "autoría accesoria" que no es una modalidad específica, con sustantividad propia, de autoría. En tal hipótesis se procederá a la delimitación de lo realizado por cada uno, puesto que no es posible atribuirle a todos la globalidad del hecho. Por ejemplo: A golpea a B, quien, a causa de ello, queda inconsciente. C al encontrar a B en ese estado aprovecha para apoderarse de su dinero. En este caso, A es responsable de lesiones y C del hurto, esto es, cada uno responde por lo personalmente realizado. Si, contrariamente, hubiera habido acuerdo entre A y C para golpear y apoderarse del dinero de B, ambos responderían como coautores de un robo con violencia en las personas. De la misma manera, si dos sujetos acuerdan suministrar a otro una dosis de veneno con ánimo de matarlo, ambos serán coautores de un delito consumado de asesinato, por más que las dosis suministradas por cada uno de ellos sean por sí solas insuficientes para alcanzar el resultado, que únicamente se produce por la suma de ambas. Sin tal acuerdo, dichos sujetos no podrán ser sancionados penalmente, pues incurrirían en una tentativa inidónea, por ineficacia absoluta del medio empleado (art. 17 del CP). Distinta sería la solución —aun en la hipótesis de ausencia de

concierto entre los sujetos— si el que suministra la dosis de veneno, que unida a la otra dosis origina la muerte, sabía de la actuación del otro, porque entonces uno respondería por tentativa inidónea de homicidio y el conocedor de la situación por homicidio consumado.

Naturalmente, la existencia de previo acuerdo no convierte automáticamente a todos los sujetos en coautores, sino que debe determinarse si la concreta aportación al hecho tiene la suficiente entidad para así estimarlo.

El acuerdo, por otra parte, puede ser previo a la ejecución o producirse durante ella ("coautoría sucesiva").

C) Aportes objetivamente esenciales para el hecho

Sobre este particular ha de subrayarse que mientras los partidarios de la teoría del dominio del hecho sostienen que será coautor aquel que de retirar su intervención desbarataría todo el plan, otros sectores de la ciencia penal mantienen que ello es incorrecto, habida cuenta que entonces el dominio del hecho será meramente negativo (poder de interrupción del delito) y no positivo (dominio para su producción).

En esta línea, se afirma que lo que caracteriza a la coautoría es la determinación (o dominio) positiva conjunta o compartida del hecho: será acción de coautoría la acción típica nuclear realizada por varias personas, lo que especialmente en los delitos puramente resultativos significará acción conjunta que determine (o, si se prefiere, domine) positivamente —y no de modo meramente negativo— el hecho.

Se trata de la misma acción que sería de autoría en un actor individual, pero realizada entre varios, no pudiendo decirse que la acción de cada uno de ellos por sí sola sea de autoría, sino solo de la acción conjunta. Por su parte, prescinde de que la acción típica tenga que ser nuclear: no hay razón alguna para diferenciar entre acciones igualmente típicas. Existirá coautoría en aquellos casos en los que, previo acuerdo de división de trabajo, los sujetos determinen objetiva y positivamente de forma conjunta la acción (o

acciones) típica(s), o cuando cada uno de ellos (co)determine, en ejecución del plan común, una de las varias acciones descritas en el tipo. Si el tipo describe varias acciones es su suma lo que lo constituye, por lo que si cada sujeto realiza una de tales acciones será coautor.

Además de la coautoría ejecutiva es posible la coautoría en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera estén presentes en el momento de la ejecución, como el caso del jefe de la banda, que conserva el dominio funcional del hecho. El discutido caso del "jefe de la banda" que no acude al lugar del delito debe ser tratado como coautoría si solo él conoce la totalidad del plan, del que los demás no son sino piezas parciales —del mismo modo que el arquitecto es el autor de la casa antes que el albañil—, y también si sigue controlando el hecho a distancia y no deja en manos de otro u otros su dirección última[89].

Serán, pues, coautores los que codominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división de trabajo, integrado en la decisión conjunta del hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectados los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho[90].

La división de papeles o tareas no importa necesariamente la subordinación de unos respecto de otro u otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar.

4. PARTICIPACIÓN DELICTIVA

La participación, en sentido estricto, es la cooperación dolosa en la comisión de un delito. Los partícipes son aquellos cuya actividad se

89 *Ibid.*, p. 143.

90 *Loc. cit.*

encuentra en dependencia en relación con la del autor, por tanto, ellos de ninguna manera tienen el dominio del hecho; por ejemplo: quien facilita una escalera para que el individuo se introduzca a una vivienda para hurtar, o quien convence al individuo a girar un cheque por un monto mayor al que dispone. El partícipe interviene en un hecho ajeno, por ello es fundamental la existencia de un autor, respecto del cual está en una posición subordinada. Las formas de participación son *la instigación y la complicidad.*

Si la ley alude a la autoría en la definición de la participación es porque se trata de conceptos que no pueden entenderse debidamente el uno sin el otro. Autoría y participación son conceptos excluyentes, pero también graduados e interdependientes, porque la autoría absorbe necesariamente toda forma de participación y, dentro de esta, la instigación o determinación consume la complicidad (como, en otro campo, la consumación absorbe la tentativa y esta la preparación)[91].

La participación es una figura enteramente accesoria de la autoría, en el sentido de que no puede subsistir sin ella (aunque en el caso concreto el autor no sea identificado procesalmente, que es un problema probatorio distinto del sustancial), pues no hay delito de participación, sino participación en el delito de otro: las acciones de los distintos cooperadores no se enjuician como delitos separados, sino como un solo delito en que varias personas intervienen. Esta accesoriedad significa que para que pueda haber participación la conducta del autor por lo menos debe ser típicamente antijurídica (pocos exigirán más o se conformarán con menos); para que haya partícipes tiene que haber un autor (aunque no se conozca su identidad)[92].

91 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., pp. 786 y 787.

92 *Ibid.*, p. 788.

Dos son básicamente las concepciones que tratan de explicar el fundamento del castigo de la participación[93]:

— Las teorías de la corrupción o de la culpabilidad.

— Las teorías de la causación o del favorecimiento.

a) Las teorías de la corrupción o de la culpabilidad

Estas ponen el acento en el carácter corruptor del acto del partícipe respecto del autor o en el fomento de la culpabilidad de este. Tales teorías son hoy rechazadas por numerosos sectores de la ciencia penal que aseveran que la corrupción moral no interesa al derecho penal y que la mayor o menor culpabilidad del autor, o incluso la ausencia de esta, no puede determinar la responsabilidad del partícipe.

b) Las teorías de la causación o del favorecimiento

Estas teorías, que gozan de amplia aceptación, sostienen que el castigo del partícipe únicamente puede fundamentarse en que su actuación introduce una condición causal o favorece la lesión o puesta en peligro no justificada de un bien jurídico por parte del autor. Esta es, por lo demás, la concepción más coherente con la postura seguida por la doctrina en materia de accesoriedad.

En efecto, la accesoriedad de la participación es una exigencia conceptual: el "castigo del partícipe depende de lo realizado por el autor. O dicho en otras palabras, el hecho principal marca el alcance del hecho secundario, esto es, posibilita su castigo: no hay, por tanto, participación posible sin un hecho central al que referirla"[94].

93 *Vid.* Lorenzo Salgado, "La participación criminal: autoría, complicidad. La autoría mediata. La actuación en lugar de otro", art. cit., pp. 145-150.

94 *Ibid.*, pp. 150 y 151.

Indiscutida la naturaleza accesoria de la participación, surge, naturalmente, la necesidad de determinar el grado de tal accesoriedad, es decir, la necesidad de fijar los requisitos que ha de reunir el hecho principal para la existencia de una participación punible. Al respecto se distinguen los siguientes grados de accesoriedad: a) *accesoriedad mínima* (que para atribuir responsabilidad al partícipe se contenta con que la conducta del autor sea típica), b) *accesoriedad limitada* (que hace depender el castigo del partícipe de que el autor realice una sola acción típica y antijurídica) y c) la *accesoriedad máxima* (que requiere la culpabilidad del autor para considerar responsable al partícipe)[95].

Nuestro Código Penal se inclina a estimar el sistema de *accesoriedad limitada*: la participación punible no se vincula, en consecuencia, al delito completo (acción, típica, antijurídica y culpable), sino al injusto penal (acción típica y antijurídica). En suma, para que la participación resulte punible se reclama que se haya realizado una conducta típicamente antijurídica. No basta, por consiguiente, que el hecho sea típico, ni se exige la culpabilidad del autor. De esta manera, quedará impune quien colabora con otro que actúa en legítima defensa; en cambio, sí será punible quien ayuda a un menor de edad a cometer un robo.

Se podrá sancionar al partícipe cuando el autor haya realizado una conducta típica e injustificada, aunque no se pueda atribuir personalmente el hecho (porque es menor de edad). Por el contrario, si el autor realizó una conducta típica, pero justificada (actuó en legítima defensa), no se podrá sancionar al partícipe, pues el autor no habrá realizado un injusto[96].

Bajo el título de incomunicabilidad se tratan, muchas veces, cuestiones relativas a la accesoriedad y el principio de individualización de la pena. En los casos de coautoría, la cuestión no importa problema

95 *Ibid.*, p. 150.

96 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 223.

alguno, pues al verificarse la comisión de un delito al juzgador solo le queda determinar el *quantum* de la pena a imponerse de acuerdo con su culpabilidad (principio de individualización de la pena, consagrado en el art. 26 del CP: "Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible").

La accesoriedad mínima llevaría a castigar al partícipe en una acción típica, aunque esta estuviera justificada, y la accesoriedad máxima comportaría la impunidad para el partícipe en una acción típica y contraria a derecho en los casos en que en el autor no concurriere un elemento tan personal como el de la culpabilidad.

Algunos autores se refieren también a la llamada *accesoriedad extrema*, que consiste en hacer depender el castigo del partícipe de la previa existencia de una acción típica, antijurídica, culpable y punible. Es decir, para esta modalidad o especie de accesoriedad (ciertamente inasumible), el castigo de quien contribuye al hecho principal se produciría siempre que el autor resultase efectivamente penado, de suerte que, si concurriese, por ejemplo, una excusa absolutoria a favor del autor, la responsabilidad del partícipe dejaría también de existir.

La ley exige que se instigue o ayude, no que se intente hacerlo, de modo que la convicción subjetiva de estar ayudando no es suficiente. La tentativa de participación no es punible, como sí lo es la participación en la tentativa de un delito determinado, pues el mero conato de participar no es determinación ni contribución: se requeriría un nuevo dispositivo amplificador para que hechos así llegaran a ser típicos, pero esto llevaría la punibilidad demasiado lejos. Cuando el autor ha ingresado en la órbita de la tentativa y comenzado a emplear el auxilio del cómplice, no será necesario que este haya prestado ya en ese momento toda la ayuda, sino que efectivamente la haya comenzado[97].

97 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores,*

La participación empieza a tener relevancia penal cuando el autor del hecho principal empieza la ejecución. La aportación causal solamente puede darse hasta o durante la consumación del delito, no se admite la posibilidad de que haya colaboración en actos posteriores este[98]. Ello porque "—por pura accesoriedad— solo puede ser punible la conducta del partícipe hasta que pueda castigarse al autor". Por ejemplo, el sujeto que recibe un bien que sabe que fue hurtado es autor del delito de receptación, pero no cómplice del delito de hurto (el que ya se habría consumado). "Los hechos posteriores pertenecen a la llamada etapa de agotamiento y carecen de relevancia jurídica. Será punible si es que el hecho constituye otro ilícito penal"[99].

Si la acción de alguno de los coautores alcanza la fase de ejecución, todos los coautores responden por la tentativa que corresponda.

El desistimiento del coautor, como el del partícipe, debe eliminar con eficacia la propia contribución al hecho, de lo contrario no puede considerarse eficaz. Sin embargo, deben desistir todos los coautores o el desistimiento de uno de ellos evita el resultado típico propuesto por todos, lo que tiende a un régimen de responsabilidad colectiva (por tanto, objetiva y prohibida).

La obra del copartícipe tiene que influir siempre en la creación del riesgo prohibido que se concreta en el resultado típico. Si A impide que B le pase a C, en el momento decisivo, un revólver para matar a D, a quien finalmente da muerte con un cuchillo que E le suministra, no se ve con qué pudo haber contribuido B al hecho punible del homicidio de D, ni cómo pudo haber creado para su vida un peligro inmediato,

---

concursos y pena, ob. cit., p. 850.

98 Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Themis, 1996, p. 211.

99 Rojas Vargas, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima: Grijley, 1997, p. 421.

concreto y efectivo (sin el cual la tentativa no es punible por falta de antijuridicidad material). Caso muy distinto es si A entrega efectivamente el revólver y con este intenta el homicidio, pues entonces es partícipe en la punible tentativa de homicidio realizada por C contra D[100].

En los delitos de omisión es autor el que omite; en los ilícitos penales de omisión más resultado, el que adecuadamente ocasiona el resultado; en los de omisión impropia, el garante que, pudiendo hacerlo, no interviene de modo adecuado para evitar el resultado típico. En cualquiera de esos supuestos se admite la participación por actos positivos o negativos que hagan posible, expedita, segura o eficiente la omisión del autor. Es, por tanto, siempre punible la *participación en el delito omisivo* propio o impropio. Pero la *complicidad mediante actos omisivos* (en un delito ajeno de acción o de omisión) solo es sancionable en quien tiene el deber jurídico de actuar en sentido contrario (sujetos, pues, con ciertas calidades), ya que toda omisión comporta infracción de un deber especial[101].

No es punible la mera *connivencia*, esto es, que un particular omita delatar un delito que sabe que va a perpetrarse o que no impida un delito que ante sus ojos se está cometiendo, salvo que la ley castigue de manera autónoma la no delación o la omisión de socorro. De ninguna manera, pues la omisión es punible como participación en el delito principal, a menos, como se dijo, que exista el deber jurídico de evitar el daño típico (posición de garante), como es el caso del celador que no cierra la puerta para propiciar la acción de los ladrones que lo han sobornado. Esto quiere decir que la complicidad meramente omisiva no es punible, pero sí lo es cuando toma la forma de comisión por omisión, es decir, de ayuda por omisión violatoria de un deber jurídico de actuar o de impedir otorgado al sujeto por la posición de garante. Si el autor

100 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, ob. cit., p. 851.

101 *Loc. cit.*

puede ser garante, también puede serlo el partícipe. Por fuera de la posición de garante, la colaboración omisiva es mera connivencia, punible solo en casos especialmente previstos[102].

Tampoco hay participación punible por actos neutrales o socialmente adecuados de una persona que otro u otros utilizan para perpetrar un delito, como el caso del farmaceuta que sabe o sospecha fundadamente que el comprador va a usar el medicamento —de venta lícita— para matar a una persona con especial debilidad, o del deudor que paga la obligación pese a saber que el pago va a ser usado por el acreedor para cometer un delito cualquiera[103].

Un especial problema que emerge de considerar accesoria la participación es si deben comunicarse o trasladarse al partícipe las condiciones personales o especiales del autor. Por ejemplo, si la condición de padre se puede trasladar al partícipe que no ostenta esa cualidad, en el marco del tipo penal de parricidio. O si, en el supuesto de la comisión del delito de peculado, la condición de funcionario público es trasladable al partícipe que no tiene tal cualidad[104].

La esencia de los delitos especiales es que solo pueden ser cometidos por sujetos cualificados, es decir, aquellos que reúnen las condiciones descritas en el tipo penal (*intraneus*). En términos de Alcócer Povis:

> La peculiaridad de los delitos especiales consiste en la existencia de sujetos cualificados, también llamados *intraneus*[105], que son quienes se encuentran dentro del círculo marcado por la ley para poder tener la

102 *Ibid.*, p. 852.

103 *Loc. cit.*

104 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 224.

105 Etimológicamente, *intraneus* proviene del latín *in*, prefijo que indica, entre otras cosas, posición interior, y de *administración* (cualquiera que sea el origen etimológico de esta palabra). De manera que, por este aspecto, *intraneus* es la persona que está dentro de la administración pública, como empleado o representante de ella.

> calidad de autores del delito. Quienes no reúnen esa característica, constituyen los *extraneus*[106] y no pueden ser autores de delitos especiales[107].

Si bien, solo los *intraneus* pueden ser autores de los delitos especiales, la doctrina discute si los *extranus* pueden ser partícipes de todos los delitos especiales o solo de una clase de ellos. Así, se han formulado dos teorías: de la ruptura del título de imputación y de la unidad del título de imputación. La primera de ellas sostiene que el *extraneus* solo puede ser partícipe de los delitos especiales impropios, mas no de los propios; mientras que la segunda admite su participación en ambos casos.

Sobre la teoría de la ruptura del título de imputación, Alcócer Povis señala:

> [D]esde una perspectiva político-criminal se afirma que la problemática objeto de reflexión se presentaría en los delitos especiales propios, ya que en los impropios existiría, en el extremo caso, un delito común que no exige la calidad especial, el cual serviría para criminalizar la conducta del *extraneus*, evitándose el vacío de punibilidad.. Sin embargo, esta tesis está siendo abandonada, extendiéndose la cualificación especial del *intraneus* al *extraneus*, sea cual sea el tipo (teoría de la unidad del título de imputación)[108].

Respecto a la teoría de la ruptura del título de imputación, el mismo autor, indica:

> Para la tesis de la unidad del título de imputación, el *extraneus* puede ser partícipe del delito especial, pues, si bien no es ni puede ser autor del delito especial, nada impide que pueda ser cómplice o instigador de ese mismo delito, ya que también a él se dirige la norma subyacente

---

106 Etimológicamente, *extraneus* deriva de *ex*, que quiere decir *fuera de*. Este vocablo, antepuesto al de *administración*, denota a lo que está fuera de la administración pública.

107 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 224.

108 *Ibid.*, p. 225.

al tipo penal, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no es solamente en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos[109].

Esta posición sostiene lo siguiente:

a) Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes; b) el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que toma parte en la realización de la conducta punible[110].

Esta posición ha sido reforzada con la modificación efectuada al art. 25 del CP por el D. Leg. N.° 1351, que le agregó el siguiente párrafo: "El cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran con él".

Sorprende que se haya agregado el párrafo antes indicado solo al art. 25 del CP, en el que se regula la complicidad, y no se haya hecho lo propio en el art. 24 del CP, en el que se regula la instigación.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles señala:

El comportamiento de un *extraneus* que contribuye a un delito de infracción de deber no es, desde luego, jurídicamente neutro, sino que también a él se ha de imputar el suceso, aun cuando se tenga en cuenta con efecto parcialmente exonerante el hecho de que el *extraneus* careciese de la obligación especial derivada de la institución positiva. Solo a través de la persona especialmente cualificada con un deber positivo

109 *Ibid.*, p. 226.

110 *Ibid.*, p. 227.

se convierte en relevante el aporte que el no cualificado realiza, pero, en todo caso, esto es suficiente[111].

El fundamento de la participación del *extraneus* se encuentra en "la infracción del deber general de no dañar, al crear riesgos típicos que influyen en la lesión del bien jurídico por parte de los funcionarios públicos y sirven como medios idóneos para tergiversar el sistema"[112].

Siempre bajo el influjo del principio de accesoriedad, el *extraneus* participa del delito de infracción de deber adhiriéndose a una lesión de deber ajena. Esto por cuanto "el partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal"[113]. Con esto, el derecho penal "protege el bien jurídico de todas aquellas conductas que le son riesgosas, no restringiendo su actuar frente a los riesgos prohibidos que dimanan de los sujetos especiales, sino que se extiende a los peligros no permitidos que provienen de los sujetos *extraneus*"[114].

Las formas de participación en el delito son la instigación o inducción y la complicidad, que puede ser primaria y secundaria.

4.1. Instigación o inducción

La instigación consiste en hacer dolosamente que un tercero (autor) se determine a cometer la acción típica. El instigado no es un intermediario, pues se instiga siempre a una persona imputable. No se exige una relación personal inmediata entre el instigador y el autor, sino que

111 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 219

112 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 231.

113 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 219

114 Alcócer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 231.

la acción de aquel se encamine directamente a lograr que el autor se resuelva a cometer el delito.

Para MEZGER, "instigador de un hecho punible es el que hace surgir en otro, con voluntad, la resolución de cometer un hecho como autor"[115]. El instigado a cometer el ilícito penal "cuenta con el dominio del hecho, por lo tanto, en sus manos está la posibilidad de consumar o frustrar la realización típica"[116], a diferencia de lo que sucede en la autoría mediata, donde el ejecutor es un mero instrumento.

El instigador no realiza la infracción ni "toma parte" en sentido material en su ejecución. Solo ejerce una influencia psicológica sobre otra persona con el objeto de hacerle cometer el hecho punible[117]. Esta intervención psíquica debe ser eficaz, idónea y lo suficientemente intensa para poder provocar una actitud delictiva en el inducido. No importa si el instigador tuvo que emplear muchas energías en persuadir al hombre de adelante o si fue algo sencillo debido a la propensión del instigado a la comisión de delitos.

La punición de la inducción "exige la existencia objetiva (como mínimo en grado de tentativa) de un hecho principal doloso y antijurídico"[118], por lo que la instigación "sin éxito" no es punible. Si el inductor "de-

115 MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 260.

116 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Curso elemental de derecho penal. Parte general*, Lima: Ediciones Legales, p. 296.

117 La participación del instigador, equiparado en la pena al autor, está al margen de la ejecución del delito y del auxilio o de la cooperación en él. Es una participación puramente psíquica, consistente en haberle hecho tomar al autor la resolución de ejecutar el delito consumado o tentado.

118 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Lima: Grijley, p. 148.

termina a un incapaz de culpabilidad a realizar el hecho, sin conocer de dicha incapacidad, subsiste la inducción"[119].

La naturaleza jurídica de la inducción, como en caso de la complicidad, es la de una *forma accesoria de participación* (*stricto sensu*) totalmente dependiente de la existencia de un autor[120].

La explicación de por qué se debe sancionar penalmente la inducción y, particularmente, la razón por la cual merece la misma pena que la autoría parten de la base de las *teorías de la causación*, que "fundan la punibilidad de [...] [la instigación] en que la participación del inductor causa o favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor, por cuanto el partícipe coadyuva a que el autor infrinja la norma del tipo (parte especial)"[121].

En la doctrina mayoritaria, destaca la *teoría de la causación orientada a la accesoriedad*. Según esta, el injusto de la instigación radica en que también el inductor, que suscita el dolo del hecho en el autor principal, ataca el bien jurídico protegido, solo que indirectamente. La ventaja que presenta esta posición se encuentra en su compatibilidad con el principio de accesoriedad; sin embargo, de acuerdo con Mazuelos Coello, "se orienta de manera demasiado exclusiva al injusto de resultado del hecho principal y descuida el injusto de la conducta del partícipe"[122]. Desde la teoría señalada, Roxin ha desarrollado una posición denominada *teoría del ataque accesorio al bien jurídico (Theorie des akzessorischen Rechtsgutsangriffes)*. En esta perspectiva, "cada participación, desde su accesoriedad,

119 Mazuelos Coello, Julio, "Inducción", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 908.

120 *Vid.* Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, p. 890.

121 Lagos Chandía, Glenda, *La inducción*, tesis para optar el grado académico de máster en Derecho Penal, Sevilla: Universidad de Sevilla, p. 41. Recuperado de <https://bit.ly/2NEc7VW>.

122 Mazuelos Coello, "Inducción", art. cit., p. 909.

presupone un ataque independiente al bien jurídico por parte de cada partícipe. Se logra así que la teoría de la imputación objetiva también sea aplicable a la participación"[123].

El carácter accesorio de la inducción implica que se la presuponga unida siempre al hecho de otro. Esta unión accesoria con un hecho principal "dota de legalidad a la punición de la inducción frente al principio constitucional de determinación: *nullum crimen sine lege*". Dicha accesoriedad aplica tanto para la determinación de la responsabilidad penal del inductor como para la determinación de su sanción. Por otra parte, "no habría participación punible en los casos de creación con dolo típico de un mero estímulo delictivo, a pesar de que se haya causado en forma accesoria una acción del autor. Los efectos de esta teoría no se justifican por el solo hecho de que según el art. 24 del CP el inductor ha de ser castigado con la misma pena que el autor. Se han de tomar en cuenta [...] los denominados ablandamientos de la accesoriedad [...], ligados generalmente a los elementos personales especiales"[124]. En consecuencia, la inducción ha de estar referida necesariamente al hecho principal que se ha realizado, como mínimo en grado de tentativa, y no al que estuvo en el plan del inductor, para que pueda serle imputado; por ejemplo, si una mujer induce a dos personas para que maten a su esposo, los está determinando a cometer homicidio y no parricidio (aunque en este supuesto la inductora podría merecer una pena mayor que los autores principales).

La conducta del instigado debe reunir todas las características de la acción en sentido jurídico-penal. Conforme con el principio de accesoriedad, válido para todas las formas de participación, el instigado debe, al menos, haber comenzado la ejecución del delito para que él y el instigador sean penados. No hay instigación "cuando el autor se ha formado de

123 *Ibid.*, p. 910.

124 *Ibid.*, pp. 910 y 911.

antemano la resolución de delinquir, ni cuando solo se ofrecen consejos vagos relativos a la conveniencia de entregarse a la vida delictual"[125].

4.1.1. Requisitos

Los requisitos de la inducción serían los siguientes:

— Un hecho principal doloso y antijurídico.

— La determinación de la resolución criminal en otro.

— El inductor emplea medios de carácter psíquico.

— Momento de la instigación.

A) Un hecho principal doloso y antijurídico

El primer elemento exigido para la constitución de la inducción es la existencia de un hecho antijurídico dolosamente realizado por otro. Es posible la instigación a un delito del cual el inductor no puede ser autor, como es el caso de los delitos de infracción de deber (el elemento especial de la autoría recogido en el tipo debe ser abarcado por el dolo del inductor) y los de propia mano; también cabe la inducción a un delito de peligro. Según los fundamentos de la accesoriedad no solo es punible la instigación en los casos en que el hecho principal está consumado, sino también cuando ha sido tentado, este es el caso de la tentativa punible como hecho principal[126].

---

125 Politoff Lifschitz, Sergio; Jean Pierre Matus Acuñay María Ramírez G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 428.

126 En la doctrina nacional, Bramont Arias y Bramont-Arias Torres, Peña Cabrera y Villavicencio Terreros como mínimo exigen una tentativa conminada con pena respecto del hecho principal. Bramont Arias, Luis y Luis A. Bramont-Arias Torres, *Código Penal anotado*, 4.ª ed., Lima: San Marcos, 2001, p. 122; Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Esti dio programático de la parte general*, ob. cit., p. 353; Villavicencio Terreros, *Cı digo Penal comentado*, ob. cit., p. 148.

La instigación a un hecho principal culposo queda fuera de consideración, en la medida en que, si una persona actúa no dolosamente como instrumento de un hombre de atrás mal intencionado, este último sería autor mediato (y no instigador)), siempre que ostente la cualidad de autor que fuera exigible para el caso específico[127].

La doctrina cuestiona la inducción cuando un sujeto induce a otro para que, a su vez, induzca a un tercero a cometer un delito (la denominada instigación en cadena, *kettenanstiftung*), pues no hay influencia directa en la ejecución. Por otro lado, no habrá instigación si un sujeto convence a otro para que realice actos de complicidad o de cooperación necesaria. Tampoco hay inducción si un sujeto persuade a otro para delinquir como forma de vida.

Hurtado Pozo indica que el castigo al instigador depende de "que el instigado haya concretado su voluntad delictuosa [...], es decir que hubiera al menos comenzado la ejecución del hecho punible"[128]. No es suficiente, entonces, para sancionar al instigador que haya creado en otra persona la resolución criminal, sino que esta debe haberla puesto en ejecución.

Nuestra legislación no reprime la tentativa de instigación. Esta se presenta en tres casos: "cuando el instigador, a pesar de sus esfuerzos, no logra convencer al que debe ejecutar materialmente la infracción"; cuando "el instigado, aunque ya convencido, no comienza la ejecución

---

127 En la doctrina peruana, Bramont Arias y Bramont-Arias Torres son expresamente contrarios a la admisión de un hecho principal culposo en la inducción, por tratarse de un concepto eminentemente normativo. Bramont Arias y Bramont-Arias Torres, *Código Penal anotado*, ob. cit., p. 122. Igualmente, Peña Cabrera y Villavicencio Terreros conciben el art. 24 del CP referido solo a un hecho principal doloso. Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, ob. cit., p. 353; Villavicencio Terreros, *Código Penal comentado*, ob. cit., p. 143.

128 Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend, citados por Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 894 y 895.

del hecho punible (no intenta)"[129]; y cuando el autor ya está decidido a realizar el hecho sin necesidad de ser convencido. En el primer y segundo caso, no se sanciona ni al instigador ni al instigado.

B) La determinación de la resolución criminal en otro

La instigación presupone la actuación libre y sin error del instigado, tanto en la decisión de cometer el delito como en su ejecución. La instigación fracasada no es punible, "requiere de un resultado exitoso: la tentativa o consumación del delito por el instigado. Es este el principio denominado *de exterioridad*"[130].

La intervención del inductor ha de ser una condición *sine qua non* o condición necesaria del nacimiento de la voluntad criminal en el autor. El Código Penal define la instigación con la palabra "determinar", que, como ya hemos indicado con anterioridad, se ha de entender como el origen de la decisión a un hecho antijurídico concreto (relación de causa a efecto para la realización del hecho[131]). La determinación es también posible en aquellos casos en los que el autor está preparado de una manera muy general para el hecho, o cuando ya tiene el pensamiento sobre este, pero todavía está dubitativo o cohibido para su realización[132]. No es posible la inducción cuando la persona a determinar se encuentra ya por sí misma decidida al hecho, tampoco se hace necesario que el inducido sea consciente de que actúa bajo la instigación.

También se admite la "coinstigación", esto es, cuando en la acción de instigar intervienen varias personas. Este es el caso en que dos o más

---

129 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 895.

130 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, 16.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 427.

131 El hecho principal debe ser realizado por el inducido dolosamente y a consecuencia de la inducción. Mazuelos Coello, "Inducción", art. cit., p. 917.

132 *Loc. cit.*

sujetos se ponen "de acuerdo para instigar a otro para que ejecute un delito" (como en la coautoría). En cambio, "si dichas personas proceden por su cuenta y sin saber lo que cada uno está haciendo, son instigadores accesorios (como los autores accesorios [...])"[133]. Fontán Balestra señala que "si un individuo, dirigiéndose a varias personas que lo escuchan, instiga a cometer un delito determinado, y el grupo o alguno de sus componentes sale de allí para ejecutarlo, se daría la causalidad psicológica y el dolo que caracterizan a la instigación"[134]. Entonces, "la actividad persuasiva del instigador puede alcanzar a varias personas, sin necesidad de que las conozca personalmente, si el agente desarrolla su actividad en público y ante un número indeterminado de individuos"[135].

Como indica Fontán Balestra, "no es preciso que la instigación vaya acompañada de circunstancias de tiempo, lugar o modo; [...] es suficiente la inducción a un delito determinado", como el caso del que "induce al encargado de la caja a apoderarse del dinero, o el de la amante que convence al hombre casado para que se deshaga de su mujer matándola, sin indicar el cómo ni el cuándo"[136].

Instigar es decidir a otro a que ejecute el hecho punible, lo que significa que la voluntad del instigado de cometer el delito es consecuencia directa de la acción del instigador[137]. Como forma de participación, se excluye tanto la instigación culposa (por ejemplo, el comentario casual que se toma por razón definitiva para delinquir) como la omisiva (por ejemplo, la falta de respuesta a una pregunta que el autor considera como "señal decisiva" para actuar). Sin embargo, la ley no exige una instigación *expressis verbis*, esta puede realizarse tanto explícita como implícitamente,

---

133 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 893.

134 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 424.

135 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 893.

136 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 424.

137 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios del derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid: Akal, 1997, p. 384.

lo que importa es que se actúe positivamente con el propósito de formar en el tercero la resolución delictual.

La ley limita el castigo del instigador a cuando forma en el inducido la decisión de cometer un hecho típico y antijurídico determinado, no es punible la sola invitación genérica a delinquir.

C) El inductor emplea medios de carácter psíquico

El medio puede ser "cualquier exteriorización de la voluntad constitutiva de acción [...]. La acción de instigar, en sí misma, no es punible (no es típica), [...] es preciso que el instigado ejecute una acción que esté dentro de lo propuesto y previsto para el instigador y no otra cualquiera"[138]. Los medios de los que se pudiera valer el instigador son diversos, así, podrían consistir en consejos, promesas, apuestas, ruegos, persecuciones, aprovechamiento de los sentimientos, violencia, abuso de autoridad, etc., siempre que implique una influencia psíquica[139]. Es necesario, sin embargo, "verificar que estos medios no sean de tal intensidad que transformen al tercero en el intermediario material de la autoría mediata"[140].

Una concepción restrictiva de la instigación exige un contacto intelectual entre el inductor y quien va a ser influenciado con el objetivo de determinar a este último hacia la decisión del hecho; por consiguiente, la mera creación de estímulos o impulsos situacionales hacia el hecho no

138 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 425.

139 Cfr. Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 461. La acción inductora debe ser lo suficientemente intensa para provocar en la psiquis del autor la idea de cometer el delito y esta debe conectarse causalmente con dicha voluntad decisoria; no cabría esta variante participativa con una mera sugerencia a un tercero o una indicación genérica de delinquir.

140 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 891.

es suficiente para apreciar una inducción[141]. Roxin menciona que para la inducción es necesaria la concurrencia de una "intelectual comunicación colusiva"[142] entre el inductor y el autor. Necesariamente ha de darse un proceso de comunicación entre el inductor y el inducido dentro de un contexto de interacción social de ambos. Para que se considere inducción la influencia psíquica ha de ser, como mínimo, una influencia por la que el autor comprenda su decisión de manera independiente de la voluntad del inductor.

Hilgendorf[143] se muestra crítico con esta postura. Para este autor la punibilidad de la inducción no depende de las influencias verbales o situacionales, sino del potencial de riesgo que encierra la conducta del inductor. Así, para determinar la punibilidad de una conducta se recurre a un examen de la causalidad, donde se mide el grado del riesgo para el bien jurídico protegido originado por el impulso hacia el hecho. Este riesgo puede ser creado mediante influencias comunicativas y no comunicativas, aquí juegan un rol importante solo aquellos impulsos que superen el nivel cotidiano de influencias hacia la comisión de hechos punibles que existen en toda sociedad, los cuales han de ser considerados como una superación del riesgo socialmente adecuado y, en consecuencia, una inducción más vinculada a la moderna teoría de la imputación objetiva.

No es suficiente el simple silencio frente a la posible preparación de un hecho. Un sector de la doctrina niega la posibilidad de la inducción por omisión en la medida en que en ella no puede encontrarse una intervención con contenido (sentido) relevante para la determinación. Sin embargo, algunos autores admiten la posibilidad de la inducción por omisión cuando el deber radica en la interrupción del riesgo que encierra la propia determinación hacia el hecho; fórmula que sería aplicable al art. 24 del CP en la medida en que concurra en el inductor un deber de

141 Mazuelos Coello, "Inducción", art. cit., pp. 918 y 919.
142 *Ibid.*, p. 919.
143 *Loc. cit.*

garante respecto del bien jurídico afectado por el hecho principal, solo así podría determinarse un ataque independiente para un bien jurídico referido al inductor[144].

Habrá instigación siempre y cuando "el hecho material haya sido determinado por la acción psíquica del inductor". No se puede instigar a quien tiene ya decidió cometer el hecho. Esto "no significa, en modo alguno, que el autor material no haya tenido la idea del delito, porque entre la idea y la decisión, que es lo que el instigador forja, aún hay un camino largo. Esta imposibilidad de instigar no impide la complicidad"[145].

La intervención del instigador "no debe reducirse a un simple factor causal respecto a la toma de decisiones del instigador. [...] El instigado debe sentirse como obligado respecto al instigador"[146]. La particularidad de la instigación es que recae "sobre la esfera subjetiva del autor: el aporte al hecho típico es, en esencia, intelectual: el instigador no hace; hace hacer"[147].

D) Momento de la instigación

Lo usual es que la instigación sea anterior a la ejecución del hecho punible, pues precisamente esta es la que va a causar que el autor tome la resolución de cometerlo, pero también puede concurrir de forma concomitante[148]. En consecuencia, "no es solo objeto de la instigación el autor originariamente indiferente u opuesto al acto, sino que también puede serlo aquel que tiene la disposición general a cometer delitos de determinada especie, siempre que la decisión al hecho concreto provenga

144 *Ibid.*, pp. 920 y 921.

145 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 427.

146 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 891.

147 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 422.

148 Conde-Pumpido Ferreiro, citado por Felipe Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 514.

de la influencia del instigador[149]. También puede ser objeto idóneo de la instigación el que duda sobre si cometerá o no el injusto, así como quien hace depender la ejecución de una condición"[150].

4.2. Complicidad

El cómplice es el que coopera dolosamente a la ejecución del hecho ajeno y que, por consiguiente, actúa con un dolo que le es propio, pues su finalidad es que el autor alcance su designio criminal. Dicho grado de participación requiere: "a) que objetivamente se haya prestado una ayuda al autor; y b) que subjetivamente se haya accedido a un hecho doloso principal, proporcionando un aporte encaminado a lesionar el mismo bien jurídico atacado por el autor"[151].

Garrido Montt señala que el Código Penal se refiere al cómplice residualmente: "Los que no son autores pero realizan acciones dirigidas al delito, son cómplices; los califica de tales por exclusión". En ese sentido, la complicidad sería un comportamiento accesorio, una conducta complementaria, porque su existencia depende de la del autor. Si no hay autor al que prestar ayuda, tampoco puede haber complicidad[152].

El cómplice favorece al autor mediante determinados actos de colaboración, tendientes a permitir la realización típica. Este presta al agente del delito un mecanismo, un dispositivo, un arma, un instrumento, una llave, planos o proporciona ciertos datos de relevancia, medios apropiados para que el autor pueda realizar el hecho delictivo en cuestión. Un

---

149 Stratenwerth, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, trad. por Manuel Cancio Meliá y Gustavo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 423.

150 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 514.

151 Bacigalupo, citado por Esteban Righi, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2008, p. 399.

152 Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, t. II, 3.ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 320.

aporte, para ser punible, debe ser objetivamente verificable; sin embargo, "está fuera de duda la posibilidad de complicidad (psíquica) por consejo técnico, como datos sobre los usos y costumbres de la víctima, instrucción sobre la utilización adecuada de instrumentos, referencia sobre dispositivos de seguridad, etc."[153].

El cómplice, en líneas generales, es el cooperador, el que ayuda en forma dolosa al autor a realizar el hecho punible. Quintero Olivares define a la complicidad como "aquella contribución o auxilio al hecho, anterior o simultáneamente, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor"[154].

En el plano subjetivo, la complicidad requiere dolo, que consiste en saber que se aporta a la ejecución de un hecho punible. En consecuencia: a) no es posible la complicidad en delitos culposos, y b) tampoco es admisible la complicidad culposa en un hecho principal doloso. El cómplice debe saber que presta una aportación a la ejecución de un hecho punible[155].

En efecto, es cómplice quien dolosamente haya prestado ayuda a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico[156], por lo que no se admite una complicidad culposa; de ahí que en la complicidad rija el principio de accesoriedad limitada. La contribución del cómplice "no requiere un acuerdo expreso con el autor, basta un acuerdo tácito e incluso en determinados casos puede ocurrir que el cómplice otorgue su

153 *Vid.* Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., p. 428; Peña Cabrera Freyre, Alonso R., *Derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Idemsa, 2004, p. 597.

154 Quintero Olivares, Gonzalo, *Curso de derecho penal. Parte general. Acorde al nuevo Código Penal de 1995*, Barcelona: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 1996, p. 489.

155 Quintero Olivares, *Curso de derecho penal. Parte general. Acorde al nuevo Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 489.

156 Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 427.

aporte sin que el autor tenga conocimiento de ello (la llamada *complicidad oculta*)"[157]. El dolo del cómplice tiene en cuenta tres aspectos: a) la conciencia y voluntad del acto que realiza; b) la representación del acto del autor, y c) el conocimiento de que su acto está auxiliando al del autor.

Como explica Villavicencio Terreros, "el dolo del cómplice debe estar referido al acto de colaboración y a la ejecución del hecho principal, por lo que se habla de un *doble dolo*"[158]. Este dolo constituye el "límite de la responsabilidad, por ello, el cómplice solo responde hasta donde su voluntad le alcanza. Él no se hace responsable de los excesos en que pudiera incurrir el autor"[159]. Si este presta una colaboración dolosa para un delito de hurto y finalmente se comete un robo, solo responderá por el primero de ellos. En este grado de participación del delito es suficiente la cooperación con dolo eventual.

La complicidad requiere de una voluntad dirigida a prestar ayuda a la actividad del autor, lo que descarta la posibilidad de imprudencia o negligencia. La tentativa de complicidad no es punible, no obstante se confunda la participación en la tentativa con la llamada *tentativa de participación*. Esta última se da en el caso de quien no presta la ayuda que prometió o debió prestar. La opinión imperante en la doctrina reconoce que la tentativa de participación no es punible.

También en la complicidad corresponde aplicar las reglas de la imputación objetiva para determinar si ha existido un aporte, que puede consistir en comportamientos e incluso consejos que ayuden al autor a cometer el hecho delictivo.

Un problema específico se presenta en la complicidad por *conductas neutrales* (colaboración neutral, actos cotidianos, comportamientos jurídicamente neutrales, socialmente adecuados, adecuados a la profesión,

157 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 524.

158 *Ibid.*, pp. 524 y 525.

159 *Ibid.*, p. 525.

en general conductas en sí mismas reglamentadas) que se excluyen de la penalidad por complicidad[160]. Entendemos por *conducta neutral o cotidiana* la intervención en el tráfico de bienes o servicios generalmente legales y habituales, pero que al mismo tiempo puede incrementar las posibilidades de realización de un delito. Precisamente, es en este tipo de casos en los que el riesgo permitido adquiere su papel más importante con relación a la participación. Ejemplo: el taxista que por el precio de un servicio normal lleva al asaltante hasta el domicilio de la víctima; el panadero que vende una torta conociendo que el cliente pretende envenenarlo para matar a su cónyuge; el fabricante de materias primas que le suministra a una empresa, sabiendo que en la fabricación de productos se afecta el medioambiente. En este sentido, "las acciones que pueden ser calificadas desde el *punto de vista del sujeto que realiza la aportación* como actos cotidianos, con sentido en sí mismos, no podrán constituir complicidad en el delito cometido por quien la recibe, independientemente del grado de conocimiento que se tenga del plan delictivo"[161] [162].

4.2.1. Requisitos

Como hemos señalado anteriormente, la complicidad requiere estar conectada a un hecho principal. En tal sentido, deben cumplirse ciertas condiciones en este grado de participación en el delito, que a continuación pasamos a explicar.

A) El cómplice no es autor

Un cómplice no puede realizar un acto propio del autor. Esto podría "considerarse como una exigencia superflua, pero debe entenderse

160 *Ibid.*, p. 522.

161 López Peregrín, María C., *La complicidad en el delito*, p. 273, citado por Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 522 y 523.

162 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 522 y 523.

en cuanto al dolo del sujeto, en cuanto a la finalidad que guía su actuar. [...] El autor realiza una actividad tendiente a concretar el designio injusto, su actuar está dirigido a materializar el propósito o meta que precisamente la ley penal trata de impedir al sancionar esa conducta"[163], mientras que el cómplice lo que persigue es *auxiliar* al autor para que este alcance su propósito; por ejemplo: "un individuo, con el fin de provocar un incendio, prepara los elementos inflamables, los instala en el lugar adecuado, coloca la mecha que producirá la combustión, saca el fósforo para prenderla, pero es interrumpido por los pasos de alguien que se acerca, debido a lo cual se esconde; a su vez, el que se acerca, al encontrar todos estos implementos preparados, decide provocar el incendio, prende el fósforo y hace arder la mecha"[164]. En este caso, no hay complicidad, pues el primer incendiario no pretendía auxiliar, sino incendiar; sin embargo su actividad estaría enmarcada dentro de los actos preparatorios o tentativa (dependiendo de si se han realizado actos de ejecución o no), mientras que el segundo consumaría el delito de peligro por medio de incendio o explosión si creara un peligro común para las personas o los bienes (art. 273 del CP).

Los actos contributivos (aportes) del cómplice, entonces, no deberían configurarse dentro de la descripción típica, estos quedan fuera del tipo, pues de lo contrario podría hablarse de coautoría[165]. El hecho principal al que se aporta debe haberse concretizado, por lo menos en grado de tentativa[166].

---

163 Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 321.

164 *Loc. cit.*

165 Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2000, p. 629; Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 400.

166 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Luis Arroyo Zapatero; Juan Carlos Ferré Olivé; José Serrano Piedecasas y Nicolás García Rivas, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona: Praxis, 1996, p. 296.

Asimismo, *no hay complicidad de complicidad*, esto se desprende del art. 25 del CP, que se refiere a la prestación de auxilio para la realización del hecho punible —es decir, la comisión del delito— y no de la cooperación a la cooperación.

B) Momento de la colaboración: antes o durante la ejecución del delito

Toda aportación realizada, tanto en la *etapa preparatoria como en la ejecutiva*, es definida como una complicidad. *No hay una complicidad posterior a la consumación*, porque esta última conducta corresponde a la del encubridor (personal o real)[167]. Sin embargo, cuando se ayuda al

167 Artículo 404 del CP.- Encubrimiento personal
El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.
Si el agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350, en la Ley N.º 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos) o en el Decreto Ley N.º 25475 (Establecen la Penalidad para los Delitos de Terrorismo y los Procedimientos para la Investigación, la Instrucción y el Juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Artículo 405.- Encubrimiento real
El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.
Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Ley N.º 25475 (Establecen la Penalidad para los Delitos de Terrorismo y los Procedimientos para la Investigación, la Instrucción y el Juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo 406.- Excusa absolutoria
Están exentos de pena los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los ar-

autor luego de consumado el hecho, lo que determinaría la complicidad es la *promesa anterior*[168], que "implica un apoyo psicológico al hecho, por lo que nos encontramos ante una complicidad intelectual"[169]. Entonces, corresponde imputar complicidad y no encubrimiento cuando el sujeto oculta al autor después de la consumación del ilícito penal en virtud de una promesa anterior. Asimismo, habrá complicidad aun cuando la promesa después no se cumpla, por ejemplo, porque el hecho quedó en grado de tentativa[170]. En cambio, si la promesa anterior no tuvo incidencia en el hecho, no habrá complicidad[171].

El cómplice, entonces, debe realizar una actividad anterior o simultánea a la comisión del hecho que objetivamente importe una colaboración en el actuar del autor. Puede realizar cualquier acto —su identidad no interesa, puede ser esencial o no, determinante o no del delito, siempre que no sea el consumativo del hecho— que importe una ayuda o auxilio a la actividad del autor. Bramont-Arias Torres, citando a Quintero Olivares, sostiene que la complicidad "puede definirse como aquella contribución o auxilio al hecho, anterior o simultánea, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor"[172].

C) La colaboración debe ser considerada por el autor

El aporte del cómplice, tal como indica Bramont-Arias Torres, "debe ser utilizado por el agente que va a cometer el delito, de lo contrario

---

tículos 404 y 405 si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta.

168 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 597.

169 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 524.

170 Bacigalupo, citado por Esteban Righi, ob. cit., p. 399.

171 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara Editores, 2004, p. 498.

172 Bramont-Arias Torres, Luis M., *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, Lima: San Marcos, 1997, p. 174.

no hay nexo entre el delito y la persona que lo facilita"[173]. Este es el punto de conexión entre la complicidad y el delito cometido, al funcionar la conducta del partícipe como un favorecimiento de la acción delictiva.

Por su parte, GARRIDO MONTT indica:

> Es insuficiente la simple realización de la actividad de cooperación en favor del autor para calificar de cómplice del delito a quien la lleva a cabo; esa colaboración debe ser tomada en cuenta por el autor, empleándola realmente o, por lo menos, sirviéndole como un elemento que lo haya determinado a continuar o concretar el delito. De modo que es cómplice el sujeto que facilita un puñal a quien pretende matar a una persona, el que como instrumento alternativo se provee de una pistola, arma que en definitiva, y dadas las circunstancias que enfrentó, emplea para cometer el ilícito penal, pues aunque no empleó la daga, la consideró al realizar la acción delictiva. Al contrario, no es cómplice la criada que, en conocimiento de que su amante pretende sustraer la platería de la casa donde presta servicios, de propia iniciativa y para facilitarle la entrada, deja abierta la puerta de acceso; pero el ladrón —por razones de seguridad— siempre tenía planeado penetrar a la casa por el patio trasero, porque era menos probable que lo sorprendieran, y así lo hace apropiándose de los objetos que codiciaba. En esta hipótesis la colaboración de la criada no fue tomada en cuenta en ningún momento por el autor[174].

D) La colaboración puede ser material e intelectual

El aporte del cómplice no solo puede ser uno *material*, sino que también puede consistir en un *apoyo psicológico*. Este último no debe provocar en el autor la decisión de cometer el hecho ilícito, pues, de hacerlo, ya no nos hallaríamos frente un caso de complicidad, sino de

---

173 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis M., *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Santa Rosa, 2000, pp. 415 y 416.

174 GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 321.

instigación. En este sentido, "para que exista complicidad intelectual, la influencia psicológica debe significar un apoyo a la decisión ya tomada por el autor"[175], como aconsejar, indicar las modalidades de vigilancia y seguridad, informar sobre la combinación de la caja fuerte. Asimismo, "se puede cooperar omitiendo hacer algo a lo que se está obligado (el vigilante de la fábrica que al ver a los ladrones actuando, se hace el desentendido y no cumple con su deber)"[176].

Siguiendo a Roxin, Peña Cabrera Freyre distingue la coautoría de la complicidad por la calidad de la colaboración:

> La complicidad importa la presentación de una colaboración que puede o no resultar indispensable para la perfección delictiva, pero aun siendo imprescindible no supone el dominio del hecho; por tales motivos, la distinción entre coautoría y complicidad, parte del momento del *iter criminis*, donde se efectúa materialmente el aporte; en tal virtud, para ser coautor, el aporte debe materializarse necesariamente en la etapa ejecutiva del delito, quien no aporta una contribución tan importante en el estado de preparación será siempre cómplice; él no puede tener dominio sobre la acción típica, pues no está en su realización: la ejecución misma elimina su dominio, porque el hecho ya ha salido de sus manos previamente[177].

Para la complicidad no se requiere una actividad positiva; por lo que es admisible, al igual que en la instigación, una *complicidad por omisión*, siempre que facilite la realización del hecho[178]. La complicidad por omisión impropia es concebible, pero solo si el cómplice estaba jurídicamente obligado a actuar para evitar la consumación del delito.

---

175 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 521.

176 Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., p. 323.

177 Roxin, citado por Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 596 y 597.

178 Bacigalupo Zapater, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 496.

Quintero Olivares[179] señala que "la complicidad puede definirse como aquella contribución o auxilio del hecho, anterior o simultánea, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor". Cómplice es el que dolosamente colabora con otro para la realización de un delito doloso, dicha colaboración se puede dar con un aporte material (facilitar medios, vigilancia, supresión de la capacidad defensiva de la víctima) o un apoyo psicológico (informes o consejos sobre disposiciones, personas, momentos favorables, etc.). En cuanto al momento, este apoyo se puede dar en la etapa de los actos preparatorios o de ejecución del delito, nunca después de que se haya consumado. El cómplice no responde por los excesos del autor. Existen dos tipos de complicidad: primaria y secundaria.

4.2.2. Complicidad primaria

La complicidad primaria se encuentra regulada en el art. 25 del CP, que señala: "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiese perpetrado [...]".

La complicidad primaria, también conocida como *complicidad necesaria*, consiste en "la contribución cuya presencia es determinante para la ejecución del delito; es decir, son actos de cooperación de tal magnitud que —a pesar de no poseer un dominio del hecho— sin su presencia no sería posible la comisión del delito"[180]. Es cuando se presta un auxilio para la realización de un hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado. Ejemplo: el funcionario del banco que facilita la clave de la caja fuerte a quienes van a cometer un asalto, a cambio de una parte del botín. Otro ejemplo: el médico, miembro de un grupo criminal, que extiende una receta para comprar veneno, conociendo que ha de emplearse para matar. La pena que se prevé al cómplice primario es la misma que para el autor.

179 Quintero Olivares, *Curso de derecho penal. Parte general. Acorde al nuevo Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 489.

180 Rodríguez Hurtado, *et al.*, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, ob. cit., p.149.

4.2.3. Complicidad secundaria

En la complicidad secundaria o "no necesaria" estamos ante el "auxilio o colaboración del partícipe a la conducta típica del autor no necesario; esto es, si el autor prescinde de la participación (secundaria), la comisión del delito no será afectada"[181]. Ejemplo: el delincuente que actúa en calidad de campana.

Esta modalidad la encontramos en el segundo párrafo del art. 25 del CP, cuando se refiere "a los que de cualquier modo hubieran dolosamente prestado asistencia".

La complicidad secundaria se da, entonces, cuando de cualquier otro modo se hubiera dolosamente prestado asistencia. Ejemplo: quien facilita su vivienda para que los asaltantes planeen un robo de un banco. En cuanto a la sanción del cómplice secundario se señala que se disminuirá prudencialmente la pena obligatoriamente.

La complicidad, "al igual que la instigación, constituye una forma de participación en el delito en sentido estricto, por lo que las reglas que sobre esta figura jurídica establece el artículo 25 del Código Penal configuran una ampliación del tipo que implica una extensión de la pena"[182].

Según el Código Penal, el cómplice primario (denominado también cooperador necesario) será reprimido con la pena prevista para el autor. Sin embargo, esto "no significa que deba tener idéntica pena a la del autor, sino que simplemente debe ser sancionado dentro de los marcos penales establecidos en los tipos legales de la parte especial"[183]. En este sentido, la pena del cómplice no se equiparará necesariamente a la del autor, "sino [a] la del delito, con las diferencias que resultan del contenido de la culpabilidad de cada uno y de la comunicación [...] de las

181 *Ibid.*, p. 150.

182 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 520.

183 *Ibid.*, p. 526.

circunstancias o condiciones personales que tienen por efecto modificar la penalidad"[184].

Respecto a la complicidad secundaria, el segundo párrafo del art. 25 del CP establece una *disminución prudencial* de la pena[185].

Lo decisivo para determinar la culpabilidad del cómplice se deriva de la existencia de a) "la comunicación o no de las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea agravar la penalidad" y b) de la "limitación correctora que puede resultar de la aplicación individual de los principios de la culpabilidad"[186]. Queda, pues, excluida la complicidad por auxilio, en la que no media acuerdo ni promesa. La culpabilidad del cómplice se reduce al ánimo de contribuir a que el autor produzca el hecho del que ha de resultar lo reprochable[187].

Según nuestra ley, la complicidad consiste en ayudar dolosamente a un tercero para que ejecute un hecho punible previsto en un tipo legal. La participación del cómplice se limita a favorecer la realización del hecho punible principal, sea de manera material (darle la llave de la casa al ladrón o el veneno homicida), sea psíquicamente (prometerle al delincuente ayuda o reforzar su decisión de consumar el delito). Ante todo, la "complicidad es participación, por tanto, *acción típicamente antijurídica y culpable*"[188].

Como señala Hurtado Pozo, "los cómplices no deben realizar ningún acto de ejecución comprendido por el verbo principal del tipo

184 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., pp. 430 y 431.

185 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 526.

186 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 436.

187 Ferreira Delgado, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá: Temis, 1988, p. 175.

188 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 430.

legal"[189], lo cual los distingue de los autores. Esta diferenciación sería esencial con respecto a "la exigencia de las condiciones de autor en los delitos especiales, las que no es preciso requerir en el cómplice"[190]. A diferencia del autor (directo, mediato, coautor), el cómplice no tiene el dominio del hecho, por eso se dice que la complicidad es una participación accesoria y dependiente del hecho del autor por lo que no puede dar lugar a una tipificación penal independiente[191]. La complicidad se diferencia de los autores, en que en estos últimos cada uno puede desbaratar el plan total, retirando su contribución al hecho. En este sentido, "la expresión de 'participación necesaria' no es completamente exacta debido a que podría tratarse de una coautoría"[192]. La diferencia entre autor y cómplice no radicaría en la naturaleza objetiva de la actividad realizada, sino en la subjetividad que impulsaría la acción de uno y otro.

Siguiendo con las diferencias entre (co)autor y cómplice, Garrido Montt señala:

> En el momento en que aquel que colabora concurre en el concierto de voluntades de los autores, deja de ser cómplice y se convierte en coautor; el cómplice no puede participar de la finalidad del autor, ni del plan ni de la división del trabajo; si se cumplen en él estas condiciones, su conducta no es de colaboración, sino de facilitar medios previo concierto, debiéndose calificar como autor[193].

Por otra parte, el cómplice se diferencia del instigador en que "sí participa activamente en la realización del hecho punible, pero, a diferencia

189 *Vid.* Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 897.

190 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 430.

191 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 596.

192 Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., trad. por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 751. Recuperado de <https://bit.ly/39y1Q55>.

193 Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, ob. cit., pp. 322 y 323.

del autor, [...] no tiene del dominio del hecho", por eso acertadamente se dice que "la complicidad es una participación accesoria y dependiente del hecho del autor por lo que no puede dar lugar a una tipificación penal independiente"[194]. ROXIN opina que para una complicidad, a diferencia de una inducción, debe bastar que el cómplice apenas conozca el tipo que el autor quiere realizar. Entonces, si A pone a disposición de B el duplicado de una llave para un hurto, existiría complicidad aun cuando A no sepa nada acerca de la forma del hurto ni sobre el daño[195].

5. PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES

En los delitos especiales propios (esto es, aquellos que requieren específicas condiciones para ser autor y no tienen paralelo en un delito común, como es el caso del delito de prevaricato, por ejemplo) no existen mayores dudas respecto a la responsabilidad del partícipe por su contribución, porque de no ser así —habida cuenta de la existencia de un delito común subyacente—, la única salida sería entonces la impunidad[196].

En los delitos especiales impropios (es decir, aquellos que, sin poder cometerse a título de autoría más que por quienes reúnen los requisitos reclamados por el tipo, guardan correspondencia con un delito común) se suscita la interrogante de si el título de imputación se rompe para los *extranei* (lo que los haría responder por el delito común subyacente) o si, por el contrario, es obligatorio imputar al partícipe el mismo delito atribuido al autor[197].

---

194 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Idemsa, 2011, p. 527.

195 ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Grijley, 2007, p. 469.

196 LORENZO SALGADO, "La participación criminal: autoría, complicidad. La autoría mediata. La actuación en lugar de otro", art. cit., pp. 159 y 160.

197 *Ibid.*, pp. 160 y 161.

Un sector importante de la doctrina se inclina por defender que el sujeto no cualificado (*extraneus*) responde como partícipe del delito común, mientras que el cualificado (*intraneus*) responde por el delito especial. Consiguientemente, según esta dirección, procede la *ruptura del título de imputación*. Al extraño partícipe en el parricidio del *intraneus* habría de imponérsele la pena de homicidio, pues no tiene vínculo de parentesco con el sujeto pasivo. Y si fuera el *intraneus* el que participa en la muerte de su propio padre causada por homicidio, entonces, la ruptura del título de imputación resultaría perjudicial para él.

Un grupo de autores considera, en general, que la ruptura del título de imputación es la solución más justa. Al respecto, alegan que la accesoriedad que rige en la participación es la accesoriedad limitada, lo que equivale a decir que la conducta del partícipe ha de seguir a la del autor en lo tocante a la antijuricidad, pero no en lo atinente a la culpabilidad, habida cuenta de que no se participa en el delito completo, sino en el hecho delictivo que se ha realizado, esto es, en el injusto típico.

Otro sector de la doctrina estima, por el contrario, que el título de imputación no debe romperse (unidad del título de imputación) en ningún caso. En consecuencia, el no cualificado responderá como partícipe del delito perpetrado por el cualificado que sea autor. Y el cualificado responderá como partícipe —cuando así quepa calificarlo— del delito llevado a cabo por el no cualificado, si es este quien ha actuado como autor. En resumen, se afirma desde esta perspectiva, que el partícipe debe responder siempre de acuerdo con el tipo realizado por el autor, cualquiera que dicho tipo sea (para corregir las insuficiencias de esta tesis se acude por los autores que la patrocinan a la apreciación de atenuantes y agravantes, según los diversos supuestos).

Mir Puig, al que sigue Queralt Jiménez, sostiene la existencia de un concurso de leyes entre el delito base y el especial, a resolverse sea *extraneus* o *intraneus*. Por su parte, respecto al *extraneus*, Gracia Martín se inclina por acudir en alguna hipótesis no a un concurso de leyes, sino

al concurso ideal de delitos y hace entrar en juego una atenuante por analogía. Estas, entre otras, son posiciones que no resultan enteramente encuadradas en ninguno de los grupos doctrinales indicados[198].

5.1. La no concurrencia en el cómplice de los elementos especiales del autor (D. Leg. N.° 1351)

En el marco de las facultades otorgadas por el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo, el 7 de enero del 2017, publicó en el diario oficial *El Peruano* el D. Leg. N.° 1351. Esta norma modificó el art. 25 del CP, que quedó redactado de la siguiente manera:

> El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.
>
> A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.
>
> El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.

Como vemos, la modificatoria contenida en el mencionado decreto legislativo incorporó un tercer párrafo al art. 25 del CP, en donde se reconoció la responsabilidad penal del cómplice a pesar de que no concurran los elementos especiales que requiere el autor para la configuración del tipo legal (en delitos especiales o de infracción del deber)[199].

---

198 *Ibid.*, p. 161.

199 El delito especial es aquel que requiere una específica cualificación en el agente. Así, el delito de malversación (art. 389 del CP) requiere el carácter de funcionario o servidor público; el de prevaricato (art. 418 del CP) exige ser juez o fiscal; el de falso testimonio en juicio (art. 409 del CP) precisa reunir el carácter de testigo, perito, traductor e intérprete, etc. En el delito de infracción de deber, el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, siendo irrelevante la

Conforme a lo señalado, la ley penal estaría aceptando, respecto a la complicidad, los fundamentos de la *teoría de los delitos de infracción de deber*, elaborada por ROXIN, concepción que pretende dar solución a los problemas de autoría y participación en los delitos especiales, en los que la presencia o ausencia del dominio del hecho no tendría ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe. Para determinar la autoría, de acuerdo con esta posición dogmática, solo se tendría que verificar que el *intraneus* haya infringido su deber especial, de manera que será considerado partícipe el *extraneus* que haya colaborado de cualquier manera (con dominio del hecho o no, antes o durante la ejecución de los hechos) en el ilícito penal, aunque no tenga la cualidad específica exigida por el tipo[200].

La modificatoria del art. 25 del CP, en el sentido indicado, buscaría apartarse de la doctrina jurisprudencial obligatoria dispuesta en la Sentencia Casatoria N.° 782-2015 Del Santa[201], de 6 de julio del 2016, en la que la Sala Penal Permanente utilizó la *tesis de la ruptura del título de imputación*[202], perteneciente a la *teoría del dominio del hecho*, para resolver

---

forma de cómo ha de ejercitarse la acción.

200 *Vid.* ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber", en *Terragnijurista*, s/l: s/f. Recuperado de <https://bit.ly/368fBqd>.

201 Respecto de esta sentencia casatoria, véase PÉREZ LÓPEZ, Jorge, "Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito: la imposibilidad de sancionar al testaferro", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° *88*, Lima: octubre del 2016, p. 11 y ss.; PÉREZ LÓPEZ, Jorge, "El incremento patrimonial en el enriquecimiento ilícito debe corresponder al funcionario o servidor público. No puede sancionarse al testaferro cuando realice actos de complicidad o inducción", en *Administración Pública & Control*, n.° *32*, Lima: agosto del 2016, p. 29 y ss.

202 De acuerdo a esta teoría, los tipos penales de delitos especiales solamente se referirían a los *intraneus*; por lo tanto, los *extraneus* solamente serían punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurran (cada uno responde por su propio injusto). En el caso de los delitos especiales propios, aplicando esta teoría, siempre habría impunidad en el *extraneus*, si no existe ningún delito común subyacente aplicable a este.

un caso de enriquecimiento ilícito (delito considerado como de infracción de deber), donde absolvió de responsabilidad penal al cómplice del ilícito penal porque no concurría en este la condición exigida en la ley y no se había infringido de manera directa alguna norma de conducta.

Como ya hemos señalado, el último párrafo del art. 25 del CP, después de la modificatoria efectuada por el D. Leg. N.° 1351, indica que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.

Para determinar quién es autor y quién es cómplice en los delitos comunes, el legislador había optado por la *teoría del dominio del hecho*, que no servía en el caso de los delitos especiales por la calidad del agente, de allí que se haya construido dogmáticamente la *teoría de infracción del deber*, que es la que ha sido reconocida en nuestra legislación penal recién con la modificatoria mencionada en el párrafo anterior. Peña Cabrera Freyre, siguiendo la mencionada tesis, señala que el *extraneus* podrá ser sancionado a título de cómplice siempre y cuando preste su colaboración en la etapa preparatoria o ejecutiva del delito, pues después de su consumación dicho aporte sería constitutivo de otra infracción criminal[203].

En caso de los delitos especiales propios, donde el fundamento del injusto típico recae en la infracción de un deber funcional, solo puede ser autor (directo y mediato) aquel que asume una actividad y a partir de ella se convierte en garante del interés jurídico, por lo que un *extraneus* nunca podrá ser autor a efectos penales. Sin embargo, la calidad de partícipe se desprende de los preceptos regulares de la parte general del Código Penal, por lo que bastará que se cumpla con la condición exigida en el art. 25 para ser considerado cómplice (primario o secundario) en estos

203 Citado por Bacigalupo Zapater, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 498.

delitos especiales[204], sin importar que los elementos que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.

Toda complicidad es, por naturaleza, accesoria, significa la realización de aportes que complementan los actos del autor, sin ejecutar o consumar el delito. Representa, en suma, la colaboración a un hecho dominado por el autor o por los coautores. Dicha posición enseña que la complicidad con todas sus características y modalidades (primaria y secundaria) es por igual aplicable a los delitos comunes y especiales y que incluso en los contextos normativos, en los cuales los tipos penales involucran a particulares como sujetos activos de delitos especiales, resultan invocables las reglas de la accesoriedad de la complicidad.

Como vemos, si en los delitos especiales, como lo son la mayoría de delitos contra la administración pública, "participan sujetos públicos y particulares, los primeros serán autores debido a que participan en la comisión del delito [...] infringiendo un *deber especial* impuesto por la ley penal, en tanto que los demás serán simplemente cómplices debido que también participan en la comisión del delito pero sin infringir deber especial alguno, pues no lo tienen"[205].

En resumen, los delitos de infracción del deber solamente se configuran con la infracción *objetiva* del deber. El dolo sería necesario para la punibilidad del autor *intraneus*, pero no influiría en la punibilidad del *extraneus*. Entonces, en los delitos de infracción del deber, la conducta del partícipe, ya sea cómplice o instigador, es "accesoria" por cuanto su participación dependerá solamente de la infracción del deber cometida por el *intraneus*, ya dolosa o ya culposamente. Esto debido a que en esta clase de delitos "no es el dominio del hecho el criterio diferenciador entre

204 *Vid.* Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 598.

205 LP, "Ramiro Salinas Siccha comenta la reciente modificación del art. 25 del Código Penal sobre la complicidad", en *LP. Pasión por el Derecho*, Lima: 29 de abril del 2018. Recuperado de <https://bit.ly/3hUyfWq>.

autor y partícipe (que por su propia naturaleza tiene que ser doloso), sino la infracción del deber que recae en el *intraneus*, y esta infracción no tiene por qué ser dolosa". Así, "se da una solución satisfactoria —desde la perspectiva de la política criminal— a los casos de *instrumento cualificado no doloso* (*intraneus* que actúa bajo error), aunque se rompa con el entendimiento tradicional de la accesoriedad limitada (responsabilidad del partícipe cuando el autor haya cometido dolosamente un hecho típico y antijurídico que haya llegado por lo menos a la tentativa)"[206].

206 Abanto Vásquez, Manuel, "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber", en *Revista Penal*, n.° 14, Valencia: julio del 2004, p. 10. Recuperado de <https://bit.ly/3gQJrSx>. Véase Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 402 y ss.

LECCIÓN 12
CONSECUENCIAS DEL DELITO

El rasgo distintivo del derecho penal es la aplicación de la pena. Esta debe estar acorde con los principios normativos básicos consagrados por la Carta Constitucional y el Código Penal.

El ordenamiento jurídico peruano regula la figura de la pena como consecuencia jurídica de los delitos. La pena viene a ser una manifestación directa del poder punitivo estatal que se aplica siempre y cuando se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado. El uso desproporcionado de la respuesta punitiva del Estado no se traduce en una disminución de la criminalidad, sino en el desarrollo de un control penal desordenado y arbitrario.

Aunque la pena tradicionalmente aplicada es la privación de la libertad, nuestro Código Penal introduce mecanismos alternativos a la cárcel. No importa en qué sentido se observe la pena, esta siempre es un mal necesario. Lo que se pretende es evitar un mal mayor al ya cometido. A su vez, la pena debe ser la medida más económica, en términos de daño social, para solucionar el problema del delito.

1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO: LA PENA

La pena es el medio tradicional y el más importante de los que utiliza el derecho penal. Consiste en la privación de bienes jurídicos prevista en la ley. Es impuesta al autor de un hecho delictivo por los órganos

jurisdiccionales competentes y es, a su vez, un instrumento para la autoconstatación general del Estado y reafirmación de su existencia en forma general[1]. Si la sanción consiste en la privación de un bien jurídico a un individuo, se podrían dar casos en los cuales el agente no considere valioso dicho objeto de protección penal, por ejemplo: el sujeto que comete un delito para obtener casa y comida en la cárcel.

Nuestro sistema penal es *dualista*, pues reconoce, como consecuencias personales del delito, a las penas y a las medidas de seguridad. Además, es *vicarial*, porque se podrían aplicar las dos al mismo tiempo. Se debe distinguir entre la función y los fines de la pena[2].

a) Función

El derecho "debe limitarse a ordenar la convivencia externa de los hombres del modo menos gravoso para sus derechos y libertades. O sea, la función primordial de la pena es la tutela jurídica"[3]. El art. IX del título preliminar del CP señala que "la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, y que las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

b) Fines

Los fines son "los objetivos empíricos e inmediatos [...] a los que la pena, para cumplir con su función, ha de hallarse dirigida, esto es, la

1 Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée, "Pena y Estado", en *Papers. Revista de Sociología*, n.° 13, Barcelona: 1980, p. 121. Recuperado de <https://bit.ly/357mQ0o>.

2 Bramont-Arias Torres, *Manual de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Lima: Eddili, 2008, p. 341.

3 Bramont-Arias, Luis, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 130 y 131.

prevención general y la prevención especial"[4]. La primera finalidad es prevenir la posible comisión de delitos futuros; la segunda finalidad, proteger los bienes jurídicos; y la tercera, la resocialización del delincuente, entendida como todo un proceso de reincorporación a la vida útil dentro del colectivo social.

1.1. Características de la pena

La aplicación de la pena a cualquier persona debe reunir las siguientes características[5]: ser personal, proporcional y legal.

1.1.1. Personal

En el proceso penal se investiga y juzga a una persona determinada, y es a esta, luego de habérsela encontrado responsable del delito, a la que se sanciona con una pena. Como señala Chapoñán Jara, "el juzgamiento, por tanto, es personal, y lo que se persigue con la sanción penal es la rehabilitación y reincorporación del individuo a la sociedad"[6]. No cabe, bajo ninguna circunstancia, que otra persona reemplace al sentenciado; por ejemplo: no se puede aceptar que la madre de un sentenciado cumpla una condena por el delito cometido por su hijo.

1.1.2. Proporcional

La pena que se imponga "debe tener un correlato lógico con el delito que se ha cometido, tal como lo establece el artículo VIII del título

4 *Ibid.*, p. 431.

5 *Ibid.*, pp. 341-343.

6 Chapoñán Jara, Verónica, *Las contradicciones del artículo 48 del Código de Ejecución Penal, modificado por el artículo 5 de la Ley N.° 30076, sobre semilibertad para agentes primarios*, tesis para optar el título profesional de abogado, Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego, 2016, p. 28. Recuperado de <https://bit.ly/3b49qH9>.

preliminar del Código Penal"[7] (principio de proporcionalidad), el cual señala que "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". Para la correcta aplicación de este principio se deben tener en cuenta los parámetros establecidos en el art. 45-A del mencionado cuerpo de leyes: "Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad".

1.1.3. Legal

La pena, antes de su aplicación, debe ser conocida. Según Chapoñán Jara, "encontramos aquí una de las manifestaciones del principio de legalidad, establecida en el artículo II del título preliminar del Código Penal". Este principio señala que "nadie será sancionado por un acto no previsto como delito". Lo anterior debe ser complementado por el principio de ejecución legal de la pena establecido en el art. VI del título preliminar del Código Penal.

1.2. Clasificación de las penas

El Código Penal establece cuatro clases de penas como consecuencias jurídico-penales de la infracción penal cometida por una persona. Si bien no aparece en el catálogo la pena de muerte, esta, conforme a la Constitución Política del Estado, se permitiría en dos supuestos:

> Art. 140 de la Const. Pol.- La pena de muerte solo puede aplicarse al delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.

7 Chapoñán Jara, *Las contradicciones del artículo 48 del Código de Ejecución Penal, modificado por el artículo 5 de la Ley N.° 30076, sobre semilibertad para agentes primarios*, ob. cit., p. 28.

Al respecto, debemos señalar que la aplicación de la pena de muerte resulta inapropiada debido a que ya a nivel internacional se ha establecido la prohibición de su uso. Resulta contundente lo indicado por el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

La exclusión de la pena de muerte ha sido alcanzada por la sociedad actual como resultado de un largo proceso histórico y ha costado mucho esfuerzo consolidarla. Las clases de penas consagradas por nuestro Código Penal son las siguientes: privativa de libertad, limitativa de derechos, restrictiva de libertad y multa.

1.2.1. Pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad consiste en la privación de la libertad ambulatoria. El condenado es ingresado a un establecimiento penitenciario en donde es sometido a un determinado régimen de vida.

Esta medida solo se da cuando el sujeto ha cometido un delito considerado por el ordenamiento jurídico como grave. En efecto, la necesidad de una sanción privativa de libertad efectiva se debe dar en función de la relevancia constitucional del bien jurídico afectado (las alternativas de prisión deben convertirse en regla y la prisión debe ser la excepción). Esta idea se ve reforzada por el valor preeminente que la Constitución concede a la libertad personal.

Respecto al impacto de la pena en la libertad, Rojas Vargas señala:

> La imposición de la pena, especialmente la privativa de libertad, es la más violenta intervención que hace el Estado (monopolizador del *ius puniendi*) en el bien jurídico libertad del condenado, el más valioso valor integrador de la condición humana y que fundamenta la existencia de sociedades libres. Esto se debe a que la libertad personal es el último

> espacio de autonomía y participación del ciudadano en la vida social y política del país, garantizador del desarrollo de los demás derechos fundamentales como la vida, honor, integridad física, etc.[8]

La contradicción al delito a través de la pena debe ser compatible con el principio de proporcionalidad[9]. Es decir, encuentra su límite en dicho principio.

Bustos Ramírez, además, nos habla de la función resocializadora de la pena:

> Dada la corresponsabilidad del Estado, las sanciones han de contemplar, cuando el caso lo requiera, formas de apoyo a la persona, con el objeto de que en el futuro pueda resolver sus conflictos sociales de un modo diferente al de los hechos delictivos. La pena o sanción no puede ser simplemente un castigo, sino que tiene que ofrecer alternativas diferentes para la solución de los conflictos[10].

El interno requiere un tratamiento que lo prepare para su reinserción social. Este tratamiento, según Carranza *et al.*, radicaría en lo siguiente:

> Por tratamiento entendemos la intervención de un equipo técnico criminológico, es decir, interdisciplinario, que cubra las áreas psicológica, social, pedagógica y médica, [...] [cuya] función primaria [...] es evitar la prisionalización del interno, mantener su salud física y mental, romper la estigmatización y prepararlo para el muy probable etiquetamiento. Además, impedir que pierda el tiempo, utilizándolo en algo útil como

---

8 Rojas Vargas, Fidel, "Pena, resocialización y beneficios penitenciarios: aproximaciones discursivas a una de las utopías contemporáneas del derecho penal humanitario", en *Diálogo con la Jurisprudencia - Cuadernos Jurisprudenciales*, n.° 33, Lima: marzo del 2004, p. 3.

9 *Vid.* Milla Vásquez, Diana, "Comentario al Acuerdo Plenario N.° 8-2011/CJ-116 sobre beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 37, Lima: julio del 2012, pp. 309 y 310.

10 Bustos Ramírez, Juan, *Obras comple as. Control social y otros estudios*, t. II, Lima: Ara Editores, 2004, pp. 717 y 718.

el aprendizaje de un oficio, mejoría en el nivel académico o en el desarrollo de un trabajo[11].

Lo que se buscaría con este tratamiento es desaparecer el ambiente antinatural de las cárceles, ya que "una de las causas más importantes del fracaso del régimen penitenciario es el ambiente negativo de la prisión en el que se desenvuelve el interno"[12]. Como parte del mantenimiento de la salud física y mental del reo debería incluirse el tratamiento de vicios, por ejemplo. Consideramos que también deben aplicarse programas de asistencia al liberado.

Afirmaba Di Tullio que el detenido debe tener la sensación de que no es solamente un número, un culpable rechazado por la sociedad, sino un hombre entre los hombres, he allí la importancia de la participación de la familia para la rehabilitación del interno[13].

El régimen penitenciario se basa en la necesidad de rescatar para la sociedad a quienes han delinquido. El art. 139.22 de la Const. Pol. señala que este tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Estos objetivos constitucionales han tomado un carácter utópico, ya que solo una ejecución orientada y desarrollada, que no existe en nuestra realidad, podría resocializar a un individuo en un medio como la prisión, que se cuenta entre los principales factores criminógenos (para la mayoría de internos será una escuela que lo graduará de delincuente) y además es considerada como una maqueta de la sociedad, puesto que en ella se repiten el autoritarismo de los que administran el

11 Carranza, Elías; Mario Houed; Nicholas Liverpool; Luis Mora y Luis Rodríguez Manzanera, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 30. Recuperado de <https://bit.ly/3gZv3r8>.

12 Pizzotti Mendes, Nelson, "O fracaso da pena privativa de liberdad", p. 265, citado por Carranza *et al.*, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, ob. cit., p. 30.

13 Di Tullio, Benigno, *Principios de criminología clínica y psiquiatría forense*, Madrid: Aguilar, 1996, p. 486.

poder, la verticalidad de las jerarquías y de los estatus, la corrupción, la violencia, los ilegalismos económicos, los atentados contra la vida y la integridad personal, los atentados sexuales, el tráfico y el consumo de estupefacientes y psicotrópicos, las organizaciones criminales, etc.

Lamentablemente, la prisión es el espacio central de ejecución penal[14]; este es y ha sido la gran respuesta al problema social del delito. Los discursos de resocialización, prevención, protección y hasta la misma retribución no han sido nada más que eso.

De acuerdo con BARATTA, en la prisión no puede haber ninguna política de rehabilitación porque no pueden compaginar la inclusión o inserción cuando la institución es básicamente excluyente[15]. La perspectiva es entonces erradicar la exclusión total. No se ve claramente cómo una institución totalitaria[16] puede cambiar una persona cuya situación de desigualdad y postergamiento social lo habrían lanzado al delito, ya que la pena privativa de libertad efectiva es una suerte de justicia selectiva; caen en ella, preferentemente, quienes pertenecen a los sectores sociales menos favorecidos (clases subalternas y marginales).

Tampoco se ve cómo los muros y el severo régimen disciplinario de una prisión, plagado de violencia y arbitrariedades, pudiera persuadir al interno al cambio de su comportamiento. Ello más bien afianza su rol subalterno y marginal, ahora con una condición marginal más: la etique-

14 TOCORA, Fernando, *Política criminal en América Latina*, Bogotá: Del Profesional, 1990, p. 19.

15 BARATTA, citado por Jorge A. PÉREZ LÓPEZ, "La cárcel como factor criminógeno y de política penitenciaria", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 54, Lima: diciembre del 2013, p. 293.

16 La cárcel, como "institución total" de carácter punitivo, genera por naturaleza violencia y patologías propias que dañan a quienes la habitan. A este efecto natural se debe agregar el efecto multiplicador producido por el hacinamiento y la frecuente imposibilidad de satisfacción de necesidades elementales, como salud, alimentación o abrigo.

ta de delincuente. Baratta señala que "debe abandonarse la ilusión de poder 'reeducar' en el interior del sistema penal mediante instituciones totales como la cárcel"[17].

De conformidad con el art. 29 del CP, "la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años". Dicha amplitud del marco punitivo genera una serie de inconvenientes y críticas. Vaello Esquerdo indica:

> El rechazo a las penas de larga o corta duración está actualmente muy extendido en la doctrina, debido a los inconvenientes que en ellas se aprecia. Ni las unas ni las otras son útiles en un sistema penitenciario orientado a la resocialización: esta resultaría inviable porque las primeras acarrean la destrucción del sujeto como persona social y las otras, dada su breve duración, no permiten un tratamiento eficaz del interno[18].

El límite superior de la pena privativa de libertad, 35 años o cadena perpetua, no cumpliría con ningún fin resocializador, sino todo lo contrario, acarrearía un grave daño psicológico sobre el condenado. Villavicencio Terreros considera que la finalidad de reeducación no es coherente con una pena privativa de libertad en la modalidad de cadena perpetua[19], pues este tipo de sanción atentaría contra la dignidad de la persona y la indemnidad personal. Además, sería contradictoria al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, conforme a los fines de resocialización y humanidad, pues contraviene el art. 139.22 de la Const. Pol., según el cual la ejecución penal o el régimen penitenciario tiene

17 Baratta, citado por Pérez López, "La cárcel como factor criminógeno y de política penitenciaria", art. cit., p. 293.

18 Vaello Esquerdo, Esperanza, "Panorama del sistema de penas de los códigos penales español y peruano", en *Anuario de Derecho Penal*, Friburgo: 1998, p. 4. Recuperado <https://bit.ly/3kdOb7h>.

19 Villavicencio Terreros, *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2001, p. 159.

por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

En el Perú comúnmente se confunde la política criminal con represión, y esta, con prisión. Se constituye así un modelo de política propia de un Estado terapéutico, o sea, un Estado que busca la "curación" de las enfermedades sociales por intermedio de la sanción. Así como no existe una política criminal como un programa racional y estructuralmente concebido, tampoco existe una política penitenciaria con esas características.

Una verdadera política penitenciaria radicaría principalmente en aplicar la cárcel lo menos posible y buscar sustitutivos o alternativas a ella. Esto debido a los efectos de deterioro que ejerce sobre los internos, la traslación de la pena a familiares y allegados del preso, los resultados negativos que revierten sobre la comunidad, y su alto costo. Además, la selectividad del sistema penal se hace más notoria en las cárceles, donde se acrecientan los fenómenos de prisionalización, estigmatización y etiquetamiento; motivo por el cual se debe llegar a una *crítica de la razón punitiva* con miras a la *ética del no penar*[20]. Lamentablemente, no existe una política nacional de despenalización ni de apertura hacia alternativas de diversificación de la sanción de pena privativa de libertad, lo que, sumado a la política de crear nuevas conductas típicas y al aumento de las penas, da lugar al hacinamiento carcelario, en contravención de los incs. 20 y 22 del art. 139 de la Const. Pol. Esta situación es causa de la mala alimentación, contagio de enfermedades, dificultades en la clasificación y separación de los internos, entre otros problemas en nuestras cárceles.

Una política efectiva para evitar los graves problemas que conlleva el incremento del índice delictivo y el consecuente problema carcelario es la prevención. Esta se logra impulsando el diseño y aplicación de políticas integrales e integradoras que combinen lo social con lo jurídico-legal.

---

20 SCHEERER, Sebastián, "¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?", en *Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.º 3, Lima: 2002, p. 350.

Se trata de no generar condiciones sociales y económicas para delinquir. La exclusión social a la que se encuentra sometida una gran parte de la población, la pobreza en sus condiciones de vida (vive con menos del sueldo mínimo vital), los escasos o nulos niveles de educación, desempleo o empleos precarios constituyen un puente directo a la criminalidad, motivo por el cual el Estado debe dirigir políticas y programas hacia la igualdad de oportunidades que garanticen al acceso a la educación, a la vivienda, a la salud, a la alimentación, al deporte, al sano esparcimiento, entre otros. La política criminal no podrá sustituir las políticas sociales, económicas, educativas, culturales, etc., sino que estará supeditada a ellas[21]. En el caso de los delitos considerados de "cuello blanco" se hace necesaria la formación en ética y valores desde los primeros años de vida.

A. Suspensión de la ejecución de la pena

La suspensión de la ejecución de la pena, también denominada "condena condicional", es una medida mediante la cual el cumplimiento de la condena impuesta al delincuente queda en suspenso.

El reo que es juzgado y luego condenado queda en libertad bajo ciertas reglas de conducta; si durante un espacio de tiempo no comete nuevo delito, la pena en suspenso queda remitida por completo, caso contrario, si el agente vuelve a delinquir, se impone la pena suspendida. Se establecen determinadas *condiciones:*

a) La pena impuesta no debe ser mayor a 4 años. En caso de concurso de delitos habrá que computar en función de la pena más grave.

b) La naturaleza, la modalidad del hecho punible y la personalidad del agente deben hacer prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable que formule

21 Pérez López, "La cárcel como factor criminógeno y de política penitenciaria", art. cit., p. 295.

la autoridad judicial sobre la conducta futura del condenado requiere de debida motivación.

c) El agente no debe tener la condición de reincidente ni habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años. Es decir, una vez cumplidas las reglas de conducta en el tiempo establecido por el juez penal, la condena se considera como no pronunciada (si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia).

El art. 57 del CP establece que la suspensión de la pena tiene como presupuesto básico que el sujeto sea condenado a una pena privativa de libertad. La suspensión de la ejecución de la pena va acompañada por las reglas de conducta que dicta el juez sobre la base del art. 58 del mismo cuerpo de leyes:

a) Prohibición de frecuentar determinados lugares.
b) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.
c) Comparecer personal y obligatoriamente al juzgado, para informar y justificar sus actividades.
d) Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.
e) Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito.
f) Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol.
g) Obligación de seguir tratamiento programas laborales o educativos, organizadas por la autoridad de ejecución penal o institución competente.
h) Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.
i) Obligación de someterse a un tratamiento psicológico psiquiátrico.

Conforme al art. 59 del CP, si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el juez podrá según el caso:

a) Amonestar al infractor.
b) Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado, en ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años; o
c) Revocar la suspensión de la pena.

Mientras que, como indica el art. 60 del CP, se revocará la suspensión en el siguiente supuesto:

> [S]i dentro del plazo de prueba el agente es condenado a pena privativa de libertad por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a 3 años; en cuyo caso se ejecutará la pena suspendida condicionalmente y la que corresponde por el segundo hecho punible.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los arts. 384, 387, segundo párrafo del art. 389, 395, 396, 399, y 401 del CP, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del art. 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del num. 3 del art. 122, tal como lo señala el art. 57, *in fine,* del Código Sustantivo.

B. Vigilancia electrónica personal

Dentro de las penas privativas de libertad, el legislador ha incorporado la de *vigilancia electrónica personal* (art. 29-A del CP), cuya ejecución será realizada en el domicilio o lugar que señale el condenado, a partir del cual se determinará su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito. El cómputo de la aplicación de la vigilancia electrónica personal

será a razón de un día de privación de la libertad por un día de vigilancia. Cabe señalar que, para imponer esta pena, el juez debe valorar las condiciones previamente acreditadas de vida personal, laboral, familiar o social de la persona condenada, así como, de ser el caso, si estas se encuentran en alguno de los supuestos establecidos en el art. 29-A.5 del CP:

a) Los mayores de 65 años.
b) Los que sufran de enfermedad grave, acreditada con pericia médico legal.
c) Los que adolezcan de discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento.
d) Las mujeres gestantes dentro del tercer trimestre del proceso de gestación. Igual tratamiento tendrán durante los doce meses siguientes a la fecha del nacimiento.
e) La madre que es cabeza de familia con hijo menor o con hijo o cónyuge que sufra de discapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que se encuentre en las mismas circunstancias tendrá el mismo tratamiento.

El juez debe fijar las reglas de conducta (previstas en la ley y/o las que considere necesarias) que ha de seguir el condenado para asegurar la idoneidad de este mecanismo de control. Debemos destacar que no podrá acceder a la vigilancia electrónica personal quien tenga la condición de reincidente o habitual por la comisión de un anterior delito doloso.

La vigilancia electrónica personal se constituye en un método alternativo al sistema de reclusión *intramuros* con relación a determinados delitos[22]. Esta medida se fundamenta en la característica de *ultima ratio* del derecho penal. Con relación a este principio, Bustos Ramírez señala lo siguiente:

22 *Vid.* Guerrero Torres, Alejandro, "Desarrollo, funciones y beneficios del sistema de vigilancia electrónica en Colombia", en *Actualidad Penal*, n.° 10, Lima: abril del 2015, p. 323.

> [L]a gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que solo se le considere en última instancia. Es el último recurso que ha de utilizar el Estado, solo en ese caso está justificado su empleo[23].

A través de este mecanismo de control se podrá monitorear el tránsito de los condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento definido por el juez sobre la base del domicilio o lugar que estos señalen, siempre que esta decisión contribuya a su reinserción social o reduzca el peligro procesal.

La implementación de la vigilancia electrónica, como alternativa a la pena privativa de libertad y a la medida coercitiva personal de prisión preventiva, puede ser positiva para descargar el sistema penitenciario. Es conocido que, en nuestro país, la problemática carcelaria se da por el incremento inmanejable de la población penitenciaria, por el abuso del empleo de la prisión preventiva, los lentos procedimientos, la resistencia judicial a las penas alternativas a prisión, las legislaciones especiales y las sentencias o condenas excesivamente largas.

Debemos reconocer que una iniciativa como la vigilancia electrónica personal podría ser benefactora para el tratamiento de los reclusos, pues conllevaría a un control y monitoreo permanente de los detenidos y condenados a quienes se les hubiera sustituido la obligación de permanecer privados de la libertad en establecimientos penitenciarios, con lo que se evitaría la expansión innecesaria del control punitivo.

Este tipo de pena beneficiaría a la sociedad en su conjunto, pues evitaría que los delincuentes primarios entren en contacto con las cárceles. Estos establecimientos socialmente se constituyen en uno de los principales factores criminógenos, pues son consideradas verdaderas escuelas del crimen.

---

23 Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona: Ariel, 1984, p. 49.

La finalidad del uso de los grilletes electrónicos será disminuir los niveles de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del país, que, a causa de las bajas condiciones de vida y precariedades en la salubridad, salud y seguridad, colocan en riesgo los derechos constitucionales de las personas recluidas.

1.2.2. Pena restrictiva de la libertad: expulsión de los extranjeros

Este tipo de pena limita la libertad ambulatoria de la persona de manera menos rigurosa que la pena privativa de libertad. El art. 30 del CP establece la *expulsión* perpetua del país de los extranjeros que han sido encontrados responsables de la comisión de un delito, al culminar su pena. Dicha situación se dará solo para la aplicación de unos cuantos ilícitos penales, como el tráfico ilícito de drogas, defraudación tributaria, entre otros.

En lo que respecta al primer delito señalado, donde básicamente se da su aplicación práctica por parte del sistema de justicia penal, el art. 303 del CP señala de forma textual: "El extranjero que haya cumplido la condena impuesta será expulsado del país, quedando prohibido su reingreso".

Sobre este tipo de pena se han realizado muchas críticas, como el supuesto de *ne bis in idem*, al tener que ejecutarse la expulsión una vez cumplida la pena privativa de libertad (dos sanciones), o el acto discriminatorio que de por sí genera la imposición de la expulsión[24]. La pena restrictiva de libertad de expulsión se encuentra en crisis porque no tendría utilidad social.

24 *Vid.* Martínez Huamán, Raúl, "Sistema de sanciones penales en el ordenamiento jurídico peruano. Análisis comparativo con España", en Sanz Delgado, Enrique (dir.), *Derecho penal y penitenciario. Libro homenaje al profesor Dr. Germán Small Arana*, Lima: Ideas, 2015, p. 641.

1.2.3. Penas limitativas de derechos

Las penas limitativas de derechos son una alternativa a la pena privativa de la libertad y se aplican para delitos leves. Su rasgo común es "la privación temporal o definitiva de derechos distintos a la libertad ambulatoria, y que o bien son propios de cargos públicos o profesiones, o bien son inherentes a determinadas situaciones jurídicas"[25].

Estas penas deben permitir una fácil reinserción del procesado, quien se mantiene unido a su núcleo familiar y social y debe acudir únicamente los días señalados por el órgano competente para su cumplimiento. Las penas limitativas de derechos, consagradas en el art. 31 del CP, son las siguientes: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación.

A. Prestación de servicios a la comunidad

Según JESHECK, esta pena "consiste en el deber de prestar determinada cantidad de horas de trabajo no remunerado y útil para la comunidad durante el tiempo libre, en beneficio de personas necesitadas o para fines comunitarios"[26]. Esta pena obliga al condenado a trabajos gratuitos en instituciones asistenciales y en obras públicas; por ejemplo: hospitales, escuelas, orfanatos u otras instituciones similares. El trabajo se asigna teniendo en cuenta las aptitudes del sentenciado y las jornadas se realizan los sábados, domingos y feriados, excepcionalmente los días hábiles, en un total de 10 horas semanales, de modo que no se perjudique la jornada normal de su trabajo habitual. El cumplimiento de esta pena podría fluctuar entre los 10 a 156 jornadas.

---

25 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

26 JESCHECK, Hans-Heinrich, "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal", en MIR PUIG, Santiago (ed.), *La reforma del derecho*, Barcelona: Bellaterra, 1980, p. 19.

Sobre la legitimidad de obligar al penado a trabajar, Bramont-Arias Torres nos brinda la siguiente reflexión:

> Algunos podrían pensar que este tipo de penas no se deben aplicar porque no se puede obligar a trabajar a la persona en forma gratuita y, menos aún, en un lugar donde no quiere estar. Pero, en realidad, esto se encuentra justificado porque la pena en este caso parte de una limitación de derechos, se restringe la posibilidad de escoger el trabajo que el individuo quiere y se impone en forma gratuita, por tanto, esta medida no sería inconstitucional[27].

B. Limitación de días libres

Según el art. 35 del CP, consiste en la "obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, por un máximo de 10 horas semanales, a disposición de una institución pública, para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales". En cuanto a su cumplimiento, el Código Penal ha dispuesto que, durante el tiempo que duren las jornadas, el condenado reciba orientaciones y realice actividades tendientes a su rehabilitación y formación.

La pena de limitación de días libres se aplica como autónoma cuando está específicamente señalada para cada delito y también como sustitutiva o alternativa de la pena privativa de libertad, cuando la sanción a imponer, a criterio del juez, no sea superior a 4 años. Su marco sancionatorio es de 10 a 156 jornadas de limitaciones semanales.

Como señala San Martín Castro, "se trata, en rigor, de una pena corta privativa de libertad caracterizada por su cumplimiento discontinuo y traduce en un importante 'efecto *shock*' en el delincuente"[28]. Final-

27 Bramont-Arias Torres, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 363.

28 San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, t. II, Lima: Grijley, 2003, p. 1539.

mente, debe tenerse en cuenta que la ley establece los procedimientos de supervisión y de su cumplimiento.

C. Inhabilitación

Consiste básicamente en la privación y restricción de ciertos derechos personales (ambulatorios), civiles y profesionales del condenado, como consecuencia de la realización de un ilícito penal. El AP N.° 2-2008/CJ-116 indica que mediante esta pena "se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir"[29].

En cuanto a sus efectos, el art. 36 del CP señala que la inhabilitación producirá, según disponga la sentencia, lo siguiente:

1) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2) Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
3) Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.
4) Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.
5) Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
6) Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego, incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas.
7) Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

29 IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, *Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116*, Lima: 18 de julio del 2008, f. j. n.° 6.

8) Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos y otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiere servido el agente para cometer el delito.
9) Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica, centros de educación técnico-productiva, institutos o escuelas de educación superior, instituciones de educación superior artística, universidades, escuelas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, Ministerio de Educación o sus organismos públicos adscritos, Direcciones o Gerencias Regionales de Educación, Unidades de Gestión Educativa Local y, en general, en toda institución u organismo educativo, incluyendo centros de resocialización o rehabilitación, que desarrollan actividades permanentes o temporales vinculadas a la educación, capacitación y formación sobre cualquier materia, incluyendo los ámbitos deportivo, artístico y cultural; así como, 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; respecto de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, incluido el grado de tentativa, por cualquiera de los siguientes delitos:
   a) Delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley N.° 25475 y delito de apología del terrorismo tipificado en el artículo 316-A del Código Penal.
   b) Delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el capítulo IX del título IV del libro segundo del Código Penal.
   c) Delitos de proxenetismo tipificados en el capítulo X del título IV del libro segundo del Código Penal.
   d) Delito de pornografía infantil tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
   e) Delito de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos tipificado en el artículo 5 de la Ley N.° 30096.
   f) Delito de trata de personas y sus formas agravadas, tipificados en los artículos 153 y 153-A del Código Penal.

g) Delito de explotación sexual y sus formas agravadas tipificados en el artículo 153-B del Código Penal.
h) Delito de esclavitud y otras formas de explotación y sus formas agravadas, tipificados en el artículo 153-C del Código Penal.
i) Delitos de tráfico ilícito de drogas de la sección segunda del capítulo III del título XII del libro segundo del Código Penal.
j) Delitos de homicidio simple y calificado tipificados en los artículos 106, 108 y 108-A del Código Penal.
k) Delito de parricidio tipificado en el artículo 107 del Código Penal.
l) Delito de feminicidio y sus formas agravadas tipificados en el artículo 108-B del Código Penal.
m) Delito de sicariato y sus formas agravadas tipificados en el artículo 108-C del Código Penal.
n) Delito de secuestro y sus formas agravadas tipificados en el artículo 152 del Código Penal.
o) Delito de secuestro extorsivo y sus formas agravadas tipificados en el artículo 200 del Código Penal.
p) Delitos contra la humanidad (genocidio, desaparición forzada y tortura) tipificados en los capítulos I, II y III del título XIV-A del libro segundo del Código Penal.
q) Delito de violación de la intimidad, por difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, y sus formas agravadas, tipificado en el artículo 154-B del Código Penal.

10) Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
11) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez.
12) Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios.
13) Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.

La inhabilitación puede ser principal o accesoria. Al respecto, el AP N.° 2-2008/CJ-116 ha indicado:

> La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser *principal* o *accesoria*. La inhabilitación [...] principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplicada conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho —se basa en la incompetencia y el abuso de la función— (artículos 39 y 40 del Código Penal).
>
> La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del Código Penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales [...] se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal[30].

En el art. 38 del CP se establecen los plazos de duración de la inhabilitación principal, que puede extenderse de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del art. 36 del mencionado cuerpo legal:

> 6. La suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego; la incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo de alcohol o las drogas.
>
> 7. La suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

30 IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, *Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116*, Lima: 18 de julio del 2008, f. j. n.° 7.

[...]

9 La incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el D. L. N.° 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el capítulo IX del título IV del libro segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas 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. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal.

El 22 de octubre del 2016 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el D. Leg. N.° 1243, cuyo objeto, de conformidad con su artículo primero, es modificar el Código Penal y el de Ejecución Penal, a fin de establecer la pena de inhabilitación principal para los delitos contra la administración pública, así como ampliar el plazo de duración de dicha pena. Los medios de comunicación han bautizado a esta norma como la "ley de la muerte civil", pues su principal objetivo sería restringir el acceso a la función pública para aquellos funcionarios condenados por delitos de corrupción, además de crear el registro único de condenados inhabilitados.

El D. Leg. N.° 1243 restringe la posibilidad de acceder o de reincorporarse a la función o servicio público a quienes hubieren sido condenados por delitos contra la administración pública. En efecto, este dispositivo legal modifica el art. 38 del CP para que los delitos tipificados en los arts. 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 de dicho cuerpo normativo (es decir, los ilícitos penales de concusión, cobro indebido, colusión, peculado, peculado de uso, malversación de fondos, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho

activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito) tengan una pena de inhabilitación principal que se extienda de cinco a veinte años. En estos supuestos, la pena será perpetua cuando el agente actúe como integrante, persona vinculada o por encargo de una organización criminal, o cuando la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las 15 UIT.

La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en el art. 4-A del D. L. N.° 25475, los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N.° 1106, así como el primer, segundo y cuarto párrafo del art. 296-A y los arts. 296, 296-B y 297 del CP. En estos supuestos la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante, persona vinculada o por encargo de una organización criminal o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las 500 UIT.

El art. 38 del CP señala que en el caso de los "delitos contemplados en los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N.° 1106 (lavado de activos), la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas".

Debe tenerse en cuenta, además, que, conforme al art. 40 del CP, la pena de inhabilitación prevista en el art. 36.7 del mismo cuerpo de leyes puede aplicarse como pena accesoria en los delitos culposos de tránsito. Dicha pena es la de suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

El D. Leg. N.° 1243 ordena la creación de un registro único de condenados inhabilitados por los delitos tipificados en las secciones I, II, III y IV del capítulo II, del título XVIII, del libro II del Código Penal. En dicho registro, a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil (Servir), se

almacena la información de las personas cuya sentencia condenatoria los inhabilita debido a la comisión de alguno de los referidos delitos. Esta información será pública. Con esto, se obliga a las entidades a consultar este registro, bajo responsabilidad, antes de realizar la incorporación de alguna persona, como servidor o funcionario, al sector público.

Parte de las modificaciones incorporadas por el D. Leg. N.° 1243 ha sido incorporar la pena de inhabilitación para los particulares que cometan actos de corrupción. Así, el particular condenado a pena de inhabilitación por la comisión de los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico y tráfico de influencias (primer párrafo) no podrá acceder a un mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

1.2.4. Pena de multa

La pena de multa, denominada en el Código Penal como "días-multa" (art. 41 del CP), consiste en la obligación impuesta al condenado de pagar al Estado una determinada suma de dinero. Puede definirse, de acuerdo con Zipf, como una "intervención en el patrimonio del penado, realizada en ejercicio de la soberanía penal estatal, y cuya medida se especifica en dinero, es decir: como una pena patrimonial, de carácter pecuniario, que consiste en el pago de una cantidad de dinero"[31].

Así, la multa resulta ser la obligación impuesta al penado de pagar al Estado determinada suma de dinero en calidad de pena. La multa es una sanción que ha sido empleada a través del tiempo y en la actualidad ha venido a ocupar un lugar prominente dentro del derecho penal. Tal es así que gran parte de la doctrina la recomienda para cierto tipo de delitos leves, a manera de reemplazo o sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración.

31 Zipf, citado por Martínez Huamán, "Sistema de sanciones penales en el ordenamiento jurídico peruano. Análisis comparativo con España", art. cit., p. 648.

Dicho importe, según el art. 41 del CP, equivale al "ingreso promedio diario del condenado, y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza". El art. 42 del CP señala que para dicha pena se tiene como marco penal un mínimo de 10 y un máximo de 365 días-multa, salvo disposición distinta de la ley. Además, de acuerdo con el art. 43 del CP, el importe de la multa no podrá ser menor del 25 % ni mayor del 50 % del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.

El art. 44 del CP indica:

> La multa deberá ser pagada dentro de los 10 días de pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, el juez podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales.
>
> El cobro de la multa se podrá efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado cuando se aplica aisladamente o cuando se aplica acumulativamente con pena limitativa de derechos o fuere concedida la suspensión condicional de la pena, conforme a los límites previstos en el artículo 42.
>
> El descuento no debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia.

1.3. Determinación de la pena

Prado Saldarriaga refiere:

> [Con la expresión] *determinación judicial de la pena* se alude a un procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y ejecutivo la sanción a imponer en el caso *sub judice*. [...] [T]ambién recibe otras denominaciones como aplicación de la pena, individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.
>
> La determinación judicial de la pena parte de un hecho histórico verificable judicialmente y al cual cabe adscribirle consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva en función a su magnitud y significado social o

político-criminal. Para ello, el órgano jurisdiccional, en una sentencia penal, emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad o relevancia penal de la conducta atribuida al procesado (*juicio de subsunción*). Luego, a la luz de la evidencia existente, decide la inocencia o culpabilidad en base a los hechos probados (*declaración de certeza*). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal del imputado, deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle como autor o partícipe de la infracción penal cometida (*individualización de la sanción*)[32].

El juez, luego de haber efectuado la valoración de las pruebas, debe tomar la decisión de absolver o condenar al procesado. En caso de darse una sentencia condenatoria, el juzgador debe atender a una serie de criterios, algunos de los cuales se encuentran en el art. 45 y ss. del CP. La determinación de la pena configura la etapa final de un proceso penal. El art. 45 del Código Sustantivo señala los presupuestos para fundamentar y determinar la pena: las carencias sociales del agente, su cultura y sus costumbres y los intereses de la víctima.

A. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente

Tales carencias en cierta forma dicen mucho de la personalidad del sujeto; sin embargo, no son determinantes al momento de establecer la correspondiente sanción.

B. Su cultura y sus costumbres

Con respeto a este tema, el Código Penal prevé la figura del error de comprensión culturalmente condicionado (ya estudiado con anterioridad).

---

32 Prado Saldarriaga, Víctor, "Bases para una nueva dogmática de determinación judicial de la pena en el Perú", en Sanz Delgado, Enrique (dir.), *Derecho penal y penitenciario. Libro homenaje al profesor Dr. Germán Small Arana*, Lima: Ideas, 2015, p. 859.

C. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen

Este constituye otro factor, aunque de carácter subjetivo, que válidamente ha de ser apreciado por juez.

> Art. 46 del CP.- Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando específicamente:
>
> a. La naturaleza de la acción.
> b. Los medios empleados.
> c. La importancia de los deberes infringidos.
> d. La extensión del daño o peligro causados.
> e. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión.
> f. Los móviles y fines.
> g. La unidad y pluralidad de agentes.
> h. La edad, educación, situación económica y medio social.
> i. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño.
> j. Las condiciones personales y circunstancias que llevan al conocimiento del agente.

El juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima.

Los criterios que se tienen que manejar en la determinación de la pena son los siguientes: la proporcionalidad de la pena y la necesidad de la prevención especial; la corresponsabilidad de la sociedad; la existencia de una pluralidad cultural y la situación de la víctima; la magnitud del injusto; el arrepentimiento posterior; el mayor o menor reproche de la conducta; la edad; la educación, y la situación y medio social del agente (derecho penal de autor más que de acto).

El art. 46-A del CP señala que además constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el agente es miembro de las Fuerzas

Armadas, Policía Nacional, funcionario o servidor público y aprovecha esa condición, o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición. Conforme a dicho artículo, se aumentará la pena hasta la mitad por encima del máximo fijado para el delito cometido, sin excederse el máximo de la pena privativa de libertad temporal establecida en el art. 29 del CP, es decir, 35 años.

1.3.1. Circunstancias genéricas

Prado Saldarriaga define las circunstancias genéricas de la siguiente manera:

> [Son] las que se regulan en la parte general del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. Esta clase de circunstancias solo permiten al juez individualizar la pena concreta dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica[33].

El art. 46 del CP incluye ocho atenuantes que son las siguientes:

a) La carencia de antecedentes penales.
b) El obrar por móviles nobles o altruistas.
c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables.
d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.
e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias.
f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.
g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad.
h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

33 Prado Saldarriaga, "Bases para una nueva dogmática de determinación judicial de la pena en el Perú", art. cit., p. 864.

En el citado numeral, también se señalan catorce agravantes:

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.
b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos.
c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.
d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales 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.
e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.
f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con 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.
g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito.
h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función.
i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito.
j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.
k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional.
l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales.
m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.
n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales

o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

1.3.2. Circunstancias específicas

Prado Saldarriaga señala que las circunstancias específicas solamente se regulan en la parte especial y a través de catálogos o párrafos adicionales que van enlazados a determinados delitos. "Esa es la condición de las circunstancias agravantes organizadas en el catálogo del art. 189, y que guardan conexión funcional exclusivamente con el delito de robo (art. 188), o de aquellos que enumeran los arts. 297 y 298, que están consideradas para operar únicamente como agravantes o atenuantes del delito de tráfico ilícito de drogas (art. 296, párrafo primero); pero también del párrafo segundo de los arts. 108-B y 152, que consignan agravantes específicas para los delitos de feminicidio y secuestro, respectivamente"[34].

Asimismo, tienen "la calidad de circunstancias específicas las que acompañan a los delitos tipificados en disposiciones legales reguladas fuera del Código Penal e integrantes del denominado derecho penal complementario o accesorio". Como es el caso de las circunstancias contempladas por el art. 10 de la Ley N.° 28008, sobre delitos aduaneros; por el art. 4 del Decreto Legislativo N.° 813, sobre delitos tributarios; y por el art. 4 del Decreto Legislativo N.° 1106, sobre delitos de lavado de activos[35].

1.3.3. Circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas

Las circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas contrastan de las otras modalidades porque "su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada. Esto es, sus efectos

34 *Ibid.*, p. 866.

35 *Loc. cit.*

alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el delito, por lo configuran un nuevo marco de conminación penal. Efectivamente, si se trata de *circunstancias agravantes cualificadas*, se produce una modificación ascendente, que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo. Ejemplo de ello es la circunstancia cualificada de la reincidencia, que se encuentra regulada en el art. 46-B del Código Penal; en estos casos, la circunstancia aludida genera una modificación consistente en la asignación de un nuevo extremo máximo de la pena conminada, que será equivalente a "una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal"[36]. También son circunstancias agravantes cualificadas las reguladas en los arts. 46-A, 46-C y 46-D; igualmente, las contenidas en el art. 22 de la Ley N.° 30077 o Ley contra el Crimen Organizado.

Por el contrario, "cuando concurre en el caso una *circunstancia atenuante privilegiada*, lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original, que será sustituido por uno nuevo e inferior".

Las causales de disminución o incremento de la punibilidad no son circunstancias atenuantes o agravantes. PRADO SALDARRIAGA indica:

> De allí que sean incorrectas las referencias a una eficacia atenuante para los casos de la omisión impropia o de los errores de prohibición vencibles que se consignan en los arts. 13, 14 y 15 del Código Penal. En efecto, las causales de disminución o incremento de punibilidad no son externas al delito, como lo son las circunstancias; sino, por el contrario, intrínsecas a él, como a su presencia plural (concursos de delitos); o la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad); o a su imperfecta realización material; así como al grado menor de intervención de las personas en su ejecución. De allí que el legislador aluda con frecuencia a que su efecto es 'disminuir

36 *Ibid.*, p. 868.

prudencialmente las pena' o 'incrementarse esta' (Cfr. arts. 16, 21 y 48 del Código Penal), no atenuarla o agravarla[37].

En la legislación nacional se otorga tal condición y eficacia a los siguientes casos:

— La tentativa.

— Las eximentes imperfectas.

— La complicidad secundaria.

— El delito continuado y delito masa.

— El concurso ideal de delitos.

— El concurso real de delitos.

1.4. Reincidencia

Según el art. 46-B del CP, se considera reincidente al delincuente que, "tras haber cumplido en todo o en parte la condena impuesta, incurre en un nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años". Asimismo, en dicho artículo se precisa que igual condición tendrán quienes hayan sido condenados por la comisión de faltas dolosas. Gramaticalmente, *reincidir* significa volver a incurrir, en este caso, en el ilícito penal.

La reincidencia "constituye una circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal". Se incrementa la pena no porque empeore el delito cometido, sino porque la recaída del autor en el ilícito penal, a pesar de la condena anterior o del sufrimiento de la pena que le fue impuesta, demuestra su mayor rebeldía frente a la ley y así su mayor perversidad o su mayor peligrosidad delictiva.

37 *Ibid.*, pp. 873 y 874.

También tiene condición de reincidente quien, "después de haber sido condenado por una falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años". El art. 46-B del CP precisa:

> El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del mencionado cuerpo legal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia, indica el mencionado artículo, "no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieron ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el párrafo anterior".

Respecto a la reincidencia, el Tribunal Constitucional peruano ha indicado:

> La reincidencia constituye una circunstancia específica en la que se encuentra una persona a la que se imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con miras a determinar la graduación de su pena. Por ello, se ha señalado que la reincidencia se ocupa de los problemas de las disposiciones legales que habilitan mayor poder punitivo en razón de que el agente, con anterioridad, haya sido condenado o sufrido pena por otro [delito]. Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: 1) cuando

el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o 2) bien cuando se ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por la ley [anterior].

[...]

[L]a reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un ilícito penal. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición[38].

A ello, el Tribunal Constitucional, en la misma resolución, agrega:

Si se consideran los alcances del [...] [art. 46-B del CP], se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que, ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el *nomen iuris* que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de las sanciones; una sanción por la comisión *per se* del ilícito penal y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona[39].

Por su parte, Núñez señala:

38 Tribunal Constitucional, *Expediente N.° 003-2005-PI/TC*, Lima: 9 de agosto del 2006, ff. jj. n.os 44 y 45, 64. Recuperado de <https://bit.ly/2T5KR2a>.

39 Tribunal Constitucional, *Expediente N.° 003-2005-PI/TC*, Lima: 9 de agosto del 2006, f. j. n.° 48.

> Conforme al sistema vigente, no basta que medie una sentencia condenatoria anterior, sino que esta debe haber sido cumplida, total o parcialmente; exigencia que ha producido discrepancias, sobre si el tiempo de prisión preventiva debe computarse a los efectos del cumplimiento de la pena [...] y, además, sobre el significado del cumplimiento parcial de la pena [...], como sucede en el caso de la obtención de la libertad condicional, si es posible que la reincidencia se produzca aunque la totalidad de la pena no se cumpla bajo el rigor propio de la ejecución penitenciaria[40].

El referido autor además indica:

> La condena anterior puede haber sido dictada en el país o en el extranjero [...], [pero] debe tratarse de una *pena privativa de libertad*. [...]
>
> El nuevo delito requerido para considerar que un condenado es reincidente debe ser punible también con el mismo tipo de sanción. No basta que la ley lo declare punible con ese tipo de pena, sino que es necesario que la nueva sentencia haya aplicado la misma. Por consiguiente, no concurre reincidencia si en el nuevo delito exigido a favor del autor concurre una causa de justificación o de inculpabilidad o una excusa absolutoria. [...]
>
> La reincidencia no tiene lugar por una segunda denuncia o por un nuevo proceso, sino por un nuevo delito y este solo existe para el derecho cuando ha mediado, a su respecto, sentencia condenatoria definitiva[41].

La ley habla de cometer un *nuevo delito;* de modo que, si alguien fuera condenado en forma definitiva por un hecho y luego se descubriera la comisión de uno o más *delitos anteriores* no juzgados, no se encontraría presente ese requisito para la reincidencia. La condena anterior debe haber sido impuesta por una *sentencia firme*. Sobre el particular, Núñez señala:

---

40 Núñez, Ricardo, *Derecho penal. Parte general*, 4.a ed., Córdoba: Marcos Lerner, p. 318. Recuperado <https://bit.ly/2GupQLx>.

41 *Ibid.*, pp. 318 y 319.

> La nueva sentencia no es constitutiva del estado de reincidencia, sino simplemente declarativa de la comisión del nuevo delito que genera ese estado, por lo que la adquisición de la calidad de reincidente no depende de que la sentencia que declara la existencia del hecho que la genera declare reincidente al condenado[42].

La reincidencia ha sido objeto de una considerable discusión en cuanto a su fundamento e, incluso, respecto a su constitucionalidad, pues podría vulnerar el principio de igualdad ante la ley, al aplicarse penas diferentes a quienes se encuentran en identidad de condiciones —sometidos a proceso—, en atención de condenas anteriores que nada afectan a la gravedad del hecho enjuiciado[43].

El sector de la doctrina que se opone a considerar a la reincidencia como circunstancia agravante de la pena alega que esta última "debe guardar justa proporción con el delito, importando la retribución exacta del mal que con él se causó. Un nuevo delito debe ser reprimido con idéntico criterio, el que no puede modificarse por el hecho de que un ilícito penal anterior motivara una condena. En sustancia, se observa que el delincuente ha expiado ya el delito anterior, por tanto, no es justo tenerse ello en cuenta al castigar un delito posterior", pues se vulneraría el principio de *non bis in idem*[44], que literalmente significa "no dos veces por igual causa". En materia penal, este principio significa que no cabe aplicar dos sanciones por una misma infracción, ni acusar por segunda vez por igual hecho. Desde otro punto de vista, también se indica que el volver a delinquir depende en gran parte de circunstancias o condiciones sociales no imputables a un individuo en particular[45].

---

42 *Ibid.*, p. 320.

43 En ese sentido, Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 560.

44 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 514.

45 *Loc. cit.*

Dentro de las opiniones que defienden los efectos agravantes de la reincidencia se encuentra Carrara, quien consideró insuficiente a la pena ordinaria para el nuevo delito, si se tiene en cuenta la sensibilidad del autor del ilícito penal, por lo que, para no realizar un acto insuficiente de defensa, se haría necesario aumentar la sanción[46]. Antolisei sostenía que la razón que justifica el aumento de la penalidad en los casos de reincidencia es que "la recaída en el delito demuestra una voluntad persistente en delinquir y, por ello, una mayor capacidad criminal. El reincidente es castigado con más intensidad porque manifiesta una notable inclinación al delito"[47].

Florián indica que "la reincidencia no debe considerarse como entidad jurídica abstracta", por el contrario, se debe estudiar su significación en el delincuente para "descubrir si ella revela en él una mayor peligrosidad, una antisociabilidad más manifiesta". Este autor refiere que la reincidencia "no debe y no puede representar siempre aumento de pena, sino que el aumento debe ser facultativo y dejarse al prudente arbitrio del juez"[48].

De acuerdo con Maurach, la reincidencia, en sentido estricto, "representa una propia *causa de incremento de la culpabilidad;* el agente será más gravemente castigado *por la mayor culpabilidad* derivada del hecho determinante de la reincidencia"[49]. Sauer sitúa esta figura como "un grado entre los *tipos de intensidad de la culpabilidad crónica,* que hace

46 Carrara, Francesco, *Stato della dottrina sulla recidiva*, citado por Rolly Lujan Espinoza, "La reincorporación del instituto penal de reincidencia", en *La Tribuna del Abogado*, año 4, n.° 7, Lima: julio del 2015, p. 36, nota 22. Recuperado de <https://bit.ly/2ZmiPTN>.

47 Antolsei, citado por Rolly Luján Espinoza, "La reincorporación del instituto penal de reincidencia", art. cit., p. 36, nota 22.

48 Florián, *Parte general*, § 72, citado por Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., pp. 514 y 515.

49 Maurach, *Tratado*, § 63, citado por Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 515.

ir desde la que llama 'mera reincidencia' del mismo delito o de los tipos relacionados entre sí hasta la 'culpabilidad elevada de energía y tenacidad' de quienes hacen del delito su medio de vida"[50].

La circunstancia de que el autor de un hecho delictuoso haya sido condenado anteriormente por otro ilícito penal para nada debe ser tomada en cuenta en el análisis de la culpabilidad del nuevo hecho que se procesa. "El autor debe ser culpable de *ese hecho* que se juzga, sin que nada tenga que ver en ello su culpabilidad por el hecho anterior, que en su momento debió haber sido apreciado y comprobado, y en virtud de ello condenado"[51]. La reincidencia puede clasificarse de la siguiente manera:

a) *Según la especie de los delitos: reincidencia genérica y específica.* Hay reincidencia genérica cuando los delitos cometidos son de clases diversas, por ejemplo, el sujeto una vez cometió hurto y en otra incurre en colusión; en tanto que para ser reincidente específico el agente deberá cometer delitos de la misma especie[52].

   Para determinar ante qué clase de reincidencia nos encontramos se deberá atender a "la naturaleza del bien jurídico lesionado y los móviles que han impulsado cada acción"[53].

b) *Según se exija o no el cumplimiento de la pena: reincidencia real o ficta.* La diferencia entre una y otra es el cumplimiento de la condena. Para que haya reincidencia real o verdadera, el agente, al momento de delinquir, deberá haber cumplido efectivamente su condena por un delito anterior; mientras que la reincidencia ficta solo precisa que el reincidente haya sido condenado, sin

50 Sauer, *Derecho penal*, § 20, citado por Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 515.

51 Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, ob. cit., p. 515.

52 *Ibid.*, p. 516.

53 *Loc. cit.*

importar si ha cumplido o no dicha condena[54]. Quienes abogan por esta última consideran que "la condena debió servir de advertencia suficiente para evitar la recaída en el delito"[55].

Muñoz Conde y García Arán manifiestan:

> [R]esulta difícil encontrar en la reincidencia razones para fundamentar una mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante. Su fundamento se encuentra más propiamente, bien en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, bien en su mayor peligrosidad; sin embargo, ni la peligrosidad puede presumirse *iuris et de iure* como hace el Código en esta materia, ni es un concepto en el que pueda asentarse una mayor gravedad de la pena, que debe ir referida a la culpabilidad[56].

1.5. Habitualidad

El art. 46-C del CP se refiere a la habitualidad y establece que, "si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado como delincuente habitual, siempre que se trate de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años". Asimismo, "tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los arts. 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años".

El referido art. 46-C del CP señala además:

> El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321,

54 *Ibid.*, pp. 516 y 517.

55 *Ibid.*, p. 517.

56 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., ob. cit., p. 560.

322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

La habitualidad en el delito constituye una circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en el párrafo anterior, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados.

El concurso de delitos no da lugar a habitualidad. Puede decirse que, en doctrina, el carácter de delincuente habitual resulta de la inclinación al delito; es una costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos.

Jiménez de Asúa compara la habitualidad con la reincidencia:

> La habitualidad es, por una parte, más que la reincidencia, en razón de que no basta con la repetición de infracciones, pues es preciso que esa insistencia constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto. Es, por otra parte, menos que la reincidencia, porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de reincidencia, es decir, el pronunciamiento de la o las condenas anteriores, pudiendo resultar de la reiteración[57].

En la misma línea, Fontán Balestra señala:

> Para ser habitual hay que ser reincidente. En cambio, se puede tener la calidad de reincidente sin ser habitual. Es reincidente sin ser habitual quien ha sido condenado más de una vez por sentencia firme a penas privativas de la libertad que, en conjunto, no reúnen las características

57 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito. Principios del derecho penal*, 12.ª ed., Buenos Aires: Sudamericana, 1981, p. 542.

de número, monto y especie determinados [por la norma que prevé la habitualidad][58].

La utilización de las figuras de reincidencia y habitualidad constituyen una contundente inclinación por medidas de populismo penal, pues la sanción agravada en estas circunstancias no genera una disminución del problema del delito en la sociedad.

1.6. Instituciones de despenalización

1.6.1. Reserva del fallo condenatorio

La reserva de fallo condenatorio es un instituto similar a la *probation* inglesa y norteamericana y a la "amonestación con reserva de penas" del derecho alemán[59]. Su introducción en nuestra legislación emana de la convergencia de dos postulados básicos reconducibles entre sí: 1) la humanización y dignidad de las penas, y 2) la resocialización del condenado.

Es una medida penal de carácter facultativa "regulada entre los arts. 62 al 67 del CP", con contenido pedagógico o reeducativo, que será otorgada cuando el juez concluya que es adecuada para impedir que el agente cometa un nuevo ilícito penal, debido a su personalidad, condiciones de vida y demás circunstancias indicadas en el texto legal (el pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado requiere de debida motivación).

La reserva del fallo condenatorio consiste en la declaración de la culpabilidad del imputado sin pronunciamiento de la pena, que se suspende a condición de que el sujeto supere un periodo de prueba en el que ha de cumplir ciertos deberes, cuyo desenlace es la extinción de responsabilidad criminal por medio de la reinserción social. Su finalidad

58 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, p. 531.

59 *Vid.* Bramont-Arias Torres, Luis Alberto, *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*, Lima: Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 2004, p. 493.

es garantizar la rehabilitación social del reo, cuyo tratamiento se desarrolla en un ambiente de libertad, lo que evita su desarraigo. Esta medida solo se puede conceder si se cumple con cualquiera de los requisitos establecidos en el art. 62 del CP:

a) Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa.
b) Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.
c) Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

La reserva del fallo condenatorio es una alternativa a las penas privativas de la libertad de corta duración. Se trata de una dispensa judicial, adscrita en el marco de las facultades discrecionales del juzgador, que somete al reo a una serie de reglas de conducta a fin de garantizar el programa resocializador, es decir, se orienta en exclusiva en el fin de prevención especial. Las reglas de conducta a imponer al sentenciado, según el art. 64 del CP, son las siguientes:

a) Prohibición de frecuentar determinados lugares.
b) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.
c) Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades.
d) Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo que demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.
e) Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito.
f) Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol.
g) Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente.

h) Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.
i) Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico.

El juez puede establecer otras reglas de conducta si las considera necesarias[60], pero la creación de estas tendría como límite el respeto a la dignidad de la persona, lo que significa tratar al beneficiario no como un medio, sino como un fin en sí mismo.

La prohibición de cometer algún ilícito penal no puede ser una regla de conducta, ya que su exigencia es para todos los ciudadanos, tiene el estatus de norma en sentido estricto. El incumplimiento de las reglas de conducta, por razones atribuibles al sentenciado, conllevaría alguna consecuencia jurídica referida en el art. 65 del CP: la severa advertencia, la prórroga del plazo de prueba (sin exceder la mitad del plazo inicialmente señalado) o la revocación de la reserva de fallo condenatorio.

El plazo de reserva es de uno a tres años, contados desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada.

Sobre las consecuencias del cumplimiento e incumplimiento de las reglas de conducta, Cubas Villanueva señala:

> De no cumplir el beneficiado con las reglas de conducta impuestas o de cometer un nuevo delito doloso y ser condenado a pena privativa de libertad superior a los tres años, se revocará la reserva del fallo y se aplicará la pena reservada. De no incurrir en incumplimiento durante

60 La ejecutoria suprema recaída en el Expediente N.° 1161-91 Lima señala: "Conforme se infiere del artículo 64 del Código Penal, este dispositivo establece en forma imperativa la imposición de reglas de conducta contenidas en sus incisos, confiriendo, además, al juez penal la facultad de imponer otras adicionales que estime convenientes, siempre que no atente contra la dignidad del procesado que también debe ser respetada". *Expediente N.° 1161-91 Lima*, Lima: 3 de agosto de 1992, en Rojjasi Pella, Carmen, *Ejecutorias supremas penales (1993-1996)*, Lima: Legrima, 1997, p. 166.

dicho plazo, se tendrá por cumplido el régimen de prueba y se archivará el proceso[61].

Con la revocación de la reserva de fallo condenatorio no se busca mejorar el comportamiento del agente, sino de retribuirle la sanción correspondiente de modo neutral. "La revocatoria de la reserva del fallo condenatorio es una sanción drástica de *ultima ratio*, en la que el juez ya no tiene más opciones que la ejecución de la pena reservada"[62].

La revocación del régimen de prueba diluye la reserva del fallo condenatorio y, en este sentido, ya no se individualiza la pena, sino simplemente se ejecuta, sin que tenga ninguna implicancia el tiempo trascurrido del periodo de prueba para contabilizar el tiempo de la condena, pues el cumplimiento de las reglas de conducta en ningún caso puede tener la misma relevancia que la ejecución de la pena[63].

La reserva de fallo no exime al sentenciado de pagar la reparación civil, la cual será fijada en la sentencia.

Esta medida será inscrita en un registro especial, a cargo del Poder Judicial. Dicho 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". Asimismo, este registro tiene "carácter especial, confidencial y provisional, y no permite, por ningún motivo, la expedición de certificados para fines distintos".

Vencido el plazo del periodo de prueba y dándose cumplimiento a la disposición establecida en el art. 63 (*in fine*), no existe inconveniente

---

61 Cubas Villanueva, Víctor, *El proceso penal. Teoría y práctica*, Lima: Palestra, 2000, p. 428.

62 Canco Espinal, Ciro J., "Reglas de conducta en la reserva de fallo condenatorio", en Urquizo Videla, Gustavo (coord.), Estudios críticos de derecho penal peruano, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 292.

63 Canco Espinal, "Reglas de conducta en la reserva de fallo condenatorio", art. cit. p. 293.

alguno para que el excondenado pueda someterse nuevamente al ámbito amplificador de la reserva de fallo condenatorio, siempre y cuando las circunstancias concretas se ajusten a los requerimientos y presupuestos exigidos por ella. "Esta medida, en definitiva, es plausible con el fin de garantizar los efectos rehabilitadores de esta institución jurídica, de asegurar una efectiva reintegración social del reo mediante su participación en los diversos procesos sociales, evitándose el estigma social y su desarraigo en la sociedad, a lo cual debería sumarse la ayuda de organismos asistenciales de instituciones estatales y privadas, conducentes a evitar la reincidencia del reo, favoreciendo su reinserción social a través de la promoción de tareas educativas y laborales"[64].

1.6.2. Exención de la pena

La exención también es conocida como dispensa de pena. Esta alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración se encuentra regulada por el art. 68 del CP. Consiste en eximir de pena al sujeto que ha sido encontrado responsable de un delito, siempre y cuando la responsabilidad de ese sujeto sea mínima.

La aplicación de la exención de pena depende del arbitrio del juez, quien se pronuncia en la sentencia. Es un acto de abstención por parte del Estado y se aplica a los delitos sancionados con una pena privativa de libertad menor a dos años o pena limitativa de derechos o multa. Esta medida no va acompañada con reglas de conducta y consiste en la declaración de responsabilidad sin sanción penal.

No es un acto de gracia, sino que se basa en la falta de merecimiento de pena ante el insignificante grado de injusto y culpabilidad; se trata de una sanción especial del derecho penal cuya peculiaridad consiste en que se condena al reo por el delito cometido, pero no se le impone una pena.

64 *Ibid.*, pp. 292 y 293.

1.7. Rehabilitación

La figura de la rehabilitación, que se encuentra regulada en los arts. 69 y 70 del CP, consiste en el restablecimiento jurídico del prestigio social del condenado dentro de la comunidad jurídica. El art. 69 del CP indica que "el que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, cuando además haya cancelado el íntegro de la reparación civil".

Los efectos de la rehabilitación son los siguientes:

a) *Se restituyen los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia.* No se puede reponer los cargos, función pública, empleos, etc.; en lo único que queda rehabilitado el condenado es en sus derechos.

b) *Se cancelan los antecedentes generados (penales, judiciales o policiales).* Los certificados que se expidan no deben expresar la pena rehabilitada, ni la rehabilitación.

Al respecto, el art. 69 del CP señala:

> Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva.
>
> La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta 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 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, en cuyos casos la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal.

Como vemos, la rehabilitación reintegra al condenado en el ejercicio de sus derechos, privados o restringidos por una condena, siempre y cuando lo justifique su conducta y se haya reparado en lo posible el daño precisado en la sentencia. Constituye una obligación que allana todos los obstáculos para propiciar la total reintegración del condenado a la sociedad, máxime si ha demostrado buena conducta. Como indica PEÑA CABRERA, "el juez está facultado por la ley para rehabilitar al condenado"[65].

Este instituto encuentra su fundamento en la enmienda del delincuente. Al respecto, MAGGIORE sostenía:

> La rehabilitación se funda en razones de humanidad, por cuanto ayuda al condenado, después de la expiación, o de la extinción de la pena, a recuperar su reputación moral que había sido manchada por el delito. Obra, además, como estímulo para la enmienda, al favorecer el proceso de redención moral de la persona condenada[66].

Por su parte, BETTIOL consideraba que la rehabilitación se trata, en sustancia, "de reintegrar al condenado que ya ha cumplido la pena principal a la situación jurídica que gozaba con anterioridad a la condena"[67].

El significado de la rehabilitación se centra en la recuperación por parte del penado del ejercicio de sus facultades jurídicas, justamente privadas por la sanción penal. Como GARCÍA MARTÍN señala:

> Las sentencias condenatorias, además de imponer como consecuencias jurídicas del hecho punible probado una o varias penas principales y, en su caso, las correspondientes penas accesorias, pueden desplegar también otros efectos no previstos expresamente en ellas. Dado el efecto

65 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima: Sagitario, 1987, p. 417.

66 MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, t. II, Bogotá: Temis, 1964, p. 389.

67 BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Bogotá: Temis, 1965, p. 744.

estigmatizador y desocializador de los antecedentes, se hace necesario restringir el margen de actuación de los mismos[68].

En efecto, los antecedentes limitan la resocialización del penado; impiden, por ejemplo, la posibilidad de acceder a un trabajo digno, ya que uno de los requisitos para cualquier empleo formal es la presentación de los certificados de antecedentes policiales, penales o judiciales del trabajador. En este sentido, "con la cancelación de los antecedentes delictivos se trata de restablecer la consideración social de la persona"[69].

Es importante indicar que ningún ciudadano puede socializarse fuera de la comunidad (privado de su libertad), ya que la hipotética resocialización solo es posible dentro de ella. Los valores que van a hacer posible la resocialización son aquellos que pertenecen a la sociedad que se encuentra en libertad, no los patrones valorativos de la sociedad reclusa[70].

Si bien la rehabilitación no es una causa de extinción de responsabilidad criminal, está estrechamente vinculada con ella. El fundamento de esta se encuentra en el principio de la dignidad de la persona que es un importante límite a la facultad punitiva del Estado.

Como indica el art. 70 del CP, "producida la rehabilitación, los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta solo podrán ser comunicados a solicitud del Ministerio Público o del juez".

---

68 Gracia Martín, Luis, "Penas privativas de derechos", en Gracia Martín, Luis (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1988, p. 296.

69 Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Ara Editores, 2004, p. 672.

70 Salazar Sánchez, Nelson, "Comentario crítico", en Urquizo Olaechea, José, *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Idemsa, 2010, p. 257.

1.8. Medidas de seguridad

Nuestro Código Penal ha establecido ciertos casos de inimputabilidad. Estos se encuentran consagrados en el art. 20.1: anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción; y en el art. 20.2: el menor de 18 años.

De acuerdo con Bramont-Arias Torres, "las medidas de seguridad son tratamientos que brindan a los sujetos cuando estos están dentro de alguno de los supuestos del art. 20, num. 1 —inimputable total o relativo—, y tienen como finalidad evitar que estas personas, consideradas peligrosas por la sociedad, cometan nuevos delitos"[71]; es decir, la finalidad de las medidas de seguridad consiste en la prevención de delitos.

El art. IX del título preliminar del CP refiere que "las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación". Estas medidas se caracterizan por "constituir la privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado, con el fin de reeducar (inocuizar o curar) a personas socialmente peligrosas con ocasión de la comisión de un delito o mientras aquel fin no se cumple"[72].

Las medidas de seguridad son instrumentos de tratamiento que se brindan a los sujetos que se encuentran dentro de alguno de los supuestos de inimputabilidad total o relativa. El art. 72 del CP señala que las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes:

a) Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito, y
b) Que del hecho y de la personalidad del agente pudiera deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada posibilidad de comisión de nuevos delitos.

71 Bramont-Arias Torres, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 370.

72 Barbero Santos, citado por Villavicencio Terreros, *Código Penal comentado*, ob. cit., p. 235.

Luego de cumplirse estos requisitos, debe examinarse la duración, que debe ser proporcional a la "peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometería si no fuera tratado" (art. 73 del CP). La graduación de la peligrosidad del sujeto depende de la opinión de los peritos en la materia.

Un aspecto importante es que dicha medida deberá ser proporcional. Las modalidades de las medidas de seguridad son la internación y el tratamiento ambulatorio.

1.8.1. Internación

El internamiento, regulado en el art. 74 del CP, es el "ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado con fines terapéuticos o de custodia. Solo podrá disponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves". Por esta razón el Código Sustantivo habla de "fines terapéuticos o de custodia".

El internamiento se aplica a los inimputables dentro de instituciones especializadas en el tratamiento de estos sujetos; por ejemplo: el manicomio. La duración de esta medida no puede exceder el máximo legal de la pena privativa de libertad que hubiere correspondiendo aplicarle por el delito cometido.

En este sentido, el art. 75 del CP prevé:

> Sin perjuicio de que el juez lo solicite cada seis meses, la autoridad del centro de internación deberá remitir al juez una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido.
>
> En este último caso, el juez hará cesar la medida de internación impuesta.

Por su parte, el art. 77 del CP señala:

> Cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena. El periodo de internación se computará como tiempo de cumplimiento de pena sin perjuicio que el juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo el éxito del tratamiento[73].

1.8.2. Tratamiento ambulatorio

El tratamiento ambulatorio, de acuerdo con el art. 76 del CP, "será establecido y se aplicará conjuntamente con la pena al imputable relativo [toxicómano o alcohólico imputable] que lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación". En este caso, a diferencia de la internación, el sujeto no está recluido en una institución, sino que es examinado periódicamente.

2. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL DELITO: LA REPARACIÓN CIVIL

La reparación civil se determina junto con la pena. Está dirigida a satisfacer la pretensión de la víctima que ha sufrido el menoscabo o daño de un bien jurídico. Es una consecuencia civil del delito que importa el resarcimiento de los daños ocasionados por la conducta delictiva y, como consecuencia de ello, la vuelta al estado de cosas anterior a la comisión del hecho punible[74]. Sus características son las siguientes:

a) Es un derecho renunciable.

b) Es transmisible a los herederos, no se extingue con la muerte del autor del delito.

c) Se basa en los efectos producidos.

---

73 Martínez Huamán, "Sistema de sanciones penales en el ordenamiento jurídico peruano. Análisis comparativo con España", art. cit., p. 652.

74 Joaquín Abanto, Carmen, *La responsabilidad civil derivada del delito y la necesidad de valorar el papel de la víctima. Cuestiones dogmáticas y jurisprudenciales*, Lima: Time Comunicación Integral, 2008, p. 42.

d) Los herederos del agraviado pueden exigir el pago de la reparación civil.

e) En casos de amnistía, indulto y causas de exculpación, subsiste la responsabilidad civil.

f) De existir varios procesados o terceros civilmente responsables, la obligación es solidaria.

Actualmente en la doctrina se plantea la posibilidad de introducir la reparación como tercera vía en el derecho penal, al lado de las penas existentes y las medidas de seguridad. Para esta postura, la reparación debe pasar a ser una pena independiente y autónoma de las demás que puedan ser aplicadas al agente infractor. Sin embargo, para ello se exige la superación del concepto civil de reparación basado en el resarcimiento, con miras a entenderla no solo como un pago de dinero por los daños causados, sino que podría implicar también, según las necesidades de la víctima y las posibilidades del autor, la utilización de las formas simbólicas de reacción penal, tales como el perdón, la imposición de reglas de conducta, trabajos comunitarios, etc.[75]

En nuestro país, Rodríguez Delgado se decanta por esta postura e indica que "la reparación sería claramente una sanción penal, porque expresa reproche y consiste en imponer una privación (no necesariamente de libertad) a la persona responsable de haber realizado un daño"[76]. Sobre la viabilidad de la reparación como tercera vía, este autor señala:

> [E]l sistema reparatorio como tercera vía es coherente, si la privación de la libertad no es una alternativa. Se pierde coherencia si la reparación es

75 Joaquín Abanto, *La responsabilidad civil derivada del delito y la necesidad de valorar el papel de la víctima. Cuestiones dogmáticas y jurisprudenciales*, ob. cit., pp. 44 y 45.

76 Rodríguez Delgado, Julio, "La reparación como tercera vía en el derecho penal", en Paredes Galván, Aníbal (ed.), *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Bramont-Arias*, Lima: San Marcos, 2003, p. 831.

impuesta bajo amenaza de imposición de la prisión, pues ello implicaría el volver al paradigma de cárcel o pago[77].

En el Perú, la reparación civil no es una sanción, sino una consecuencia civil del delito. Los arts. 96 y 101 del CP establecen la transmisibilidad hereditaria de la obligación de la reparación civil y la expresa remisión supletoria a las normas pertinentes del Código Civil a este respecto. Los argumentos a la naturaleza civil de la reparación, en el derecho peruano, serían los siguientes[78]:

a) La responsabilidad civil contenida en el art. 92 del CP solo sería una regulación específica de una modalidad de responsabilidad extracontractual que ha sido colocada en el Código Sustantivo por razones de tradición legislativa y que pretende hacer recordar que los efectos del delito no solo pueden arrastrar consecuencias penales (pena o medida de seguridad), sino también reacciones de otra naturaleza, como las acciones de resarcimiento propias del derecho civil.

b) Cuando existe un hecho ilícito (delito) que, además de violar las normas jurídicas, causa un daño efectivo, la ley permite que el resarcimiento de la víctima se pueda lograr en un solo proceso judicial: el penal. No es necesario acudir a otra vía para obtener la indemnización por el daño causado. Con la regulación de la acción civil resarcitoria en sede penal se logra una administración de justicia más expeditiva y humana. De esta forma se evita el "peregrinaje de jurisdicciones".

c) El Código Penal no brinda una regulación minuciosa y acabada de este instituto, sino que remite a las reglas del Código Civil; así sucede en el art. 101 del CP.

---

77 Rodríguez Delgado, "La reparación como tercera vía en el derecho penal", art. cit., p. 833.

78 Joaquín Abanto, *La responsabilidad civil derivada del delito y la necesidad de valorar el papel de la víctima. Cuestiones dogmáticas y jurisprudenciales*, ob. cit., p. 57 y ss.

La reparación civil está compuesta por a) la restitución del bien y por b) la indemnización de los daños o perjuicios. La solidaridad de la reparación civil, a diferencia de la pena que tiene carácter personalísimo, es compartida entre los responsables del hecho punible (autores y partícipes). Asimismo, la obligación de reparar es trasmisible a los herederos del responsable hasta donde alcancen sus bienes (art. 96 del CP).

d) La persona perjudicada por el ilícito penal, interesada en que el órgano jurisdiccional fije un monto determinado por concepto de reparación civil junto a la sentencia condenatoria, debe haberse constituido previamente en actor civil. Este camino resulta ser la única manera mediante la cual puede ejercitar su derecho para acceder, vía un proceso, a la obtención de la reparación civil y de presentar recurso impugnatorio si no está de acuerdo con el monto impuesto por el juez en la sentencia. En caso no se constituya en actor civil, el Ministerio Público se encargará de solicitar el monto de reparación civil que crea conveniente.

La reparación civil tiene naturaleza pecuniaria. Su fundamento se encuentra en el hecho de que las consecuencias jurídicas del delito no se agotan con la imposición de una pena o medida de seguridad al autor del ilícito penal, sino que también pueden surgir otras formas de ajusticiamiento de carácter civil reparador.

En cuanto a sus alcances, como hemos indicado, la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados. A ello cabe agregar que el art. 97 del CP establece que "los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficientes para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros".

3. CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

Las consecuencias accesorias no son medidas reparadoras de los daños y perjuicios, ni penas, ni medidas de seguridad. Se trata de medidas complementarias que se establecen en razón de una sanción más severa prevista en la misma ley penal; por lo tanto, dependerían o serían el complemento de una sanción principal.

Las consecuencias accesorias previenen la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos. Son adicionales a la pena, por una responsabilidad subsidiaria que corresponde a la persona jurídica que estuviera vinculada a la actividad criminal.

Las consecuencias accesorias, previstas entre los arts. 102 al 105 del CP, son las siguientes: el decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito; la privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas; la clausura de locales o establecimientos; la disolución y liquidación de la sociedad; la suspensión de las actividades de la sociedad; la prohibición de realizar actividades, y la intervención de la persona jurídica.

3.1. El decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito

Importa para el afectado la pérdida de la propiedad de los efectos o instrumentos intervenidos del delito. Estos pasan a propiedad del Estado, salvo que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción y que no hayan prestado su consentimiento para su utilización.

Los efectos de la infracción son los objetos materiales sobre los cuales ha recaído la acción delictiva o que sean producto de ella, por ejemplo: las monedas falsificadas. Los instrumentos son los medios materiales de los que el autor se ha valido para perpetrar el delito, por ejemplo: armas, herramientas, etc., ya sea que se hayan utilizado ocasionalmente durante

la ejecución del delito o hayan sido dispuestos en forma especial para cometerlo[79].

El decomiso es una disposición judicial accesoria que el juez ordena con el objeto de inhibir o aminorar la peligrosidad de los bienes, instrumentos o efectos del delito. Su finalidad es prevenir que, en el futuro, estos objetos vuelvan a ser utilizados para la comisión de nuevos actos delictivos. En opinión de García Cavero, el objeto para decretar el decomiso se halla en la "peligrosidad objetiva de los instrumentos o efectos del delito"[80]. Para Villa Stein, el decomiso tiene por objeto el restablecimiento de la norma penal mediante la privación de los instrumentos lesionantes[81].

El art. 102 del CP establece que serán decomisados los objetos de la infracción penal, los instrumentos con los que se hubiere ejecutado y los efectos o cualquier otro producto proveniente del delito. Se entiende por "objetos de la infracción penal" los bienes sobre los que recae la acción del autor del delito, así como los que ha obtenido producto de su acción, como, por ejemplo, el dinero sustraído del banco en el delito de robo. Se entiende por "instrumentos del delito" a aquellos objetos utilizados como medios para posibilitar o facilitar el delito, como, por ejemplo, las armas o herramientas empleadas[82]. Se entiende por "efectos del delito" a aquellos beneficios o ganancias que se obtienen producto del disfrute del objeto del delito, sin que importe la transformación que se le haya dado, como, por ejemplo, el dinero obtenido por la venta del auto robado, la

79 Bramont-Arias Torres, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 401.

80 Cfr. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Grijley, 2007, p. 961.

81 Cfr. Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara Editores, 2014, p. 632.

82 Pariona Arana, Raúl, "Sistema de sanciones penales en el ordenamiento jurídico peruano. Análisis comparativo con España", en Sanz Delgado, Enrique (dir.), *Derecho penal y penitenciario. Libro homenaje al profesor Dr. Germán Small Arana*, Lima: Ideas, 2015, pp. 809 y 810.

aleación de joyas robadas con otro mineral, etc. La doctrina mayoritaria entiende por "efectos del delito" a todo objeto o bien que es producto final de la actividad criminal, como, por ejemplo, las propiedades que se adquieren con dinero proveniente del narcotráfico y que es lavado por agencias financieras. El juez también puede decretar la destrucción de los bienes intrínsecamente delictivos, tales como productos pirotécnicos, droga, billetes falsos, alimentos en mal estado, etc.[83]

3.2. Privación de beneficios obtenidos por personas jurídicas a causa de infracción penal de sus funcionarios

Consiste en la privación de los beneficios y utilidades que las personas jurídicas consiguieron en virtud de los ilícitos penales cometidos por sus funcionarios en el caso de que los bienes de estos últimos no fueran suficientes para cubrir la responsabilidad civil. Asimismo, se puede disponer la clausura de locales, suspensión de actividades, etc.

Cuando los funcionarios o dependientes de las personas jurídicas no cuentan con los bienes suficientes para cubrir su responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil, 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.

El art. 104 del CP establece:

> El juez decretará [...] la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de sus actividades por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad civil de aquellos, si sus bienes resultan insuficientes.

Se trata de una medida legal de contingencia, cuya finalidad es efectivizar el pago de la reparación civil por parte de los sujetos penalmente

83 Pariona Arana, "Sistema de sanciones penales en el ordenamiento jurídico peruano. Análisis comparativo con España", art. cit., p. 810.

responsables a costa del patrimonio de la empresa. Se trataría de un aseguramiento subsidiario de la reparación civil que la empresa deberá cumplir como tercero civilmente responsable.

Para decretar el decomiso de los beneficios ilícitos que la persona jurídica ha obtenido, el juez debe verificar dos presupuestos: primero, que los beneficios sean obtenidos producto del delito, por ejemplo, el dinero obtenido luego de la comercialización de productos de contrabando; y segundo, que los bienes de los sujetos responsables (gerentes) resulten insuficientes para cubrir la responsabilidad civil. Es decir, la aplicación de esta medida implica afectar directamente el patrimonio de la propia empresa, por ejemplo, se aplicará a una empresa la medida de privación de beneficios cuando sus representantes legales no puedan satisfacer personalmente el pago del monto de reparación civil establecido en la condena[84].

3.3. Medidas aplicables a las personas jurídicas

Las medidas aplicables a las personas jurídicas, según el art. 105 del CP, son las siguientes:

a) Clausura de sus locales o establecimiento, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años
b) Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
c) Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
d) Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. [...]
e) Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

84 *Ibid.*, p. 811.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un periodo de dos años.

3.3.1. Clausura de locales o establecimientos

Esta medida es decretada por el juez cuando es previsible que aún subsiste un alto grado de peligrosidad criminal en los centros de actividad de las empresas. Es decir, la organización aún conserva elementos que podrían servir para cometer nuevos actos delictivos. Esta medida se aplica cuando la condena de los responsables no es suficiente para aplacar la peligrosidad aún latente en los locales y establecimientos de la empresa.

La clausura puede ser temporal o definitiva. En el primer caso, la temporalidad solo puede durar hasta un máximo de cinco años, así lo dispone el art. 105.1 del CP. En cambio, la clausura definitiva es indeterminada; sin embargo, nada obsta a que, ante la desaparición del estado de peligrosidad del local, el juez, mediante decisión motivada, pueda dejar sin efecto la medida.

3.3.2. Disolución y liquidación de la sociedad

La medida de disolución y posterior liquidación se aplica en los casos donde la persona jurídica fue constituida con fines criminales. Es decir, la persona jurídica carece de legalidad casi absoluta en el desarrollo de sus actividades. En esta categoría encajan las empresas "fachada o de papel", constituidas solo con la finalidad de ser instrumentos para la comisión de delitos graves.

La disolución es un procedimiento que implica, en un primer momento, la resolución del pacto social y, posterior a ello, la liquidación y extinción de la persona jurídica.

3.3.3. Suspensión de las actividades de la sociedad

Esta medida tiene por objeto paralizar temporalmente la actividad social que la persona jurídica realiza. Para que opere la suspensión, la medida dispondrá la privación temporal del derecho de funcionamiento que otorga la administración pública a toda persona jurídica. Sin embargo, nada obsta para que la persona jurídica continúe con sus actividades sociales luego de haber cumplido con lo dispuesto por el juez[85]. El art. 105.3 del CP establece que el plazo máximo de suspensión será no mayor de dos años.

3.3.4. Prohibición de realizar actividades

La medida de prohibición no opera sobre la totalidad del objeto social de la persona jurídica, solo sobre determinados sectores de la actividad social. Esta medida parte de la consideración de que no toda la actividad social de la persona jurídica se vio involucrada en el hecho delictivo, sino solo determinados ámbitos de operación. Por tanto, se prohíbe solo aquel ámbito de actividad ilícita donde se cometió, favoreció o encubrió el delito[86].

El art. 105.4 del CP establece que la prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Por tanto, el plazo de prohibición temporal no debe durar más de dos años; en caso de prohibición definitiva, esta solo será levantada cuando cese el peligro criminal.

3.3.5. Intervención de la persona jurídica

El penúltimo párrafo del art. 105 del CP señala que "cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar

85 *Ibid.*, p. 814.

86 *Ibid.*, pp. 814 y 815.

los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un periodo de dos años". Se trata de una medida que debe aplicarse junto con las demás medidas accesorias que el juez disponga[87].

Es importante acotar lo que el último párrafo del art. 105 del CP establece: "El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria no impedirá la aplicación de esta medida". Es decir, la reorganización de la persona jurídica no afectará la aplicación de la medida accesoria; la trasformación, fusión, absorción o escisión de esta no extingue la aplicación de estas medidas, que se trasladan a la entidad o entidades en que se transforme, fusione o absorba[88].

Nuestro legislador también ha regulado las consecuencias accesorias en algunas leyes especiales, como en la Ley de Lavado de Activos (D. Leg. N.° 1106), la Ley de los Delitos Aduaneros (Ley N.° 28008) y la Ley Penal Tributaria (D. Leg. N.° 813).

87 *Ibid.*, p. 816.

88 *Loc. cit.*

LECCIÓN 13
CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS

En ocasiones, el operador jurídico se enfrenta a determinados hechos que por su complejidad representan un verdadero problema a la hora de subsumirlos en el tipo penal correcto: debe determinar si se encuentra ante una o varias acciones punibles, definir en qué ilícito(s) se encuadra dicha acción o acciones y qué norma(s) deberá aplicar. Como señala HURTADO POZO, la "manera compleja como tienen lugar los comportamientos y la propia índole de la labor legislativa hacen que el juez, con frecuencia, enfrente el dilema de si el agente ha cometido una o varias acciones y, en consecuencia, si hay que aplicarle una o diversas disposiciones"[1].

Para resolver dicha cuestión hemos de valernos de conceptos como la unidad y pluralidad de acciones, el concurso de delitos y el concurso aparente de leyes.

1. UNIDAD Y PLURALIDAD DE COMPORTAMIENTOS

De manera previa, debe determinarse cuándo concurre un hecho delictivo y cuándo concurren varios. El concepto de unidad de hecho ha de ser valorativo, dependerá de la interpretación que se realice de los movimientos musculares a fin de determinar si forman una unidad o no.

1 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, p. 917.

A criterio de un sector de la doctrina, son dos los factores que han de tomarse en cuenta para fijar el concepto de unidad de acción: el factor final y el normativo.

Muñoz Conde y García Arán definen dichos factores de la siguiente manera:

> El primero de ellos es el *factor final*, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como adquirir y cargar la pistola, acechar a la víctima, apuntar y disparar [...]). El segundo factor es el *normativo*, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso particular[2].

De ese modo, a decir de Muñoz Conde y García Arán, "aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos"[3]. Por ejemplo, la tenencia ilícita de un arma de fuego, comportamiento que es sancionado por el art. 279 del CP.

Otro sector importante de la doctrina sigue el criterio de la "concepción natural de la vida". Para quienes adoptan esta postura, la determinación de que varios movimientos corporales constituyen una sola acción quedará confiada al punto de vista de la sociedad, según los usos normales. Se presentan así dos elementos: la unidad de propósito y la conexión espacio-temporal[4]. Esta posición resulta cuestionable por dar un amplio margen al juzgador para determinar que existe una unidad de hecho.

---

2 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 530 y 531.

3 *Ibid.*, p. 531.

4 Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Reppertor, 2016, pp. 667 y 668.

Para Mir Puig, resulta más acertado apostar por un criterio *jurídico* para valorar un hecho como unitario en el derecho penal, "el sentido del tipo", pues es lógico que esta rama del derecho, de entre los muchos y diversos puntos de vista posibles para decidir socialmente la presencia de un solo hecho, prefiera el que le es propio[5]. En sus propias palabras: "La descripción típica opera, pues, como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho"[6].

En nuestro país, García Cavero sostiene que solo una comprensión de la unidad de acción que utilice una perspectiva jurídica (jurídica-penal) resulta adecuada para resolver la problemática del concurso de delitos. En este sentido, dicho autor refiere: "Desde consideraciones jurídico-penales, la unidad de acción tiene lugar cuando existe una unidad subjetiva y una unidad en la ejecución de un comportamiento típicamente relevante"[7].

Al respecto, Villavicencio Terreros señala que "se presenta la unidad subjetiva cuando el autor pretende, desde el principio, una secuencia de actos o se propone el comportamiento subsiguiente, a lo mucho, durante la ejecución del comportamiento precedente"[8]. De otro lado, la unidad de la ejecución "presupone además una sucesión de los diversos actos de modo que el autor, según su representación, mediante la ejecución del acto precedente da comienzo directamente a la realización subsiguiente"[9].

Asimismo, Alcócer Povis considera, desde una perspectiva jurídica, que existirá unidad de acción cuando dos o más comportamientos,

---

5 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 668.

6 *Loc. cit.*

7 García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 780.

8 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, pp. 682 y 683.

9 *Loc. cit.*

conforme a la representación del autor, hayan creado riesgos prohibidos para el derecho penal y que por razones de necesidad de pena son interpretados como uno solo. De esta forma, se resalta no solo la unidad subjetiva, sino también la unidad objetiva o ejecutiva[10].

También en el ámbito del derecho penal podemos estar frente a casos sencillos, en los que no hay mayores dificultades para determinar la unidad o pluralidad de acciones. Por ejemplo, "cuando una sola acción es suficiente para verificar los elementos de un único tipo penal"[11]. Rodríguez Hurtado *et al.* refieren que "uno de esos casos es el del hombre que llega a su casa muy cansado por el arduo trabajo y, sobrecogido, encuentra en su alcoba a su mejor amigo yaciendo con su mujer y usando su bata nueva, ante lo cual, y sin pensarlo, arremete contra él y lo estrangula hasta matarlo. Su única acción fue el estrangulamiento, a lo que le corresponde el tipo de homicidio por emoción violenta excusable (art. 109 del CP)"[12].

2. CONCURSO IDEAL DE DELITOS

Existe concurso ideal de delitos cuando el autor, a través de una sola acción, infringe varias normas penales o una misma repetidas veces. El art. 48 del CP prescribe lo siguiente: "Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse esta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años". En este caso, se adopta el "principio de exasperación de las penas y una combinación de las consecuencias jurídicas del delito"[13].

---

10 Alcocer Povis, Eduardo, *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Jurista Editores, 2018, pp. 271 y 272.

11 Rodríguez Hurtado, Mario; *Ángel* Ugaz Zegarra; Lorena Gamero Calero y Horst Schönbohm, *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, Lima: Nova Print, 2012, p. 157.

12 *Loc. cit.*

13 García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 784.

Conforme al principio mencionado, la Cas. N.° 795-2017 Áncash señaló:

> La pena se determina a partir de la pena del delito más grave con la posibilidad de incrementarse en casos en los que la gravedad lo amerite. Al determinar la pena más grave se deben observar también las circunstancias agravantes y atenuantes[14].

No obstante, debe advertirse que la absorción que se realiza sobre la base del marco penal más grave no impide que los delitos absorbidos sean considerados en la individualización de la pena[15], en tanto incrementan la intensidad del injusto y de la culpabilidad.

En efecto, el *principio de combinación* en el concurso se manifiesta de dos maneras:

> Por un lado, el principio de combinación produce el llamado efecto oclusivo, según el cual el marco penal mínimo debe corresponderse con el marco penal mínimo del delito más grave. Por otra parte, la combinación 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. En este sentido, el espectro de consecuencias jurídicas no se reduce al establecido por el tipo penal absorbente, sino que incluye aspectos de los otros tipos penales[16].

2.1. Requisitos del concurso ideal de delitos

Los requisitos para que se configure el concurso ideal de delitos son los siguientes: unidad de acción; múltiple desvaloración de la ley penal; identidad de sujeto activo, y unidad y pluralidad de sujetos pasivos[17].

---

14 Primera Sala Penal Transitoria (ponente: Sr. juez Lecaros Cornejo), *Casación N.° 795-2017 Áncash*, Lima: 19 de diciembre del 2017, f. j. n.° 4.

15 García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 785.

16 *Ibid.*, pp. 785 y 786.

17 *Vid.* Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 698-700.

2.1.1. La unidad de acción

El autor se sirve de una sola acción para lograr su propósito múltiple. Hay que interpretar qué significa la frase "el mismo hecho" regulada en el artículo 48 del CP. Conforme a Rodríguez Hurtado *et al.*, "la unidad de hecho o acción debe obedecer a una misma voluntad criminal (factor final), producir más de un tipo de delito y ser valorada unitariamente en un tipo penal"[18]. Estos autores proponen el siguiente ejemplo:

> [P]ara sustraer los electrodomésticos de una casa, los malhechores entran al inmueble a medianoche, forzando las puertas y rompiendo algunos cercos. [...] [En este caso], la norma ha previsto estas circunstancias como elementos de un mismo delito. Es así que se presentan como agravantes del ilícito penal de hurto "art. 185 del CP. los agravantes a que nos referimos son: haberse cometido en vivienda habitada, durante la noche, destruyendo obstáculos y con la participación de más de una persona (art. 186 del CP, incs. 1, 2, 3 y 6, respectivamente)"[19].

Esta unidad de hecho tiene que dar lugar a la realización de varios tipos delictivos (en nuestro texto punitivo se exigen varias infracciones aplicables a tal circunstancia), por lo que el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines.

2.1.2. Doble o múltiple desvaloración de la ley penal

En el concurso, varias disposiciones son aplicables a la misma acción. A decir de Muñoz Conde, "lo que pretende el legislador con ello es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones"[20].

---

18 Rodríguez Hurtado *et al.*, *Manual de casos penales*, ob. cit., p. 158.

19 *Loc. cit.*

20 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 222, citado por Mario Rodríguez Hurtado *et al.*, *Manual de casos penales*, ob. cit., p. 159.

Por ejemplo: cuando un ladrón se introduce en una vivienda y sustrae los bienes, además del delito descrito, la intromisión en la vivienda constituiría una violación de domicilio (art. 159 del CP).

En el concurso ideal de delitos, señala Alcocer Povis, "una sola acción puede generar la infracción de varios tipos delictivos que tutelan bienes jurídicos homogéneos (el lanzamiento de una granada mata a varias personas) o heterogéneos (cuando el lanzamiento de la granada, además de matar a varias personas, también produce daños en las paredes de los edificios cercanos)"[21].

Por su parte, Jescheck y Weigend enseñan que se tiene en cuenta tanto la aplicabilidad de distintas normas penales como también la posibilidad de que la misma norma sea aplicada varias veces[22].

2.1.3. La identidad del sujeto activo

El concurso ideal supone que un solo agente realice una única acción que infrinja dos o más normas penales.

2.1.4. La unidad y pluralidad de sujetos pasivos

Según Villavicencio Terreros, "estaremos ante un concurso ideal de delitos cuando se produzca una afectación reiterada de bienes jurídicos 'concurso homogéneo' o de una pluralidad de bienes jurídicos 'concurso heterogéneo' de uno o varios sujetos pasivos"[23].

---

21 Alcocer Povis, Eduardo, *Introducción al derecho penal*, ob. cit., p. 272.

22 Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., trad. por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 774.

23 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, citado por Primera Sala Penal Transitoria, *Casación N.° 795-2017 Áncash*, f. j. n.° 4. Recuperado de <https://bit.ly/3idrlWA>.

En resumen, el concurso ideal de delitos se produce cuando una sola acción configura dos o más delitos (unidad de acción y pluralidad de delitos). También es posible la infracción de una misma norma más de una vez (como la que prohíbe matar a otra persona, pero es quebrantada por la explosión ocasionada por el autor que cobra varias víctimas).

Existen dos clases de concurso ideal: homogéneo y heterogéneo.

2.2. Concurso ideal heterogéneo

Existe concurso ideal heterogéneo cuando con una acción se realizan varios delitos diferentes. Según el Exp. N.° 573-97 Huari, "importa que haya unidad de acción, aunque no de fines, debiendo sancionarse solo con la figura que tiene mayor pena, de acuerdo al *principio de absorción*". Por ejemplo: la violación sexual (art. 170 del CP) por la que se provocan lesiones (art. 122 del CP).

2.3. Concurso ideal homogéneo

Existe concurso ideal homogéneo cuando el mismo tipo penal resulta aplicable varias veces a la misma acción; es decir, la misma acción viola repetidamente la misma norma legal. Por ejemplo: al causar la muerte de varias personas con una bomba se cometería el delito de homicidio, bajo la forma de asesinato por explosión que pone en peligro la vida de otras personas (art. 108 del CP).

3. CONCURSO REAL DE DELITOS

El concurso real de delitos, también denominado *concurso material de delitos*, se presenta cuando "concurren varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un ilícito penal autónomo, que provienen de un mismo agente y que son enjuiciables en el mismo proceso penal"[24].

24 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2013, pp. 702 y 703.

Sobre el particular, Rodríguez Hurtado *et al.* nos brindan el siguiente ejemplo:

> Un micro comercializador de drogas primero busca quien le provea de mercancía, realiza negociaciones para acordar la forma de trabajo y pago. Luego, con la droga en su poder, busca un mercado y público objetivo. Para su seguridad se consigue un arma, documentos falsificados y contrata agentes de seguridad, continuando con sus actividades hasta que es intervenido por la policía. Como se aprecia en el ejemplo, existen varios actos físicos, cada uno constitutivo de un ilícito penal. Los actos independientes de portar armas de fuego sin licencia y comprar documentos falsificados son importantes en el análisis de la comisión de los delitos de tenencia ilegal de armas (art. 279 del CP) y falsedad material (art. 427 del CP), respectivamente[25].

Estamos ante un concurso real cuando existe concurrencia de varias acciones o hechos, pero cada uno considerado como delito independiente. Respecto a esta figura, el art. 50 del CP señala lo siguiente:

> Cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente esta.

En principio, el tratamiento penal del concurso real se realizaría a través del *principio de acumulación.* Como indica Palomino Ramírez: "[C]ada delito concurre en el proceso con su pena individual, acumulándose las mismas, con ciertos límites: a) el doble de la pena más grave y b) el máximo de los treinta y cinco años"[26].

25 Rodríguez Hurtado *et al.*, *Manual de casos penales*, ob. cit., p. 159.

26 Palomino Ramírez, Walter, "¿Sumatoria de penas sin límite?", en *Alerta Informativa*, Lima: 26 de marzo del 2013, p. 3. Recuperado de <https://bit.ly/33zcx64>.

En el AP N.º 04-2004/CJ-116, la Corte Suprema estableció que deben darse tres requisitos para que se configure el concurso real: 1) la pluralidad de acciones; 2) la pluralidad de delitos independientes, y 3) la unidad de autor[27].

Comentando la referida jurisprudencia, Alcócer Povis indica:

> [L]a exigencia de una "pluralidad de acciones" hace referencia a la realización de varias conductas independientes y punibles, pudiendo concursar acciones con acciones, omisiones con omisiones y omisiones con comisiones, sean dolosas o imprudentes. Así mismo, la exigencia de la "existencia de una pluralidad de delitos o lesiones a la ley penal" nos indica que a través del presente concurso se puede afectar varias veces la misma disposición penal o disposiciones diferentes, incluso, algunas de estas no necesitarán ser consumadas, bastando, en tales casos, con la tentativa. Otro requisito a tomar en cuenta es la existencia de una "unidad de sujeto activo y la unidad o pluralidad del sujeto pasivo", por lo que necesariamente debe ser un solo sujeto quien realice las acciones típicas. De otro lado, el sujeto pasivo del delito puede ser único o plural[28].

Además de dichos criterios, también debe tomarse en cuenta que "el agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal 'enjuiciamiento conjunto', lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo"[29]. Esto ha permitido que en doctrina se trate a esta figura como un concurso real procesal.

---

27 *Vid.* V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, *Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CIJ-116*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 6.

28 Alcocer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 276.

29 García Cavero, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, citado por V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, *Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CIJ-116*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 6.

Tenemos que entender que el principio de acumulación —aplicado en el concurso real de delitos—, entendido de un modo aritmético, conduce, si no se limita de algún modo, "a penas draconianas incompatibles con la valoración global de todos los delitos y con la sensibilidad jurídica"[30]. Los tipos de concurso real son los siguientes: heterogéneo, homogéneo y retrospectivo.

3.1. Concurso real heterogéneo

En el concurso real heterogéneo el autor realiza diversas acciones que constituyen delitos también diferentes. Rodríguez Hurtado *et al.* proponen el siguiente ejemplo:

> Un funcionario público es encontrado culpable de haber cometido los delitos de cohecho, colusión, malversación de fondos y peculado desde que empezó a realizar sus funciones y hasta por un periodo de 10 años. El autor cometió distintas acciones, a las que le corresponden distintas penas[31].

3.2. Concurso real homogéneo

El concurso real homogéneo consiste en la comisión de diferentes delitos de la misma naturaleza a través de diferentes acciones. Por ejemplo: José estafa a cuatro diferentes personas en distintos momentos; un muchacho realiza diversos hurtos en acciones distintas, recaídas en diversas víctimas.

3.3. Concurso real retrospectivo

El concurso real retrospectivo, en palabras de Villavicencio Terreros, es "una forma especial del concurso real de delitos, cuya pecu-

30 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., ob. cit., p. 535.

31 Rodríguez Hurtado, *et al.*, *Manual de casos penales*, ob. cit., p. 163.

liaridad 'de carácter procesal' consiste en que el sujeto, que ya ha sido sentenciado, puede ser de nuevo juzgado si se descubre un nuevo delito cometido antes de la sentencia"[32]. Nuestra jurisprudencia utiliza la institución de la *refundición de penas* para el concurso real retrospectivo, que "consiste en el tratamiento único de la pena impuesta al condenado, es decir, que las sentencias pronunciadas en las causas por delitos conexos, en este caso por delitos que entren en concurso real, sean objeto de un tratamiento único"[33].

Para Rodríguez Hurtado *et al.*, el concurso real retrospectivo consiste "en el descubrimiento, luego de la sentencia condenatoria del agente, de otro delito cometido antes de dictarse la misma. El Código Penal dispone que, conocido el nuevo delito, procede un nuevo proceso penal. Las penas obtenidas en este [y el anterior] proceso se suman"[34].

Es preciso tener en cuenta que el concurso real retrospectivo se encuentra consagrado en el art. 51 del CP de la siguiente manera:

> Si después de la sentencia condenatoria se descubriese otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente esta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito.

Ahora bien, al momento de determinar la pena por concurso real retrospectivo, debe seguirse la siguiente regla:

> Para la imposición de la pena en esta forma especial de concurso real de delitos, se debe asumir como regla esencial y límite punitivo implícito,

32 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2009, p. 708.

33 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 704.

34 Rodríguez Hurtado, *et al.*, *Manual de casos penales*, ob. cit., p. 163.

> el que el agente no se le debe imponer como pena concreta final, luego de ser sometido a los juzgamientos sucesivos, una penalidad que resulte ser más grave o de mayor extensión que la que hubiese correspondido aplicarle de haber sido juzgado en el mismo proceso por todos los delitos que cometió y que integraron el concurso[35].

De esta manera, la pena a imponerse estará acorde con la tutela de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

4. DELITO CONTINUADO

El delito continuado ha sido considerado por una parte de la doctrina como el "concepto penal más confuso y anárquico"[36], pues sus notas predominantes son las "grandes diferencias en las legislaciones penales, [las] enormes discrepancias de parte de los tratadistas y una apreciación muy inestable de parte de la jurisprudencia de casi todos los países"[37]. Tanto esta figura como el denominado "delito masa" se encuentran regulados por el art. 49 del CP de la siguiente manera:

> Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.
>
> La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos.

---

35 Sala Penal Transitoria (ponente: Sr. juez Prado Saldarriaga), *Recurso de Nulidad N.° 2116-2014 Lima*, f. j. n.° 14. Recuperado de <https://bit.ly/30S8i3g>.

36 Novoa Monreal, citado por Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 943.

37 *Loc. cit.*

Según Peña Cabrera, el delito continuado consiste "en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos, pero que trasgreden el mismo o similar tipo penal"[38]. Se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representan de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito. Por ejemplo: el cajero de la empresa que "durante un largo periodo de tiempo se apodera diariamente de una pequeña cantidad de dinero, no cometería varios hurtos, aunque cada acto aislado realizado por él constituya este ilícito penal, sino un solo delito continuado de hurto"[39]. La conexión de continuidad determina la existencia de una única acción.

Fernández Carrasquilla señala que es "una forma de progresión delictiva donde cada acto no constituye un injusto nuevo y distinto, sino una agravación cuantitativa del injusto de los actos precedentes"[40]. La unidad del delito se da en razón de la misma resolución criminal de las acciones.

Por su parte, Mir Puig indica que el delito continuado es "otra construcción de la doctrina y la jurisprudencia [...] para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por sí solos delictivos y no producidos en forma de 'unidad natural de la acción', como parte de un proceso continuado unitario"[41].

---

38 Peña Cabrera, Raúl, citado por Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 686.

39 *Vid.* Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., ob. cit., p. 536.

40 Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, vol. II, Bogotá: Temis, 1989, p. 433.

41 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2011, p. 652.

Esta figura jurídica surge ante la necesidad de evitar la severidad excesiva de la reacción penal[42]. CARRARA advertía que el delito continuado tiene su origen en la benignidad de los prácticos, específicamente en FARINACIO (1544-1616), quien en la praxis jurisprudencial medieval creó esta figura con la finalidad de evitar la pena de muerte que en el antiguo régimen se imponía al tercer hurto (*tertium furtum*)[43]. Así, señalaba el práctico italiano: "No hay varios hurtos, sino uno solo, cuando alguien robare en un solo lugar y en distintos tiempos, pero continuada y sucesivamente, una o más cosas"[44].

4.1. Elementos del delito continuado

El art. 49 del CP acepta como elementos del delito continuado las circunstancias de naturaleza tanto objetiva (la pluralidad de acciones, la pluralidad de violaciones de la misma ley, el contexto temporal de la realización de las acciones) como subjetiva (la unidad de resolución criminal).

4.1.1. Pluralidad de acciones y omisiones

El delito continuado nace de una pluralidad de acciones "que individualmente contempladas pueden ser susceptibles de ser categorizados como delitos independientes, pero que en el terreno de la antijuricidad material deben ser consideradas colectivamente, de forma unitaria"[45]. En este sentido, "la valoración de todas las acciones es en conjunto, integrables en una acción compleja o continuada que representa el aprovecha-

42 *Vid.* SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II Buenos Aires: Topográfica Editora Argentina, 1976, pp. 302 y 303.

43 CARRARA, Francesco, citado por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, Buenos Aires: Sudamericana, 1981, p. 529.

44 *Loc. cit.*

45 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2000, p. 750.

miento de una misma oportunidad, de modo tal que constituyen un único delito"[46]. Esto también ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional. Por ejemplo, en la ejecutoria suprema del 24 de marzo de 1999, recaída en el R. N. N.° 212-99 Ica, se señala: "En autos ha quedado acreditada la comisión de cuatro latrocinios perpetrados entre los meses de junio y agosto de mil novecientos noventa y ocho, configurándose un delito continuado, cometido a mano armada y con pluralidad de agentes"[47].

No se excluye el delito continuado cuando cada una de las acciones individuales constituye por sí sola delitos consumados o delitos tentados; es decir, es indiferente el grado de ejecución alcanzado por los delitos que sirven para formar el delito continuado. Las formas imperfectas son absorbidas por la unidad tipológica del delito continuado, de manera que se considerará, únicamente, el delito continuado consumado con su específica regla penológica. En cambio, sí tiene que excluirse el delito continuado cuando sus acciones particulares concurren en forma comisiva y en forma omisiva, y también se rechaza la concurrencia entre hecho doloso y hecho culposo[48].

4.1.2. Identidad del bien jurídico lesionado

El delito continuado se entiende como la violación de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza cometida en el mismo momento de acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal. El término "resolución criminal" usado por el texto legal alude al factor final, y la frase "varias violaciones de la misma ley o una de igual o semejante naturaleza" se refiere al factor normativo,

46 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, ob. cit., p. 434.

47 *Recurso de Nulidad N.° 212-99 Ica*, Lima: 24 de marzo de 1999, citado por Fidel Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Lima: Idemsa, 2002, p. 264.

48 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios del derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid: Akal, 1997, p. 433.

pues se le asigna el carácter de unidad de conducta (como un solo delito continuado). En palabras de Hurtado Pozo:

> [El delito continuado] supone que sean diversas las leyes violadas; es decir, que las acciones se encuadren en diferentes tipos legales, de modo que las acciones puedan merecer calificaciones diferentes. Sin embargo, como el texto establece que se ha de tratar de violaciones de la "misma ley o una de igual o semejante naturaleza", las acciones deben ser sustancialmente homogéneas, a pesar de las particularidades que las pueden caracterizar individualmente. Esta unidad en la calificación es el factor de carácter legal que vincula a las acciones que constituyen el delito continuado[49].

Esto también ha sido señalado en el AP N.º 8-2008:

> El artículo 49 CP, cuyo texto fue modificado por la Ley número 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas en actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito "continuado" [...].
>
> El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos, pero que trasgreden el mismo tipo legal [...]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global[50].

Cuando el texto legal menciona que las violaciones se realizan sobre la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza, se concluye que "no interesa que los delitos sean diferentes (v. gr. hurto, estafa, apropiación ilícita), siendo suficiente que las conductas afecten un mismo bien

49 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 949.

50 V Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitorias, *Acuerdo Plenario N.º 8-2009/CJ-116*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 7. Recuperado de <https://bit.ly/3dnwpMf>.

jurídico"[51]. El elemento de la identidad del bien jurídico servirá para, si falta la identidad de la acción en sentido "natural" o "jurídico", sugerir lo necesario de la homogeneidad del suceso delictivo. Por ejemplo: el "sujeto que decide disponer de repuestos, que le entregan en administración (apropiación ilícita, art. 190 del Código Penal), su conducta también incluye sustraerlos del depósito de la empresa (hurto, artículo 185 del Código Penal)"[52]. El mismo bien jurídico en el delito continuado no debemos entenderlo, de manera expresa, como la identidad del objeto de ataque, sino que hay que deducirlo como la continuación de una mera intensificación cuantitativa de la realización del tipo ya ejecutado[53].

4.1.3. Unidad de sujeto activo

El delito continuado, conforme indica el R. N. N.° 480-2017 Lima Norte, "solo es factible cuando se presenta un agente ejecutor único, esto es, se requiere uniformidad del sujeto que ejecuta la conducta típica"[54]. Ello, sin embargo, no significa que el actor solo tenga que ser una persona, pues la conducta continuada puede ser obra de varias que tengan esta calidad, como cuando se actúa en coautoría. Además, no solo importa que las diversas infracciones sean cometidas por una misma persona, sino que sea con el mismo título de participación[55]. Por ello se excluye

---

51 *Vid.* Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., trad. de la 2.ª ed. alemana (1991) por Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 1092 y 1093.

52 Villavicencio Terreros, Felipe, "Concurso de delitos y concurso aparente de leyes", en Paredes Galván, Aníbal (ed.), *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*, Lima: San Marcos, 2003, p. 327.

53 Villavicencio Terreros, "Concurso de delitos y concurso aparente de leyes", art. cit., p. 327.

54 Primera Sala Penal Transitoria, *Recurso de Nulidad N.° 480-2017 Lima Norte*, Lima: 4 de septiembre del 2017, f. j. n.° 15. Recuperado de <https://bit.ly/33Nr9OY>.

55 Si aconteciere que intervienen personas diferentes en actos a su vez distintos, con

un delito continuado si una misma persona actúa como autor en unas infracciones y como partícipe en otras[56]. Esto se puede colegir de la ejecutoria suprema del 21 de noviembre de 1997, recaída en el Exp. N.° 4938-97 Lima, que señala:

> Que el ilícito penal ha sido perpetrado en diversos momentos en agravio de la menor; que siendo esto así, el comportamiento delictivo del mencionado acusado ha infringido repetidas veces la misma resolución criminal, lo que constituye un delito continuado de violación de menor, sancionado con la pena correspondiente a este.

4.1.4. Realización de las acciones en diversos momentos

Para señalar el contexto temporal en que deben realizarse "los actos ejecutivos de la misma resolución criminal", el legislador indica que las violaciones deben haber sido "cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos", frase que permite admitir la posibilidad de que los "actos ejecutivos" se realicen simultánea o sucesivamente[57]. Cuando el texto legal se refiere al "momento de la acción" reconoce un estrecho ámbito temporal, esto es, el sujeto activo comete un delito mediante varias acciones físicamente independientes, por esto la acción debe ser comprendida como actividad desarrollada en un lapso determinado; por ejemplo: el ladrón que se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias sustracciones, exigidas por circunstancias accidentales (como el número o el peso de los bienes). Así mismo, cuando el texto legal se

---

participación criminal diversa en cada uno de ellos, no habrá identidad objetiva, esto es, no se tratará de una infracción reiterada a un mismo o semejante precepto penal, con lo cual no se podrá hablar de nexo de continuidad alguno. No es, entonces, posible la continuidad entre acciones de partícipe y de autor, pues el delito continuado exige que la intervención en la infracción penal se lleve a cabo al mismo título.

56 Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito continuado en la teoría del concurso*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 246.

57 *Vid.* Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 950.

refiere a "momentos diversos" reconoce un ámbito temporal amplio, cuya duración depende de la índole de las acciones y de las circunstancias particulares del caso que se analiza, y que podría extenderse algunos días, meses, y hasta años; por ejemplo: el cajero que en el lapso de un año se apodera de una suma de dinero, sustrayéndola poco a poco.

Para entender mejor este requisito objetivo, es preciso traer a colación la ejecutoria suprema del 26 de octubre de 1999 (Sala C), Exp. N.° 2697-99 Lima, que indica:

> Tratándose que el delito de violación ha sido cometido en momentos diversos, desde que la agraviada tenía 10 años de edad y que los actos ilícitos persistieron en su ejecución de manera sucesiva en los siguientes años, los mismos constituyen una unidad delictiva por su naturaleza de atentado al bien jurídico de la indemnidad y libertad sexual, siendo actos de la misma resolución criminal, por lo que representa un delito continuado de acuerdo con el artículo 49 del Código Penal.

4.1.5. Unidad de resolución criminal (requisito subjetivo)

Villavicencio Terreros refiere:

> Se hace necesario aceptar un dolo que comprenda la unidad de la finalidad y la pluralidad de conductas, lo que se traduce en el mismo fin existencial, no en el mismo propósito psicológico, de suyo imposible de actos diversos, aun dentro de la misma unidad contextual de acción[58]. En conclusión, la unidad de delitos se da en razón de la misma resolución criminal de las acciones[59].

El agente debe proponerse la ejecución de un delito mediante acciones que al ser realizadas constituyan exteriorizaciones de la misma

58 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, ob. cit., p. 434.

59 Villavicencio Terreros, Felipe, p. 693, citado por Lenin Vilca Vilca, *La pluriofensividad de los negocios de esquema piramidal y las consecuencias en la determinación de la pena*, tesis para optar el grado académico de bachiller en Derecho, Puno: Universidad Nacional del Altiplano, 2019, p. 80.

determinación inicial. Un indicio de esta última es la homogeneidad de las acciones, que, a su vez, está condicionada por la unidad del carácter ilícito (fundada en la violación de "la misma ley penal o de una igual o semejante naturaleza"). Estas circunstancias ponen en evidencia la interrelación estrecha que vincula a los factores considerados por el legislador[60].

En general, se rechaza la posibilidad de un delito culposo continuado, ya que un "dolo de continuación" no se podría fundamentar en un hecho de esta naturaleza. Asimismo, como lo hemos indicado anteriormente, se rechaza también la continuación entre hechos dolosos y culposos, por los mismos fundamentos.

5. DELITO MASA

El delito masa se caracteriza porque el sujeto pasivo viene a ser un cúmulo de personas. Aparece como un subcaso de delito continuado en el que "se parte de una unidad de ideación delictiva y de una serie de medidas de ejecución del unitario propósito criminoso en el que figuran como destinatarios y sujetos pasivos una masa de personas, en principio indeterminadas, a las cuales, con identidad de medios, se intenta defraudar"[61].

Sainz Cantero indica que el delito masa es aquel en que "el sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas independientemente, constituiría cada una de ellas un delito, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas, cuyos componentes individuales, en principio determinados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos"[62].

---

60 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 954.

61 Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Santa Rosa, 2000, p. 390.

62 Sainz Cantero citado por Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español*, 3.ª ed., Barcelona: Ariel, 1989, p. 305.

Para que surja esta figura jurídica, regulada en el primer párrafo del art. 49 del CP ("si con dichas violaciones el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas"), deben darse todos los requisitos del delito continuado, pero con la peculiaridad de que exista una pluralidad de sujetos pasivos. Por ejemplo: en las estafas cometidas por promotores de urbanizaciones "piratas" que, con el pretexto de suministrar viviendas a los usuarios (víctimas), luego de exigir las respectivas cuotas iniciales, desaparecen con el dinero recaudado[63].

La creación del delito masa responde a la "necesidad de imponer una pena de cierta gravedad a los denominados fraudes colectivos, y normar al concurso; pero esta conclusión no siempre es cierta, pues a veces la estimación del delito masa es beneficiosa para el reo"[64]. Fernández Carrasquilla[65] señala los siguientes requisitos para el delito masa:

a) La unidad del plan criminal o fin defraudatorio dirigido contra una generalidad de personas cuya individualidad carece de importancia para el agente.

b) El supuesto material se integra por varias acciones, o por una sola acción desarrollada con varios actos, todas ellas cubiertas con idéntica resolución criminal.

c) La unidad del precepto violado que, ligado a la unidad de acción y de intención, justifica la apreciación de un delito unitario, en lugar de un concurso cualquiera. Esta unidad del tipo se interpreta con la misma amplitud con que se lo hace en el propio delito continuado, en tanto se trata de ataques a unos mismos bienes jurídicos de distintos titulares.

d) La existencia de un sujeto pasivo-masa como destinatario de la ofensa.

63 Villavicencio Terreros, "Concurso de delitos y concurso aparente de leyes", art. cit., p. 328.

64 Bramont-Arias Torres, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 310.

65 Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, ob. cit., p. 436.

En el AP N.º 8-2008/CJ-116 se indican las consecuencias jurídicas del delito masa:

> En [...] [el] supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley 'delito continuado' por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas, [...] el juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave[66].

6. CONCURSO APARENTE DE LEYES

A diferencia de lo que sucede en el concurso ideal de delitos, en donde para valorar plenamente la gravedad de un hecho deben aplicarse varias disposiciones legales, en el llamado concurso de normas aparentemente aplicables a un mismo hecho solo una de ellas se tomará en consideración[67]. Mir Puig refiere que esta figura se presenta del siguiente modo:

> Cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que solo uno puede aplicarse, ya que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes[68].

Por su parte, Muñoz Conde y García Arán señalan:

> [El concurso de normas] no tiene nada que ver con un auténtico concurso, sino con un problema de interpretación para determinar la ley o precepto legal aplicable, cuando ante un mismo supuesto de hecho aparentemente son varios los preceptos que vienen en consideración, pero

66 V Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitorias, *Acuerdo Plenario N.º 8-2009/CJ-116*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 7.

67 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., ob. cit., p. 538.

68 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., ob. cit., p. 662.

> el desvalor que representa ese supuesto de hecho es abarcado por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás[69].

Así, luego de interpretar correctamente —indican ambos autores—, se deduce que solo uno de estos es realmente aplicable[70].

Jescheck y Weigend también manifiestan:

> Junto con las clases de concurrencia propia (concurso ideal y real) tiene lugar otra serie de casos en los que varias normas penales concurren solo en apariencia, siendo así que en realidad una excluye a la otra (concurso impropio), de manera que la idea básica común a este grupo de supuestos será que el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción punible se hallará completamente abarcado por una de las normas penales que entran en consideración[71].

En la doctrina nacional, Villavicencio Terreros se adhiere a esta postura y señala:

> Es más adecuado referirnos al concepto de unidad de ley en lugar de concurso aparente de leyes. La unidad de ley se presenta cuando una conducta cometida aparece comprendida en varios tipos penales, pero su contenido de injusto estará definido completamente por uno solo de dichos tipos penales[72].

6.1. Criterios aplicables al concurso aparente de leyes

Existen determinadas pautas sobre cómo se ha de resolver los casos que se enmarquen en la figura en análisis. De esta forma, dichos criterios

---

69 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., ob. cit., p. 539.

70 *Ibid.*

71 Cfr. Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 788 y 789.

72 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, 2006, ob. cit., p. 704.

tienen como propósito determinar cuál de las normas es la que con mayor precisión y plenitud comprende todas las circunstancias del hecho delictivo, es decir, la que subsuma adecuadamente el hecho penalmente relevante, tutelándose el principio de legalidad[73]. Estas pautas aplicables al concurso aparente de leyes son las siguientes: principio de alternatividad, de especialidad, de consunción y de subsidiariedad.

6.1.1. Principio de alternatividad

Algunos sostienen que el principio de alternatividad se aplica cuando los elementos de dos tipos legales son opuestos entre sí. Otros, que dicho principio o regla se aplicaría cuando se trate de casos en que la misma acción esté contemplada desde diferentes puntos de vista, por diversas disposiciones legales, de las cuales una vendría a ser aplicable en la medida en que la otra estatuya una pena más grave[74].

Al respecto, Hurtado Pozo comenta que los casos comprendidos por los penalistas que defienden el principio de alternatividad son en realidad errores legislativos, que consisten ya sea en a) considerar simultáneamente una circunstancia particular como agravante o atenuante, lo que dentro de un mismo ordenamiento legal es contradictorio, o en b) establecer un tratamiento privilegiado a un caso calificado, lo que, desde un punto de vista teleológico, es improcedente[75]. Por ejemplo, el delito de marcaje o reglaje (art. 317-A del CP) sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años a quien para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los arts. 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176. 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del CP, acopia o *entrega información*, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros

73 Alcocer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 285.

74 Cfr. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., p. 961.

75 *Ibid.*, p. 962.

instrumentos idóneos. Asimismo, en el segundo párrafo del tipo penal de extorsión (art. 200 del CP) se reprime con pena privativa de libertad no menor de 10 ni mayor de 15 años al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito, *suministre información* que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio, o proporcione deliberadamente los medios para la realización del mencionado delito[76]. En ambos casos nos hallamos ante la prohibición y castigo del suministro de información como medio para facilitar la comisión de una extorsión. En este sentido, de acuerdo con el "principio de alternatividad", habría que aplicar la pena prevista en el segundo párrafo del art. 200 del CP.

6.1.2. Principio de especialidad

Cuando de los varios preceptos aparentemente concurrentes uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, se aplica la ley más especial, en lugar de la ley general. Mir Puig señala que "un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por el segundo, algún otro presupuesto adicional"[77]. Por ejemplo: se podría aplicar este principio cuando se otorga preferencia al delito de asesinato (art. 108 del CP), en vez del de homicidio simple (art. 106 del CP) o el de robo (art. 188 del CP), en lugar del delito de hurto (art. 185 del CP).

En síntesis, "cuando un precepto reproduce las características de otro, añadiéndole además otras específicas, el precepto más específico *(lex especialis)* desplaza al más genérico (la ley penal especial sobre la general)"[78]. Por ejemplo: si un hijo mata a su padre, se le sanciona por el delito de parricidio (disposición especial) y no por homicidio simple (disposición general).

---

76 Alcocer Povis, *Introducción al derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 286.

77 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Reppertor, 2004, p. 648.

78 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá: Themis, 1999, p. 178.

6.1.3. Principio de consunción

El principio de consunción se presenta cuando "un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente, porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte"[79]. Por ejemplo: la tentativa queda consumida por el delito consumado; también el delito de lesiones se subsume en el delito consumado de homicidio doloso[80].

6.1.4. Principio de subsidiaridad

Según Mir Puig, el principio de subsidiariedad se presenta "cuando un precepto legal solo pretende regir en caso de que no entre en juego otro precepto penal". De ese modo, se afirma que "el primer precepto es entonces 'subsidiario' respecto del segundo, quedando desplazado cuando este aparece"[81].

La norma subsidiaria se aplicará solo en defecto de la principal. Si la conducta delictiva no se subsume en las normas penales más drásticas, es posible que haya otra, aun con una penalidad menor, pero que comparte elementos típicos, donde sí pueda encajarse la acción. Por ejemplo: el delito de coacción es subsidiario del delito de secuestro y de otros tipos penales (robo agravado, lesiones, violación sexual, etc.).

Asimismo, debe advertirse que la subsidiaridad puede ser expresa o tácita, según se halle prevista expresamente por la misma ley o haya de deducirse de su sentido. Para Mir Puig, existe *subsidiaridad expresa* "cuando un concreto precepto penal condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya un delito más

79 Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 179.

80 *Ibid.*, p. 287.

81 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Barcelona: Tecfoto, 1998, p. 678.

grave"; mientras que la *subsidiariedad tácita* se presenta cuando "la interpretación del sentido de un precepto deja en claro que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir este una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico"[82].

La *subsidiariedad expresa* sería la dispuesta por la ley; por ejemplo, el caso del delito de falsedad genérica (art. 438 del CP), pues en su propia disposición señala: "El que de cualquier modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad [...]". De manera que condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho previsto no constituya un delito más grave. Otros ejemplos: el homicidio simple (art. 106 del CP) con relación al homicidio calificado (art. 108 del CP); asimismo, el caso de un conductor en estado de ebriedad (art. 274 del CP) que comete homicidio culposo (art. 111 del CP), será sancionado por el último ilícito penal por la imprudencia en su accionar.

La subsidiariedad tácita no lo ordena la ley, se deduce por interpretación; por ejemplo: cuando una persona golpea de manera violenta a otra hay que determinar si estamos ante un delito de lesiones o ante una tentativa de homicidio. Otro ejemplo: cuando la conducta no satisface todos los elementos típicos del delito de difamación, lo que sí sucedería si se subsumiera en el delito de injuria.

También se podría tomar en consideración el *principio de identidad*, por el cual el ordenamiento jurídico no sanciona dos veces por el mismo hecho, y verificarse los *actos anteriores o posteriores impunes*, es decir, "se debe analizar si a la conducta punible la precede o sigue otra, también punible, pero que debemos elegir para la persecución penal por comprender la acción total del agente en ella"[83]. Rodríguez Hurtado *et al.* propone el siguiente ejemplo:

82 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., 665.

83 Rodríguez Hurtado, *et al.*, *Manual de casos penales*, ob. cit., p. 163.

El caso de los daños ocasionados por la destrucción (artículo 205 del Código Penal) del bien mueble hurtado (artículo 185 del Código Penal), se toma el primero porque el reproche del segundo ya se encuentra en el primer tipo penal[84].

84 *Loc. cit.*

LECCIÓN 14
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

En principio, toda conducta típica, antijurídica y culpable (delito) es sancionada con la imposición de una pena o medida de seguridad. No obstante, existen casos en que dicha conducta no se sanciona, debido a que la pretensión punitiva del Estado admite diversas causas de extinción de la acción y de la pena.

Las causas de extinción de la acción y de la pena son situaciones en la que se pueden determinar la imposibilidad de pronunciarse sobre la responsabilidad penal, ya sea para afirmarla o negarla; sin embargo, en otros casos ocasionan efectivamente la exclusión total o parcial de los efectos de ella. En otras palabras, la extinción del poder estatal de sancionar se puede presentar antes de que se emita una sentencia de condena o después de que ella haya sido ejecutoriada o consentida. En el primer caso nos referimos a la extinción de la acción penal, y en el segundo caso a la extinción de la pena.

La extinción de la responsabilidad penal refleja la pérdida de interés del Estado por perseguir determinados delitos. Esto es establecido legalmente y, en consecuencia, se da la finalización definitiva de todo el procedimiento penal; aunque, en algunos casos, la responsabilidad civil podría quedar intacta. Las causas extintivas de la acción y de la pena dan

por terminado el ejercicio del *ius puniendi* estatal en atención a cualquiera de los motivos racionales siguientes:

a) Ante la muerte del imputado o condenado.
b) Cuando prescribe la acción penal o de la pena.
c) Amnistía.
d) Sentencia civil ejecutoriada que destipifica la imputación.
e) Autoridad de cosa juzgada.
f) Desistimiento en los delitos de acción privada.
g) Transacción en los delitos de acción privada.
h) Derecho de gracia.
i) Indulto.
j) Cumplimiento de la pena.
k) Exención de pena.
l) Perdón del ofendido en los delitos de acción privada.
m) Conmutación de penas.

1. CAUSALES COMUNES A LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

La acción penal puede definirse como la facultad del Ministerio Público (mediante el ejercicio público) o del particular afectado (a través del ejercicio privado) de promover y proseguir el conjunto de actividades regladas para lograr que el juez, como representante del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, decida acerca de la *notitia criminis*, es decir, se pronuncie sobre la realización de un hecho delictivo, la responsabilidad que tenga su autor o partícipe, y la sanción legal a imponérsele[1].

---

[1] Roy Freyre, Luis, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 36.

El art. 100 del CP dispone que "la acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal". *A contrario sensu*, se concluye que la extinción de la acción penal, por cualquiera de las causales legalmente previstas, genera la cancelación de la acción civil para reclamar el pago de la respectiva reparación.

Diferente es el caso de extinción de la pena, muerte del condenado, pues en esta situación el órgano jurisdiccional ya habría ordenado, en sentencia firme, el pago del monto de la reparación civil, por lo que se convierte en una obligación pecuniaria que tendría que ser asumida por los herederos legales del finado sentenciado.

Las causales de extinción de la acción penal se relacionan o afectan a la prevención general; en cambio, las causales de caducidad de la pena se vinculan o comprometen a la prevención especial. El fundamento de cada especie que integra uno u otro grupo de causales puede ser de naturaleza subjetiva (si se atiende al autor o partícipe del delito) o de naturaleza objetiva (si se toma en consideración el interés social)[2].

Son causas comunes extintivas de la acción penal y de la pena las que, por efecto de su propia naturaleza o por la amplitud del alcance de su fundamento, afectan o cancelan directa e indistintamente a una y otra de las dos citadas formas en que se manifiesta el *ius puniendi* del Estado.

1.1. Muerte del imputado o condenado

La responsabilidad penal es estrictamente personal y —como es obvio— ha de concluir con la muerte del procesado. Sería absurdo continuar el proceso si es que el imputado ha dejado de existir. La muerte debe ser probada con la respectiva partida de defunción, no bastan hechos jurídicos o físicamente similares, como la ausencia o desaparición.

2 Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., p. 40.

La ejecución de la pena también desaparece con la muerte del condenado. En este caso existe una sentencia que se está cumpliendo, pero, dado el carácter personalísimo de esta, con la muerte del sujeto se extingue. Lo único que no se extingue es la reparación civil, la cual es transmisible a los herederos, como ya hemos indicado.

En la legislación penal contemporánea la sanción no es transpersonal. Si el reo fallece, carece de sentido continuar sustanciando el proceso o ejecutando la pena, ya que opera la regla *mors omnia solvit* (la muerte todo lo borra). En el ámbito del derecho se reconocen tres especies de muerte; diversidad que obliga al intérprete a decidir cuál, o cuáles, se ajustan a las exigencias de un texto penal concreto[3]:

a) *Muerte cerebral.* La Ley N.° 28189 (Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos), de 18 de marzo del 2004, establece en su art. 3 ("Diagnóstico de muerte") lo siguiente: "El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basa en el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas de acuerdo a los protocolos que establezca el reglamento y bajo responsabilidad del médico que lo certifica".

   En este caso, el no poder extenderse una partida de defunción a quien sufre de muerte cerebral impide que el órgano jurisdiccional penal emita una resolución judicial extintitiva del proceso o de la sanción.

b) *Muerte presunta.* El art. 63 del Código Civil establece tres supuestos en el que se considera a una persona como fallecida:

   i) Luego de haber transcurrido diez años desde que se supo por última vez alguna información relacionada al desaparecido, o cinco años en caso tuviese más de ochenta años de edad.

3 *Ibid.*, pp. 42-47.

ii) Después de haber transcurrido dos años, en caso la desaparición se haya producido en circunstancias que posibilitan que se haya producido la muerte (el plazo rige desde la cesación del evento peligroso).

iii) Siempre que exista certeza de la muerte, sin que se haya encontrado el cadáver o se le haya reconocido.

Por otro lado, el art. 64 del CC indica que "la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido. Dicha resolución se inscribe en el registro de defunciones". En esa línea, nada impide la decisión de tenerse por extinguida la acción penal o la pena de un reo a quien se declaró muerto presunto judicialmente.

c) *Muerte integral.* Se produce cuando cesa de manera definitiva e irreversible la función cardiovascular seguida de la inmediata descomposición de los tejidos. Es innegable el efecto extintivo de la acción penal y de la pena en este tipo de muerte.

1.2. Prescripción de la acción penal y de la pena

La prescripción es un plazo de tiempo que se establece mediante ley, dentro del cual los órganos jurisdiccionales pueden iniciar el proceso, pero una vez que termina este plazo ya no se puede perseguir el delito.

La *prescripción de la acción penal* concluye con la potestad represiva antes de que esta se haya manifestado, de manera concreta, en una sentencia condenatoria firme, esto sucede, bien porque el poder penal estatal no dio lugar a la formación de la causa (bajo cualquier motivo), o porque inició la persecución y se omitió proseguirla con una correcta continuidad y dentro de un plazo legal que finaliza sin que se haya expedido sentencia recurrible[4].

4 Cfr. *Ibid.*, p. 48.

La *prescripción de la pena* hace que expire la potestad punitiva del Estado luego de haberse expedido la sentencia condenatoria ejecutoriada; penalidad que no puede ser efectiva en su extremo judicialmente señalado por diferentes motivos (fuga del reo, no captura o no recaptura del sentenciado en los casos de revocación de la condena condicional, reserva del fallo condenatorio, semilibertad, etc.)[5].

La persecución penal de un delito no es perpetua. Todos los ilícitos penales de nuestro ordenamiento jurídico prescriben, excepto los considerados de lesa humanidad.

Binder sustenta la prescripción en la debida protección de la dignidad de la persona humana dentro de un Estado de derecho. Afirma que el límite temporal impuesto al poder penal del Estado tiene como función garantizar que el *ius puniendi* no sea utilizado más allá de los linderos de la necesidad social. De esta manera es mejor presumir que el tiempo ha logrado restaurar ese orden social, en vez de otorgarle al Estado un poder penal que se dé de manera temporal e ilimitada[6], ya que de lo que se trata es de buscar "explicar" el modo como en un Estado de derecho se resuelve la colisión entre las necesidades sociales de orden y seguridad, de un lado, y las exigencias del respeto a la persona y la limitación al poder que ello implica, de otro.

El otorgamiento de un poder de tal intensidad al Estado (encerrar a un ser humano en una jaula, a veces por el resto de su vida) implica siempre un peligro potencial sobre la dignidad de las personas. Un Estado de derecho debe buscar disminuir al mínimo las posibilidades de afectar esa dignidad[7]. La prescripción se basa no solo en el transcurrir del tiempo

5 *Ibid.*, pp. 48 y 49.

6 Cfr. Binder, Alberto, "Prescripción de la acción penal: el indescifrable enigma de la secuela del juicio", en *Doctrina Penal*, año 13, n.º 49-52, Buenos Aires: 1990, pp. 279 y 280.

7 *Vid.* Binder, Alberto, "Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio", en *Justicia penal y Estado de derecho*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 130 y ss.

que genera el olvido del delito, sino también en la negligencia o falta de celo de las autoridades (jueces, fiscales y policías) en su persecución, y en la probable corrección del reo, quien tiene la posibilidad de cambio.

Los plazos de *prescripción de la acción* que señala el art. 80 del CP son los *ordinarios*. Estos pueden operar antes o después de las "actuaciones" del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, o también antes o después de la comisión de un nuevo delito doloso. Este plazo será contado si no hubiera interrupciones. Los plazos ordinarios en que opera la prescripción de la acción penal son los siguientes:

a) Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.
b) Para los delitos castigados con pena privativa de libertad, cuando el tiempo transcurrido es igual al máximo legal de la pena prevista para el ilícito penal cometido, en ningún caso podría ser mayor a los veinte años.
c) En el caso de delitos que tengan penas distintas a la privativa de libertad, la acción prescribe a los dos años.

Y en los casos de "delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplicará".

En efecto, para dar cumplimiento al mandato constitucional abarcado en el último párrafo de su art. 41, el art. 80, *in fine*, del CP reconoce una excepción a la regla restrictiva que fija en veinte años el plazo ordinario máximo para la prescripción de la acción penal (siempre que la pena fuese privativa de libertad), y duplica el plazo ordinario de prescripción de la acción penal cuando el agente comete un delito en ejercicio de su función o servicio público y en agravio del patrimonio del Estado o de organismos económicamente sostenidos por este. Dentro de esta excepción ampliatoria también cabe incluir a la prescripción de la acción penal de delitos cometidos por integrantes de una organización

criminal, en virtud de la modificación efectuada por la Ley N.° 30077, publicada el 20 de agosto del 2013; casos en los que el plazo de prescripción también se duplica.

En el caso de un *concurso real de delitos*, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno. La prescripción de los delitos menos graves puede terminar con la existencia del concurso y dejar subsistente solo la acción penal del delito más grave. Por otro lado, la prescripción del delito más grave puede hacer desaparecer definitivamente la materia justiciable[8].

En caso de *concurso ideal de delitos*, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

En los casos de responsabilidad restringida (art. 22 del CP), cuando los procesados tengan entre 18 y 21 años de edad, o sean mayores de 65 años de edad, los plazos de prescripción se reducen a la mitad. La ley penal presume *juris et de jure* que toda persona con las edades mencionadas en el momento de realizar la infracción punible tienen restringidas sus capacidades para comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. Los plazos de prescripción de la acción penal son los siguientes:

a) En la tentativa, rige desde el día en que terminó la actividad delictuosa.
b) En el delito instantáneo, rige desde el día en que se consumó.
c) En el delito continuado, rige desde que finalizó la actividad delictuosa.
d) En el delito permanente, rige desde el cese de la permanencia.

8 Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., p. 58.

Asimismo, existe la *prescripción extraordinaria*, que actúa cuando se ha interrumpido el plazo de la prescripción ordinaria. En ese sentido, el art. 83 del CP establece dos hipótesis en las que opera este tipo de prescripción: i) después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia; y ii) la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

De acuerdo con el art. 83 del CP, la interrupción del plazo de prescripción puede realizarse por actuación del Ministerio Público, por actuación de las autoridades judiciales y por la comisión de un nuevo delito doloso. A continuación, explicaremos cada uno de estos supuestos:

a) *Por actuación del Ministerio Público.* Pueden tener lugar antes de promoverse la acción penal (en la investigación preliminar que "conduce") o después de promovida (durante el proceso penal). Nuestro Código Penal se refiere de una manera genérica a las causales de interrupción y para ello utiliza el indefinido vocablo de "actuaciones". Roy Freyre sostiene que resulta indispensable poner aquí un límite razonable, así considera como "actuaciones del Ministerio Público" únicamente a aquellas actividades que se relacionen de manera directa con la promoción de la acción penal, con la satisfacción de su deber de soportar la carga de la prueba y, por último, con la acusación[9].

b) *Por actuación de las autoridades judiciales.* También aquí se impone la necesidad de hacer otra interpretación para estimar como "actuaciones" solamente aquellas que se vinculen directamente con el aseguramiento del autor o partícipe del delito (detención), con la actuación de pruebas acerca de la existencia del hecho punible y con la demostración de la responsabilidad penal.

9 *Ibid.*, p. 69.

En este sentido, los decretos de mero trámite, las comunicaciones dirigidas a organismos públicos o privados, las peticiones relacionadas con la reparación civil y, en fin, todo escrito, articulación o recurso que presente el procesado en su defensa no serían causales de interrupción de la acción penal, pues resultaría absurdo que el ejercicio del derecho a defenderse interrumpa una prescripción que está corriendo precisamente en su beneficio.

Con relación al tema, BINDER precisa que no deben ser considerados precisamente como actos interruptivos de la prescripción aquellos que implican impulsar de manera real y eficaz el procedimiento por parte de los órganos o de la persona que tienen la facultad de hacerlo, sino que solo es admisible una superación de los términos precisos cuando una condición *externa a la actividad del Estado* le genera una imposibilidad absoluta de ejercer el poder penal o la persecución, tal como sería el caso de la fuga del procesado, siempre que exista la garantía propia del Estado de derecho que imposibilita realizar juicios en ausencia.

En opinión del destacado autor argentino, "ningún acto de procedimiento puede configurar la superación del término del plazo establecido como límite al poder penal o del Estado, porque es obvio que ningún acto del limitado (el Estado) puede ampliar el límite que se le ha impuesto, ya que ello iría en contra de la idea misma de límite y, mucho más, de su fundamento político. Una garantía prevista para proteger a las personas no puede ser dejada de lado por la morosidad judicial que, independientemente del órgano que la realice, es actividad estatal, y en esos casos, además, actividad estatal deficiente"[10].

c) *Por la comisión de un nuevo delito doloso.* El nuevo delito doloso surte efecto interruptivo cualquiera que fuese la especie de cul-

10 BINDER, "Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio", ob. cit, p. 133 y ss.

> pabilidad del hecho delictuoso precedente. Para poder juzgarse como producida la comisión del nuevo delito, se requiere una sentencia firme que así la declare. No es la sentencia que condena por este nuevo delito la que produce la interrupción de la prescripción, sino la comisión misma de la infracción punible. Y cuando la acción penal del nuevo delito cometido en el curso de la prescripción de otro devenga prescrita, el nuevo delito ya no interrumpe la prescripción del hecho punible precedente[11].
>
> El nuevo delito doloso puede acontecer antes o después de iniciarse el proceso judicial por el primer hecho punible. "Tratándose de un concurso real de delitos, las acciones penales de cada uno prescriben separadamente en su plazo respectivo, pero las interrupciones representadas por las actuaciones del Ministerio Público y del Poder Judicial les afectarán de manera común, salvo los casos, según parece estar claro, en que el nuevo delito doloso permanezca ignoto o sea materia de un proceso por separado"[12].

Los amplios plazos para la prescripción ordinaria de la acción penal que tienen los delitos más graves, acordes —salvo contadas excepciones— con el máximo de la sanción fijada en la ley para el hecho punible de que se trate, así como las constantes interrupciones a las que están expuestas las prescripciones de las acciones penales correspondientes a todos los delitos harían inacabable la espera de la extinción del *ius puniendi*[13]. Por ello, la prescripción extraordinaria siempre opera después de iniciado el proceso y significa un límite legal a las frustraciones de la prescripción

---

11 *Vid.* Gómez, Eusebio, *Leyes penales anotadas*, t. 1, Buenos Aires: Ediar, 1952, p. 448.

12 Torres, Ramírez, Kely Mercedes, *La prescripción como consecuencia de la pérdida del poder punitivo del Estado por haber dejado pasar el tiempo sin ejercer la acción penal en la legislación penal*, tesis para optar el grado académico de licenciado en Derecho, Huaraz: Universidad San Pedro, 2017, p. 31.

13 Así lo indica Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., p. 71.

causadas por las sucesivas interrupciones. Por tanto, esta prescripción se cumple, sin considerar los efectos de las interrupciones ("en todo caso", según lo señalado en el Código Penal), cuando el tiempo que ha pasado es mayor en una mitad al plazo regular de prescripción.

La interrupción consiste en el fraccionamiento del plazo de prescripción de la acción penal, teniendo como efecto principal la prolongación del tiempo para la producción de su efecto extintivo al disponer la ley que iniciará a correr un nuevo plazo ("quedando sin efecto el tiempo transcurrido"), de este modo, su consecuencia colateral será la cancelación o la caducidad del tiempo que ya hubiese corrido hasta el inicio de la interrupción, a menos que ese lapso se refiera al cómputo de la prescripción extraordinaria[14].

La frase "la prescripción no será mayor a veinte años", señalada por el cuarto párrafo del art. 80 del CP, solo se refiere al límite máximo que, a título de excepción, fija la ley para la prescripción ordinaria de la acción penal cuando el delito tiene una sanción privativa de libertad superior al tope prescriptivo de veinte años. No toma en consideración el plazo señalado en la prescripción extraordinaria (máximo de la pena más su mitad).

La diferencia entre la interrupción y la suspensión, señalada en el art. 84 del CP, se encuentra en que esta última no elimina la eficacia del tiempo transcurrido con anterioridad al inicio de la suspensión, sino que se le suma al que continúa luego de haberse disipado el impedimento.

Se entiende por "suspensión de la acción penal" aquel detenimiento que experimenta la iniciación o la continuación del plazo legal para perseguir el delito; tiene significado de un obstáculo que evita o impide el correr del plazo de prescripción de la acción penal a razón de la paralización del proceso penal instituida por la propia ley, sin que el tiempo

14 *Ibid.*, p. 66.

precedentemente transcurrido pierda su valor prescriptivo parcial al sumarse al que continúe con posterioridad a la superación del inconveniente procesal[15].

Es la propia ley la que prevé la presencia del obstáculo (ocurre lo mismo con la interrupción). El Ministerio Público y el Poder Judicial no pueden realizar sus "acciones" en el proceso penal mientras no se supere el inconveniente colocado por la propia ley. De acuerdo con la doctrina, las causas de suspensión serían las siguientes:

a) *Cuestión previa.* En algunos casos expresamente estipulados existen condiciones ineludibles que deben cumplirse antes de la interposición de una denuncia penal para que el ejercicio de la acción penal sea válido. Estas condiciones son denominadas "requisitos de procedibilidad" por el derecho procesal.

   En ese sentido, San Martín Castro define la cuestión previa de la siguiente manera: "[S]e trata de causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla"[16]. Por ejemplo: el delito de libramientos indebidos (art. 215 del CP), cuya modalidad típica hace alusión al hecho de girar un cheque a sabiendas que se encuentra desprovisto de fondos suficientes.

   Debido a que esta figura delictiva tiene su origen en la esfera del ámbito jurídico civil-obligacional, el legislador ha estimado conveniente exigir el cumplimiento del pago del cheque girado como un requisito previo, antes de poder acudir al órgano requirente y denunciar el hecho penalmente con el fin de que no se sustancien en la vía penal controversias de mero contenido civil, respetándose así el carácter de *ultima ratio* del derecho penal.

15 *Ibid.*, p. 75.

16 San Martín Castro, César, Derecho procesal penal, t. I, Lima: Grijley, 2006, p. 367.

El mencionado tipo penal exige en todos sus supuestos como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal que el acreedor sea informado de la falta de pago, mediante protesto u otra constancia expresa, la cual deberá ser consignada en el mismo documento por el banco girado, señalando el motivo de la falta de pago.

Asimismo, la acción penal no procederá si el agente cancela el monto total del cheque en el plazo de tres días hábiles de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, y puede ser en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador, con excepción de los siguientes casos:

— Cuando el cheque sea revocado durante su plazo legal de presentación a cobro, por causa falsa.

— Cuando haga uso de cualquier medio para suplantar al beneficiario o al endosatario, sea en su identidad o firmas.

— Cuando cambie sus cláusulas, líneas de cruzamiento, o cualquier otro requisito formal del cheque[17].

Por lo general, un delito puede ser investigado sin necesidad de cumplir previamente con requisitos directamente relacionados con el hecho punible o con el individuo a quien se atribuye su responsabilidad. Sin embargo, hay casos en que la ley dispone que deben satisfacerse previamente determinados requisitos sin los cuales no es posible iniciar válidamente el proceso penal. Las cuestiones previas son obstáculos que se encuentran previstos taxativamente en la norma penal o en una de naturaleza extrapenal (civil, laboral, administrativa, etc.).

La palabra "cuestión" implica un obstáculo de índole jurídico a resolver previamente y conforme está previsto en la ley, e independientemente de los elementos constitutivos del tipo penal.

17 Véase el art. 215 de CP.

Asimismo, significa que la omisión de ese presupuesto procesal especial e independiente origina un problema jurídico-procesal penal que, a su vez, se convierte en fundamento para que el procesado o cualesquiera de los demás sujetos procesales aleguen la necesidad de declarar la nulidad e "insubsistencia" de todo lo actuado e inadmisible la denuncia que ha sido presentada[18]. La palabra "previa" implica que esa condición necesaria debe concretarse (tal como está prevista) con la debida anticipación al inicio del ejercicio de la acción penal.

b) Cuestión prejudicial. Está relacionada con la dilucidación de un asunto de carácter civil, laboral o contencioso-administrativo, que debe ser decidido en la vía extrapenal necesariamente con anterioridad a la terminación del proceso penal, ya que su esclarecimiento contribuye a precisar la existencia (o no) de un elemento constitutivo del delito. Al ser declarada fundada surte su efecto consistente en suspender el proceso penal en beneficio de todos los inculpados que se encuentren en igual situación jurídica con respecto a quien la planteó[19]. Por ejemplo, en el caso de que el imputado por delito de bigamia activa (art. 139 del CP) alegue la nulidad del primer matrimonio.

c) *Antejuicio constitucional.* El antejuicio se ha concebido como una prerrogativa funcional. Si de manera previa no se ha sometido a un proceso investigatorio y acusatorio en sede parlamentaria, se proscribe el inicio de un proceso penal contra un alto funcionario. No cabe formular denuncia ni abrir instrucción penal si este requisito *sine qua non* no se cumple.

Se trata de un privilegio procesal personal que a la vez es una garantía de imparcialidad judicial e independencia funcional, en cuya virtud determinadas personas, atendiendo a sus especiales

18 Mixán Mass, Florencio, *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones*, 2.ª ed., Trujillo: BLG, 2000, p. 16.

19 Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., pp. 76 y 77.

calidades, serán ciertamente sometidas a la ley nacional, pero bajo un régimen especial de competencia o procedimiento[20]. El privilegiado es sometido a la ley nacional, exigiéndose para su procesamiento o detención el desafuero por parte, en nuestro caso, del Congreso o de la Comisión Permanente.

El art. 99 de la Carta Fundamental señala cuáles son los funcionarios beneficiados con esta prerrogativa[21]. Este tratamiento constitucional diferenciado se fundamenta en la existencia de altos dignatarios de la Nación que, por razones de su cargo o investidura, no pueden estar sujetos a la acusación de cualquier persona o instancia, por los eventuales delitos o violaciones de la Constitución que pudieran cometer en el ejercicio de sus funciones, pues así se podría favorecer el abuso, la venganza política y la anarquía[22].

d) *Desafuero.* Este es el procedimiento y la autorización que deben obtenerse y seguirse ante el Congreso (o su Comisión Permanente) para que un congresista sea enjuiciado penalmente a razón de un hecho punible cometido fuera del ejercicio de sus funciones parlamentarias. La autorización expedida con el fin de que el congresista sea detenido y sometido a proceso penal afecta al privilegio de la inmunidad, previsto en el art. 93 de la Const. Pol.[23]

El periodo de suspensión de la prescripción de la acción penal puede tener una duración prácticamente indefinida con la ley vigente. Solo en el

20 *Vid.* Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental. Parte general*, t. I, 2.ª ed., Bogotá: Temis, 1998, pp. 158 y 159.

21 El presidente de la República, los congresistas, los ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura (hoy denominada Junta Nacional de Justicia), los jueces de la Corte Suprema, los fiscales supremos, el defensor del pueblo y el contralor general de la República.

22 Tal como lo indica Rubio Correa, Marcial, *Para conocer la Constitución de 1993*, 3.ª ed., Lima: Desco, 1994, pp. 119 y 120.

23 Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., p. 78.

caso del art. 339.1 del nuevo CPP, "la formalización de la investigación suspende el curso de la prescripción de la acción penal", para ello se ha fijado, a través del Acuerdo Plenario N.° 3-2012 y otras jurisprudencias, un plazo de suspensión de la prescripción, el cual no puede superar un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.

Roy Freyre considera que ha sido un error suprimir la figura de la prescripción extraordinaria de la acción penal que operaba también sobre la base de computar todo el periodo o lapso exclusivamente de suspensión. El ejercicio que hace el procesado de su derecho a defenderse, por ejemplo: mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial que mereció, por lo demás, ser declarada fundada, así como la tardanza consuetudinaria de nuestra administración de justicia en decidir, en este caso, un asunto extrapenal, no tienen por qué suspender *sine die* la prescripción de la acción penal en detrimento del enjuiciado[24].

El art. 88 del CP adopta el sistema personal o subjetivo de la prescripción al no ser comunicables las causales suspensivas o interruptivas que afectan a un "partícipe" (entiéndase: "autor o partícipe"), las que no alcanzan a los otros intervinientes. En cambio, en el sistema transpersonal u objetivo sucede que la prescripción se suspende o se interrumpe para todos los que han concurrido en el hecho punible, aun cuando sus causales únicamente se refieran a un autor o partícipe[25].

Es interesante dilucidar la situación del procesado que, después de haber renunciado a la prescripción, de acuerdo con el art. 91 del CP, resulta sindicado por las pruebas de cargo como autor o partícipe responsable al finalizar la sustanciación del juicio. Al respecto, Roy Freyre considera que, en tal caso, lejos de expedirse sentencia condenatoria,

24 *Ibid.*, p. 79.

25 *Ibid.*, p. 82.

debe dictarse el auto de sobreseimiento definitivo atendiendo al carácter público de la prescripción[26].

La prescripción también se puede aplicar con referencia a la ejecución de la pena. Esta consiste en el plazo que establece la ley para exigir el cumplimiento de ella, luego de haberla dispuesto la sentencia respectiva. Zaffaroni estima que "el fundamento común a toda prescripción es la inutilidad de la pena, sea la impuesta (prescripción de la pena) o la conminada (prescripción de la acción)"[27].

Cabe anotar que el plazo de *prescripción de la pena* es totalmente independiente de la pena dispuesta en la sentencia del proceso. Este plazo es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal, el que se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme, de acuerdo al art. 86 del CP.

La fórmula legal que enuncia "el día que la sentencia quedó firme" como el inicio del cómputo de plazo de prescripción de la pena solo es aplicable particularmente cuando sorprenda al reo gozando de precedente libertad, ya sea de manera lícita o ilícita, sin que pueda ejecutarse la pena privativa de libertad impuesta en resolución firme. Por otro lado, desde una perspectiva más general, el enunciado legal que nos ocupa, lógicamente, sirve como punto de referencia para comenzar a contar los plazos de prescripción ordinario y extraordinario[28].

El art. 87 del CP señala que "se interrumpe el plazo de prescripción de la pena, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, por el comienzo de ejecución de la misma o por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso". Después, en un párrafo subsiguiente, alude indirectamente a dos casos (condena condicional y

26 *Ibid.*, p. 84.

27 Zaffaroni, Eugenio Raúl, ob. cit., 1983, p. 26.

28 Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., p. 102.

reserva del fallo condenatorio) en los que, con motivo de su revocación, comenzaría a correr una prescripción que podría ser interrumpida por la captura de quienes ahora están condenados a una pena efectiva.

Entendiendo que la ley acepta tácitamente que la fuga del reo rematado marca el principio de la prescripción de la pena, Roy Freyre le da un sentido amplio a la fórmula legal "por el comienzo de la ejecución de la misma" (es decir, de la pena), entendiéndola no solo como el inicio, sino también como el reinicio de la ejecución. De esta manera, la recaptura del reo fugado también sería una causal de interrupción de la prescripción de la pena[29].

El segundo párrafo del art. 87 del CP señala que, "una vez interrumpida la prescripción, comenzará a correr de nuevo, si hay lugar a ello, como si antes no se hubiese iniciado". La ley precisa que aquellos lapsos parciales de prescripción que han discurrido con precedencia a una nueva causal interruptora se pierden definitivamente. Lo anotado únicamente sucede respecto a la prescripción ordinaria, mas no a la extraordinaria.

La pena prescribe, en todo caso, en los mismos plazos de la acción penal, es decir, se aplican las hipótesis referidas a la prescripción ordinaria y extraordinaria de la acción penal. Cuando el art. 86 del CP enuncia que el plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija para la prescripción de la acción penal, entendemos que no está disponiendo otra cosa que un paralelismo entre la prescripción ordinaria de la pena y la prescripción ordinaria de la acción penal.

Por otro lado, cuando en el último párrafo del art. 87 del CP se indica que la pena prescribe, "en todo caso", en los mismos plazos señalados para la prescripción de la acción penal, cabe interpretarse que la norma no puede estar refiriéndose sino a otro paralelismo entre el plazo extraor-

29 *Ibid.*, p. 105.

dinario de prescripción de la pena y el plazo también extraordinario de prescripción de la acción penal[30].

Por más interrupciones que se presenten, el discurrir *ex novo* del plazo prescriptivo de la sanción tiene un límite máximo: la ejecución de la pena siempre prescribe cuando sumado todo el tiempo transcurrido a partir del día en que la sentencia condenatoria quedó firme, o desde la fecha en que la condena condicional y la reserva del fallo condenatorio fueron revocadas, se comprueba que el tiempo sobrepasa en una mitad a su plazo ordinario de prescripción[31].

1.3. Amnistía

La denominación "amnistía" proviene del idioma griego y representa "olvido", "amnesia" o "pérdida de la memoria". Su aplicación en el ámbito legal siempre equivale a "la supresión de la pena aplicada o aplicable a ciertos delitos, especialmente a los calificados políticos-sociales, por considerarlos circunstanciales y no producto de la maldad humana ni de las lesiones antisociales permanentes como ocurre con los delitos comunes"[32].

La amnistía está relacionada exclusivamente al tiempo pasado. El encargado de otorgarla es el Congreso de la República y consiste en limitar la aplicación de la ley penal. En consecuencia, el Estado renuncia a su potestad punitiva eliminando los efectos y la sanción de ciertos ilícitos penales. Mediante esta figura se prohíbe iniciar o continuar persecuciones judiciales, o ejecutar condenas contra personas culpables. La amnistía "consiste en el olvido del hecho delictuoso y borra retroactivamente la condenación e incriminación del acto objeto de la misma. La condena

30 *Ibid.*, p. 108.

31 *Loc. cit.*

32 De la Cruz Espejo, Marco, *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, 3.ª ed., Lima: Fecat, 1998, p. 225.

si existió se reputa como no pronunciada y el delito desaparece con todos sus efectos"[33].

El Código Penal considera a la amnistía como una forma de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena (arts. 78.1 y 85.1). El art. 89, *in fine*, del mencionado cuerpo legal señala: "La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él [...]".

Los efectos de la amnistía son de carácter general —impersonal— porque va dirigido a todos los sujetos del delito particular, tanto a los condenados como a los que se encuentran en investigación y perseguidos. Elimina los antecedentes generados, pero no el pago de la reparación civil del delito, ya que esta no constituye un efecto de la pena. Al respecto, De la Cruz indica: "Si bien es cierto la amnistía extingue toda clase de responsabilidad penal, sin embargo, la responsabilidad civil queda subsistente; conservando para tal efecto su eficiencia en el procedimiento que se inició ante la jurisdicción civil y las pruebas que se hubieran actuado en la etapa de la instrucción o del juzgamiento"[34].

La ley que otorga la amnistía tendrá que ser precisa respecto a la clase de delito, clase de agentes que lo perpetraron, época y ámbito en el que ha sido perpetrado, y, de considerarse conveniente, especificará las otras notas que logren demarcar la extensión de la norma y asimismo que facilite diferenciar, en caso sea necesario, el hecho punible esencia de la amnistía de los delitos análogos que no son parte de esa gracia concedida. "Es verdad que la Ley de Amnistía debe tener carácter general, pero

33 Mixán Mass, *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones*, ob. cit., p. 308.

34 De la Cruz Espejo, *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, ob. cit., p. 226.

no significa que adolezca de vaguedad"[35]. En ese sentido, Roy Freyre[36] señala que las características de la amnistía son las siguientes:

a) La ley de amnistía debe reconocer los hechos delictivos que beneficia, a través de la mención de los numerales que los tipifican.

   La potestad legislativa de otorgar amnistía se materializa mediante una ley. Esta podrá ser de extensión selectiva o general en relación con los destinatarios beneficiados y a los delitos que habrá de tenerse por eliminados legalmente.

b) La amnistía solo aprovecha a los infractores que tuvieron conductas que se hallen comprendidas en el tiempo que precisa la ley.

   El Congreso confiere la gracia a sujetos innominados. A la vez, le corresponde al órgano jurisdiccional "conocer, en vía incidental, e individualizar al sujeto pretensor y declarar extinguida la acción penal respecto de él en el caso concreto y disponer se tenga por eliminado el hecho punible con el perpetuo silencio al respecto"[37]. No obstante, Mixán Mass cree que nada impide que el Congreso apruebe una Ley de Amnistía que favorezca a las personas (naturales) correctamente individualizadas. Sin embargo, en ese supuesto, la amnistía otorgada "ya no será materia de una excepción sino de conclusión del procedimiento en aplicación directa de esa ley o, en su caso, un impedimento definitivo para iniciar el procedimiento contra esas personas"[38].

c) La Ley de Amnistía comprende a los delitos consumados, no hay inconvenientes para que se considere a los continuados y

35 Mixán Mass, *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones*, ob. cit., p. 311.

36 Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., p. 138.

37 Mixán Mass, *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones*, ob. cit., p. 312.

38 *Ibid.*

permanentes, siempre que la continuidad o permanencia cesen en el plazo que la norma conceda para este efecto.

d) Si la autoridad encargada de aplicar la Ley de Amnistía no lo hace con la debida celeridad, o si se niega a hacerle partícipe de su beneficio a quien se cree con tal derecho, entonces procede la acción de hábeas corpus.

e) La Comisión Permanente del Congreso únicamente podrá amnistiar en caso de que se le delegue dicha facultad.

2. Causas exclusivas de extinción de la acción penal

El Código Penal, sin agrupar ni enumerar las causas exclusivas de extinción de la acción penal, prevé las siguientes causales cancelatorias de la acción penal, con excepción de la última que emerge de la Constitución.

2.1. Sentencia civil ejecutoriada que destipifica la imputación

El art. 79 del CP señala lo siguiente: "Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito".

El mencionado dispositivo legal tácitamente permite que la sentencia civil esclarecedora de la licitud del hecho imputado pueda ser precedente o sobreviniente a la promoción de la acción penal.

La sentencia dictada en la jurisdicción civil debe encontrarse "ejecutoriada", en otras palabras, haber quedado firme o ser irrecurrible; por otro lado, la fórmula "jurisdicción civil" reconoce una interpretación de sentido amplio que comprenda toda jurisdicción extrapenal, ya sea civil propiamente dicha, laboral o administrativa. Las hipótesis en las que se aplicaría esta causal serían las siguientes[39]:

39 Cfr. Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., pp. 146 y 147.

a) Cuando se declara la nulidad del primer matrimonio por motivo de enfermedad mental (art. 274.1 del CC), existiendo un proceso por delito de bigamia (art. 139 del CP) contra el cónyuge sano, supuestamente autor del matrimonio ilegal.

b) En caso de que se declare fundada la impugnación de paternidad de un hijo matrimonial por causal de impotencia absoluta (art. 363. 4 del CC), si el supuesto padre es procesado por el delito de omisión de asistencia familiar en agravio del hijo negado (art. 149 del CP).

c) Cuando en un juicio de reinvindicación (art. 1923 del CC) es declarado como único propietario la misma persona que está siendo procesada por delito de daños (art. 205 del CP), bajo el cargo de haber destruido la cosa mueble de la que resultó ser su dueño.

d) En caso de que en la vía civil se declare fundada la oposición del retenedor de un bien en cuanto a efectuar su entrega exigida por el deudor (art. 1127. 1 del CC), existiendo un proceso contra el acreedor por delito de apropiación ilícita de la cosa (art. 190 del CP) que resultó retenida como garantía suficiente de su crédito.

2.2. Autoridad de cosa juzgada

La cosa juzgada, desde el punto de vista del derecho punitivo, es considerada como una causa de extinción de la acción penal. El art. 90 del Código Sustantivo prohíbe que se pueda perseguir a una persona por segunda vez "en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente".

La cosa juzgada es la autoridad y eficacia de una sentencia cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. Se encuentra prevista en el marco constitucional como garantía de la administración de justicia. Su fundamento reside en que nadie puede

ser juzgado dos veces por el mismo hecho *ne bis in idem* (no dos veces por la misma causa).

Por lo general, el proceso penal culmina con un pronunciamiento judicial final, que adquiere la calidad jurídica de "cosa juzgada" cuando la resolución ha sido objeto de revisión por la última instancia jurisdiccional (ejecutoriada) o porque esta no ha sido impugnada en el plazo legalmente establecido (consentida). "Un fiel respeto hacia la seguridad jurídica que se sostiene apológicamente en la idea del Estado de derecho exige que las sentencias jurisdiccionales que adquieren la calidad de cosa juzgada sean irrevisables e inimpugnables por ningún tribunal de justicia"[40]. Dicho de otro modo, las consecuencias jurídicas del contenido de la decisión jurisdiccional se mantienen incólumes e inalterables en el transcurso del tiempo.

La cosa juzgada se constituye en una garantía de los ciudadanos frente a la pretensión punitiva del Estado, que se consagra con los principios fundamentales compaginados en la Ley Fundamental. En tal virtud, el art. 139.13 de la Const. Pol. proclama que son principios y derechos de la función jurisdiccional: "La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

El sostén legitimador de esta garantía de la administración de justicia es la seguridad jurídica que debe caracterizar a un sistema judicial respetuoso y garante de los derechos ciudadanos (*status libertatis*), y que está expresado en la situación inconmovible que produce una sentencia judicial firme, ante una nueva pretensión punitiva del Estado por el mismo hecho, que ya ha sido objeto de pronunciamiento judicial. Al respecto, Peña Cabrera Freyre señala: "No podemos imaginar un sistema judicial donde las causas que ya han sido objeto de sentencia

40 Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Rodhas, 2006, p. 220.

judicial firme sean susceptibles de ser revisadas permanentemente y objeto de un tratamiento persecutorio, ello provocaría sin duda un clima de incertidumbre de la ciudadanía hacia el poder judicante, situación que desencadena factores de deslegitimación ciudadana"[41].

De la seguridad jurídica depende sobremanera la prosperidad y el crecimiento económico de una Nación; por otro lado, en una sociedad donde impera el descontrol de los tribunales no se crea el marco propicio para que pueda promoverse la prevención general positiva.

La inmutabilidad de la cosa juzgada no solo deviene en un imperativo de seguridad jurídica, sino también del orden práctico de la lógica y la razón. Así lo entendía CARNELUTTI al señalar que "la cosa juzgada no es ya regida únicamente por la razón lógica, sino también por la razón práctica del proceso: esta última solamente impone el sacrificio de la justicia a la certeza, en lo cual, en el último análisis, se resuelve la antigua fórmula: *res iudicata pro veritate habetur*"[42].

La cosa juzgada en el ámbito penal genera consecuencias de especial relevancia para las partes y sociedad. Como precisa ASENCIO MELLADO, estos efectos son exclusivamente negativos y "consisten en impedir otro nuevo enjuiciamiento sobre el mismo objeto procesal que ya fue resuelto por la sentencia firme (*ne bis in idem*)"[43].

El *ne bis in idem* constituye un principio limitador de la función punitiva del Estado. Busca impedir que una persona sea perseguida (*ne bis in idem procesal*) o sancionada (*ne bis in idem sustantivo o material,*

41 PEÑA CABRERA FREYRE, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, ob. cit., pp. 221 y 222.

42 CARNELUTTI, "Contra la cosa juzgada penal", en *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 274.

43 ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 293.

art. 139. 13 de la Const. Pol.) más de una vez por los mismos hechos, tratando así de evitar toda forma de interdicción múltiple.

Para la aplicación del *ne bis in idem* material debe verificarse la concurrencia de una triple identidad: sujeto, hecho, fundamento o causa. De no cumplirse esto se atentaría contra la seguridad jurídica de nuestro sistema. En el caso de multiplicidad de procesos, uno penal y otro administrativo, se aplica el principio de la primacía de la judicialidad (art. 139.2 de la Const. Pol.), que consiste en que el proceso administrativo ya sea sancionador o disciplinario debe suspenderse hasta tener una sentencia firme del proceso penal.

Respecto al principio *ne bis in idem*, el Tribunal Constitucional, a través del Expediente N.° 00286-2008-PHC/TC, señala lo siguiente:

> 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 [...][44].

2.3. Desistimiento

El ejercicio de la acción privada es aquella en la que el agraviado es el titular de la acción. El desistimiento es renunciar a hacer uso de dicha potestad.

44 Tribunal Constitucional, *Expediente N.° 00286-2008-PHC/TC*, Lima: 6 de febrero del 2009, f. j. n.° 3.

El desistimiento significa abandonar voluntariamente un derecho, una ventaja o una pretensión, o cualquier trámite dentro del procedimiento (querella), pudiendo ser inclusive la acción misma.

Consiste en la facultad que tiene el agraviado de renunciar a la sustanciación de la acción penal que ha incoado por ejercicio privado, ya sea mediante una declaración expresa en tal sentido o en forma tácita. Esto último sucederá si es que el agraviado omite concurrir a la audiencia, sin justa causa, a prestar su declaración, o no presente sus conclusiones al final de ella (art. 110 del nuevo CPP).

El desistimiento expreso puede hacerse ya sea por acta levantada ante el juez que conoce de la querella o, también, mediante escrito con firma legalizada ante el especialista del órgano jurisdiccional. En cuanto a la oportunidad del desistimiento, nuestra ley vigente nos señala, al referirse a la extinción de la "acción penal", que la ocasión es propicia mientras no se dicte la sentencia firme.

Tanto el propio agraviado como su representante legal son hábiles para solicitar el cese definitivo de la actividad procesal en la querella que promovieron.

El cónyuge, los ascendientes, los descendientes o los hermanos están facultados para desistirse en los casos en que la persona ofendida muera durante la tramitación de una querella por delito contra el honor, también cuando exista un proceso por ofensa a la memoria de un difunto o de alguien considerado —legalmente— muerto presunto, ausente o desaparecido. Al respecto, Roy Freyre precisa que "no existe norma expresa al respecto, pero, si tenemos que de conformidad con el art. 138 del Código Penal los familiares mencionados pueden promover o continuar el ejercicio privado de la acción penal, entonces no es violenta la deducción de que también pudiera desistirse"[45].

45 Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., p. 166.

Los hechos punibles que únicamente pueden ser perseguidos por ejercicio privado de la acción penal son los siguientes:

a) Lesiones culposas leves (art. 124 del CP).
b) La injuria, calumnia y difamación (art. 138 del CP).
c) La violación de intimidad; la revelación de aspectos de la intimidad; y la organización, entrega y uso indebido de archivos con datos sobre convicciones políticas o religiosas (art. 158 del CP).

2.4. Transacción

La transacción presupone necesariamente la cesión de ciertas concesiones de manera recíproca entre las partes. Es un acuerdo entre el agraviado con el agresor.

El fundamento de esta causal extintiva radica en la conveniencia particular del agraviado, quien llega a un acuerdo con el infractor del bien jurídico protegido. Dicho acuerdo puede basarse en la entrega de algún bien o cantidad de dinero, la retención de algún bien que haya sido cedido, o de cualquier otra promesa que formulen los querellantes, lo que los obliga a poner término al proceso iniciado[46].

La transacción en sede penal adquiere el significado de una conciliación respecto a intereses de carácter fundamentalmente morales de las partes. De este modo, el querellante y el querellado ajustan sus pretensiones al hacerse concesiones mutuas que podrían ser de naturaleza económica, tal como cuando se acuerda el monto de una indemnización, pero que principalmente tienen índole moral. Tal sucede en los casos de explicaciones, mutuamente satisfactorias para las partes, que se hacen

46 Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 1997, p. 683.

sobre ciertas conductas asumidas de manera pública o privadamente por el querellado[47].

2.5. Derecho de gracia

El derecho de gracia hace referencia a un conjunto de instituciones que extinguen la responsabilidad penal. En ciertos casos se renuncia a la capacidad punitiva por parte de quien tiene el poder de hacerlo, y en otras circunstancias se renuncia a hacer efectiva la pena. Entre las instituciones que encontramos bajo esta denominación tenemos las siguientes: la amnistía, el indulto, la conmutación de pena, el perdón del ofendido.

Estas figuras doctrinariamente se consideran como manifestaciones del derecho de gracia; sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se han individualizado los conceptos, dándose una delimitación exclusiva al derecho de gracia: solo será aplicado por el presidente de la República en beneficio de los procesados cuando la etapa de instrucción (investigación preparatoria) haya superado el doble de su plazo más su ampliatoria. Así se encuentra prescrito en el art. 118.21 de la Const. Pol., que señala que "corresponde al presidente de la República conceder indultos y conmutar penas. 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".

Es evidente que este tipo de "derecho de gracia" solo es conferida mediante decisión política del presidente y cuya consecuencia será la conclusión anticipada del procedimiento del beneficiado. También es evidente que "este 'derecho de gracia' es radicalmente distinto de la amnistía que el Congreso otorga mediante ley y del indulto que igualmente compete al presidente de la República"[48].

47 Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., pp. 167-168.

48 Mixán Mass, *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones*, ob. cit., p. 310.

A diferencia de la amnistía, el derecho de gracia está referido a un ámbito regulador más amplio. Inclusive podría ser aplicado a delitos considerados "graves", debido a que se fundamenta en razones de justicia y de humanidad (senilidad o una enfermedad incurable), o ante condenas arbitrarias —en ocasiones, fruto de consideraciones políticas—.

Peña Cabrera Freyre refiere:

> [E]s una prerrogativa presidencial que se otorga por resolución suprema, mediante la cual se dispone el archivamiento del proceso por considerar que existe una demora injustificada en su tramitación, al haber transcurrido el doble de lo señalado, más su ampliatoria sin que haya finalizado, restituyendo si fuera el caso la libertad del inculpado en un proceso cuyo trámite se consideraba lento e inacabable[49].

El indulto y la conmutación de pena solo proceden en el estadio ejecutivo de pena, en otras palabras, cuando ha recaído efectivamente una sentencia condenatoria firme y consentida sobre el imputado. La conmutación de la pena implica que se sustituya una pena por otra de menor dosis de aflicción y de menos injerencia en la esfera de libertad de los ciudadanos.

Al ponerse en conocimiento de la resolución suprema que otorga derecho de gracia al juez, "este deberá dictar un auto de sobreseimiento definitivo y ordenará en el mismo acto la inmediata excarcelación del imputado o condenado, así como la anulación de los antecedentes penales, judiciales y penitenciarios"[50].

---

49 Oré Guardia, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, t. I, Lima: Reforma, 2011, p. 316.

50 Peña Cabrera Freyre, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, ob. cit., pp. 233-234.

3. CAUSAS EXCLUSIVAS DE LA EXTINCIÓN DE LA PENA

Además de la muerte del condenado, la prescripción y la amnistía —que ya hemos estudiado— como causas comunes de extinción de la acción penal y de la pena, el art. 85 del CP enumera los siguientes motivos que hacen cesar exclusivamente la ejecución de la pena.

3.1. Indulto

El indulto es una de las manifestaciones del derecho de gracia. Está recogido en el art. 118.21 de la Const. Pol. como una de las facultades del presidente de la República. El indulto tiene un carácter personal y consiste en perdonarle la pena a un sujeto que ha sido sentenciado.

La Constitución Política peruana distingue el indulto de la amnistía. El primero es atribución del presidente de la República y la segunda es responsabilidad del Congreso. A su vez, el indulto es perdón de la pena impuesta y de carácter individual o particular; en tanto que "la amnistía, por ficción jurídica, 'elimina el hecho punible' e impone el 'perpetuo silencio' (el olvido) tanto respecto de lo perpetrado como de quienes lo perpetraron; es de carácter general"[51]. A continuación, procederemos a establecer las diferencias más importantes entre la amnistía y el indulto[52]:

a) La amnistía elimina el hecho punible; en tanto que el indulto, la represión del hecho castigable, y se caracteriza por tener un carácter individual y determinado. La amnistía elimina la naturaleza delictiva del hecho, en otras palabras, lo despenaliza, mientras que el indulto impide o anula la posibilidad de que los efectos ejecutivos de la condena puedan prolongarse en el tiempo, cesando la actividad punitiva y persecutoria del Estado.

51 Mixán Mass, *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones*, ob. cit., pp. 309 y 310.

52 Urtecho Benites, Santos Eugenio, *Los medios de defensa técnicos y el nuevo proceso penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Idemsa, 2014, p. 353.

El indulto es personal y es facultad del Poder Ejecutivo, específicamente del presidente de la República. Consiste en perdonar la ejecución de la pena.

b) La amnistía causa la anulación de la calidad de sentenciado a un delincuente, mientras que el indulto no tiene esa facultad, pues conserva su calidad de sentenciado para los efectos legales. La amnistía prolonga sus efectos despenalizadores al hecho punible cometido, a diferencia del indulto que es concedido a la persona del condenado que está purgando carcelería. En términos generales, el indulto es otorgado ante un encausado que se encuentra cumpliendo pena efectiva en virtud de una sentencia condenatoria emitida por el órgano jurisdiccional competente. La amnistía procede aun antes de haberse procedido el inicio de los actos de investigación (diligencias preliminares e investigación preparatoria propiamente dicha), es decir, sus efectos impiden la activación de la actividad persecutoria de los órganos estatales responsables.

c) La amnistía produce efectos retroactivos y puede anular el hecho punible y sus posteriores efectos; el indulto opera a partir del momento en que es concedido hacia adelante y con el único efecto de anular la pena o simplificarla a la parte cumplida. Los efectos de la amnistía se retrotraen a la comisión del hecho, despojándolo de su revestimiento delictivo; el indulto amplía su ámbito regulador desde el momento en que es concedido en adelante, en otras palabras, sus efectos declarativos se prolongan ultractivamente mediante el efecto de la remisión de la pena o disminuye aquella que es materia de cumplimiento efectivo. "El tiempo transcurrido, la conducta del reo y su arrepentimiento visible y constatado son requisitos indispensables para que el jefe de Estado pueda otorgar el indulto"[53].

53 Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 4.ª ed., Lima: Rao, 1998, p. 491.

d) Debido a su origen histórico y fundamento doctrinario la amnistía es propia de los delitos políticos; el indulto, en cambio, puede ser otorgado para delitos de cualquier naturaleza. Asimismo, podemos señalar que el indulto es el perdón total o parcial de la pena impuesta a un reo, a través del cual no se afecta a la existencia del delito, sino solo el cumplimiento de una condena. En ese sentido, "el indulto puede ser otorgado por el Estado sin que este exponga el motivo, siendo la manifestación de su voluntad de autoridad; aun cuando en la gran mayoría de casos sea una concesión motivada de la justicia, la equidad o la conveniencia pública"[54].

El indulto no extingue la responsabilidad penal y "ello es la razón por la que se considera a esta figura como una simple gracia, es decir, vendría a ser una facultad discrecional de la autoridad competente y lógicamente no como un derecho penado"[55]. En el campo del derecho procesal penal es una de las maneras de extinguir las penas; por ello, el art. 85 del CP la considera como una causa para extinguir la ejecución de la pena. Con el indulto se trata de resolver cuestiones de justicia o equidad.

3.2. Cumplimiento de la pena

El cumplimiento de la pena consiste en el cumplimiento regular de la pena impuesta, por lo tanto, una vez cumplida de acuerdo a lo establecido por la ley, el penado quedará en libertad.

No es más que el reconocimiento expreso de una derivación obvia del principio *nulla poena*, puesto que al sentenciado que cumplió la pena no puede imponérsele otra sanción por el mismo hecho punible,

54 De la Cruz Espejo, *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, ob. cit., p. 232.

55 *Ibid.*

lo que de suceder significaría crear para la misma conducta una sanción supernumeraria no contemplada en la ley[56].

Con la ejecución de la pena está plenamente satisfecho el ejercicio del *ius puniendi* para la legislación, pues la persona "queda rehabilitada sin más trámite", restituyéndosele los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia y cancelándose los antecedentes penales, judiciales y policiales (art. 69 del CP)[57].

3.3. Exención de la pena

El término *exención* es definido jurídicamente como aquella situación especial constituida por ley a favor de una persona natural o jurídica para no afectarla con una carga u obligación.

La exención de pena se impone por un motivo posterior al hecho punible y a la sentencia firme que condena a su autor o partícipe, lo que significa que no hay sanción que ejecutar y, por consiguiente, tampoco existe pena que extinguir.

El nuevo Código Procesal penal, al regular el proceso especial de colaboración eficaz, se refiere a esta causal bajo el nombre de "remisión" de la pena. De esta forma, el art. 475.2 del nuevo CPP señala que esta procede para el colaborador que está cumpliendo una pena ya impuesta, siempre que la información que brinde permita evitar un delito de especial gravedad, así como identificar y propiciar la detención de líderes de una organización delictiva, o descubrir sus fuentes de financiamiento, o los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos (art. 475.5 del nuevo CPP).

56 Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal*, t. II, Santiago: Jurídica de Chile, 1985, p. 431.

57 Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., p. 191.

3.4. Perdón del ofendido

En nuestra legislación, el perdón del ofendido únicamente extingue la pena que ha sido impuesta en sentencia ejecutoriada cuando se trate de aquellos delitos que son perseguibles por ejercicio privado de la acción penal. El perdón se otorgará expresamente y sin condiciones.

Efectivamente, se puede extinguir la acción penal por el perdón del ofendido cuando el legislador ha dejado en sus manos la iniciativa de la persecución penal de los hechos, es decir, cuando la pena impuesta se haya dado en los delitos perseguibles, a través de una denuncia o querella del agraviado. En este caso, se le está otorgando un poder excepcional al querellante porque puede paralizar la acción represiva del Estado.

Como advierten COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, en los supuestos aludidos, el Estado renuncia al ejercicio del *ius puniendi*, siempre que exista perdón de la parte agraviada, por entender que, en los delitos así favorecidos, el bien jurídico, exclusivamente personal, es desde todo punto de vista disponible por su titular: si el ofendido perdona, el poder punitivo estatal, que en dichos casos se encuentra adherido a un simple interés privado, no tiene razón para prevalecer[58].

Es importante mencionar que el ofendido perdona la pena, en otras palabras, se ha demostrado en el transcurso del proceso la responsabilidad del ofensor y pese a ello se le dispensa de sanción. La concesión de esta causa extintiva de la pena para uno de los querellados beneficia a todos.

El perdón es irrenunciable por el ofensor y su concesión por uno de los querellantes no perjudica el derecho de los otros; en consecuencia, no se extinguiría la pena hasta que todos los ofendidos perdonen.

---

58 COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 954.

3.5. Conmutación de pena

La conmutación de la pena es una forma *sui generis* de extinguir la ejecución de la pena impuesta en sentencia ejecutoriada, al sustituirla por otra de menor gravedad que le sigue inmediatamente en la escala penal.

La conmutación de penas se sustenta en razones de humanidad y, por lo general, se aplica en situaciones de urgencia. Como precisa Roy Freyre, la conmutación de penas únicamente tiene lugar en los casos de sanciones muy graves impuestas en sentencias definitivas. "[L]a conmutación solo opera en cuanto aquella que importa más severidad es reemplazada por la otra que le sigue en estricto orden decreciente de la escala legal, sin tener incidencia directa sobre la duración de la pena sustituyente. Claro está que si con motivo de la conmutación, además de ser distinta la naturaleza de la sanción sustituyente, resulta que también disminuye la cuantía de la privación de libertad por ser inherente a su naturaleza legislativa"[59].

59 Roy Freyre, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, ob. cit., p. 198.

BIBLIOGRAFÍA

Abanto Vásquez, Manuel

1997 *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima: Idemsa.

2004 "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber", en *Revista Penal*, n.° 14, Madrid. Recuperado de <https://bit.ly/3aNYop6>.

Abanto Quevedo, Mario

2002 "El concepto de las conductas sexuales en el Código Penal peruano y el libertinaje sexual", en *Revista Jurídica Cajamarca*, año III, n.° 6, Cajamarca: enero-marzo. Recuperado de <https://bit.ly/3tuKjUy>.

Academia de la Magistratura

2000 *Serie de Jurisprudencia 3. Sentencias de derecho penal y de derecho procesal penal*, Lima: AMAG.

Alcácer Guirao, Rafael

2003 *¿Lesión de bien jurídico o como lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona: Atelier.

Alcócer Povis, Eduardo

2016 *La reincidencia como agravante de la pena*, tesis para optar por el grado académico de doctor, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

2017 "Consideraciones acerca de la aplicación de la reducción de pena por razones de edad en los delitos sexuales. Casación N° 336-2016-Cajamarca", en San Martín Castro (prólogo), *Análisis y comentarios a las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal*, Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

2018 *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Jurista Editores.

Alcócer Povis, Eduardo y James Reátegui Sánchez

2005 "El delito de cohecho en el Perú", en *Actualidad Jurídica*, n.° 134, Lima: enero.

Ambos, Kai

1998 "Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones", en *Themis. Revista de Derecho*, n.° 37, Lima.

Amry, Paul René

2007 "Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate", en Hurtado Pozo, José (dir.), *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo.

Arburola Valverde, Allan

2010 "La teoría de la imputación objetiva en el derecho penal", en *Derecho Penal Online*, Buenos Aires: 18 de julio. Recuperado de <https://bit.ly/2NKPtez>.

Arias Eibe, Manuel J.

2008 *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch.

Asencio Mellado, José M.

2003 *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ávalos Rodríguez, Carlos

2004 "Error de tipo - Error de prohibición", en Castillo Alva, José L. (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

Bacigalupo Zapater, Enrique

1996 *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis.

1997 *Principios del derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid: Akal Iure.

1998 *Manual de derecho penal*, 3.ª reimp., Bogotá: Temis

1999 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi.

2004 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara editores.

Barba Álvarez, Rogelio

2006 "Derecho penal vs Criminología", en *Letras jurídicas. Revista electrónica de derecho del Centro Universitario de la Ciénega*, n.° 1, Guadalajara.

Beccaria, Cesare

2015 *Tratado de los delitos y de las penas*, traducido por Juan Antonio de las Casas, Madrid: Universidad Carlos III.

Becerra, Nicolás

1997 *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Luis Arroyo Zapatero; Juan C. Ferré Olivé; José Serrano Piedecasas y Nicolás García Rivas

1996 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona: Praxis.

Bergalli, Roberto; Juan Bustos Ramírez y Teresa Miralles

1983 *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Bogotá: Temis.

Bernales Ballesteros, Enrique

1998 *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 4.ª ed., Lima: Rao.

Bettiol, Giuseppe

1965 *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Bogotá: Temis.

Binder, Alberto

1990 "Prescripción de la acción penal: el indescifrable enigma de la secuela del juicio", en *Doctrina Penal*, año 13, n.º 49/52, Buenos Aires.

1993 *Justicia penal y Estado de derecho*, Buenos Aires: Ah-Hoc.

Borjas Calderón, Karl Andrei

2008 "Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción", en *Derecho Penal Online*, Buenos Aires: 6 de junio. Recuperado de <https://bit.ly/3odzdPL>.

Bramont Arias, Luis

1950 *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima: Librería Mundial de R. Meza Simich.

1966 *Código Penal anotado*, Lima: El Ferrocarril.

1978 *Derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Vilock.

Bramont Arias, Luis y Luis A. Bramont-Arias Torres

2001 *Código Penal anotado*, 4.ª ed., Lima: San Marcos.

Bramont-Arias Torres, Luis A.

2003 "Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa", en *Cuadernos Jurisprudenciales*, n.º 23, Lima: mayo.

2004 *Derecho penal peruano (Visión histórica). Parte general*, Lima: Ediciones Jurídicas UNIFÉ.

Bramont-Arias Torres, Luis Miguel

1996 "El tipo penal", en *Derecho & Sociedad*, n.º 11, Lima.

1998 *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, Lima: San Marcos.

2000 *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Santa Rosa.

2003 "La tipicidad, el tipo doloso de comisión", en Paredes Galván, Aníbal (ed.), *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*, Lima: San Marcos.

2008 *Manual de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Lima: Eddili.

Bunge, Mario

1965 *Causalidad. El principio de la causalidad en la ciencia moderna*, 2.ª ed., Buenos Aires: Eudeba.

Burgos Mariños, Víctor

2002 *El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad*, tesis para optar el grado académico de magíster con mención en Ciencias Penales, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

2005 "Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal peruano", en Cubas Villanueva, Víctor; Yolanda Doig Díaz y Fany Quispe Farfán (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra.

Bustos Ramírez, Juan

1982 *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá: Temis.

1984 *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona: Ariel.

1989 *Manual de derecho penal español*, 3.ª ed., Barcelona: Ariel.

1994 *Manual de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona: PPU.

2004 *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Ara editores.

2004 *Obras completas. Control social y otros estudios*, t. II, Lima: Ara editores.

Bustos Ramírez, Juan; Roberto Bergalli y Teresa Miralles

1983 *El pensamiento criminológico. Un análisis crítico*, t. I, Bogotá: Temis.

Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée

1997 *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid: Trotta.

1980 "Pena y Estado", en *Paper. Revista de Sociología*, n.° 13, Barcelona.

Calderón Sumarriva, Ana

2011 *El nuevo sistema procesal penal. Análisis crítico*, Lima: Escuela de Altos Estudios Jurídicos.

Cancho Espinal, Ciro

2011 "Reglas de conducta en la reserva de fallo condenatorio", en Urquizo Videla, Gustavo (coord.), *Estudios críticos de derecho penal peruano*, Lima: Gaceta Jurídica.

Cancio Meliá, Manuel

2001 *Líneas* básicas de la teoría de imputación objetiva, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

2006 "Aproximación a la teoría de la imputación objetiva", en Peña Cabrera Freyre, Alonso; Efraín Montes Flores y Miguel Á. Sánchez Mercado (coords.), *El derecho penal contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, t. I, Lima: Ara editores.

Candela Zevallos, Mireya

2020 *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre el delito de peculado, en el Expediente N° 0518-2007 del Distrito Judicial de Cañete – Cañete. 2020*, tesis para optar el título profesional de abogada, Cañete: Universidad Católica los Angeles Chimbote.

Cárdenas Ruiz, Marco

2004 "Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal", en *Derecho y Cambio Social*, n.° 2, año I, Lima. Recuperado de <https://bit.ly/33qT5Ih>.

Caro Coria, Dino

1997 "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de Jakobs", en *Themis. Revista de Derecho*, n.° 35, Lima: junio.

2004 "Legítima defensa", en Castillo Alva, José L. (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

Caro John, José A.

2003 "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", en *Anuario de derecho penal. Aspectos fundamentales de la*

parte general del Código Penal peruano, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2003 *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Lima: Grijley.

2006 "Imputación subjetiva", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.° 7, Lima.

Carnelutti, Francesco

1961 "Contra la cosa juzgada penal", en *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducido por de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Carrara, Francesco

1972 *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol. I, Bogotá: Temis.

Castellanos, Fernando

1977 *Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general*, 11.ª ed., Ciudad de México: Porrúa.

Castillo Alva, José L.

2004 "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción", en Castillo Alva, José L. (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

2004 "Fuerza física irresistible", en Castillo Alva, José L. (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

Centeno Buendía, Héctor

2003 *Estudio de los fundamentos de la teoría del delito*, Lima: Instituto Peruano de Filosofía y Derecho Penal.

Cerezo Mir, José

1981 *Curso de derecho penal español. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, t. I, 2.ª ed., Madrid: Tecnos.

1988 *Curso de derecho penal español. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, t. I, 3.ª ed. reimp., Madrid: Tecnos.

1996 *Curso de derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito*, t. II, 5.ª ed., Madrid: Tecnos.

2000 "Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. extra 1, 2.ª época, Madrid.

2001 "Alteración de la percepción", en *Temas fundamentales del derecho penal*, t. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

2003 *Curso de derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito*, t. III, Madrid: Tecnos.

2003 *Curso de derecho penal español. Teoría jurídica del delito*, t. II, 6. ed., Madrid: Tecnos.

Chaparro Guerra, Ayar

2011 *Fundamentos de la teoría del delito*, Lima: Grijley.

Choclán Montalvo, José A.

1997 *El delito continuado*, Madrid: Marcial Pons.

Chunga Hidalgo, Laurence

2010 "El 'culturalmente condicionado' en el derecho penal", en *Diálogo con la jurisprudencia*, n.° 140, Lima: mayo.

Cohen, Stanley

1988 *Visiones de control social*, Barcelona: PPU.

Cobo del Rosal, Manuel y Tomás S. Vives Antón
1999 *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu
1989 *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona: PPU.

Corvalán, Juan
2009 *Condiciones objetivas de punibilidad*, Buenos Aires: Astrea.

Creus, Carlos
1999 *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Buenos Aires: Astrea.

Cubas Villanueva, Víctor
2000 *El proceso penal. Teoría y práctica*, Lima: Palestra.

Cuello Calón, Eugenio
1981 *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Bosch.

Cury Urzúa, Enrique
1969 *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Valparaíso: Edeval.
1985 *Derecho penal*, t. II, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
1992 *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2.ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
2009 *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.

De Benedetti, Wesley

1957 "El delito consumado", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. IV, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

De la Cruz Espejo, Marcos

2003 *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, 3.ª ed., Lima: Fecat.

De Vicente Remesal, Javier

1999 "Consentimiento y acuerdo. ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad?, en Mir Puig, Santiago y Diego-Manuel Luzón Peña (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid: Mc Graw-Hill.

Díaz y García Conlledo, Miguel

1991 *La autoría en el derecho penal*, Barcelona: PPU.

Díaz Palos, Fernando

1991 *La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal*, Madrid: Colex.

Díez Ripollés, José Luis

1995 "La categoría de la antijuricidad en derecho penal", en Luzón Peña, Diego y Santiago Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Navarra: Aranzadi.

Di Tullio, Benigno

1996 *Principios de criminología clínica y psiquiatría forense*, Madrid: Aguilar.

Domínguez, Marcelo

2016 "Exclusión de la tipicidad por el comportamiento", en *Instituto de Derecho Penal*, n.° 4, Montevideo: octubre.

Donna, Edgardo

1992 *Teoría del delito y de la pena 1. Teoría de la pena y la culpabilidad*, Buenos Aires: Astrea.

1995 *Teoría del delito y de la pena 2. Imputación delictiva*, Buenos aires: Astrea.

Duloup, Osvaldo

1996 *Teoría del delito*, Buenos Aires: Hammurabi.

Erazo Saro, Eva

2014 "Tratamiento de la responsabilidad del adolescente infractor", en AA. VV., *Las causales eximentes de responsabilidad penal*, Lima: Gaceta Jurídica.

Espín Rosales, Wilson Guillermo

2016 *La responsabilidad penal en la mala práctica médica en el Ecuador. Un enfoque desde la actuación probatoria*, tesis para optar el grado académico de magister con mención en Derecho Procesal, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Ezaine Chávez, Amado

1978 *El iter criminis*, 3.ª ed., Lambayeque: Ediciones Jurídicas Lambayecanas.

Falla Rosado, Miguel Á.

2017 "Teoría preventiva de la pena y análisis crítico del proceso inmediato en el Perú", en *LP. Pasión por el Derecho*, Lima: 19 de enero. Recuperado de <https://bit.ly/36yvozz>.

Farré Trepat, Elena

1986 *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona: Bosch.

Feijoo Sánchez, Bernardo

2002 *El dolo eventual*, Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.

2002 *Imputación objetiva en derecho penal*, Lima: Grijley.

2008 "Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico", en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, Barcelona: abril.

Fernández Carrasquilla, Juan

1989 *Derecho penal fundamental*, vol. II, 2.ª ed. Bogotá: Temis.

1992 *Concepto y límites del derecho penal*, Bogotá: Temis.

1995 *Derecho penal fundamental. Introducción al derecho penal. Evolución de la teoría del delito*, vol. I, 2.ª ed., 2.ª reimp., Bogotá: Temis.

1999 *Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoria del derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 2.ª ed., Bogotá: Leyer.

2012 *Derecho penal. Parte general. El delito. Visión positiva y negativa*, vol. I, Bogotá: Ibañez.

2012 *Derecho penal. Parte general. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, vol. II, Bogotá: Ibañez.

Ferreira Delgado, Francisco

1988 *Teoría general del delito*, Bogotá: Temis.

Ferro Veiga, José

s/f *Asesor/gestor en seguridad privada integral. Curso superior en dirección de seguridad privada*, s/l: s/e. Recuperado de <https://bit.ly/3mZzIfX>.

Figueroa Navarro, Carmen

2008 "La criminología: su contribución al problema criminal", en *Ley Penal*, n.° 48, Madrid: abril.

Fontán Balestra, Carlos

1998 *Derecho penal. Introducción y parte general*, 16.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Francia Sánchez, Luis

1992 "Pluralidad cultural y derecho penal", en *Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos*, Lima: s/e.

Franco Valverde, María V.

2017 *El dogma del resultado en el delito de violación sexual (art. 170 del Código Penal peruano)*, tesis para obtener el título profesional de abogado, Trujillo: Universidad César Vallejo.

Frías Caballero, Jorge

1956 *El proceso ejecutivo del delito*, 2.ª ed., Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

Frisch, Wolfgang

1995 *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid: Colex.

Gamarra Luna Victoria, Julio

2009 "El ne bis in idem dentro del proceso penal y el non bis in idem dentro del proceso administrativo sancionador", en *Derecho, Justicia & Sociedad*, Lima: 1 de julio. Recuperado de <https://bit.ly/30G4mmf>.

García Cavero, Percy

2003 *Derecho penal económico. Parte general*, Lima: Ara editores.

2003 *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*, Lima: Ara editores.

2003 "La prohibición de regreso en el derecho penal (comentario a la sentencia de la Corte Suprema R. N. N.° 4166-99 Lima)", en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, n.° 30, Lima: agosto.

2005 "Acerca de la función de la pena", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.° 6, Lima. Recuperado de <https://bit.ly/3fZwK8i>.

2005 "La prohibición de regreso en el derecho penal", en AA. VV., *Estudios de derecho penal*, Lima: Ara editores.

2006 "Cuestiones generales de la imputación objetiva en el derecho penal peruano", en *Revista Institucional*, n.° 7, Lima: junio.

2007 *Derecho penal económico. Parte general*, t. I, 2.ª ed., Lima: Grijley.

2008 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley.

2012 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista editores.

García del Río, Flavio

2002 *Manual de derecho penal. Parte general y parte especial*, Lima: Iberoamericana.

García-Pablos de Molina, Antonio

1988 *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid: Espasa Calpe.

2000 *Derecho penal. Introducción*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

2007 *Criminología. Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*, Lima: INPECCP.

2009 *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, Lima: Jurista Editores.

García Rada, Domingo

1984 *Manual de derecho procesal penal*, 8.ª ed., Lima: Eddili.

García Ramírez, Sergio

1998 *Panorama del derecho mexicano. Derecho penal*, México: Mc Graw-Hill.

García Toma, Víctor

1991 *Constitución y derecho judicial*, Lima: Concytec.

Garrido Montt, Mario

2003 *Derecho penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, t. II, 3.ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Gracia Martín, Luis

2004 *Estudios de derecho penal*, Lima: Idemsa.

Gracia Martín, Luis; Miguel Á. Boldova Pasamar y María C. Alastuey Dobón

1998 "Penas privativas de derechos", en Gracia Martín, Luis (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Gimbernat Ordeig, Enrique

1966 *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid: Universidad de Madrid.

1981 "Inducción y auxilio al suicidio", en Gimbernat Ordeig, Enrique (ed.), *Estudios de derecho penal*, 2.ª ed., Madrid: Civitas.

Girón Palles, José Gustavo

2013 *Teoria del delito*, 2.a ed., Guatemala: Instituto de la Defensa Publica Penal.

Gómez, Eusebio

1952 *Leyes penales anotadas*, t. I, Buenos Aires: Ediar.

Gómez Benítez, José M.

1984 *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid: Civitas.

1988 *Teoria jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, 1.ª reimp., Madrid: Civitas.

González Roura, Octavio

1922 *Derecho penal. Parte general*, t. II, Buenos Aires: Abeledo.

Guerrero Torres, Alejandro

2015 "Desarrollo, funciones y beneficios del sistema de vigilancia electrónica en Colombia", en *Actualidad Penal, n.° 10*, Lima: abril.

Gutiérrez Rodríguez, María

2001 *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Hart, Herbert

1963 *El concepto de derecho*, traducción de la 1.ª ed. inglesa (1961) por Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Henkel, Heinrich

1968 *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid: Taurus.

Hormazábal Malarée, Hernán

2003 "La actio libera in causa y la actio illicita in causa: dos supuestos en que la acción precedente es fuente de responsabilidad penal", en Paredes Galván, Aníbal (ed.), *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*, Lima: San Marcos.

Hörnle, Tatjana

2003 "La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena", en Hörnle, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la determinación de la pena en Alemania*, Buenos Aires: Di Plácido.

Huertas Díaz, Omar; Carolina Amaya Sandoval y Germán Malte Ruano

2013 "Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y de la instrumentalización del delito", en *Opinión Jurídica*, vol. 12, n.° 23, Medellín.

Hurtado Pozo, José

1978 *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Sesator.

1987 *Manual de derecho penal*, 2.ª ed., Lima: Eddili.

2000 *Nociones* básicas de derecho penal de Guatemala. Parte general, Ciudad de Guatemala.

2005 *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Grijley.

Jakobs, Günther

1995 *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de la 2.ª ed. alemana (1991) por Joaquín Cue-

llo Contreras y José L. Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid: Marcial Pons.

1997 *Estudios de derecho penal*, traducido por Enrique Peñaranda; Carlos J. Suárez y Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas.

2001 *La imputación objetiva en derecho penal*, traducido por Manuel Cancio Meliá, Lima: Grijley.

2006 *La pena estatal: significado y finalidad*, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Navarra: Thomson-Civitas.

Jescheck, Hans-Heirich

1980 "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal", en Puig, Mir (ed.), *La reforma del derecho*, Barcelona: Bellaterra.

Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend

2002 *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de la 5.ª ed. alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares.

Jiménez de Asúa, Luis

1965 *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires: Depalma.

1981 *La ley y el delito. Principios del derecho penal*, 12.ª ed., Buenos Aires: Sudamericana.

Joaquín Abanto, Carmen

2008 *La responsabilidad civil derivada del delito y la necesidad de valorar el papel de la víctima. Cuestiones dogmáticas y jurisprudenciales*, Lima: s/e.

Joshi Jubert, Ujala

1992 *La doctrina de la "actio libera in causa" en derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Barcelona: Bosch.

Juárez Tavares, Xavier

2010 *Teoría del injusto penal*, Montevideo: B de F.

Kaiser, Günther

1978 *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*, Madrid: Espasa Calpe.

1988 *Introducción a la criminología*, traducido por José M. Rodríguez Devesa, Madrid: Dykinson.

Kalinsky, Beatriz

2000 *Pluralidad cultural y derecho penal. La ley como factor de conocimiento*, tesis doctoral, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

Landrove Díaz, Gerardo

1981 "Eficacia espacial de las leyes penales españolas", en *Estudios Penales y criminológicos*, n.° 6, Galicia.

Landecho Velasco, Carlos M. y María Molina Blazquez

1996 *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid: Tecnos.

Latagliata, Angelo

1967 *El concurso de personas en el delito*, Buenos Aires: Depalma.

León Alva, Percy

2005 "El consentimiento como eximente de responsabilidad penal", en *Actualidad Jurídica*, n.° 142, Lima: septiembre.

López Barja de Quiroga, Jacobo

2004 *Derecho penal. Parte general*, t. II, Lima: Gaceta Jurídica.

2010 *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. I, Navarra: Aranzadi.

Lorenzo Salgado, José M.

2003 "La participación criminal: autoría, complicidad. La autoría mediata. La actuación en lugar de otro", en *Jueces 3er. turno. Derecho penal y procesal penal*, Madrid: Adams.

Luzón Peña, Diego

1989 "Alcance y función del derecho penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 42, n.° 1, Madrid.

1995 "Causas de atipicidad y causas de justificación", en Luzón Peña, Diego y Santiago Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Navarra: Aranzadi.

2004 *Curso de derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª reimp., Madrid: Universitas.

2016 *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Buenos Aires: B de F.

Machado Ruiz, María; María Maqueda Abreu; Elena Marín de Espinosa Ceballos; María Moreno-Torres Herrera; Esteban Pérez Alonso; Esther Pomares Cintas; Guillermo Portilla Contreras; María Ramos Tapia; José Zugaldía Espinar

2004 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

Maggiore, Giuseppe

1964 *Derecho penal*, vol. II, Bogotá: Temis.

Marcone Morello, Juan

1994 *Los caminos del crimen. El "iter criminis" en el derecho penal*, Lima: Monterrico.

Márquez Piñero, Rafael

2003 *Teoría de la antijuridicidad*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <https://bit.ly/2LziY2s>.

Martínez Escamilla, Margarita

1992 *La imputación objetiva del resultado*, Madrid: Edersa.

Martínez Escamilla, Margarita; María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante

2012 *Derecho penal. Materiales para su docencia y aprendizaje*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Martínez Huamán, Raúl

2015 "Sistema de sanciones penales en el ordenamiento jurídico peruano. Análisis comparativo con España", en Sanz Delgado, Enrique (dir.), *Derecho penal y penitenciario. Libro homenaje al profesor Dr. Germán Small Arana*, Lima: Ideas.

Martínez Rincones, José

2005 "Causalidad y derecho penal", en Bolaños Gonzáles, Mireya (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Mérida: Universidad de los Andes.

Maurach, Reinhard

1962 *Tratado de derecho penal*, t. I, traducido y notas por J. Córdoba Rada, Barcelona: Ariel.

1962 *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona: Ariel.

1994 *Derecho penal. Parte general*, traducción de la 7.ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsh y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea.

MAURACH, Reinhart; Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF

1995 *Derecho penal. Parte general 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, traducción de la 7.ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Entique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea.

MAURACH, Reinhard y Heinz ZIPF

1994 *Derecho penal. Parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, t. I, 7.ª ed., traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea.

MAYER, Max Ernst

2007 *Derecho penal. Parte general*, traducido por Sergio Politoff Lifschitz, Buenos Aires: B de F.

MAZUELOS COELLO, Julio

2004 "Inducción", en CASTILLO ALVA, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

MEDINA FRISANCHO, José L.

2014 "La imputación objetiva en el sistema funcional del derecho penal", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 14, Lima: agosto.

2016 *Material auto instructivo del curso imputación objetiva*, Lima: Academia de la Magistratura.

MENDES DE CARVALHO, Érika

2008 *Comportamiento postdelictivo y fines de la pena*, Lima: Ara Editores.

MERKEL, Adolf

2013 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., traducción del alemán por Pedro Dorado Montero, Montevideo: B de F.

Mezger, Edmund

2010 *Tratado de derecho penal*, t. 2, traducido por Rodriguez Muñoz, Buenos Aires: Hammurabi.

Milla Vásquez, Diana

2012 "Comentario al Acuerdo Plenario N.° 8-2011/CJ-116, sobre beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 37, Lima: julio.

Mir Puig, Santiago

1985 *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría del delito*, 2.ª ed., Barcelona: PPU.

1990 *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona: PPU.

1994 *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Ariel.

2002 "Sociedad, norma y persona en Jakobs", en *Derecho Penal Contemporáneo*, n.° 2, Bogotá: enero-marzo.

2003 "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.° 6-1, Granada. Recuperado de <https://bit.ly/37V8y5l>.

2003 *Introducción a las bases del derecho penal*, 2.ª ed., Montevideo: B de F.

2004 *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Buenos Aires: B de F.

2011 *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F.

2016 *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona: Reppertor.

Mixán Mass, Florencio

2000 *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones*, 2.ª ed., Trujillo: BLG.

Molina Araubla, Carlos

1997 *Principios rectores de la ley penal colombiana*, Medellín: Dike.

Momethiano Santiago, Javier

2005 *Lecciones de derecho penal. Legítima defensa*, Lima: Ediciones Legales.

2011 *Código Penal fundamentado*, 2.ª ed., Lima: San Marcos.

Morales Prats, Fermín

1996 *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona: Aranzadi.

Morillas Cueva, Lorenzo

1984 *La obediencia debida. Aspectos legales y político criminales*, Madrid: Civitas.

Muñoz Conde, Francisco

1975 *Introducción al derecho penal*, Barcelona: Bosch.

1991 *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

1997 "La objeción de conciencia en derecho penal", en Silva Sánchez, Jesús-María (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch.

1999 *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Bogotá: Temis.

Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán

2000 *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

2002 *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

2010 *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

Nakasaki Servigón, César

2004 "Obrar por disposición de la ley", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

Neuman, Elías

1984 *Victimología*, Buenos Aires: Universidad.

Neyra Flores, José A.

2010 *Manual de del nuevo proceso penal & litigación oral*, Lima: Idemsa.

Noel Costal, María y Enrique R. Buteler

2002 "Ámbito de validez de la ley penal", en Lascano, Carlos (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Córdova: Advocatus.

Núñez, Ricardo C.

1988 *Las disposiciones generales del Código Penal*, Córdoba: Marcos Lerner.

1999 Manual de d*erecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Córdoba: Marcos Lerner.

Oré Guardia, Arsenio

2011 *Manual de derecho procesal penal*, t. I, Lima: Reforma.

Orellana Wiarco, Octavio A.

1993 *Manual de criminología*, México: Porrúa.

Paredes Vargas, César

2004 "Miedo insuperable", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

Pariona Arana, Raúl

2009 *Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, Lima: Grijley.

2015 "Sistema de sanciones penales en el ordenamiento jurídico peruano. Análisis comparativo con España", en Sanz Delgado, Enrique (dir.), *Derecho penal y penitenciario. Libro homenaje al profesor Dr. Germán Small Arana*, Lima: Ideas.

Pavón Vasconcelos, Francisco

1993 *Imputabilidad e inimputabilidad*, México: Porrúa.

Peña Cabrera, Raúl

1987 *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, 3.ª ed., Lima: Sagitario.

1997 *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley.

1999 *Tratado de derecho penal*, t. I, 3.ª ed., Lima: Grijley.

Peña Cabrera Freyre, Alonso

2004 *Derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Lima: Idemsa.

2004 *Derecho penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*, Lima: Rodhas.

2006 *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Rhodas.

2011 *Curso elemental de derecho penal. Parte general*, t. 1, Lima: Ediciones legales.

Peña Gonzáles, Oscar y Frank Almanza Altamirano

2010 *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima: APECC.

Pérez, Luis

1981 *Derecho penal. Parte general y especial*, t. I, Bogotá: Temis.

Pérez Arroyo, Miguel

2000 "Derecho penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el derecho penal. Minorías étnico-culturales en derecho penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.° 72, Madrid: Edersa.

Pérez Cepeda, Ana

2003 "La victimología en el derecho penal", en *Victimología y Victimodogmática*, Lima: Ara Editores.

Pérez García, Sebastián

2014 *El derecho penal y el adecuado desarrollo profesional del abogado dentro del marco de la competitividad en el Distrito Judicial de Huancavelica*, tesis para optar el título profesional de abogado, Huancavelica: Universidad Nacional de Huancavelica.

Pérez López, Jorge

2013 "La cárcel como factor criminógeno y de política penitenciaria", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 54, Lima: diciembre.

2016 "Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito: la imposibilidad de sancionar al testaferro", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 88, Lima: octubre.

2016 *El error en derecho penal. Un enfoque legislativo, doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica.

2016 "El incremento patrimonial en el enriquecimiento ilícito debe corresponder al funcionario o servidor público. No puede sancionarse al testaferro cuando realice actos de complicidad o inducción", en *Administración Pública & Control*, n.° 32, Lima: agosto.

2016 *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica.

2017 *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima: Gaceta Jurídica.

Pérez López, Jorge y Kely Santillán López

2010 "Presupuestos de la legítima defensa en el Código Penal peruano", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 14, Lima: agosto.

Piña Flores, Paolo Cesar

2013 *Teoria de la imputación objetiva*, tesis para optar por el título profesional de abogado, San Juan: Universidad Científica del Perú.

Piva Torres, Gianni

2019 *Teoría del delito y Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Bosch.

Plascencia Villanueva, Raúl

2004 *Teoría del delito*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Polaino Navarrete, Miguel

2008 *Derecho penal. Parte general*, t. I, Barcelona: Bosch.

Polaino-Orts, Miguel

2009 *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*, Lima: Grijley.

Politoff L., Sergio; Jean Pierre Matus A.; María Cecilia Ramírez G.

2004 *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Prado Saldarriaga, Víctor

1996 *Todo sobre el derecho penal*, t. I, Lima: Idemsa.

2000 *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima: Gaceta Jurídica.

2015 "Bases para una nueva dogmática de determinación judicial de la pena en el Perú", en Sanz Delgado, Enrique (dir.), *Derecho penal y penitenciario. Libro homenaje al profesor Dr. Germán Small Arana*, Lima: Ideas.

Puppe, Ingeborg

2003 *La imputación del resultado en derecho penal*, traducido por Percy García Cavero, Lima: Ara Editores.

Quintero Olivares, Gonzalo

1996 *Curso de derecho penal. Parte general. Acorde al nuevo Código Penal de 1995*. Barcelona: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales.

1996 *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Cadecs.

2000 *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Navarra: Aranzadi.

Reaño Peschiera, José L.

2010 *Tres estudios de dogmática penal*, Lima: Jurista Editores.

Reátegui Sánchez, James

2014 *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Instituto Pacífico.

Revilla Llaza, Percy

2004 "Desistimiento de actos ejecutivos. Desistimiento activo", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

2004 "Estado de necesidad exculpante", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

2004 "Principio de legalidad en la ejecución de la pena", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

2004 "Minoría de edad", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

2004 "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

Reyes Alvarado, Yesid

2005 "El concepto de imputación objetiva", en Bolaños Gonzáles, Mireya (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Mérida: Universidad de los Andes.

2006 "Causalidad y explicación del resultado", en *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional*, n.° 14, Bogotá: enero-marzo.

Reyes Echandía, Alfonso

1989 *Imputabilidad*, Bogotá: Temis.

Righi, Esteban

2003 *La culpabilidad en materia penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

2008 *Derecho penal. Parte general*, Buenos aires: Lexis Nexis.

Rimarachin Diaz, Robert

2018 *La ebriedad absoluta como causa de exclusión de la culpabilidad*, tesis para optar por el título de abogado, Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Recuperado de <https://bit.ly/3qUxZdU>

Rodríguez Delgado, Julio

2003 "La reparación como tercera vía en el derecho penal", en *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Bramont Arias*, Lima: San Marcos.

2004 "El consentimiento", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

Rodríguez Devesa, José M.

1976 *Derecho penal español*, Madrid: Gráficas Carasa

1990 *Derecho penal español. Parte general*, Madrid: Dykinson.

Rodríguez Devesa, José M. y Alfonso Serrano Gómez

1994 *Derecho penal español*, 17.ª ed., Madrid: Dykinson.

Rodríguez Hurtado, Mario; Ángel Ugaz Zegarra; Lorena Gamero Calero y Horst Schönbohm

2012 *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, Lima: Nova Print.

Rojas Chacón, José A. y Cecilia Sánchez Romero

2009 *Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos*, t. I, San José: Ministerio Público de Costa Rica.

Rojas Vargas, Fidel

1997 *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima: Grijley.

1999 *Jurisprudencia penal*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

2002 *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Lima: Idemsa.

2003 "La legítima defensa: proporcionalidad o racionalidad de medios", en *Cuadernos Jurisprudenciales*, n.º 23, Lima: mayo.

2004 "Pena, resocialización y beneficios penitenciarios. Aproximaciones discursivas a una de las utopías contemporáneas del derecho penal humanitario", en *Dialogo con la jurisprudencia. Cuadernos jurisprudenciales*, n.º 33, Lima: marzo.

2013 *Derecho penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*, Lima: Gaceta Jurídica.

Rojas Vargas, Fidel y Alberto Infante Vargas

2001 *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Lima: Idemsa.

Rojjasi Pella, Carmen

1997 *Ejecutorias supremas penales (1993-1996)*, Lima: Legrima.

Romeo Casabona, Carlos María

2004 *Las transformaciones del derecho penal en un mundo en cambio*, vol. I, Arequipa: Adrus.

Roso Canadillas, Raquel

2004 "Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, n.º 75, Bogotá. Recuperado de <https://bit.ly/3oaHyEA>.

Roxin, Claus

1997 *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, traducción de la 2.ª ed. alemana por Diego

Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.

1998 *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.

2007 *La imputación objetiva en el derecho penal*, traducido por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Idemsa.

2007 *La teoría del delito en la discusión actual*, traducido por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Grijley.

2010 *Derecho penal. Parte general*, t. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2.ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 5.ª ed., Madrid: Civitas.

2014 "La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida, sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el derecho penal", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 55, Lima: enero.

Roy Freyre, Luis E.

2018 *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Lima: Gaceta Jurídica.

Rubio Correa, Marcial

1994 *Para conocer la Constitución de 1993*, 3.ª ed., Lima: Desco.

Rueda Martín, María A.

2002 "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.° 12, Lima.

Salazar Sánchez, Nelson

2004 "El principio de legalidad en un Estado democrático de derecho. Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.° 14, Lima.

2009 "El lugar de realización del delito y el principio de ubicuidad", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 6, Lima: diciembre.

2010 "Alcances formales y materiales del principio de garantía de ejecución", en URQUIZO OLAECHEA, José (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Idemsa.

2010 "Comentario crítico", en URQUIZO OLAECHEA, José. (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Idemsa.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2004 "Obrar en cumplimiento de un deber", en CASTILLO ALVA, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés

1987 *El problema de la inimputabilidad por trastorno mental*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier

2002 *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons.

2004 *Atribuciones normativistas en derecho penal*, Lima: Grijley.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio

1996 "Art. 20°.1 Código Penal", en VIVES ANTÓN Tomás (coord.) y otros, *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. 1, Valencia: Tirant Lo Blanch.

SANCINETTI, Marcelo

1955 *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá: Temis.

San Martín Castro, César

2006 *Derecho procesal penal*, t. I, Lima: Grijley.

Sauer, Wilhem

1956 *Derecho penal. Parte general*, traducido por Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona: Bosch.

Scheerer, Sebastián

2002 "¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?", en *Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.° 3, Lima.

Severino Mora, Andrea

2009 *Revocatoria del beneficio de libertad condicional*, tesis para optar por el grado de licenciada en Derecho, San José: Universidad de Costa Rica.

Silva Sánchez, Jesús-María

2007 "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.° 2, Barcelona, abril.

2010 *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Buenos Aires: B de F.

Soler, Sebastian

1976 *Derecho penal argentino*, t. II, Buenos Aires: Topográfica Editora Argentina.

Solís Espinoza, Alejandro

1997 *Criminología. Panorama contemporáneo*, 3.ª ed., Lima: Intercopy.

STRATENWERTH, Günther

1982 *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, traducción de la 2.ª ed. alemana por Gladys Romero, Madrid: Edersa.

2005 *Derecho penal. Parte general*, t. I, traducido por Manuel Cancio Meliá y Gustavo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi.

TAVARES, Juárez

1983 *Teoría del delito. Variaciones. Tendencias*, traducido por Nelson R. Pessoa, Buenos Aires: Hammurabi.

2003 "Algunas reflexiones sobre el concepto comunicativo de conducta", en JAEN VALLEJO, Manuel (dir.) y Luis M. REYNA ALFARO (coord.), *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Lima: Ara editores.

2010 *Teoría del injusto penal*, Montevideo: B de F.

TAPIA SANTISTEBAN, David

2011 "El ne bis in idem en el derecho de autor", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 25, Lima: julio.

TERRAGNI, Marco A.

2008 *Autor, partícipe y víctima en el delito culposo. Criterios para la imputación del resultado*, Santa fe: Rubinzal Culzoni.

TOCORA, Fernando

1990 *Política criminal en América Latina*, Bogotá: Del Profesional.

TORÍO LÓPEZ, Ángel

1987 "Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma", en *Estudios penales y criminológicos*, vol. X, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

Torres, Ramírez, Kely Mercedes

2017 *La prescripción como consecuencia de la pérdida del poder punitivo del Estado por haber dejado pasar el tiempo sin ejercer la acción penal en la legislación penal*, tesis para obtener el título de abogado, Huaraz: Universidad San Pedro.

Ugaz Heudebert, Juan

2011 "La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida", en Urquizo Videla, Gustavo (coord.), *Estudios críticos de derecho penal peruano*, Lima: Gaceta Jurídica.

Ugaz Sánchez-Moreno, José y Juan Ugaz Heudebert

2004 "La obediencia debida", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

Ugaz Sánchez-Moreno, José y Francisco Ugaz Heudebert

2017 *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Urquizo Olaechea, José

2002 "El principio de proporcionalidad", en Diez Ripollés, José Luis y Carlos María Romeo Casabona (dirs.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid: Tecnos.

2004 "Prohibición de la analogía in malam partem", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

2017 *Código Penal práctico*, t. I, 2.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica.

Urtecho Benítes, Santos

2014 *Los medios de defensa técnicos y el nuevo proceso penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Idemsa.

Vaello Esquerdo, Esperanza

1999 "Panorama del sistema de penas de los códigos penales español y peruano", en *Anuario de Derecho Penal 97/98*, Lima: Grijley.

Valdez Pimentel, Lolo

2012 "Diversidad cultural e imputación objetiva en el derecho penal", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 35, Lima: mayo.

Vargas Pinto, Tatiana

2011 *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, Santiago de Chile: Abeledo Perrot.

Vásquez Shimajuko, Carlos

2002 "Las agresiones extrapenales en la legítima defensa", en *Cambio Social*, año 2, n.° 6, Cajamarca: enero-marzo. Recuperado de <https://bit.ly/3pZAmwg>.

2004 "Estado de necesidad justificante", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

Velásquez Velásquez, Fernando

1995 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Bogotá: Temis.

1998 "Normas rectores del proyecto de Código Penal peruano de 1986", en *Anuario de Derecho Penal*, n.° 1988, Lima. Recuperado de <https://bit.ly/3hwF3u8>.

2002 *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis.

Ventura Cueva, Carlos

2006 "Principios del derecho penal o normas rectoras", en *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima*, n.° 5, Lima.

Villa Stein, Javier

2008 *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley.

2014 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara Editores.

2001 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: San Marcos.

Villavicencio Terreros, Felipe

2001 *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Lima: Grijley.

2003 "Concurso de delitos y concurso aparente de leyes", en *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*, Lima: San Marcos.

2003 "Límites a la función punitiva estatal", en *Derecho & Sociedad*, Lima.

2004 "Error de comprensión culturalmente condicionado", en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

2006 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley.

2011 "Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú", en *International Review of Penal Law*, vol. 82, n.° 3, Francia.

Villegas Paiva, Elky

2014 *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica.

Von Liszt, Franz

1927 *Tratado de derecho penal*, t. II, 20.ª ed., traducido por Luis Jiménez de Asúa, Madrid: Reus.

1993 *Tratado de derecho penal*, t. I, 3.ª ed., Madrid: S. F.

WELZEL, Hans

1956 *Derecho penal. Parte general*, traducido por Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Roque Depalma.

1968 "Un malentendido sin solución (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", en *Revista de derecho penal y criminología argentina*, n.° 4, Buenos Aires: octubre-diciembre.

1975 "La dogmática en el derecho penal", en *Cuadernos de los Institutos*, n.° 116, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba e Instituto de Derecho Penal.

1976 *Derecho penal alemán. Parte general*, traducción de la 11.ª ed. alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

1993 *Derecho penal alemán. Parte general*, 4.ª ed., traducción de la 11.ª ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

2003 *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción, derecho penal y filosofía*, traducido por Gustavo Eduardo Aboso, Montevideo: B de F.

2004 *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción y notas por José Cerezo Mir, 2.ª reimp., Buenos Aires: B de F.

ZAFFARONI, Eugenio

1981 *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires: Ediar.

1982 *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires: Ediar.

1983 *Tratado de derecho penal*, t. V, Buenos Aires: Ediar.

1985 *Manual de derecho penal. Parte general*, t. II, Lima: Ediciones Jurídicas.

1986 *Manual de derecho penal*, t. I, Lima: Ediciones Jurídicas.

1988 "La parte general del proyecto de Código Penal", en *Política Criminal Latinoamericana. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*, Lima: AFA-UNMSM.

1989 *En busca de las penas pérdidas*, Lima: AFA.

1998 *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Ciudad de México: Cárdenas.

1998 *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. I, Buenos Aires: Ediar.

ZAFFARONI, Eugenio; Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR

2005 *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar.

ZUGALDÍA ESPINAR, José M.

1993 *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2001 *Las causas de justificación en el derecho penal*, Lima.

Publicado: Marzo 2021

Este libro se terminó de imprimir
en Marzo del 2021 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú