

MANUAL DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

José Hurtado Pozo

- Introducción
- Ley penal
- Teoría del delito
- Tentativa, participación y concursos

Víctor Prado Saldarriaga

- Consecuencias jurídicas del delito

Tomo II

4^{ta} edición



Primera edición: EDDILI. Lima-1978

MANUAL DE DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
TOMO II

Cuarta Edición: Lima - agosto de 2011
Derechos reservados conforme a ley

© José Hurtado Pozo

© IDEMSA

Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
 jml_idemsa@hotmail.com

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102
 Tel (01) 427-2128
 Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106
 Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri N° 228 Of. 201
 Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-09773
ISBN: 978-612-4037-41-2
Registro del Proyecto Editorial N° 31501000900408
Ejemplares: 1000

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

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

§ 16 DELITOS CULPOSOS	1
I. Introducción	3
II. Evolución legislativa.....	4
III. Evolución de la doctrina.....	6
IV. Sistemática de los delitos culposos.....	9
V. Delitos de comisión culposa	9
1. Tipo legal objetivo.....	9
a. Autor.....	10
b. Acción típica.....	10
c. Peligro no permitido.....	11
c.1. Criterios para determinar el peligro no permitido.....	12
c.2. Principio de confianza	15
c.3. Ámbito de protección del tipo legal.....	17
2. Tipo legal subjetivo	18
a. Introducción	18
b. Individualización de la determinación de la previsibilidad.....	20
c. Culpa con representación y culpa sin representación	21
3. Ilícitud.....	23
4. Culpabilidad.....	25
5. Tipos legales ampliados.....	26
§ 17 DELITOS DE OMISIÓN DOLOSOS.....	31
I. Introducción	33
II. Comisión y omisión	34
III. Delitos de omisión propia.....	37

1. Tipo legal objetivo	37
2. Autor	37
3. Deber de actuar	38
4. Omisión de la acción esperada	38
5. Posibilidad de que el autor ejecute el comportamiento exigido	38
IV. Delitos de omisión impropia	39
1. Introducción	39
2. Tipo legal objetivo	42
3. Causalidad e imputación objetiva	43
4. Deber de garante	45
a. <i>Ley</i>	48
b. <i>Contrato</i>	49
c. <i>Comportamiento peligroso previo</i>	50
d. <i>Situaciones complementarias</i>	53
e. <i>Equivalencia de la omisión a la realización del tipo mediante comisión</i>	54
V. Tipo legal subjetivo	56
VI. Tipos legales ampliados	57
VII. Ilícitud	58
VIII. Culpabilidad	59
IX. Pena	59
§ 18 DELITOS DE PELIGRO	61
I. Introducción	63
II. Noción de peligro	65
III. Clases de delitos de peligro	70
1. Peligro concreto	71
2. Peligro abstracto	72
3. Peligro colectivo: concreto y abstracto	76
§ 19 PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO (<i>ITER CRIMINIS</i>)	79
I. Nociones preliminares	81
II. Etapas del <i>iter criminis</i>	81
III. Actos preparatorios	83
1. Noción	83
2. Fundamentos de impunidad	84
3. Excepciones a la regla de la impunidad	85

IV. Tentativa	87
1. Fundamentos de la punibilidad de la tentativa	87
a. Criterio objetivo	87
b. Criterio subjetivo.....	88
c. Criterio mixto.....	89
d. Desobediencia de la norma	89
e. Apreciación.....	90
2. Regulación legislativa	91
3. Elementos de la tentativa.....	92
a. Elemento subjetivo	92
b. Elemento objetivo: comienzo de ejecución.....	94
b.1. Criterio formal objetivo	95
b.2. Criterio material objetivo	96
b.3. Criterio subjetivo.....	97
b.4. Criterios mixtos.....	98
c. No realización de la consumación.....	99
d. Idoneidad de la acción.....	101
5. Tentativa y delito agotado	102
4. Jurisprudencia.....	103
V. Desistirse de ejecutar e impedir la consumación.....	103
1. Regulación legislativa	103
2. Tentativa acabada e inacabada.....	104
3. Abandono de la ejecución (desistimiento)	105
4. Impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo)	106
5. No consumir el delito.....	107
6. Voluntariedad	108
7. Fundamentos de la impunidad.....	111
8. Tentativa fracasada.....	113
9. Reparación espontánea del daño y confesión sincera	114
10. Jurisprudencia.....	114
VI. Delito imposible	115
1. Noción	115
2. Aspecto subjetivo	116
3. Aspecto objetivo	116
a. Comienzo de ejecución	116
b. Consumación imposible.....	117
4. Tentativa irreal o supersticiosa	119

5. Jurisprudencia.....	120
6. Delito putativo	121
7. Imposibilidad por sujeto activo inapropiado	122
VII. Regulación de la pena en caso de tentativa.....	124
1. Sistemas legales.....	124
2. Legislación nacional.....	125
3. Pena por el delito realmente cometido.....	127
§ 20 PARTICIPACIÓN DELICTIVA.....	129
I. Introducción	131
II. Participación y sus formas	132
III. Participación necesaria.....	133
IV. Regulación legal.....	133
V. Autoría y participación: criterios diferenciadores	136
1. Generalidades	136
2. Criterio objetivo	136
<i>a. Criterio formal objetivo</i>	<i>137</i>
<i>b. Criterio material objetivo</i>	<i>137</i>
3. Criterio subjetivo.....	137
4. Teoría del dominio del hecho	139
5. Criterio de la violación de deberes.....	141
VI. Autoría.....	143
1. Introducción	143
2. Autor incapaz de culpabilidad.....	144
VII. Autoría mediata.....	144
1. Introducción	144
2. Autoría mediata en virtud de coacción	145
3. Autoría mediata en virtud de error.....	146
4. Autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.....	148
5. Error sobre el dominio del hecho	152
6. Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza del delito	153
VIII. Coautoría.....	155
1. Introducción	155
2. Decisión común de cometer la infracción	156
3. Dominio común del hecho	157

4. Contribución propia	158
5. Condiciones personales.....	158
6. Imputación del hecho punible.....	159
7. Circunstancias particulares.....	159
8. Autoría causal o accesoria	160
9. Circunstancias materiales y personales.....	160
10. Jurisprudencia.....	162
11. Tentativa e instigación en la coautoría	163
IX. Participación <i>stricto sensu</i>	164
1. Instigación.....	167
a. Evolución legislativa.....	167
b. Nociones	168
c. Medios utilizados por el instigador	169
d. Intención del instigador	170
e. Instigación de una o más personas.....	171
f. Casos especiales.....	171
g. Límites de la responsabilidad del instigador	172
h. Tentativa y consumación en la instigación	172
i. Agente provocador	173
2. Complicidad.....	173
a. Evolución legislativa.....	173
b. Diferencia entre coautores y cómplices.....	174
c. Hecho punible principal.....	175
d. Prestar auxilio o asistencia	176
e. Causalidad de la complicidad	176
f. Momento de la intervención del cómplice.....	178
g. Tentativa de complicidad.....	180
h. Complicidad por omisión	180
i. Complicidad en delitos especiales.....	181
j. Intención del cómplice.....	181
k. Represión de la complicidad, cómplice primario y cómplice secundario	182
l. Fijación de la pena para los cómplices	187
X. Técnica legislativa y distinción entre los partícipes	188
XI. Actuar en lugar de otro	191
1. Introducción	191
2. Ámbito de aplicación.....	192

3. Actuación de derecho o de hecho	193
4. Realización del tipo legal.....	193
5. Participación en el actuar en lugar de otro.	194
§ 21 CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS.....	195
I. Introducción	197
II. Legislación nacional y sus fuentes.....	198
III. Unidad y pluralidad de acción.....	201
1. Terminología y concepto de acción	201
2. Criterios para determinar la unidad de acción	203
<i>a. Acción en sentido natural</i>	203
<i>b. Acción en sentido jurídico</i>	203
3. Unidad de acción en caso de omisión y culpa.....	207
IV. Concurso ideal de delitos.....	207
1. Introducción	207
2. Concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos.....	208
3. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas.....	208
4. Concurso ideal homogéneo	209
5. Fijación de la pena en caso de concurso ideal.....	210
<i>a. Legislación y doctrina extranjeras</i>	210
<i>b. Legislación nacional</i>	211
V. Concurso real de delitos.....	213
1. Noción	213
2. Pluralidad de acciones	213
3. Concurso real homogéneo y heterogéneo	214
4. Fijación de la pena.....	214
VI. Concurso real retrospectivo.....	215
1. Noción	215
2. Fijación de la pena.....	217
VII. Delito continuado.....	218
1. Introducción	218
2. Carácter normativo del delito continuado.....	218
3. Regulación legislativa	220
4. Elementos del delito continuado.....	221
<i>a. Pluralidad de acciones</i>	221

<i>b. Pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza</i>	222
<i>c. Realización de las acciones en momentos diversos.....</i>	225
<i>d. Identidad de resolución criminal.....</i>	227
5. Fijación de la pena.....	229
VIII. Concurso aparente de leyes.....	230
1. Definición.....	230
2. Principios para resolver el concurso aparente, generalidades.	232
<i>a. Principio de identidad</i>	233
<i>b. Principio de alternatividad.....</i>	233
<i>c. Principio de especialidad</i>	236
<i>d. Principio de subsidiaridad.....</i>	239
<i>e. Actos anteriores o posteriores impunes</i>	240
<i>f. Principio de consunción.....</i>	241
IX. La jurisprudencia nacional sobre concurso de leyes y de delitos.	242
 CUARTA PARTE: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO	249
 § 22 SISTEMA DE PENAS.....	251
I. Antecedentes.....	253
1. Código Penal de 1863 y proyectos de reforma	253
2. Código Penal de 1924.....	254
3. Criterios constitucionales para reformar el sistema de penas.	256
4. Innovaciones del Código Penal de 1991	257
5. Sistema de penas en el Código Penal de 1991	258
 § 23 PENAS.....	259
I. Penas privativas de libertad.....	261
1. Introducción	261
2. Clases	264
<i>a. Pena privativa de libertad temporal.....</i>	264
<i>b. Pena privativa de libertad de cadena perpetua</i>	266
II. Penas restrictivas de libertad	268
1. Denominación y carácter jurídico	268
2. Antecedentes y derecho comparado.....	269
3. Política criminal	270
4. Expulsión de extranjeros	271

III. Penas limitativas de derechos	272
1. Antecedentes.....	272
2. Denominación y concepto	273
3. Política criminal	274
a. Introducción.....	274
b. Regulación.....	275
c. Condiciones político administrativas de aplicación.....	277
4. Clases	280
a. Pena de prestación de servicios a la comunidad.....	280
a.1. Generalidades.....	280
a.1.1. Concepto, antecedentes y denominación.....	282
a.1.2. Diferencias con otras formas de prestación de servicios	283
a.1.3. Evaluación.....	285
a.1.4. Prestación de servicios y limitación de derechos.....	287
a.2. Características.....	288
a.2.1. Contenido de la prestación	288
a.2.2. Instituciones beneficiarias de la prestación.....	289
a.2.3. Elección de la pena y del contenido de la prestación	290
a.2.4. Consentimiento del condenado	291
a.2.5. Duración y modo de cumplimiento.....	294
a.2.6. Gratuidad de la prestación	295
a.3. Aplicación práctica	296
b. Pena de limitación de días libres	297
b.1. Generalidades.....	297
b.2. Concepto y denominación.....	297
b.3. Naturaleza jurídica	298
b.4. Antecedentes y fuente legal	299
b.5. Finalidad político criminal	299
b.6. Características.....	300
b.6.1. Destinatario	300
b.6.2. Contenido de la pena	301
b.6.3. Horario y duración de la pena	301
b.6.4. Lugar y modo de cumplimiento.....	302
b.7. Ejecución.....	302
c. Pena de inhabilitación	303
c.1. Generalidades.....	303

c.2. Clases de inhabilitación	304
c.3. Incapacidades impuestas al condenado	304
c.4. Tipología: inhabilitación principal y accesoria	306
c.5. Duración de la inhabilitación.....	307
c.6. Modo de ejecución de la pena.....	309
c.7. Comienzo de la ejecución de la pena e impugnación...	311
IV. Pena de multa.....	313
1. Realidad socio-económica	313
2. Evolución legislativa.....	313
3. Dominio de aplicación de la multa.....	315
4. Reglamentación de la multa.....	315
a. Fijación de la multa según la capacidad económica del delincuente	315
b. Conversión de la multa en pena privativa de la libertad	317
b.1. Trabajos legislativos	317
b.2. Ventajas del sistema	318
b.3. Inconvenientes	319
5. Problemas específicos de la aplicación del sistema de días-multa a determinadas categorías de la población	319
V. Pena de vigilancia electrónica personal.....	320
§ 24 DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.....	323
I. Definición.....	325
II. Etapas de la determinación judicial de la pena	326
1. Identificación de la pena conminada.....	326
2. Individualización de la pena concreta.....	326
III. Particularidades.....	326
1. Determinación judicial de la pena de multa.....	326
2. Clasificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	327
a. Índole de las circunstancias	327
b. Efectos de las circunstancias.....	327
c. Relación de las circunstancias con la pena conminada.....	328
3. Concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	328
IV. Circunstancias genéricas (art. 46).....	330
1. Naturaleza de la acción.....	331
2. Medios empleados.....	331

3. Importancia de los deberes infringidos.....	331
4. Extensión del daño o peligros causados.....	332
5. Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión	332
6. Móviles y fines	332
7. Unidad o pluralidad de agentes.....	333
8. Edad, educación, situación económica y medio social	333
9. Reparación espontánea que hubiere hecho del daño	333
10. Confesión sincera antes de haber sido descubierto.....	334
11. Condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.....	334
V. Reincidencia, habitualidad y determinación judicial de la pena .	335
VI. Determinación judicial de la pena y concursos de delitos.....	339
1. Concurso ideal de delitos.....	339
2. Concurso real de delitos.....	340
3. Concurso real retrospectivo de delitos.....	340
4. Concurso real de faltas	341
VII. Determinación judicial de la pena en el NCPP y el Anteproyecto de CP de 2009.....	342
1. Sentencia penal y determinación judicial de la pena en el NCPP	342
2. Determinación de la pena en el Anteproyecto de CP de 2009 ..	345
§ 25 MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD ..	349
I. Introducción	351
II. Concepto y función.....	353
III. Clasificación.....	355
IV. Medidas alternativas en el Perú.....	357
1. Antecedentes.....	357
2. Clases	358
a. Sustitución de penas.....	358
b. Conversión de penas	360
c. Suspensión de la ejecución de la pena.....	362
d. Reserva del fallo condenatorio.....	367
e. Exención de pena	370
V. Anteproyecto de CP de 2009.....	372
VI. Jurisprudencia vinculante	372
VII. Rehabilitación	373

§ 26 MEDIDAS DE SEGURIDAD	379
I. Origen de las medidas de seguridad	381
II. Concepto, naturaleza y función	382
III. Medidas de seguridad en el derecho penal peruano	385
IV. Medidas de seguridad en el Código Penal de 1991	390
V. Clases de medidas	390
1. Internación	390
2. Tratamiento ambulatorio.	391
<i>a. Reglas de aplicación</i>	392
<i>b. Aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad</i>	395
VI. Problemas en la aplicación de las medidas de seguridad	396
VII. Medida de internación en el Anteproyecto de CP de 2009	397
VIII. Aspectos procesales de la medida de internación	398
1. Finalidad procesal y denominación	398
2. Fuente legal	398
3. Ubicación	399
IX. Análisis del proceso de seguridad	399
1. Incoación del proceso de seguridad	399
2. Acusación fiscal y requerimiento de una medida de internación.	400
3. Desacumulación de los cargos a procesados inimputables.	400
4. Reglas especiales del procedimiento	401
5. Transformación en un proceso común	403
§ 27 CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA	407
I. Concepto y función	409
II. Clasificación	410
III. Causales de extinción en el Código Penal de 1991	411
1. Causales de extinción de la acción penal	411
2. Causales de extinción de la ejecución de la pena	412
IV. Estudio analítico de las causales de extinción	413
1. Causales generales de extinción de la acción penal y de la pena	413
<i>a. Muerte del autor o partícipe del delito</i>	413
<i>b. Amnistía</i>	414

2. Causales de extinción de la acción penal	415
a. <i>Derecho de gracia</i>	415
b. <i>Autoridad de la cosa juzgada</i>	416
c. <i>Desistimiento y la transacción</i>	417
3. Causales de extinción de la ejecución de la pena	418
a. <i>Indulto</i>	418
b. <i>Cumplimiento de la pena</i>	419
c. <i>Perdón del ofendido</i>	419
d. <i>Exención de pena</i>	420
e. <i>Otras causales de extinción</i>	420
V. Prescripción	421
1. Concepto y fundamentación	421
2. Regulación legislativa	421
3. Reglas especiales de prescripción de la acción penal	422
4. Inicio de la prescripción	423
5. Jurisprudencia vinculante sobre prescripción	424
§ 28 REPARACIÓN CIVIL	427
I. Introducción	429
II. Derecho de resarcimiento de la víctima	429
III. Concepto e índole jurídica de la reparación	430
IV. Regulación legislativa	433
1. Evolución	433
2. Reparación civil en el Código Penal de 1991	436
a. <i>Marco legal</i>	436
b. <i>Alcances de la reparación civil</i>	436
c. <i>Determinación de la reparación civil</i>	439
d. <i>Reglas especiales</i>	440
d.1. <i>Reparación civil solidaria</i>	440
d.2. <i>Transmisión por herencia de la reparación civil</i>	441
d.3. <i>Nulidad de los actos de disposición patrimonial que afectan la reparación civil</i>	442
d.4. <i>Capacidad de acción contra terceros no incluidos en la sentencia penal</i>	443
d.5. <i>Retención para asegurar el pago de la reparación civil</i>	443
d.6. <i>Obligación de resarcimiento existe en tanto subsista la acción penal</i>	443
e. <i>Reparación civil y eximentes de responsabilidad penal</i>	444

3. Anteproyecto de CP de 2009	445
V. Reparación civil y jurisprudencia.....	446
§ 29 CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS	
PERSONAS JURÍDICAS	451
I. Introducción	453
1. Denominación	453
2. Marco legal vigente	454
3. Fuente legal	454
II. Consecuencias accesorias en el art. 105 del Código Penal	454
1. Concepto	456
2. Índole jurídica.....	456
3. Antecedentes nacionales	458
4. Clases	460
5. Reglas de aplicación	461
a. <i>Comisión de un delito</i>	462
b. <i>Utilización de la persona jurídica en la realización,</i> <i>favorecimiento o encubrimiento del delito</i>	462
c. <i>Condena penal del autor del delito</i>	463
d. <i>Protección de los derechos de los trabajadores y de los</i> <i>acreedores de la persona jurídica</i>	463
6. Anteproyecto de CP de 2009	464
III. Pérdida de ganancias y privación de beneficios de la persona jurídica.....	465
IV. Decomiso o pérdida de los efectos e instrumentos del delito	466
V. Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas	466
VI. Persona jurídica en el NCPP	468
1. Fuente legal	469
2. Derechos y garantías procesales reconocidos a favor de la persona jurídica.....	469
3. Emplazamiento procesal de la persona jurídica.....	469
4. Oportunidad y trámite de la incorporación formal de la persona jurídica al proceso	470
5. Representación procesal de la persona jurídica	471
6. Derechos y garantías procesales de la persona jurídica	472
7. Consecuencias accesorias como medidas cautelares.....	473
VII. Jurisprudencia penal vinculante.....	475

QUINTA PARTE: ANEXOS	479
I. Índice de jurisprudencia.....	481
1. Jurisprudencia Nacional.....	481
2. Jurisprudencia Extranjera	500
II. Índice legislación consultada.....	503
1. Códigos.....	503
2. Constituciones.....	504
3. Leyes y decretos.....	504
4. Convenios y tratados internacionales.....	507
5. Anteproyectos de Código Penal.....	508
6. Acuerdos plenarios	508
III. Índice de materias	509
IV. Bibliografía.....	525

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
ADLP	Archivo digital de la legislación en el Perú. Sin referencia contraria las los decretos y las leyes son citados utilizando esta fuente de información.
ADP	Anuario de Derecho Penal. Perú
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. España
AJ	Anales Judiciales. Lima
AJP	Aktuelle Juristische Praxis. Alemania
AP	Acuerdo Plenario
APe	Actualidad Penal. España
APC	Archive de Politique Criminelle. France
APD	Archives de Philosophie du Droit. France
ARSP	Archiv für Rechts- und Rechtsphilosophie. Alemania
Art (s).	Artículo (s). Sin referencia contraria, siempre corresponde al CP peruano de 1991
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Arrêt du Tribunal Federal. Suiza
Aufl.	Auflage (Edición)
BC	Bulletin de Criminologie. Suiza
BGHst	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Alemania
BJ	Boletín Judicial. Perú
BK	Basler Kommentar. Suiza

BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung. Suiza
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAJ	Comisión Andina de Juristas
CADHP	Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos
CC	Código Civil
CCGPJ	Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. España
CdePP	Código de Procedimientos Penales
CDJ	Cuadernos de Derecho judicial. Consejo General del Poder judicial. España
CDP	Cuadernos de Derecho Penal. Colombia
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CEP	Código de Ejecución Penal
Cfr.	Confróntese
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CJM	Código de Justicia Militar
CJMP	Código de Justicia Militar Policial
CoEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
Const.	Constitución
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política criminal. España
CPP	Código Procesal Penal
CR	Congreso de la República
CSanit	Código Sanitario
Csup	Corte Superior
CSupre	Corte Suprema
Derecho	Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
DGT	Dirección General del Tráfico
Dir.	Director
DL	Decreto (s) Ley(es)
DLeg	Decreto (s) Legislativo (s)

DP	Doctrina Penal. Argentina
DriZ	Deutsche Richterzeitung. Alemania
DS	Decreto Supremo
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Ed.	Edición
Edit.	Editor
EP	Ejército Peruano
ES	Ejecutoria Suprema (sentencia de la Corte Suprema)
ESup	Ejecutoria Superior (sentencia de la Sala Superior en lo Penal de la Corte Superior de Justicia)
Exp.	Expediente
F(s).J(s).	Fundamento(s) jurídico(s)
FJS	Fiches juridiques suisses. Suiza
FN	Fiscalía de la Nación
FS	Festschrift (Libro homenaje)
FSP	Fiscalía Suprema en lo Penal
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht. Alemania
GJ	Gaceta Jurídica. Lima
GS	Der Gerichtssaal / Gedächtnis-, Gedenkschrift. Alemania
Ib., ibid.	En el mismo lugar
Id., Idem	Lo mismo
IDL	Instituto de Defensa Legal
inc(s).	inciso (s)
INPE	Instituto Nacional Penitenciario
JdT	Journal des Tribunaux. Suiza
JurProsu	Jurisprudencia del proceso sumario. Perú
JuS	Juristische Schulung. Alemania
JUS	Justicia
JA	Juristische Arbeitsblätter. Alemania
JC	Revista Jus Constitucional
Jura	Juristische Ausbildung. Alemania
JuS	Juristische Schulung. Alemania

JZ	Juristische Zeitung. Alemania
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal española
Lit (s).	Literal(e)s
LK	Leipziger Kommentar. Alemania
LODP	Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo
LOJM	Ley Orgánica de la Justicia Militar
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht. Alemania
MK	Münchener Kommentar. Alemania
MP	Ministerio Público
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform. Alemania
Nº	número (s)
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
NDP	Nueva Doctrina Penal
NFP	Nuevo Foro Penal. Colombia
NJW	Neue juristische Wochenschrift. Alemania
NK	Nomos Kommentar. Alemania
NL	Normas Legales. Perú
NPP	Nuevo Pensamiento Penal. Buenos Aires
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht. Alemania
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht. Alemania
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OCMA	Órgano de Control de la Magistratura
OIT	Organización Internacional del Trabajo
p(s).	Página (s)
PE	Parte Especial
Pf (s).	Párrafo (s)
PG	Parte General

PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PJ	Poder Judicial
PJA	Pratique Juridique Actuelle. Suiza
PNP	Policía Nacional del Perú
Proy.	Proyecto
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
RCCP	Revista Canaria de Ciencias Penales. España
RCP	Revista de Ciencias Penales. Chile
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue générale de droit public. Suiza
RDCP	Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Perú
RDPI	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología, 2a época. España
RDPCB	Revue de droit pénal et de criminologie. Bélgica
RDS	Revue de droit suisse. Suiza
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. España
Res. Dir.	Resolución Directoral
Res. Min.	Resolución Ministerial
RF	Revista del Foro. Perú
RFDUC	Revista Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid
RIDDP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Italia
RICPT	Revue internationale de criminologie et police technique, Suiza
RICPT	Revue internationale de criminologie et police technique. Suiza
RIDC	Revue internationale de droit comparé. Francia
RIDP	Revue internationale de droit pénal. Francia
RIDP	Revue internationale de droit pénal. Francia
RIDP	Rivista italiana di diritto penale
RIDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
RIFD	Rivista italiana di filosofia del diritto. Italia
RIPC	Revue internationale de politique criminelle. Francia

RJP	Revista de Jurisprudencia Peruana. Perú
RLeg	Resolución Legislativa
RN	Recurso de nulidad
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales. Perú
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. Perú
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal. Francia
RPJ	Revista Peruana de Jurisprudencia.
RPS/SchwZStr	Revue Pénale Suisse / Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
RSCDPC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. Francia
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence. Suiza
RSJB	Revue de la Société des Juristes Bernois. Suiza
RT	Revista de los Tribunales
RUEC	Revista de la Universidad del Externado de Colombia
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
SerJur	Serie Jurisprudencia. Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores. Academia de la Magistratura. Perú
SJ	La Semaine Judiciaire. Suiza
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht. Suiza
SJZ	Schweizerische Juristische Zeitung. Suiza
SIN	Servicio de Inteligencia Nacional
SIE	Servicio de Inteligencia del Ejército
SK	Systematischer Kommentar. Alemania
SP	Sentencia plenaria
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StPO	Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal alemana)
StV	Strafverteidiger. Alemania
s/f	Sin fecha
T.	Tomo (s)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TC	Tribunal Constitucional
trad.	Traductor
TP	Título preliminar
TS	Tribunal Supremo
TUO	Texto Único Ordenado
UE	Unión Europea
UIT	Unidad Impositiva Tributaria
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNMSM	Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
Vor/Vorbem	Vorbemerkungen
WISTRA	Zeitschrift für Wirtschaft Steuer, Strafrecht. Alemania
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik. Alemania
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Alemania

§ 16 Delitos culposos

I. Introducción. II. Evolución legislativa. III. Evolución de la doctrina. IV. Sistemática de los delitos culposos. V. Delitos de comisión culposos. 1. Tipo legal objetivo. a. Autor. b. Acción típica. c. Peligro no permitido. c.1. Criterios para determinar el peligro no permitido. c.2. Principio de confianza. c.3. Ámbito de protección del tipo legal. 2. Tipo legal subjetivo. a. Introducción. b. Individualización de la determinación de la previsibilidad. c. Culpa con representación y culpa sin representación. 3. Ilícitud. 4. Culpabilidad. 5. Tipos legales ampliados.

I. Introducción

Según el art. 11, los delitos y las faltas están constituidos por acciones u omisiones tanto dolosas como culposas. Así, se reconocen las formas tradicionales de infracciones penales: por un lado, las cometidas mediante la ejecución o la omisión de una acción y, por otro, desde una perspectiva subjetiva las realizadas con dolo o culpa¹. 1871

Las infracciones culposas han aumentado de modo notable debido, sobre todo, a la mecanización y la automatización de grandes sectores de las actividades domésticas, comerciales e industriales. Un ejemplo claro, es el del transporte, ámbito en el que los medios son cada vez más veloces y tecnificados. Estos medios, sin duda, comportan grandes ventajas; pero, al mismo tiempo, son fuente de innumerables peligros. Esta evolución ha hecho posible que nuestras sociedades, según su grado de desarrollo, sean calificadas de sociedades de riesgo y que se les considere como ámbito propicio para la proliferación de diversos comportamientos imprudentes². Esto permite comprender que las infracciones culposas, según las estadísticas, constituyan un gran porcentaje de los delitos cometidos y, por lo tanto, sean la materia de una buena parte de los procesos que ocupan a los órganos de control penal. 1872

Los tipos legales que prevén delitos culposos son una minoría en relación con los referentes a los delitos dolosos. Conforme al art. 12, rige el sistema de *numerus clausus*³ de delitos culposos: en regla general sólo se reprime a título de dolo y sólo de manera excepcional a título de culpa. Las razones son, primero, que se estima innecesaria la protección penal de todos los 1873

¹ ES del 3 de junio de 1998, Exp. N° 6329-97 Ancash, en ROJAS, p. 132.

² BECK, 1989.

³ MAZUELOS, 2003, p. 153 ss.; ES del 7 de enero de 1998, Exp. N° 6095-97, en DELGJ, p. 67 ss.

bienes jurídicos contra los perjuicios causados mediante comportamientos culposos. Sólo algunos de los bienes jurídicos más importantes (p. ej., la vida, la salud) son tenidos en cuenta. Cuando éste es el caso, el legislador debe establecer expresamente que se reprime a título de culpa.

- 1874 La segunda razón es que se les considera menos graves⁴ y que, en consecuencia, hay que tratarlos de manera desigual a los dolosos. Difieren tanto en la intensidad de la ilicitud como de la culpabilidad. Esto implica, por ejemplo, que la exclusión del carácter ilícito de la acción culposa sea admitida con mayor facilidad y que la pena sea menos severa⁵. Al respecto, basta comparar las penas previstas para el homicidio simple (pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de veinte años, art. 106) y para el homicidio culposo (pena privativa de la libertad no mayor de dos años o prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas, art. 111).
- 1875 Sin embargo estas categorías de infracción no se encuentran en relación lógica de alternatividad; es decir, en un caso concreto, negado el dolo no debe admitirse siempre la culpa. La represión a título de culpa sólo puede plantearse después de descartarse que el agente haya actuado con dolo. Esto tampoco supone una relación de subsidiaridad entre ambos, pues es, también, posible que la acción no haya sido cometida ni con dolo ni con culpa o que no sea necesario plantearse tal análisis, como sucede cuando, por ejemplo, se incurre en una causal de ausencia de acción⁶. Sin embargo, hay que admitir la graduación normativa ya que el comportamiento doloso implica mayor intensidad de ilicitud y de culpabilidad que el culposos.

II. Evolución legislativa

- 1876 El Código, a diferencia del CP de 1924, no contiene disposición alguna en la que se defina de manera general el delito culposos. Siguiendo el modelo suizo, en el art. 82, inc. 2, de este último, se disponía que “comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpa-

⁴ PEÑA CABRERA, 1995, p. 463.

⁵ Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 461; VILLAVICENCIO, 2006, p. 385; BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, p. 165 ss.; CHOCLÁN, 1998, p. 13; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 321 ss.

⁶ Cfr. *supra* N° 1079 ss.

ble, cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal”⁷.

Si bien es cierto que en la ley no deben resolverse problemas doctrinales, 1877 también es cierto que ese tipo de definiciones constituyen una ayuda para quien la aplica. Por lo que no se justifica plenamente que no se defina la culpa en la ley, sobre todo en países como el nuestro. La inserción de una determinada definición no implica que el juez o el abogado estén obligados a interpretarla siguiendo de manera fiel la concepción adoptada por el legislador, aun cuando deban respetar el marco general fijado por el texto legal. En el extranjero, uno de los argumentos invocados para justificar las definiciones legales en el Código es el de considerar que es un factor de orientación para los diversos órganos encargados de aplicar la ley. Así mismo, hay que tener en cuenta que, con frecuencias, dichas definiciones son interpretadas superando los criterios teóricos que las habían inspirado.

En la elaboración de los tipos legales culposos, el legislador ha continua- 1878 do empleando el llamado “simple tipo causal”. Por ejemplo, en el art. 111 se describe el homicidio culposo diciendo “el que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona...”. Los cambios de terminología con respecto al art. 156 del CP de 1924 (“el que por negligencia causare la muerte de una persona...”) no tienen mayor importancia, puesto que la “negligencia” ha sido siempre entendida como sinónimo de culpa y que “ocasionar” no significa otra cosa que “causar”. Siempre se trata de “causar”, mediante un comportamiento culposo (comisión u omisión), el resultado o la acción penalmente relevante.

Esta técnica legislativa ha hecho dudar sobre la conformidad de los tipos 1879 legales culposos con el principio de la legalidad, pues serían tipos legales abiertos que el juez debe completar⁸. Esta objeción, no obstante, pierde fuerza si se admite que el tipo objetivo de los delitos culposos es, en buena cuenta, el mismo que el de los delitos dolosos. Es decir, las circunstancias que fundamentan la realización del tipo objetivo del delito de homicidio simple doloso (art. 106) son las mismas que las del art. 111; la diferencia está en el tipo subjetivo. La acción en el homicidio simple (matar una persona) está más delimitada que en el caso del homicidio culposo, respecto

⁷ La idea se conserva aún en diversas sentencias; por ejemplo, ES del 30 de enero de 1998, Exp. N° 5445-97, en BACA/ROJAS/NEIRA, 1999, p. 131.

⁸ WELZEL, 1967, p. 126; JORGE BARREIRO, 1990, p. 40; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, 2000, p. 322; HAVA, 2001, p. 51. En el mismo sentido, VILLAVICENCIO, 2001, p. 65.

al cual sólo se hace referencia a que se cause la muerte de la víctima. Así, la coincidencia de la voluntad de cometer un acto y la de realizar el delito permite circunscribir mejor los comportamientos que deben ser calificados de homicidio doloso. Por el contrario, en caso de culpa la determinación de los comportamientos típicos depende en mayor medida de criterios de valor que, recurriendo a toda la fuerza creadora de la interpretación⁹, el juez debe tener en cuenta. El aspecto más relevante es el de calificar el comportamiento de imprudente.

III. Evolución de la doctrina

- 1880 La atención de los juristas se había centrado, sobre todo, en los delitos dolosos. Las categorías conceptuales elaboradas respecto a éstos fueron utilizadas para explicar los delitos culposos; categoría calificada como secundaria. Esta situación ha cambiado de manera significativa. Ahora, se le considera como un tipo particular de delito, junto e independiente de los delitos dolosos¹⁰. Sin embargo, no se ha alcanzado, en materia de delitos culposos, aún el nivel y el acuerdo relativo que existe en la explicación dogmática de las condiciones de punición de los delitos dolosos.
- 1881 De acuerdo con la concepción clásica¹¹ de la teoría del delito y, por lo tanto, de la acción causal, la culpa fue considerada como una forma de culpabilidad, junto a la culpabilidad por dolo, y su contenido ilícito fue reducido a la producción de un resultado perjudicial. El agente obra equivocándose respecto a los hechos y causa el resultado perjudicial previsible. Esta manera de percibir la culpa ha sido llamada “noción unitaria de la culpa” (*einteilige Fahrlässigkeitsanerkennung*).
- 1882 Con posterioridad¹², se distinguió a nivel de la culpabilidad el hecho de que el agente no respetara el cuidado objetivo necesario y la posibilidad de que se comportara conforme a éste. Uno de los criterios decisivos consistió en afirmar que no se podía prohibir sólo la producción de resultados perjudiciales. A partir de estas afirmaciones, se concibió la teoría compleja de la culpa (*Komplexerbegriff*), según la cual ésta se estructura en dos niveles:

⁹ Cfr. *supra* N° 481 ss.; Cfr. HAVA, 2001, p. 51 ss.; FEIJOO, 2001, p. 196.

¹⁰ JESCHEK/WEIGEND, 1996, § 54 I 3; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 15 N° 105; WELZEL, 1967, p. 123.

¹¹ Cfr. *supra* N° 990 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 14 ss.

¹² EXNER, 1910, p. 193 ss.; ENGISCH, 1930, p. 268 ss.

primero, debe ser constatada de modo objetivo en el nivel de la ilicitud y, segundo, de manera subjetiva en el de la culpabilidad. En el primero, hay que considerar el doble aspecto del deber de cuidado, es decir, tanto la obligación de reconocer los riesgos que amenazan un bien jurídico y de apreciar con corrección sus alcances, como la obligación de evitar, mediante un comportamiento adecuado a las circunstancias, la producción del resultado típico. En el segundo, debe apreciarse la capacidad personal del agente para reconocer y respetar el deber de prudencia. Deber que se determina en relación con las exigencias del orden jurídico respecto a una persona cuidadosa y razonable que forma parte del mismo círculo social del agente¹³. Estos aspectos del deber de cuidado están muy relacionados, puesto que la ejecución del comportamiento apropiado para descartar el resultado perjudicial depende de la apreciación correcta del peligro que amenaza el bien jurídico.

El finalismo acentuó esta tendencia¹⁴. Sus partidarios explicaron que si el 1883 comportamiento humano, tanto el doloso como el culposo, se orientaba a la realización de un fin determinado, no podían reducirse los tipos legales de los delitos culposos a la producción del resultado. Sin aceptarse, siempre, las explicaciones de los partidarios del finalismo sobre las estructuras ónticas de la acción, se admite en la actualidad que la tipicidad de los delitos culposos, como la de los dolosos, supone también un juicio de valor negativo sobre la manera como el agente lleva a cabo la acción final que quiere ejecutar¹⁵. Esta apreciación valorativa está determinada por la violación del deber de cuidado y, en consecuencia, su inobservancia forma parte del tipo legal.

Los esfuerzos efectuados para renovar la teoría del delito recurriendo a 1884 los criterios de la imputación objetiva¹⁶ han influenciado decisivamente la evolución de las ideas sobre los delitos culposos. En esta perspectiva, la violación de un deber de prudencia no es más considerada como condición necesaria sólo respecto a los delitos imprudentes, sino también para los dolosos. Esto en razón de que dicha violación constituye uno de los criterios para determinar la imputación objetiva que es común a ambos tipos de delito. La consecuencia para la culpa es que la capacidad personal del autor

¹³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 55 I 2 b; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 669; WELZEL, 1965, p. 129.

¹⁴ Cfr. *supra* N° 1000 ss.

¹⁵ WELZEL, 1969a, p. 127 [1976, p. 92].

¹⁶ Cfr. *supra* N° 1161 ss.; ROXIN, 2006a, § 24 N° 3 ss.; JAKOBS, 1991, 9/1 ss.

para reconocer y respetar el deber de prudencia deja de ser percibida como factor de la culpabilidad (como lo hacía la noción compleja de culpa) para ser considerada en tanto que elemento del tipo legal subjetivo. Esta manera de percibir la culpa constituye, en buena cuenta, una renovación de la teoría unitaria de la culpa, en la medida en que el deber de evitar el peligro es considerado como elemento común a todo delito¹⁷. La diferencia reside sólo en el tipo legal subjetivo, así, en los delitos dolosos, el deber de prudencia es violado desde el momento en que el agente deba tomar conciencia del comportamiento previsto en el tipo legal, mientras que en los imprudentes la violación de dicho deber procede de la apreciación incorrecta, pero evitable, del peligro previsible¹⁸.

- 1885 En resumen, de acuerdo con este criterio, el tipo legal objetivo del delito culposo está constituido por los factores de la imputación objetiva que permiten atribuir el resultado al agente, mientras que en el tipo legal subjetivo se consideran las capacidades y conocimientos del autor para apreciar de modo correcto los alcances del peligro¹⁹.
- 1886 Conclusiones muy similares se obtienen mediante la aplicación de la teoría compleja y de la unitaria de la culpa, en la práctica. Ambas se superponen en aspectos esenciales como la imputación objetiva, la previsibilidad del resultado o la falta de respeto a los límites del riesgo permitido. Sus diferencias son, sobre todo, de orden sistemático en la medida en que difieren sobre el nivel en que debe tratarse la capacidad personal para reconocer y respetar el deber de cuidado.
- 1887 Ninguna de estas teorías ha sido adoptada de manera general en sus lineamientos fundamentales, lo que explica la diversidad de criterios con que se trata de comprender el contenido de los delitos culposos. De acuerdo con el criterio más difundido, se recurre a la violación del deber de cuidado, así como a la previsibilidad y evitabilidad del resultado; sin dejar de apoyarse en la imputación objetiva para explicar, sobre todo, la relación entre la producción de éste y la acción. En la medida en que se reconozca que estas categorías suponen elementos de imputación, es posible admitir que mediante su determinación pueden precisarse mejor las condiciones de punición de la culpa que invocando la fórmula general de la violación

¹⁷ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1992, § 43, N° 112; STRUENSEE, 1987a, p. 54; HRUSCHKA, 1997, p. 82 ss.; KINDHÄUSER, 1994, p. 204 ss.

¹⁸ HAVA, 2003, p. 111 ss.

¹⁹ Cfr. MAZUELOS, 2003, p. 117 ss.

del deber de cuidado. Sin embargo, si se admite, como nosotros lo hacemos, que estas concepciones son sólo propuestas de interpretación de las disposiciones legales respectivas, la adopción de una de ellas no puede ser justificada invocando que es la científicamente verdadera; sino más bien que es la más conveniente y útil para interpretar la regulación legal y para analizarla de manera transparente, coherente e igualitaria.

IV. Sistemática de los delitos culposos

Como el delito doloso, el culposo está constituido por la tipicidad, la anti- 1888 juricidad y la culpabilidad. En razón de las características específicas de la acción culposa, el contenido de cada una de estos factores es determinado de una manera particular. Las diferencias con los delitos dolosos son, como es lógico, más marcadas respecto a la tipicidad; pero menos en cuanto a la antijuricidad o a la culpabilidad.

El delito culposo es cometido tanto por comisión como por omisión. No 1889 se trata de un delito de omisión, como a veces se ha deducido del papel destacado que juega la violación del deber de cuidado, la misma que constituye una omisión de las precauciones necesarias para evitar el resultado perjudicial.

Según la regulación legal, la tentativa y la participación criminal en los de- 1890 litos culposos no son posibles, puesto que, en estos casos es indispensable una resolución delictiva que no existe en caso de culpa.

Salvo discrepancias conceptuales en cuanto a la participación en los delitos 1891 culposos, existe amplio acuerdo sobre los diversos aspectos de la culpa. Las diferencias se presentan, no obstante, cuando se trata de fundamentar y justificar, por ejemplo, el contenido de la acción culposa, la aplicación de ciertas causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad.

V. Delitos de comisión culposa

1. Tipo legal objetivo

A pesar de que el comportamiento culposo cuenta con un aspecto externo 1892 y otro interno, la tipicidad de la infracción culposa no puede ser concebida siempre, como en el caso de la acción dolosa, distinguiendo entre tipo legal objetivo y tipo legal subjetivo. El contenido de la voluntad, alcanzar un

objetivo ilícito en el caso del delito doloso, carece en principio de relevancia penal en cuanto al delito culposo. Sin embargo, la cuestión se plantea, sobre todo, respecto a la culpa consciente²⁰. La tipicidad y, por lo tanto, el contenido ilícito de la culpa deben ser analizados de manera diferente²¹.

a. Autor

- 1893 Cualquier persona puede ser el autor de un delito culposo, salvo que la ley disponga que el agente reúna una calidad especial (delitos especiales culposos). Por ejemplo, el funcionario o servidor público que ocasiona, mediante culpa, que un tercero sustraiga caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (art. 387, inc. 3)

b. Acción típica

- 1894 De acuerdo con la índole del comportamiento, los delitos culposos pueden ser de comisión y de omisión²², así como de pura actividad o de resultado. Estos últimos son los que con mayor frecuencia se han previsto en la ley. En cuanto a los primeros, basta la realización del comportamiento y, por lo tanto, no hay que comprobar la existencia de un resultado (daños o puesta en peligro concreto de un bien jurídico). El carácter culposo de la comercialización o tráfico de productos nocivos a la salud de las personas (art. 288, inc. 3) no está, en buena medida, en relación con el mismo acto de poner en venta o en circulación, importar o tomar en depósito (comportamientos siempre intencionales), sino con el hecho de que el consumo, empleo normal o probable del producto pueda comprometer la salud de las personas.
- 1895 En caso de delitos de resultado, el autor debe, mediante su comportamiento, producir la modificación del mundo exterior previsto en el tipo legal. El juicio de valor negativo referente a la producción del perjuicio prohibido (muerte o lesiones de una persona, por ejemplo) constituye, junto al juicio negativo sobre la acción de crear o aumentar un peligro, un aspecto esencial de la tipicidad del delito culposo. Por esto, dicho resultado es un elemento constitutivo del tipo legal²³ y no sólo una condición

²⁰ Cfr. *infra* N° 1920 ss.

²¹ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 522 ss.

²² Cfr. *infra* N° 1945 ss.

²³ Cfr. VILLA STEIN, 2008, p. 267.

objetiva de punibilidad. El criterio contrario no puede ser justificado afirmando que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados. Tampoco es decisivo que la represión del autor de un comportamiento culposo dependa de la materialización aleatoria²⁴ del peligro creado o aumentado mediante dicho comportamiento.

Respecto a la relación de causalidad y la aplicación de los criterios referentes a la imputación objetiva²⁵, no hay que olvidar, por un lado, que en la jurisprudencia y en la doctrina comparada se ha invocado con frecuencia la denominada causalidad adecuada y, por otro, que este criterio se encuentra en la base de la concepción de la imputación objetiva. Además, como lo venimos de señalar, la adecuación de la acción del agente a un tipo legal culposo consiste, en buena medida, en la comprobación de los criterios referentes a la imputación objetiva; los mismos que son similares a los empleados para saber si el autor ha violado el deber de cuidado. La causalidad es siempre la condición imprescindible para plantearse la cuestión de la imputación objetiva. 1896

En la jurisprudencia, a nivel de segunda instancias, se ha señalado que 1897 «se entiende por deber objetivo de cuidado al conjunto de reglas que debe observar el agente, mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria, por ser indicadores de destreza o producción, como lo son, la velocidad adecuada, desplazamiento por el carril correspondiente, estado psicosomático normal, vehículo en estado electromecánico normal, y contar con licencia de conducir oficial, reglas aplicables al caso del chofer»,

c. Peligro no permitido

Las disposiciones que prevén los delitos culposos, de manera implícita, 1898 prohíben la realización de comportamientos que creen o aumenten un peligro para los bienes jurídicos protegidos. Por ejemplo, el tipo legal del homicidio culposo (art. 111) supone la prohibición de realizar comportamientos peligrosos para la vida de las personas. Esta prohibición implica que el perjuicio que comporta el peligro sea previsible y evitable²⁶. Si este

²⁴ ES del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97 Lima, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 70.

²⁵ Cfr. *supra* N° 1161 ss.; BACIGALUPO, Arts. 12, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 85 ss.

²⁶ ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97, en ROJAS, 1999, p.

no es el caso, resulta imposible exigir a las personas que actúen dándose cuenta de los efectos de su comportamiento o teniéndolos presentes. El agente debe crear una contingencia capaz de lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Por lo tanto, la prohibición está orientada a impedir la creación de riesgos para los bienes jurídicos de terceros y no de manera directa a evitar la producción de perjuicios²⁷.

- 1899 Como lo hemos explicado antes, la prohibición de realizar comportamientos que creen o aumenten un peligro para los bienes jurídicos protegidos no puede ser absoluta, porque la vida comunitaria requiere o tolera la ejecución de comportamientos riesgosos. Este peligro es calificado de permitido. Si el agente no crea peligro alguno o se comporta dentro de los límites del peligro o riesgo permitido, significa que su comportamiento es irrelevante penalmente. Es el caso del chofer que conduce su vehículo conforme a las reglas del tráfico y produce la muerte de una persona que de pronto se lanza bajo las ruedas del mismo, el hecho de que conduzca un vehículo, fuente de peligro, no crea ni aumenta un peligro no permitido. En consecuencia, su comportamiento no es el previsto en el art. 111 (homicidio culposo). De esta manera, la constatación de si el agente ha sobrepasado el límite del riesgo permitido está muy vinculada con la determinación de si ha respetado sus deberes de diligencia.
- 1900 Para respetar la prohibición de ejecutar acciones peligrosas, quien se disponga a pasar al acto debe informarse antes y reflexionar de manera debida. Así mismo, debe preguntarse si es capaz de comportarse sin dañar a terceros o si tiene la formación debida para emprender la acción peligrosa. En caso de falta de información o de capacidad para llevar a cabo la acción riesgosa, el agente debe abstenerse para que no se le reproche el haber actuado con culpa. En esta circunstancia, se habla de culpa por emprendimiento o asunción²⁸.

c.1. Criterios para determinar el peligro no permitido

- 1901 La estrecha relación con el criterio mayoritario de considerar como factor central la violación del deber de prudencia²⁹, se pone de manifiesto en el

628; ES del 18 de setiembre de 1998, Exp. N° 3019-98 Puno, en ROJAS/INFANTES, p. 69; ES del 31 de octubre de 1997 Apurímac, Exp. N° 1917-96, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 72.

²⁷ PEÑA CABRERA, 1995 p. 462; MAZUELOS, 2003, p. 167 ss.

²⁸ ROXIN, 2006a, § 24 N° 54.

²⁹ ES del 2 de abril de 1998, Exp. N° 2007-97 Cono Norte, Lima, en ROJAS, 1999, p. 305 ss.; ES

análisis de esta circunstancia. Ya que para delimitar si se ha generado un peligro no permitido o se ha desestabilizado desfavorablemente una situación de peligro existente, hay que tener en cuenta todas las circunstancias que permiten afirmar que se ha violado el deber de diligencia correspondiente³⁰.

Establecer si la acción representa un peligro relevante para el derecho penal 1902 exige tener en cuenta el contexto social en el que ésta tiene lugar: en especial, su importancia social, la gravedad del posible perjuicio que representa el peligro y la magnitud de los esfuerzos que deben hacerse para excluir del todo el riesgo. Por ejemplo, a un comerciante de alimentos no puede exigírsele que, además de la fecha de vencimiento indicada por el productor, compruebe el buen estado de cada producto enlatado que vende. Exigencias de esta naturaleza paralizarían el normal desarrollo de actividades, como la dada en el ejemplo, que si bien son socialmente importantes, comportan ciertas contingencias (peligro permitido). Por haber sido ejecutada la acción sin sobrepasar el riesgo permitido, resulta imposible plantearse la cuestión si el agente ha obrado con culpa.

Debido a que son pocas las actividades humanas que están reguladas específicamente (p. ej., la circulación en las vías públicas), es necesario recurrir al criterio de la persona media³¹ para tratar de establecer los límites en que son permitidas, aun cuando su ejecución implique peligro para terceros. Esta idea consiste en plantearse hipotéticamente, en la misma situación concreta en que actuó el agente, cómo hubiera obrado una persona consciente y prudente, perteneciente al mismo círculo social o profesional de éste. 1903

Si de esta comparación resulta que el autor ha actuado, al menos, en los 1904 límites del riesgo permitido, no es posible considerársele como imprudente³². Sin embargo la especificación de ese modelo (chofer, arquitecto, maquinista, médico, etc.) se lleva a cabo con referencia a determinadas

del 9 de setiembre de 1998, Exp. 2505-98 Lima, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 69.

³⁰ DE LA CUESTA AGUADO, 1996, p. 138 ss.; ROXIN, 2006a, § 24 N° 14; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 550 ss.

³¹ ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de setiembre de 1998, Exp. N° 3475-98, en ROJAS, 1999, p. 617.

³² ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 9 de setiembre de 1998, Exp. N° 2505-98, en ROJAS, 1999, p. 638.

normas o directivas relacionadas con la actividad realizada por el agente. En el caso de profesiones, oficios o actividades que requieren una autorización precisa, la idea del modelo o baremo medio implica, en realidad, la constatación de si ciertas normas han sido o no respetadas. Lo mismo se puede decir, aunque no de modo tan evidente, respecto a la manera cómo, por ejemplo, deben guardarse y conservarse en casa productos peligrosos (barbitúricos, fósforos, combustibles, armas, pesticidas, etc.). La forma de hacerlo sin peligro para terceros, en especial para los niños, se determinará teniendo en cuenta las indicaciones establecidas por los productores o distribuidores respecto al modo de utilización o consumo de tales artículos. Constituye una acción peligrosa no permitida, por ejemplo, debido a que se sabe por experiencia que los niños se meten en la boca lo que encuentran, dejar a su alcance objetos que puedan causarles perjuicios en su vida o salud.

- 1905 Indicios más claros de la peligrosidad de una manera de comportarse son la violación de las normas establecidas de manera expresa para regular determinadas actividades que son peligrosas, pero aceptadas y aún promovidas en razón de su utilidad social. Al respecto, vale la pena citar una vez más las normas relativas a la circulación de vehículos de motor. Mediante estos preceptos, el legislador ha prohibido, basándose en la experiencia y en la reflexión, la ejecución de actos que comportan riesgos generales para terceros, tratando de evitar la producción de situaciones peligrosas. La violación de esas normas (p. ej., las que limitan la velocidad, establecen la prioridad en la circulación, regulan la manera de sobrepasar otros vehículos) crean en general un peligro no permitido.
- 1906 Aunque sin la misma fuerza vinculante que las normas legales y debido a que, con frecuencia, son establecidas por instituciones privadas no del todo imparciales, deben ser consideradas, también, las directivas estatuidas respecto a determinadas esferas de la actividad comercial, industrial, profesional o lúdica. Las normas técnicas establecidas por los Colegios de ingenieros, arquitectos o médicos constituyen una concreción de la *lex artis*³³, aprovechando los conocimientos y la experiencia adquirida en la práctica de estas profesiones. Las prescripciones, por ejemplo, relativas a la solidez de los fundamentos y a la resistencia de las estructuras de una edificación tienen como objetivo evitar una situación de peligro para las personas. El hecho de que no sean respetadas crea esta situación y puede producir un

³³ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 177 s; CASABONA, p. 30; HAVA, 2001, p. 56 ss.

peligro no permitido que dé lugar, en caso de lesiones corporales, a un reproche por culpa contra el infractor.

El incumplimiento de estos tipos de normas³⁴ no significa siempre que se haya creado el peligro concreto no permitido. Este peligro debe ser comprobado en la situación particular en que actúa el agente. En algunos casos, la exclusión del peligro no permitido sólo puede ser posible, justamente, por una acción contraria al precepto: por ejemplo, no respetar la luz roja o el límite de velocidad para evitar atropellar un peatón. Además, bien puede suceder que la norma en cuestión sea anacrónica o no esté adecuada a la situación concreta. Sin embargo, fuera de estos casos excepcionales, en general, la violación de estas disposiciones constituye un indicio real³⁵ de la creación del riesgo no permitido y, en consecuencia, de la culpa del autor.

c.2. Principio de confianza

Todos y, en especial, quien realizan acciones reguladas de manera especial, deben respetar las normas destinadas a evitar la creación o aumentación de un peligro no permitido. Así, cada uno de los que ejecutan de manera correcta una actividad espera que los demás se comporten también de conformidad con las obligaciones de cuidado que corresponden. De este modo, se establece una relación de confianza que constituye un criterio límite para determinar el peligro no permitido³⁶. Por ejemplo, no podrá decirse que aumenta indebidamente el peligro, ínsito en el hecho de conducir un automóvil, el conductor que, ante la luz verde del semáforo, no detiene su vehículo para comprobar si otro conductor tratará de pasar el cruce a pesar de la luz roja que le ordena detenerse. Su comportamiento permanece dentro de los límites del riesgo permitido. La cuestión de un actuar culposos no se presenta.

Sin embargo, como se trata de comprobar la existencia de un peligro concreto, la creación de éste no puede deducirse de modo inmediato del criterio de confianza. Ante la evidencia de la incorrección del comportamiento de un tercero (p. ej., conducir a contramano en una carretera de doble vía), no se debe continuar ejecutando la acción correcta (conducir en el sentido

³⁴ ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 7 de setiembre de 1998, Exp. N° 3475-98, en ROJAS, 1999, p. 617.

³⁵ HAVA, 2001, p. 53; FEIJOO, 2001, p. 212.

³⁶ PEÑA CABRERA, 1995, p. 464; VILLAVICENCIO, 2001, p. 71.

debido), considerando que no se hace sino afirmar el derecho y que es el otro quien no respeta las normas, aumentando así el peligro de que se produzca un accidente³⁷. Esto se debe tener en cuenta, en particular, respecto a la manera de comportarse de ciertas personas, como los niños, ancianos, ebrios o inválidos, quienes por sus condiciones personales incurren con frecuencia en acciones que entrañan riesgos. Por ejemplo, en una zona donde se encuentra un colegio, bien señalizada, un conductor que circula a la hora de salida de los alumnos debe tener en cuenta que con frecuencia éstos invaden la calzada (en contra de lo dispuesto en las normas y a lo que espera el conductor según el criterio de confianza).

- 1910 Aun cuando el principio de confianza ha sido elaborado y aplicado, sobre todo, en el ámbito de la circulación, también es pertinente invocarlo con respecto a otras actividades³⁸. En especial, cuando éstas son ejecutadas por un grupo de personas que actúan en equipo y de acuerdo a una división de tareas. Por ejemplo, el transporte y la instalación de muros de concreto prefabricados por obreros bajo la dirección del maestro de obra o la intervención quirúrgica practicada por un equipo conformado por médicos y personal auxiliar. Cada uno de los participantes actúa confiando en que los demás cumplan sus tareas. Sin embargo, tampoco debe aplicarse en estos casos, el principio de confianza de manera automática, pues hay que considerar el supuesto de los partícipes que, por formación o experiencia, pueden señalar y corregir los errores de los demás; así como el tipo de relación que existe entre ellos. En una relación horizontal o de igualdad, el principio de confianza será aplicado, en principio, teniendo en cuenta la responsabilidad propia e individual de cada participante; ya que cada uno tiene la obligación de preservar el desarrollo de sus actividades y, así, evitar producir daños a terceros por haber sobrepasado el nivel de riesgo permitido (principio de autorresponsabilidad)³⁹. Si se trata de una relación jerárquica, habrá que considerar, además, los deberes de vigilancia o control (deberes de diligencia secundarios)⁴⁰ que puedan tener los superiores respecto a los inferiores. Así, el médico especialista y jefe del equipo no puede ampararse en la confianza de que los demás actuarán correctamente

³⁷ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 44.

³⁸ HAVA, 2001, p. 81 ss.

³⁹ Cfr. sobre el principio de autorresponsabilidad, ZACZYK, 1993, p. 30 ss.; SCHUMANN, 1986, p. 6 ss.; JAKOBS, 1997, p. 358 ss.; idem 1991, 7/129 ss.; FRISCH, 1988, p. 162 ss.; CANCIO MELIÁ, 2001, p. 297 ss.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 31 ss.; JORGE BARREIRO, p. 381 ss.

si, sin descuidar sus propios actos, podía y debía controlar lo que hacían, o en razón a sus deberes de diligencia suplementarios. La razón está en la posición de garante fundada en el deber de vigilancia correspondiente.

De los ejemplos dados no debe deducirse que hay que tener en cuenta el principio de confianza sólo cuando se deba considerar culposos o fortuitos el hecho atribuido a un tercero. También hay que valorarlo en relación con los comportamientos intencionales que éste pueda cometer. El vendedor de armas de fuego no aumenta el riesgo de que éstas 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 violenta 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 en conflicto 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 idea de suicidarse guarda un revólver en el cajón de su mesa de noche y que es utilizado por un tercero para matar 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 arma de fuego. Arma que éste utiliza para cometer después el homicidio.

c.3. Ámbito de protección del tipo legal

La creación de un peligro no permitido o su aumento son suficientes para la imputación de la culpa. No obstante, en ciertas circunstancias, esta imputación no procede cuando el resultado perjudicial no está comprendido dentro de la esfera de protección de la norma que contiene el tipo legal⁴¹. Dicho de otra manera, cuando el resultado perjudicial no sea la materia-

⁴¹ PEÑA CABRERA, 1995, p. 467.

lización directa de la infracción de la norma. La finalidad del art. 111, por ejemplo, es la de proteger la vida de una persona ante la situación de riesgo no permitida creada por un tercero, pero no la de evitar la muerte por acción responsable de la propia víctima⁴². Quien entrega heroína a un drogadicto comete un acto prohibido y crea un riesgo no permitido, pero no puede imputársele a título de culpa la muerte producida por la sobre dosis que, sabiéndolo, se inyectó el fallecido. Se trata de una forma particular de cooperar en una puesta en peligro consciente y voluntaria de la víctima por ella misma. El resultado muerte, en este caso, materialización del riesgo no permitido, no está comprendido por la finalidad de la norma. Por lo tanto, a pesar de que la entrega de la droga influyó en la creación o aumento del riesgo no permitido, no puede imputársele el resultado a título de culpa a quien la entregó.

- 1913 Desde la misma perspectiva, hay que analizar el caso de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste: el conductor ebrio que provoca un accidente y causa la muerte de su amigo que le había solicitado, consciente de los riesgos, que lo transportara a su casa. El riesgo aceptado por el acompañante impide que la acción del conductor, creadora del peligro no permitido, caiga dentro de los alcances de protección del tipo legal, pues, éste no comprende el hecho de que la víctima se exponga a sí misma en una situación de peligro⁴³. Al incendiario no se le puede imputar a título de culpa la muerte de una persona que intervino de manera temeraria para sofocar el incendio; tampoco a quien lesiona una persona, cuya muerte es provocada por una atención médica deficiente. Esto significa, en buena medida, que cada uno responde por sus hechos (principio de autorresponsabilidad). No hay responsabilidad por el hecho imprudente cometido por un tercero.

2. Tipo legal subjetivo

a. Introducción

- 1914 Cuando se analizan todos los aspectos subjetivos del comportamiento en el nivel de la culpabilidad (orden de tener cuidado y prever el perjuicio

⁴² ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97, en ROJAS, 1999, p. 628.

⁴³ Cfr. CANCIO MELIÁ, 2001, p. 301 ss.

respecto a la persona del autor), se niega la existencia o, al menos, la necesidad práctica de considerar la presencia de un tipo legal subjetivo en los delitos imprudentes. De modo que el injusto en estos delitos supone tres factores: la posibilidad de prevenir el riesgo de la realización del hecho típico, el obrar sin el cuidado exigido de modo objetivo y, en caso necesario, la realización del resultado típico por la violación del deber de cuidado. El reproche de culpabilidad tiene como objeto la actitud censurable ante el derecho. Si el suceso es imprevisible, se trata de un caso fortuito⁴⁴, el mismo que está fuera del derecho penal.

En razón a la delimitación que se hace entre culpa con representación (consciente) y culpa sin representación (inconsciente)⁴⁵, cabe preguntarse si no es de matizar la afirmación de que no es posible concebir el tipo subjetivo en los delitos culposos. Tratándose de la culpa sin representación, resulta imposible hacerlo porque el agente no se ha representado los presupuestos del tipo objetivo. Respecto a los ejemplos dados, es lo que sucede cuando el chofer ni siquiera percibe la luz roja del semáforo y el ama de casa olvida apagar la cocina. Por el contrario, tratándose de la culpa con representación, el agente debe ser consciente de todas las circunstancias que hacen de su acción un comportamiento peligroso no permitido. De esta manera, él se representa la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido; es decir, es consciente de las circunstancias previstas en el tipo legal objetivo. En esto reside, en efecto, su semejanza con el dolo eventual. En este último, la decisión con que actúa el agente respecto al resultado permite decir que lo acepta, lo asume, lo hace suyo; mientras que el agente culposo confía en que no se produzca. De modo que la admisión, al menos parcial, del criterio del tipo subjetivo en los delitos culposos depende de la manera cómo se defina dicho tipo. Sin embargo, no existen razones materiales suficientes para limitarlo sólo a los delitos dolosos. Según una opinión extrema, ambas formas de culpa implican un tipo legal subjetivo en el sentido de que siempre existe una relación subjetiva entre el autor y el riesgo para el bien jurídico. Así, se alude a que el autor debe siempre conocer la acción que ejecuta y los peligros que ésta implica⁴⁶.

⁴⁴ ES del 18 de setiembre de 1998, Exp. N° 3019-98 Puno, en ROJAS, 1999, p. 111 ss.; ES del 29 de setiembre de 1997, Exp. N° 3837-96 La Libertad, en ROJAS, 1999, p. 111; ES del 3 de junio de 1998, Exp. N° 3019-98 Ancash, en ROJAS, 1999, p. 132.

⁴⁵ Cfr. *infra* N° 1920.

⁴⁶ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, II, p. 172 ss.; HAVA, 2002, p. 205 ss.

b. Individualización de la determinación de la previsibilidad

- 1916 De acuerdo con la doctrina predominante, el análisis para determinar si el tipo legal objetivo ha sido realizado debe hacerse de acuerdo a criterios objetivos. Por tanto, sólo se tendrá en cuenta la capacidad de una persona promedio; modelo que es elaborado considerando los criterios objetivos empleados para determinar el peligro permitido. Este prototipo de persona cuidadosa, prudente, debe ser caracterizada en relación con el grupo social o profesional al que pertenece el agente⁴⁷. La capacidad, formación y habilidad individuales para respetar dichas exigencias generales servirán, por el contrario, para constatar su culpabilidad. Este criterio sería, en particular, más conforme al principio de igualdad de las personas.
- 1917 Quienes rechazan este criterio, aún minoritarios⁴⁸, afirman que éste supone un desconocimiento de la realidad. En su opinión, es injusto, en caso de una persona calificada o con conocimientos especiales, exigirle que se comporte sólo de acuerdo con el modelo medio, es decir, que no haga uso de su capacidad personal particular. Consideran paradójico exigir a quien, debido a su estado personal no posee las capacidades atribuidas al modelo promedio, que se comporte de acuerdo con el criterio objetivo general. Por estas razones, por un lado, estiman que un conductor profesional y experimentado debe esforzarse más que un conductor debutante, de modo que si no lo hace puede ser responsabilizado a título de culpa, a pesar de que no lo sería una persona que no posea esas capacidades. Por otro, sostienen que quien no tenga la capacidad promedio y produzca un resultado típico no puede imputársele el tipo culposo, aunque sí procede hacerlo respecto a una persona de capacidad media⁴⁹. La realización del tipo legal depende, según este criterio, de la capacidad individual del autor
- 1918 Si se tienen en cuenta las consecuencias materiales de los criterios en conflicto, se percibe que llegan al mismo resultado respecto a la determinación de la culpa en caso de personas de capacidad inferior al promedio. Según ambas, éstas no serán reprimidas porque su responsabilidad no puede sobrepasar su capacidad personal. Se les considera no culpables (aplicación del doble baremo) o que no han realizado el tipo debido a su incapacidad. Así mismo, de acuerdo con ambos criterios, la culpa por asunción fundamenta también la punición del agente que, siendo capaz de darse cuenta de

⁴⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 54 N° 3; Cfr. ROXIN, 2006a, § 24 N° 53 ss.

⁴⁸ STRATENWERTH, 2005, § 16, N. 19; JAKOBS, 1991, 9/1; MAZUELOS, 2003, p. 174 ss.

⁴⁹ En el Perú mantiene esta postura, aunque sin argumentarla, VILLAVICENCIO, 2001, p. 70.

su propia incapacidad para realizar el comportamiento peligroso, emprende sin embargo la ejecución de la acción. Aún la diferencia material que existe entre ellos respecto al caso de quien tiene capacidades o conocimientos especiales se atenúa, en la medida en que los partidarios del criterio objetivo especifican cada vez más el prototipo medio teniendo en cuenta las características del autor del acto.

En consideración de estos aspectos comunes, se propone una vía intermedia, según la cual las “capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la ilicitud, mientras que las capacidades superiores a la media deben ser utilizadas”⁵⁰. Así, se puede generalizar el criterio respecto a los autores que tienen una capacidad inferior a la media; mientras que para quienes posean una capacidad mayor o conocimientos especiales, hay que prever criterios particulares. Como lo hemos visto, la comprobación de la conformidad del acto con el tipo objetivo depende sólo de criterios objetivos, ajenos a la persona del autor: constatar la creación o aumento del peligro, así como que el resultado sea comprendido en la finalidad de la norma implícita al tipo legal. Por lo tanto, conciernen a la culpabilidad la capacidad del agente para evitar la violación de una norma y las circunstancias personales que impiden al autor actuar de manera diferente. Sin embargo, sería contrario a la idea de justicia así como a una política criminal eficaz estimar que el agente, poseedor de una capacidad especial (médico calificado, piloto de coches de carrera, etc.), no deba utilizar las calificaciones que posea para prever el perjuicio y respetar el deber de prudencia. Es decir, éste no sólo debe referirse a las exigencias establecidas para una persona media para justificar el acto imprudente que ha cometido. Así, el criterio de la individualización muestra sus ventajas para realizar esta apreciación. 1919

c. Culpa con representación y culpa sin representación

Debido a que la expresión culpa consciente⁵¹ puede dar lugar a comprender que existe una “culpa inconsciente”, es preferible hablar de culpa con o sin representación. La importancia de este mínimo problema de terminología no debe ser exagerada. Lo decisivo es que se comprenda que la conciencia o la representación conciernen la realización del tipo legal⁵². 1920

⁵⁰ ROXIN, 2006a, § 24 N° 56 ss.; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 45.

⁵¹ ES del 3 de octubre de 1997, Exp. N° 3365-96 Piura, en ROJAS, 1999, p. 101.

⁵² ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97, en ROJAS, 1999, p. 628.

- 1921 En la culpa sin representación, el agente, en el momento de realizar la acción peligrosa no permitida, no se da cuenta que así puede realizar un tipo legal⁵³ (matar o lesionar una persona, arts. 111 y 124, respectivamente). El autor denota una falta de atención para no crear o no aumentar el peligro. A pesar de conocer las circunstancias en que realiza su acción no percibe que es posible perjudicar bienes jurídicos de terceros. Por ejemplo, el chofer distraído que sobrepasa el límite de velocidad y no percibe la luz roja del semáforo, atropellando a un peatón que cruzaba la calzada; o el ama de casa que olvida apagar la cocina y produce un incendio en el que resulta lesionado su marido.
- 1922 La culpa con representación⁵⁴, al contrario, supone que el agente, a pesar de que se da cuenta de que mediante su acción peligrosa puede dañar a un tercero, subestima esta posibilidad y piensa poder evitar su realización⁵⁵. No basta que él hubiera debido ser consciente de esta eventualidad, es indispensable que se la represente realmente. Al no tener en cuenta el peligro que crea o aumenta, el agente manifiesta una voluntad deficiente que le impide abstenerse o no le permite tomar las precauciones necesarias para excluir las consecuencias negativas de su obrar.
- 1923 En el CP de 1924, se hacía referencia a estas dos formas de culpa. En su art. 82, se decía que “comete delito por negligencia [culpa], el que [...] obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto...”. Esta disposición no ha sido conservada en el Código vigente.
- 1924 La estructura del delito culposo no es comprometida por la diferencia practicada entre estas formas de culpa. Éstas no implican, en sí mismas, distinciones de grado en cuanto a la ilicitud o a la culpabilidad. Es en la situación concreta en la que se determina la gravedad tanto de la falta de atención como de la confianza en la no producción del tipo legal. Puede suceder que el exceso de confianza sea más grave que una leve falta de atención o, viceversa, que la primera sea de poca importancia y la segunda sea bastante grave. Resulta así incorrecto afirmar, *a priori*, que uno de los dos tipos de culpa sea más grave que el otro. Esto explica que el legislador no haya establecido, basándose en esta distinción, consecuencias jurídicas diferentes⁵⁶.

⁵³ Cfr., VILLAVICENCIO, 2001, p. 71; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 63.

⁵⁴ Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Arequipa del 10 de febrero de 1998, Exp. N° 035-98, en ARMAZA/ZAVALA, 1999, p. 27.

⁵⁵ Así también PEÑA CABRERA, 1995, p. 467.

⁵⁶ ROXIN, 2006a, § 24 N° 68; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 54 II N° 1.

En la jurisprudencia peruana⁵⁷, se ha sostenido, por ejemplo, que la diferencia entre la culpa con representación con el dolo eventual, radica en que «en el primer caso, el agente considera seriamente la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa, *per se*, o por otra persona. En la culpa conciente existe por el contrario la creencia de que el peligro no va a concretarse».

La distinción entre dolo eventual y culpa con representación⁵⁸ tiene consecuencias prácticas importantes. Así, mientras que la muerte causada por imprudencia será siempre reprimida sin importar si el agente actúo con culpa con o sin representación, la represión será diferente si se considera que en lugar de culpa con representación, el autor procedió con dolo eventual.

Estas dificultades no pueden, sin embargo, ser resueltas negando simplemente la importancia penal de la culpa inconsciente, o asimilando la culpa conciente al dolo eventual o viceversa⁵⁹. Respecto a la negación de la culpa sin representación, hay que recordar que para la culpabilidad penal basta, en el caso de una persona conocedora de las circunstancias en que radica el peligro de su acción, que no haya deducido la posibilidad de lesionar un bien jurídico ajeno. En cuanto a la asimilación propuesta, hay que tener en cuenta que entre el dolo eventual y la culpa con representación hay una distinción material consistente en que el primero se fundamenta en la decisión del agente favorable al daño que se ha representado como eventual.

3. Ilicitud

Todas las causas de justificación son aplicables en el ámbito de los comportamientos culposos⁶⁰. Sin embargo, pueden plantearse algunos problemas específicos. Cuando la acción peligrosa tiene lugar en el contexto de una situación de necesidad (en sentido amplio), hay que considerar más bien la falta de tipicidad, en razón de que, tratándose de una situación excepcional, el comportamiento resulta conforme al riesgo permitido, en la medida en

⁵⁷ ESup del 24 de noviembre de 2004, Exp. N° 306-2004, en VILLAVICENCIO, 2006, p. 374.

⁵⁸ Cfr. *supra* N° 1252 ss.

⁵⁹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1992, § 42 II A 2; JAKOBS, 1974, nota 4; MAZUELOS, 2003, p. 163 ss.; Cfr. HAVA, 2002, p. 243 ss.

⁶⁰ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 54.

que éste es definido con mayor amplitud. Entonces, el comportamiento deviene adecuado socialmente. Además, resulta difícil imaginar la aplicación de ciertas causas de justificación como el ejercicio de un cargo (p. ej., en caso de detención ordenada por el juez instructor) o el obrar por disposición de la ley. En este último caso, si se actúa conforme a las reglas (p. ej., de la circulación), el comportamiento no será típico⁶¹ y, por tanto, es inútil preguntarse sobre su carácter ilícito. Por todo esto es necesario analizar cada caso en particular.

1929 La consideración de la legítima defensa como causa de justificación exige, en el ámbito de los delitos dolosos, que quien ejerza la defensa actúe consciente y voluntariamente contra el autor de la agresión ilícita. En el marco de los delitos culposos, por definición, tal situación no puede presentarse, puesto que el agente actúa sin voluntad de causar el resultado y, en el caso de la culpa sin representación, sin consciencia del mismo. Sin embargo, es posible imaginar supuestos en los que un actuar culposo sea justificado por la legítima defensa. Por ejemplo, la persona que es atacada por un ladrón, puede, con la intención de impedir de ser despojada de su maletín, utilizar un arma de fuego como instrumento contundente, es decir, sin intención de disparar. En este caso, el acto doloso cometido para defenderse (lesiones en agravio del agresor) está justificado en la medida en que reúne los requisitos de la legítima defensa, en particular, la racionalidad del medio de defensa empleado (arma contundente). Pues bien, si en estas circunstancias, debido a un descuido de quien se defiende, se dispara el arma y el agresor resulta lesionado, cabe afirmar que esta acción culposa será también justificada. La misma conclusión hay que admitir, por ejemplo, cuando, siendo posible la legítima defensa, se lesiona a una persona a consecuencia de un disparo de advertencia, tirado de manera imprudente al aire por quien se defiende. Si bien respecto a estos aspectos existe un amplio acuerdo, se discute mucho, por el contrario, sobre si es necesario que concorra el aspecto subjetivo de la legítima defensa. En las dos hipótesis planteadas, el agente debe saber, al menos, que actúa en circunstancias en las que puede ejercer su derecho de defensa.

1930 El comportamiento culposo cometido cuando se intenta salvar bienes jurídicos que están en peligro de sufrir un daño inminente (estado de necesidad) puede ser justificado. Así, son justificadas las lesiones leves causadas a un peatón por un chofer que, con la finalidad de trasladar al hospital a

⁶¹ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2001, Vorbem. §§ 32 ss. N° 92 ss.

una persona en peligro de muerte, conduce a gran velocidad su vehículo y produce el accidente. Como en el caso de la legítima defensa, el agente debe conocer la situación de necesidad en la que ejecuta su acción peligrosa.

4. Culpabilidad

En consideración a que la culpa no es más considerada como una forma de 1931 culpabilidad, sino como una forma de delito junto a la dolosa, las explicaciones sobre la culpabilidad dadas referentes a los delitos dolosos son también válidas respecto a los culposos⁶² y así mismo, su constatación debe hacerse también de la misma manera⁶³. Primero, se debe comprobar la capacidad penal del agente; luego, si éste ha actuado o no bajo la influencia de un error de prohibición; y, por último, si lo ha hecho en condiciones que permitan exigirle un comportamiento diferente al que ha cometido.

El autor, en el momento de actuar, debe ser capaz, de manera total o res- 1932 tringida, de comprender el carácter ilícito de su acción y de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Sin embargo, no hay que olvidar que quien ya no es capaz, por ejemplo de conducir conforme a las reglas de la circulación, debe abstenerse de hacerlo si se da cuenta que puede lesionar bienes jurídicos de terceros. Si no lo hace, como ya lo hemos indicado, puede imputársele una culpa que, en este caso, consistiría en el hecho de haber emprendido la acción en esas condiciones (culpa por asunción).

El agente debe haber tenido la posibilidad de conocer el carácter ilícito de 1933 su comportamiento. En el caso de la culpa inconsciente, sin embargo, resulta complicado admitir la posibilidad de que el autor conozca el carácter ilícito de su conducta, porque éste no se representa la posibilidad de producir el tipo legal. Por el contrario, en la culpa consciente, el autor puede deducir de la representación que tiene de causar un perjuicio a terceros, el carácter ilícito de su comportamiento. Si el agente actúa, a pesar de conocer esta circunstancia y estimando por equivocación tener el derecho de hacerlo por estar amparado por una causa de justificación, habrá incurrido en error de prohibición. En este ámbito, es necesario considerar que un error sobre el carácter prohibido del peligro creado o aumentado es posible, con cierta frecuencia, debido al desconocimiento de las normas de las que se deduce tal prohibición.

⁶² JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 54 I N° 4b.

⁶³ ROXIN, 2006a, § 24 N° 109.

- 1934 Los casos más frecuentes de circunstancias de exculpación pueden ser los referentes a la no exigibilidad de otra conducta, que deben ser analizados teniendo en cuenta los intereses en conflicto. En estos casos, el interés que condiciona el comportamiento del autor culposo debe ser más importante que el que va dañar. Las semejanzas con los delitos de omisión (en la medida en que la culpa implica la omisión de medidas de precaución) permiten explicar que los criterios para admitir la no exigibilidad de otra conducta sean menos estrictos que los aplicados en relación con los delitos de comisión dolosos. La menor intensidad del carácter ilícito de los primeros es un factor decisivo para que se exculpe al responsable. Como ejemplo de no exigibilidad puede mencionarse el caso del chofer de un ómnibus de una empresa de transporte de pasajeros que acepta, a pesar de conocer el mal estado en que se encuentra el vehículo, la orden de su empleador de emprender el viaje. Hecho que realiza, por un lado, pensando en la posibilidad de un accidente y confiando en poder evitarlo; y, por otro, por el temor a perder su trabajo por no obedecer al empleador. En un país como el nuestro, donde la desocupación reina y los trabajadores no están bien protegidos legalmente, es más probable que no se pueda exigir al conductor un comportamiento diferente al que realizó.
- 1935 Igualmente, debe considerarse que es bastante factible que por culpa se incurra en excesos en las acciones cometidas en legítima defensa y estado de necesidad. Estas circunstancias deben admitirse como causas de no culpabilidad debido tanto a la índole menos grave de la culpa como a la tensión y angustia con que se actúa en esas condiciones.
- 1936 Por último, hay que tener en cuenta que en muchos casos, en razón a la insignificancia del daño o a la ligereza de la culpa, aparece conveniente excluir la responsabilidad del agente culpable por falta de necesidad de castigar.

5. Tipos legales ampliados

- 1937 Consistiendo la tentativa⁶⁴ en el hecho de tratar, con intención, de realizar un delito y no consumarlo (art. 16), resulta imposible admitirla en relación con los delitos culposos. La represión de la acción culposa supone, siempre, la realización completa del tipo legal, sin importar que se trate de un delito

⁶⁴ Cfr. *infra* N° 2079 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 72; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 54 IV.

de lesión o de peligro. De la realización del resultado y de su importancia depende también la severidad de la pena prevista en la disposición legal.

Según los criterios aplicados a la participación delictuosa en los delitos dolosos⁶⁵, ésta no es imaginable respecto a los delitos culposos⁶⁶, puesto que las diferentes formas de participación suponen que tanto el autor como los partícipes actúen con dolo. Así, si en el caso de la coautoría es indispensable que los coautores obren de común acuerdo, espontáneo o premeditado, para ejecutar el delito, es imposible concebir, por ejemplo, que dos o más personas se pongan de acuerdo para causar, mediante imprudencia, la muerte de una persona (homicidio culposo). Tampoco, se puede imaginar que el autor mediato busque hacer ejecutar de manera negligente un delito mediante un tercero (“instrumento”).

La imposibilidad de admitir la instigación y la complicidad respecto a la culpa resulta de la misma ley. Los arts. 24 y 25⁶⁷ prevén de manera expresa que el instigador y el cómplice actúen con dolo. El instigador sólo puede hacer nacer la idea criminal en el instigado mediante actos dirigidos a alcanzar este objetivo, así lo establece expresamente el art. 24 (“El que, dolosamente, determina a otro...”). Lo mismo sucede respecto tanto al cómplice primario como al secundario, conforme al art. 25. Ambos deben, con dolo, colaborar con el autor principal (art. 25). En la práctica, se puede imaginar que alguien, por imprudencia, haga nacer en un tercero la idea de cometer una infracción; por ejemplo, alabando ante una persona bastante influenciable el hecho de conducir a gran velocidad bajo la influencia del alcohol. Comportamiento que es cometido por esta persona, ocasión en la cual atropella un peatón. También se puede pensar que alguien, de manera negligente, realice un acto (dejar un explosivo al alcance de niños) que constituya una contribución material a la producción de un resultado perjudicial (lesiones causadas a terceros por los niños que manipulan el explosivo en cuestión). En estos casos, en que no se ha proyectado la ejecución del delito, no es factible admitir que se ha inducido al autor material o colaborado con él. La responsabilidad de quien glorifica un comportamiento peligroso o produce una de las condiciones de la realización del resultado perjudicial será determinada individualmente a título de culpa y de acuerdo con el grado de su culpabilidad.

⁶⁵ Cfr. *supra* Nº 1871 ss.; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 Nº 73.

⁶⁶ Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 372 ss.

⁶⁷ MAZUELOS, 2003, p. 179 ss.

1940 En oposición a la manera como la coautoría es definida por la doctrina, en el art. 23, se prescribe, simplemente, que serán reprimidos con la pena establecida para el delito ejecutado “los que lo cometan conjuntamente”. Lo que permite plantearse la cuestión de si el comportamiento culposo cometido y que objetivamente podría presentarse como un acto de participación, puede o no servir de fundamento para responsabilizar a las personas concernidas por un delito culposo determinado⁶⁸. Por ejemplo, en el caso de los conductores de vehículos que, en razón a su estado de ebriedad y al exceso de velocidad, provocan un accidente cuyo desenlace es la muerte de un peatón. Materialmente, se puede decir que todos ellos han contribuido a la producción de este resultado. Sin embargo, la simple causalidad no basta para, de acuerdo con las disposiciones legales, considerarlos jurídicamente como coautores de homicidio culposo⁶⁹. Debido a la similitud de esta situación con la de la denominada participación dolosa paralela o por concomitancia, se recurre a esta noción para tratar la concurrencia de varios actos imprudentes en la producción de un tipo legal culposos. Si en el caso de los delitos dolosos, significa que dos o más personas, por iniciativa propia y sin acuerdo previo, ejecutan conjuntamente actos que provocan el resultado perjudicial (muerte de la víctima), en los delitos culposos, éste es causado por el conjunto de comportamientos imprudentes cometidos. En consecuencia, cada uno es considerado responsable como autor de tal delito de acuerdo con su grado de responsabilidad personal (criterio extensivo de autor)⁷⁰.

1941 Cuando los comportamientos de los diversos actores no están relacionados entre sí, la solución deducida del criterio unitario de autoría (en los delitos dolosos, autoría accesoria, *Nebentäterschaft*), aparece coherente. En el caso contrario, que es el más frecuente, dicho criterio conduce a soluciones insatisfactorias. Así, surge la necesidad de plantearse de cómo tratar la mencionada conjunción de comportamientos cuando se presente en un contexto en que los agentes previeron o pudieron prever la producción del resultado.

⁶⁸ SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 514; OTTO, 1998, § 21 N° 118; RENZIOWSKI, 1997, p. 282 ss.; Cfr. KÜHL, § 20, N° 10, 116a ss.; DONATSCH, 1989, p. 111; JAKOBS, 1991, 21/111 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 61 VI; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 74.

⁶⁹ ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de enero de 1998, Exp. N° 6095-97, en DELGI, Lima, enero 2000, p. 225.

⁷⁰ PÉREZ MANZANO, 1999, p. 21; PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 272 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, p. 110 ss.

En estos últimos casos, resulta insuficiente aplicar el criterio de la participación concomitante, según el cual los sujetos concurrentes deben ser considerados como autores individuales (participación paralela o por concomitancia) que deben responder conforme a su culpa personal. El cuestionamiento de esta solución se basa en que no permite resolver con claridad, por ejemplo, el caso de los paseantes que, sin tomar las precauciones necesarias, prenden una fogata en el bosque para cocinar y causan un incendio (art. 278, incendio culposo). Esta insuficiencia resulta más significativa en el caso, señalado por Roxin, de la producción de un delito contra la salud mediante la decisión conjunta adoptada por el consejo de una empresa para poner en circulación un producto dañino para la salud y que consume un delito por negligencia. Si en este caso, aún una determinación contraria, conforme al desarrollo de los hechos, no hubiera cambiado la situación, difícilmente podría establecerse la causalidad de la decisión respecto al hecho. Cada uno de los miembros del consejo podría alegar que si se suprime de manera hipotética su voto, el resultado hubiera sido el mismo. Por el contrario, si se admite la coautoría no habría dificultad para admitir la causalidad entre el comportamiento cometido conjuntamente y el daño o peligro producido para algún bien jurídico, puesto que no es necesario comprobar la causalidad respecto a cada comportamiento individual.

En este contexto, resulta posible rechazar el argumento de que esta participación no pueda ser calificada de coautoría porque ni hay una resolución previa común ni una división de tareas entre los participantes. La razón es que no se trata, justamente, de aplicar a los delitos imprudentes los criterios de participación elaborados para los dolosos. El factor esencial consiste en que los participantes, de manera consciente, concurren con sus actos a la creación de un peligro prohibido o a su intensificación y del que se sigue un resultado típico previsible.

Un caso interesante ha sido analizado por el Tribunal Federal suizo⁷¹. Los hechos juzgados consistieron en que dos personas de común acuerdo, sin darse cuenta y sin tener presentes las consecuencias de sus actos, precipitaron sucesivamente al fondo de un acantilado dos piedras grandes, una de las cuales, al menos, causó la muerte de un individuo, sin que se hubiera podido, sin embargo, determinar cuál de éstas lesionó de muerte a la vícti-

⁷¹ ATF 113 IV 58/JdT 1987 IV 138; Cfr. ATF 126 IV 88; RIEDO/CHVOJKA, 2002, p. 165; STRATENWERTH, 2005, § 16 N° 55; JENNY, 2003, en NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, 2003, p. 210; ARTZ, 1988, p. 72.

ma. Según los jueces federales, habiendo cada una precipitado una piedra al fondo del barranco, poco importa saber cuál de las dos ha lesionado de muerte al perjudicado. Lo que es decisivo es la relación de causalidad entre el comportamiento en cuestión y el accidente. En su opinión, tal vínculo existe, en todo caso, cuando, como en las circunstancias presentes, la imprudencia es común y se concreta mediante actos cometidos casi simultánea y prácticamente en el mismo lugar, de tal manera que las consecuencias sólo han dependido del azar. Basan su afirmación en el criterio de la causalidad adecuada, para esto basta, siempre según los jueces suizos, la constatación de “que la muerte de la víctima ha sido producida, de todos modos, por una de las dos piedras”. Estiman así mismo que la situación sería diferente sólo si los acusados hubieran actuado de manera separada. Comprobados así los hechos y afirmada la relación de causalidad entre el comportamiento colectivo de los dos agentes, los jueces federales concluyen sosteniendo que “resulta superfluo examinar si, como lo ha admitido el Tribunal Superior, la condena se justificaría según la teoría del riesgo agravado (*Risikoerhöhungstheorie*). En efecto, es incontestable que arrojando la segunda piedra, [...], cualquiera que sea la teoría aplicada, [se] ha creado un riesgo suplementario para terceros”.

- 1945 Si bien esta sentencia ha sido criticada, los jueces con mucho sentido práctico en el manejo de las teorías (simples propuestas de interpretación), dejan de manera clara abierta la posibilidad de que se admita un cierto tipo de autoría propia a los delitos imprudentes. Este criterio gana, cada vez más, terreno entre los penalistas y supone un actuar conjunto de una pluralidad de personas, que crean conscientemente una situación de peligro o aumentan un riesgo ya existente, violando un deber de prudencia y realizando así un comportamiento previsto en un tipo legal, el cual era previsible y evitable. De este modo, se trata de superar la noción de participación paralela o por concomitancia en favor de una noción de coautores adecuada a los delitos culposos.

§ 17 Delitos de omisión dolosos

I. Introducción. II. Comisión y omisión. III. Delitos de omisión propia. 1. Tipo legal objetivo. 2. Autor. 3. Deber de actuar 4. Omisión de la acción esperada. 5. Posibilidad de que el autor ejecute el comportamiento exigido. IV. Delitos de omisión impropia. 1. Introducción. 2. Tipo legal objetivo. 3. Causalidad e imputación objetiva. 4. Deber de garante. a. Ley. b. Contrato. c. Comportamiento peligroso previo. d. Situaciones complementarias. e. Equivalencia de la omisión a la realización del tipo mediante comisión V. Tipo legal subjetivo. VI. Tipos legales ampliados. VII. Ilícitud. VIII. Culpabilidad. IX. Pena.

I. Introducción

La punición de los responsables de comportamientos de omisión⁷² está prevista, de manera expresa y excepcional, en la ley penal. En estos casos, el fundamento es la violación de una norma que ordena la ejecución de una acción determinada⁷³. En el art. 101 del CP de 1924, de acuerdo con los criterios de la época, se estatuyó que el autor de un delito de omisión era aquel que no hacía lo que ordenaba la ley. Esta disposición no ha sido conservada en el Código. La noción de omisión propia⁷⁴ se desprende de la manera como el legislador ha elaborado los tipos legales. El art. 127, por ejemplo, supone el mandato de que debe prestarse auxilio a una persona que se encuentra en peligro. El autor es, en consecuencia, penado por no haber realizado lo que el ordenamiento jurídico esperaba que ejecutara (criterio de la acción esperada)⁷⁵. Se trata de un delito de mera actividad⁷⁶.

La ejecución de delitos de comisión -consistentes en violar una norma prohibitiva (no matar, no robar por ejemplo)-, mediante omisión, depende de la manera cómo haya sido concebido el tipo legal. Esta posibilidad ha sido regulada, a diferencia del CP de 1924, en el art. 13. Según esta disposición, es reprimido quien se abstiene, violando un deber especial, de cometer una acción (omisión) y realiza un tipo legal que supone la violación de una norma prohibitiva (no matar, implícita al art. 106). Esta noción de omisión

⁷² ES del 25 de agosto de 1999, Exp. N° 2528-99, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 78.

⁷³ ROXIN, 2003, § 31 N° 27; JESCHEK/WEIGEND, 1996, § 58 II 1; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 45 N° 35; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 13 N° 42; PEÑA CABRERA, 1995, p. 469; VILLA STEIN, 2008, p. 290 ss.

⁷⁴ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 15 N° 7 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 21 ss.; idem en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, T. I, p. 441 ss.

⁷⁵ ROXIN, 2003, § 31 N° 6 ss.

⁷⁶ PEÑA CABRERA, 1995, p. 472.

impropia ha sido desarrollada, primero, por la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo alemanas. Después de amplios debates, que continúan hasta ahora, se ha impuesto, en muchas legislaciones⁷⁷, el criterio de regular las condiciones indispensables para reprimir a un individuo, conforme a una disposición legal que prevea un delito de comisión, por haber sido ejecutado éste mediante una omisión. Los partidarios de esta solución sostienen, con bastante frecuencia, que, en tanto los tipos legales en cuestión sólo prevean comportamientos activos (comisión), esta regulación será necesaria para respetar mejor el principio de legalidad⁷⁸.

II. Comisión y omisión

- 1948 Distinguir una acción de comisión de una de omisión es una cuestión que no presenta dificultades cuando se puede tener en cuenta el aspecto exterior del comportamiento⁷⁹. La acción de comisión se percibe con mayor nitidez en los casos, por ejemplo, en que el agente dispara sobre la víctima, la apuñala o sustrae un bien mueble, pues el comportamiento ejecutado presenta una dimensión dinámica y constituye la causa de la realización del delito previsto en el tipo legal⁸⁰. La omisión, por el contrario, consiste en dejar que los hechos sigan su curso, sin intervenir a pesar de poder hacerlo; por ejemplo, no socorrer a una persona que está en peligro de ahogarse (art. 127). Esta aparente facilidad se debe a que, de manera parcial, se tiene sobre todo en cuenta el aspecto material de las acciones, cuando la distinción se realiza a nivel normativo⁸¹.
- 1949 Cuando la acción reviste una forma ambigua y resulta difícil precisar el criterio decisivo para calificarla de comisión o de omisión, practicar la distinción resulta una tarea ardua. Esta dificultad es, en particular, frecuente en el ámbito de los delitos culposos, puesto que la culpa presupone, con frecuencia, una omisión, consistente en no tomar las precauciones necesarias y de manera correcta para evitar que el daño se produzca (violación del deber objetivo de cuidado). Así, por ejemplo, a un ciclista que, de noche,

⁷⁷ Por ejemplo, § 13 del CP alemán, § 2 del CP austríaco, art. 40 del CP italiano, art. 10 del CP portugués, art. 11 del CP español.

⁷⁸ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 8 N° 36, § 15 N° 39 ss.

⁷⁹ ROXIN, 2003, § 31 N° 69 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 699; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 58 II 2; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 15 N° 26 ss.

⁸⁰ ROXIN, 2003, § 31 N° 73 ss.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 16.

conduce su bicicleta sin el faro reglamentario, se le reprochará el hecho de conducir un vehículo en malas condiciones o de haber omitido instalar el faro en el mismo vehículo. De igual manera, cabe preguntar si el fabricante que entrega a sus obreros materia prima contaminada debe ser reprimido por haber entregado dicha materia prima o por no haberla desinfectado.

El mismo tipo de dificultades se presenta, aunque con menos frecuencia, en los delitos dolosos. Los ejemplos más citados son los relativos al hecho de salvar a una persona en peligro. Por ejemplo, quien al escuchar las llamadas de auxilio de una persona que está por ahogarse y le lanza un salvavidas, pero luego lo retira al reconocer en la persona en peligro a uno de sus enemigos. Así mismo, el caso de quien impide al socorrista salvar a la persona que está por ahogarse o cuando el socorrista, él mismo, se coloca, dolosa o culposamente en incapacidad de prestar auxilio a alguien en peligro (*omissio libera in causa*).⁸² Un caso en particular importante es el relacionado con la eutanasia.⁸³ Por ejemplo, un médico puede provocar la muerte de un paciente agonizante inyectándole un fármaco determinado, pero así mismo abstenerse, desde el inicio, de someterlo a un tratamiento dirigido a mantenerlo con vida o desconectar los aparatos de respiración artificial. En esta última hipótesis, la duda subsiste en cuanto a la manera de calificar el comportamiento del médico, en la medida en que puede considerarse que obró por comisión (interrumpir el funcionamiento de los aparatos) o por omisión (abstenerse de iniciar tratamiento o de continuar el comenzado). En doctrina, se afirma generalmente que se trata de una omisión, en la medida en que el médico tenga un deber de garante en relación con la víctima. Se trataría de un caso de eutanasia pasiva impune.

Numerosos y diversos son los criterios propuestos para practicar esta distinción. Sin embargo, hay consenso sobre que se trata más bien de una cuestión normativa y no empírica.⁸⁴ Así, debe tenerse en cuenta el sentido social del comportamiento para determinar el aspecto significativo que atribuye a esta conducta relevancia para el derecho penal. Si bien es cierto que con esto no se ha progresado en la solución del problema, puesto que es indispensable aún determinar qué criterio normativo se debe aplicar, también es verdad que se tiene la ventaja de considerar insuficientes tanto al criterio de causalidad (*Kausalitätskriterium*)⁸⁴ como a la teoría del factor

⁸² MIR PUIG, 1998, p. 299; HURTADO POZO, 1997a, N° 41 ss., y la bibliografía citada.

⁸³ WESSELS/BEULKE, 2001, N° 700; MIR PUIG, 1998, p. 296 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 15 ss. y 214 ss. Cfr. MEINI, 2009b, p. 431 ss.

⁸⁴ BACIGALUPO, 1970, p. 70 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 58 II 2; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF,

decisivo o energía positiva (*Schwerpunktheorie*)⁸⁵. De acuerdo con el primero, el agente comete una acción de comisión cuando se esfuerza directamente en obtener, mediante un hacer positivo, un resultado determinado. Según la teoría del factor decisivo, hay que considerar el carácter concluyente de la energía desarrollada (comisión) o retenida (omisión) por el sujeto activo en el momento de ejecutar el delito. Algunos autores, luego de destacar las deficiencias de estos criterios y las dificultades para aplicarlos a los casos concretos, consideran más eficaz, en caso de duda, decantarse porque se trata de una acción de comisión.

1952 Una minoría de autores alemanes, desde la perspectiva de la imputación objetiva, propone resolver el problema según las reglas del concurso (*Konkurrenzlehre*)⁸⁶, lo que implica tener en cuenta la manera cómo han sido concebidos los tipos legales. Al respecto, se afirma que si se admite que la creación de un peligro constituye la condición de la imputación objetiva, toda comisión implica una omisión, en la medida en que se da una injerencia o intromisión en el disfrute de sus derechos por parte de un tercero. En esta línea, quien apuñale a una persona (comisión) se encuentra también obligado a prestarle asistencia (omisión en caso que no lo haga). Así mismo, los comportamientos de omisión pueden ser acompañados por actos de comisión.

1953 Todo esto permite sostener que la distinción entre comisión y omisión sólo se puede efectuar de manera relativa y únicamente según los tipos legales. Las dos posibilidades (comisión y omisión) son vías alternativas por las cuales el autor puede evitar la realización del tipo legal y, por lo tanto, del delito: la comisión es la ejecución de un comportamiento que no debe ser ejecutado, mientras que la omisión es la no ejecución de un comportamiento que debe ejecutarse. Por consiguiente, es indispensable, siempre, precisar las condiciones en las que se produce la acción. Si éstas conciernen o bien a la comisión o bien a la omisión, el delito será reprimido conforme a uno de estos títulos. En caso contrario, deben aplicarse las reglas del concurso de delitos para determinar cuál de los dos tiene la prioridad. En la medida en que el criterio de la subsidiaridad material sea aplicable, el delito doloso prima sobre el delito culposo, de la misma manera como la consumación prima sobre la tentativa, la instigación sobre la complicidad,

1989, § 45 N° 30 ss.; RUDOLPHI, en SK, AT 1, Vorbem § 13 N° 7.

⁸⁵ Cfr. ROXIN, 2003, § 31 N° 76.

⁸⁶ JAKOBS, 1991, 28/1 ss.

etc. Por ejemplo, el chofer que, mediante culpa, lesiona de gravedad a un peatón y omite luego, con intención, prestarle asistencia, será reprimido por homicidio doloso (dolo eventual, al menos) por omisión impropia (deber de garante por injerencia) y no por homicidio culposo por comisión.

No hay criterio absoluto para resolver el problema en la aplicación práctica de la ley. Por lo que, en general, se admite el criterio de la subsidiaridad, en el sentido de que es necesario, primero, determinar si el comportamiento constituye una comisión y, si este no es el caso, plantearse la cuestión si se da o no una omisión. En otros términos, ésta es examinada en la medida en que una acción de comisión no pueda ser establecida⁸⁷. Este criterio resulta admisible a condición de que sólo se consideren los comportamientos que crean o aumentan el peligro (implícito al resultado), pero no los que evitan su producción⁸⁸.

III. Delitos de omisión propia

1. Tipo legal objetivo

Las circunstancias que constituyen los elementos explícitos e implícitos del comportamiento incriminado deben deducirse de la descripción de los tipos legales en los que se describen los delitos de omisión⁸⁹. De acuerdo con esta descripción, hay que identificar al autor de la omisión y determinar en qué contexto debe desobedecer el mandato de la norma preceptiva implícita en el tipo legal concernido.

2. Autor

En la medida en que el legislador ordena la ejecución de ciertos comportamientos a todo individuo que se encuentre en la situación prevista en el tipo legal, cualquiera puede ser autor de un delito de omisión. De manera excepcional, como en el caso de los delitos de comisión, el círculo es limitado a ciertas personas (delitos de omisión propia especiales). Por ejemplo, sólo quien, de acuerdo con el derecho de familia, está obligado a proporcionar alimentos o subsidios a otro puede cometer el delito previsto en el art. 149.

⁸⁷ MOREILLON, 1993, p. 62 ; STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 2..

⁸⁸ STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 2.

⁸⁹ VILLAVICENCIO, 2001, p. 79.

3. Deber de actuar

- 1957 El contexto en que surge el deber de actuar es determinado por el tipo legal⁹⁰. El cumplimiento de este deber tiene el objetivo de evitar que se produzca el perjuicio o la puesta en peligro del bien jurídico de terceros. Según el art. 126, por ejemplo, la víctima debe haber sido herida o incapacitada por el autor⁹¹.
- 1958 El delito es consumado, en todos estos casos, cuando el agente se abstiene de ejecutar el comportamiento ordenado; por consiguiente, es superfluo preguntarse si la víctima ha sufrido un perjuicio.

4. Omisión de la acción esperada

- 1959 Mediante la norma preceptiva implícita al tipo legal que prevé un delito de omisión se ordena la ejecución de un comportamiento determinado; por tanto, se tiene la obligación de obrar⁹². En este sentido, el vocablo "omisión" no significa que el autor debe permanecer del todo inactivo. Así, él puede continuar, simplemente, ejecutando el comportamiento que venía realizando o cualquier otro. Por ejemplo, alejarse del lugar donde se encuentra la persona en peligro o del lugar adonde él mismo provocó el accidente⁹³. En realidad, es suficiente que su comportamiento no sea aquel ordenado por el orden jurídico: prestar auxilio a la persona en peligro. Los actos que realice, por el contrario, deben ser conformes a la finalidad de la norma, la misma que tiende a evitar que se perjudiquen bienes de terceros. Si a pesar de todos sus esfuerzos, el agente no logra evitar, descartar o disminuir el peligro, no se le puede imputar que haya incurrido en una omisión dolosa.

5. Posibilidad de que el autor ejecute el comportamiento exigido

- 1960 Nadie está obligado a hacer lo imposible. Saber si a una persona se le puede, con razón, exigir que intervenga ante un peligro depende de las circunstancias del caso concreto. Ella debe poseer las condiciones físicas y psíquicas que le permitan obrar conforme al derecho (*Tatmacht* o

⁹⁰ ROXIN, 2003, § 31 N° 177.

⁹¹ ESUP del 16 de noviembre de 1998, Exp. N° 1907-98 Lima, en GJ.

⁹² ROXIN, 2003, § 31 N° 179 ss.; PEÑA CABRERA, 1995, p. 471.

⁹³ MIR PUIG, 1998, p. 297.

Handlungsmöglichkeiten)⁹⁴. Así, por ejemplo, no se puede exigir a quien no sabe nadar y no cuenta con otros medios para intervenir (pedir ayuda a terceros o disponer de un salvavidas) que socorra a una persona que corre el peligro de ahogarse. Lo mismo hay que admitir respecto al chofer, responsable de un grave accidente, que sufre una crisis nerviosa tan intensa que lo incapacita para socorrer a las personas heridas.

Los delitos de omisión propia son similares a los delitos de pura actividad, 1961 en la medida en que su consumación no requiere la producción de un resultado. Se trata de delitos de desobediencia, cuya realización consiste en el simple hecho de no cumplir la acción que el ordenamiento jurídico espera que sea ejecutada. Sin embargo, a veces, el legislador ha restringido la represión de la omisión propia, previendo la creación de un peligro como elemento constitutivo del tipo legal (delito de omisión de peligro concreto). Sucede así, en el caso de la falta contra la seguridad pública consistente en omitir la vigilancia que corresponda sobre un insano mental, en donde sólo se reprimirá al autor cuando la “omisión constituye un peligro para el enfermo o los demás” (art. 451). Sin embargo, la defectuosa redacción de esta disposición puede hacer pensar que se trata sólo de una simple condición objetiva de punibilidad.

IV. Delitos de omisión impropia

1. Introducción

Según el art. 13, será sancionado quien omite impedir la realización del 1962 hecho punible, a condición que, por un lado, tenga “el deber jurídico de impedirla o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirla” y, por otro, si “la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer”. En la perspectiva normativa, se trata entonces del caso en que el agente viola una norma prohibitiva (no matar) mediante el incumplimiento de una norma preceptiva que ordena ejecutar un acto (prestar auxilio)⁹⁵. Así, por ejemplo, el hecho de matar a una persona (art. 106), el cual implica, en principio, la realización de una acción (envenenar, apuñalar, golpear, etc.), puede cometerse mediante una abstención consistente en no intervenir para evitar que se produzca el resultado letal. En consi-

⁹⁴ ROXIN, 2003, § 31 N° 8 ss.; SCHULTZ, 1982b I, p. 141; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 15 N° 15 ss.; PEÑA CABRERA, 1995, p. 474.

⁹⁵ ACALÉ, 2000, p. 83 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 302.

deración a la estructura de este tipo de delito, la doctrina lo designó, en un inicio, con la expresión “delito de comisión por omisión”⁹⁶. También se le denomina “delito de omisión impropia” (*unechtes Unterlassungsdelikt*)⁹⁷.

- 1963 La base material de la noción de omisión impropia reside en la posibilidad de consumir todo delito de comisión mediante una acción de omisión. En otras palabras, una mera omisión es considerada apropiada para provocar la lesión o la puesta en peligro prohibida por la norma implícita en los tipos legales que prevén los delitos de comisión.
- 1964 El hecho de provocar un resultado mediante una omisión debe ser considerado, normativamente, como equivalente al hecho de producirlo mediante una comisión para poder vincular el comportamiento de omisión al de comisión (art. 13, inc. 2). Esta apreciación depende tanto de la manera como el legislador haya descrito el comportamiento de comisión en el tipo legal respectivo, como de la posibilidad que tenga el autor para evitar que sobrevenga el resultado perjudicial. En efecto, la omisión sólo es equiparable a la comisión si el autor tiene un deber especial de intervenir y proteger al titular del bien jurídico en peligro (art. 13, inc. 1). De esta manera, se ha adoptado el modelo mixto alemán de considerar la omisión impropia como una omisión cualificada por la índole y la intensidad especiales del deber. En contra de esta solución, se afirma que, en buena cuenta, los verbos típicos no describen acciones sino más bien adscriben el hecho a la persona concernida y que, por lo tanto, no es indispensable regular la omisión impropia en la ley. En este sentido, el factor decisivo sería la equivalencia normativo-material de la omisión con la comisión⁹⁸.
- 1965 Fuera de las discrepancias sobre su regulación o no en la ley, por razones de política criminal, la exigencia de la equiparación resulta conveniente⁹⁹, ya que, la impunidad generalizada de toda persona que, por su abstención, diera lugar a la consumación de un delito, la protección de los bienes jurídicos. Se daría, entonces una situación insostenible. Se daría una situación insostenible¹⁰⁰, por ejemplo, la de cuestionarse si los padres que provocaran

⁹⁶ ESUP del 15 de mayo de 1998, Exp. N° 8380-97, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 77 ss.

⁹⁷ En el contexto español, MIR PUIG, 1998, p. 300; GIMBERNAT, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 412 ss., notas 8 y 9; ver en especial, SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 163 ss.; idem, 2004, p. 209 ss.; cfr. TRECHSEL, 2008, vor art. 10 N° 1 ss.

⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 61; GIMBERNAT, 1994, p. 5 ss. En España, están a favor de la inserción de una disposición general MIR PUIG, 1998, p. 302; GÓMEZ BENITEZ, 1984, p. 585.

⁹⁹ Cfr. GARCÍA CAVERO, 2008, p. 448 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 548 ss.

¹⁰⁰ GRAVEN/STRÄULI, 1995, p. 77.

la muerte de su hijo recién nacido por inanición no fueran considerados responsables penalmente. Las condiciones estatuidas sirven, sino de manera absoluta, de límites a la extensión del poder punitivo del Estado.

En la exposición de motivos del Código, con corrección, se dice que la pre- 1966
visión de la regulación de la omisión impropia, en el art. 13, ha subsanado “un importante vacío legislativo”. Los modelos utilizados para redactar esta disposición han sido tanto el § 12 del Proyecto Alternativo alemán de 1966, como el § 13 del CP germano de 1975. En el texto original del art. 13, se indicaba que bastaba que el agente tuviera el “deber moral” de actuar. Este error, que desnaturalizaba la noción doctrinaria de la omisión impropia y ampliaba en exceso la represión, ha sido corregido mediante la Ley N° 26682, del 11 de noviembre de 1996. La referencia al deber moral ha sido simplemente suprimida del texto legal.

En el Anteproyecto de CP de 2004, art. 13, inc. 1, se ha suprimido toda 1967
referencia al deber de garante. La razón escueta dada es que “se excluye la lista de fuentes del deber de garante, dejando esta tarea a la doctrina y a la jurisprudencia”. Esta defectuosa técnica de redactar las disposiciones legales impide a los autores darse cuenta de que reducen las condiciones de la omisión impropia (evitar un hecho punible y a la de la equivalencia), “según el texto de la Ley, a la realización del tipo penal [de un delito de resultado] mediante un hacer” ¹⁰¹. El formalismo con que se aplican las leyes en nuestro medio, puede hacer de una disposición como ésta el medio adecuado para ampliar la represión penal a extremos que se buscan excluir mediante la exigencia del “deber de garante”. En el art. 13 del Anteproyecto de CP de 2009, se vuelve a indicar el deber de garante indicándose que debe tratarse de un deber jurídico.

Mediante la regulación expresa de la omisión impropia, se justifica, en par- 1968
ticular, por la necesidad de respetar el principio de legalidad. Así, se evita una de las objeciones más serias e insistentes formuladas contra su represión. Sin embargo, esto no significa que se hayan resuelto todas las otras objeciones que se han expresado de manera repetida contra la idea de la

¹⁰¹ Así, no se dan cuenta que con el nuevo texto legal, quieranlo o no, se orienta hacia una concepción diferente a la del art. 13, que ellos dicen mantener; pero dejando en libertad al intérprete para determinar el deber de evitar la realización del delito. A manera de ejemplo, recordemos el art. 5 de la Propuesta alternativa de la parte general del CP español del Grupo parlamentario comunista: “Los delitos consistentes en la producción de un resultado podrán considerarse realizados tanto por acción como por omisión, pero sólo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación”.

omisión impropia¹⁰². Las ventajas de la regulación legislativa dependen de la manera cómo sea interpretado y aplicado el art. 13; sobre todo si se considera que esta disposición no delimita suficientemente las condiciones en que se debe reprimir a título de omisión impropia. En Alemania, una parte de la doctrina¹⁰³ se muestra escéptica con referencia a si el § 13 del CP germano, en el que se regula la omisión impropia, respeta el principio de legalidad, por estimarse que las condiciones establecidas no son bastante precisas.

- 1969 Los problemas que se buscan resolver recurriendo a la noción de omisión impropia no siempre han sido abordados de la manera como lo hace la dogmática influenciada por la doctrina alemana. Por, ejemplo, en Francia¹⁰⁴, desde una perspectiva causalista del delito, la jurisprudencia y la doctrina rechazan la noción de omisión impropia. Este criterio está basado, en particular, en el principio de la legalidad. Así, si se admite que la violencia que provoca la muerte de una persona supone un comportamiento de comisión, luego la omisión de cuidados no puede ser asimilada a la “violencia”. De esta manera, se abandona el viejo principio que asimilaba simplemente la omisión a la comisión y expresado en el dicho “*celui qui n’empêche, pêche*” (quien se abstiene, peca). Pero por el contrario, en este sistema, en el cual no se recurre a la noción de omisión impropia, se ha reforzado, en el Código, la represión de delitos como los de “no asistencia de personas en peligro” (art. 223-6) y de “malos tratos de menores” (art. 227-15).

2. Tipo legal objetivo

- 1970 A semejanza de Los delitos de omisión impropia implican, como los de omisión propia, la existencia de una situación de peligro, la no ejecución de la acción esperada (ordenada por el ordenamiento jurídico) y la posibilidad real de que el agente obre de acuerdo con el deber impuesto por la norma.
- 1971 Si en los delitos de comisión el autor crea o aumenta un peligro no autorizado, en el caso de los delitos de omisión, no se descarta o no se disminuye, a pesar de que se puede hacer, el peligro que representa la situación fáctica

¹⁰² Cfr. HUERTA TOSILDO, 1997, p. 19 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 61; VIVES ANTÓN, 1996, p. 84; BACIGALUPO, Arts. 11, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 67 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, p. 443 ss.

¹⁰³ Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 15 N° 39, 41.

¹⁰⁴ PRADEL, 2003, N° 364 ss.; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, 2003, p. 185; MOREILLON, 1993, p. 61 ss.

prevista por el tipo legal. Entre las múltiples posibilidades que tiene el autor de actuar, decide no realizar aquella que le permitiría neutralizar el peligro.

Considerando que, conforme a lo que se deduce sin mayor dificultad del art. 13, la omisión impropia supone la aplicación *a contrario* del tipo legal relativo a un delito de comisión, resulta indispensable considerar lo previsto en dicho tipo legal al apreciar la situación de peligro, ya que su finalidad es, precisamente, evitar que se produzca el daño o la puesta en peligro de un bien jurídico. Por consiguiente, la omisión impropia sólo puede ser concebida en relación con ciertos delitos de comisión¹⁰⁵. Así, por ejemplo, resulta difícil imaginar la comisión de un acto sexual por omisión (art. 171), de una coacción (art. 151), de un falso testimonio (art. 409) o de una falsificación de documentos (art. 427)¹⁰⁶. 1972

3. Causalidad e imputación objetiva

Al tratar la causalidad¹⁰⁷, ya tuvimos ocasión de señalar que no es una cuestión perteneciente al ámbito de la naturaleza de las cosas, sino que corresponde al dominio normativo y que consiste en determinar bajo qué condiciones un resultado puede ser imputado al autor de un comportamiento determinado. 1973

A diferencia de lo que sucede respecto a los delitos de comisión materiales, la constatación de la denominada “causalidad natural” no sirve como punto de partida en el caso de los delitos de omisión impropia. Una omisión no puede tener efectos en el sentido de las leyes de la naturaleza (*ex nihil nihil fit*)¹⁰⁸. El hecho de afirmar que entre la omisión y el resultado debe existir una “relación de causalidad natural” da lugar a frecuentes malentendidos. Resulta más conveniente hablar de una relación de tipo normativo entre el comportamiento no ejecutado y la producción del resultado, cuya realización trata de ser evitada mediante el tipo legal. 1974

Al respecto, se habla de una forma particular de causalidad, que es designada mediante la expresión “causalidad hipotética”¹⁰⁹, en oposición a la llamada “equivalencia de condiciones” o “causalidad natural”. A diferencia del 1975

¹⁰⁵ ROMEO CASABONA, 1999, p. 929; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 419, nota 28; SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 351; VIVES ANTÓN, 1996, p. 84; HUERTA TOCILDO, 1997, p. 50.

¹⁰⁶ En el art. 13 del Anteproyecto de 2004, se dice “de cualquier hecho punible de resultado”.

¹⁰⁷ Cfr. N° 1139 ss.

¹⁰⁸ MIR PUIG, 1998, p. 318.

¹⁰⁹ TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 257; BACIGALUPO, 1997, p. 405.

procedimiento seguido para constatar este tipo de causalidad, en el que se plantea la cuestión de si el resultado desaparecería si se suprimiera la acción, en el caso de la causalidad hipotética hay que preguntarse si el resultado perjudicial se habría producido, incluso si el autor hubiera ejecutado el comportamiento ordenado. Es evidente que procediendo de esta manera, se abandonan los criterios naturales que permitirían hablar de "causalidad" en sentido "natural".

- 1976 El criterio de la causalidad hipotética ha sido completado con una condición suplementaria, consistente en reconocer a la omisión la dimensión de causa sólo cuando hay una gran probabilidad de que el resultado no se habría producido si el autor hubiera realizado el comportamiento exigido por la norma jurídica (*Wahrscheinlichkeitstheorie*)¹¹⁰.
- 1977 Criticando la falta de precisión de la noción de probabilidad y, en particular, respecto al grado de intensidad que ésta debería alcanzar, algunos autores¹¹¹ consideran que la cuestión de la causalidad debe ser analizada en relación con el riesgo o peligro que está en la base de la imputación objetiva, puesto que el resultado está vinculado con la existencia de un peligro prohibido. A diferencia de los delitos de comisión, en la omisión impropia el tipo legal es considerado como realizado mediante la omisión de un comportamiento apropiado para evitar o disminuir el peligro que amenaza el bien jurídico protegido (*Risikoerhöhungstheorie*)¹¹². Una relación con el resultado concreto debe, en consecuencia, ser constatada; por consiguiente no basta tener en cuenta *in abstracto* el resultado previsto en el tipo legal.
- 1978 Desde esta perspectiva, se trata de probar, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex post*, que la acción esperada hubiera de verdad disminuido el riesgo de realización del resultado prohibido. En otros términos, es indispensable que el agente haya aumentado, materialmente, la posibilidad de que el resultado se produjera. Si no se prueba este hecho, hay que admitir que no existe relación jurídica relevante entre la omisión y el resultado. Ahora bien, esta constatación sólo puede ser lograda examinando el grado de probabilidad con que el resultado podía producirse.

¹¹⁰ SCHULTZ, 1982b, I, p. 128; GRAVEN/STRÄULI, 1995, p. 91; VILLAVICENCIO, 2001, p. 76 ss.

¹¹¹ STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 36; WALDER, 1977, p. 159 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 46 N° 23; RUDOLPHI, en SK, AT 1, Vor § 13 N° 16.

¹¹² GIMBERNAT, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 426.

Además, son numerosas las dificultades para probar que el agente hubiera podido evitar el resultado perjudicial con un alto grado de probabilidad (casi seguridad) o, al menos, que hubiera podido aumentar la posibilidad de que el resultado no se produciría. En estas dos hipótesis, el hecho de no haber podido evitar el resultado prohibido debe poder ser imputado al autor. Una protección más eficaz de los bienes jurídicos en peligro, sin embargo, puede ser lograda si se exige al agente que intervenga cuando, al menos, es posible aumentar los márgenes de protección y que, por el contrario, la debilita si el acto de protección debe llevarse a cabo sólo si hay la certeza de descartar el riesgo. Por ejemplo, en el caso de muerte provocada por una omisión, el elemento decisivo a constatar es si, mediante la realización del acto ordenado por la norma (intervención de un médico), la víctima hubiera tenido grandes posibilidades de sobrevivir¹¹³.

4. Deber de garante

A diferencia de los de omisión propia, los delitos de omisión impropia constituyen delitos especiales¹¹⁴, puesto que sólo quien, en razón de su situación personal, tiene el deber de evitar la producción del resultado prohibido puede ser el autor.

El deber de garante¹¹⁵ tiene, por lo tanto, la función de determinar, entre las personas que pueden evitar, mediante un acto positivo, la realización del resultado, aquella que tiene la obligación de intervenir para garantizar que éste no se produzca. Dicha posición resulta, así mismo, útil para imputar, a quien se ha abstenido, el perjuicio que ha afectado al bien jurídico protegido mediante el tipo legal respectivo. Así, en caso de un incendio, muchas personas se encuentran quizás en situación de salvar al niño que pide auxilio. Si no intervienen, pueden ser reprimidas, según las circunstancias, por omisión de prestar auxilio a una persona en peligro (delito de omisión propia, art. 127), pero sólo, por ejemplo, al padre del niño, en caso de estar presente y tener la posibilidad de salvarlo, podría imputársele la muerte de éste, ya que él tiene un deber de garante en relación con la integridad corporal y la vida del infante.

¹¹³ STRATENWERTH, 22005, § 14 N° 35; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 260 ss.

¹¹⁴ GROPP, 1997, § 11 N° 8; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 15 N° 44. Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 475.

¹¹⁵ ESUP del 15 de mayo de 1998, Exp. N° 8380-97, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 77 ss.

- 1982 Se trata de un deber jurídico y no sólo moral como había sido establecido en el texto original del art. 13, ni tampoco es el basado en la simple buena fe. Se trata, pues, de una obligación jurídica particular, estrechamente vinculada al estatus específico del autor. Por tanto, el deber de obrar, en los delitos de omisión impropia, corresponde al deber de abstenerse, relativo a los delitos de comisión. Dicho deber constituye un elemento normativo, ya que su existencia debe ser determinada mediante un juicio de valor de orden jurídico.
- 1983 Vanos han sido los esfuerzos hechos para determinar un principio único que fundamente el deber de garante¹¹⁶. Por esto, se tienen, más bien, en cuenta las fuentes de las que se considera que surge la obligación de una persona de intervenir para evitar un perjuicio respecto a bienes de terceros.
- 1984 En el art. 13, además de preverse que el agente tenga el deber de intervenir, se indican las fuentes de donde surge este deber. Primero, se alude al orden jurídico cuando se refiere a la presencia de un “deber jurídico” y, luego, a la situación de peligro inminente creada por el mismo agente (injerencia). De esta manera, la disposición mencionada se orienta hacia el criterio formal¹¹⁷, con el que, durante mucho tiempo, la doctrina ha considerado que el deber de garante debía estar basado en la ley, un contrato o el peligro creado por el autor (actuar precedente o injerencia).
- 1985 A este criterio formal se le ha contrapuesto otro de orden más bien material, en la medida en que se tiene en cuenta el sentido del deber de protección (*ratio* del deber de actuar). Así, se distinguen dos categorías de deberes de garante: por un lado, los concernientes a la protección de bienes jurídicos determinados y expuestos a peligros indeterminados (*Obhuts - oder Beschützerpflichten*) y, por otro, los relativos a la vigilancia de fuentes de peligro conocidas amenazando bienes jurídicos indeterminados (*Überwachungs - oder Sicherungspflichten*)¹¹⁸.

¹¹⁶ KÜHL, 2000, § 18 N° 42.

¹¹⁷ KIENAPFEL, 1984, p. 499 ss.; BAUMANN/WEBER/MITCHELL, 2003, § 15 III 4 a; Cfr. ROXIN, 2003, § 32 N° 143 ss.; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1997, p. 424 ss.

¹¹⁸ ARMIN KAUFMANN, 1959, p. 283 ss.; ROXIN, 2003, § 32 N° 17 ss.; SCHÜNEMANN, 1995, p. 51 ss.; GROPP, 1997, § 11, N° 21 ss.; RUDOLPHI, SK, AT 1, Vor § 13 N° 24 ss.; BAUMANN/WEBER/MITCHELL, 2003, § 15 N° 46 ss.; KINDHÄUSER, 2006, § 13, N° 18 ss., N° 32 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 306 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 21 ss.; idem, COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 470 ss.; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1997, p. 424 ss.

Insatisfechos con estos criterios, algunos autores han buscado precisar los fundamentos del deber de garante mediante la individualización de uno o más principios calificados de fundamentales, por ejemplo, el principio de confianza o el de la responsabilidad por función protectora. De esta manera, distinguen dos tipos de deberes de garante, en relación tanto con los delitos de comisión como con los de omisión: uno en relación con la organización y el otro con referencia a la institución¹¹⁹. 1986

Para comprender lo que se entiende por organización, hay que considerar que cada individuo goza de un marco jurídico para obrar y realizar sus intereses. El aspecto esencial de esta libertad consiste en que cuando uno actúa tiene la obligación de organizarse de manera que garantice que los intereses de terceros y de la comunidad no sean dañados o puestos en peligro. De esta organización del espacio personal de actuar se deriva la responsabilidad de no aumentar los riesgos para los bienes jurídicos de terceros. Por lo tanto, forman parte de este ámbito los deberes de dominio de las fuentes de peligro y aquellos relativos a los actos de injerencia en la esfera jurídica de otras personas. 1987

En cuanto a la posición de garante en virtud de las instituciones, el fundamento es la idea de que el único medio para garantizar la libertad de cada individuo es la existencia de relaciones sociales durables y reconocidas por el ordenamiento jurídico. Relaciones que son denominadas “instituciones” (p. ej., relaciones entre padres e hijos, marido y mujer, relaciones de poder estatal, presencia de una justicia y una administración sometidas a derecho, etc.). En este marco, se consideran los deberes que se derivan de los vínculos naturales de las personas o relacionados con la comunidad, de la aceptación de una función de protección y aún de la responsabilidad por los comportamientos de un tercero. 1988

En realidad, los criterios formales y los materiales no se excluyen entre sí, sino que más bien se complementan. Su papel es decisivo para delimitar el dominio de aplicación de la omisión impropia. La explicación que venimos de presentar en los tres párrafos precedentes no hace sino explicarlos mejor, justificando al mismo tiempo los fundamentos tomados en consideración por los otros dos. Estimando que los fundamentos individuales se superponen, varios de ellos pueden concurrir en un solo caso concreto¹²⁰. 1989

¹¹⁹ JAKOBS, 1991, 20/27 ss.; BACIGALUPO, 1997, p. 405 ss.; JESCHEK/WEIGEND, 1996, § 59 VI.

¹²⁰ WESSELS/BEULKE, 2001, N° 716.

Por lo tanto, conviene analizar las diversas posibilidades para fundamentar el deber de garante de manera tópica¹²¹.

a. Ley

1990 De una disposición legal puede deducirse tanto un deber de proteger como un deber de vigilar las fuentes de peligro. Debido a la manera amplia como son redactados los textos legales, hay que precisar con exactitud qué clase de relación existe, en realidad, entre, por un lado, la persona concernida por el deber de evitar el resultado y, por otro, el bien jurídico en peligro o la fuente de peligro en cuestión. Por consiguiente, el deber jurídico de obrar no implica, siempre, un deber de garante. Si se admitiera el criterio contrario, se producirían consecuencias absurdas; por ejemplo, la de convertir en superflua la noción de omisión impropia. Debido a que ésta supone la existencia de un mandato jurídico de realizar un comportamiento, se podría responsabilizar a quien se abstiene, debido a que viola cualquier deber jurídico, por el resultado producido. Así, quien no presta auxilio a una persona en peligro de muerte (art. 126) sería considerado responsable de homicidio si ésta muriera.

1991 Sólo analizando caso por caso, es posible determinar si existe un deber de garante basado en la ley. Así, este deber puede ser deducido de las relaciones legales de familia (padre e hijos, arts. 235, 287 del CC), marido y mujer (arts. 234, 288 del CC), familiares en línea directa (hermanos y hermanas). Sin embargo, no basta constatar la existencia de este vínculo formal, es indispensable además establecer que se concreta en una relación estrecha, ya que, en la realidad, puede haberse debilitado bastante y aún dejado de existir. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la separación de cuerpos, divorcio o cuando un hijo se aleja de la casa paterna. Así mismo, hay que considerar que estas reglas no son absolutas, sino que hay que apreciar las circunstancias materiales y personales del caso concreto, por ejemplo, el hecho de constatar si el marido y la mujer viven realmente juntos¹²².

1992 El deber de garante se presenta también entre quienes conviven en común. Al respecto, hay que señalar que la Constitución y el Código civil peruanos otorgan al llamado hogar de hecho la misma protección que al matrimonio. Dicho modo de cohabitar existe cuando dos personas hacen vida común

¹²¹ STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 11.

¹²² GRAVEN/STRÄULI, 1995, p. 81; STRATENWERTH, 2000b, § 14 N° 13; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 15 N° 55.

durante dos ó más años y entre ellas no hay impedimentos para contraer matrimonio. Entre estas personas se dan, evidentemente, obligaciones de asistencia mutua.

En el caso de funcionarios (policías; jueces de instrucción, fiscales, etc.), la 1993 ley constituye también una fuente del deber de garante. Así, por ejemplo, puede ser considerado responsable de obstaculizar el ejercicio de la acción (art. 404), el juez que, violando con dolo su deber de función, no cumple con perseguir al responsable de un delito, o el policía que no denuncia al autor de una infracción. El deber de garante, en estos casos, debe formar parte de la esfera de competencia del funcionario, situación que se presenta sólo cuando la ley prevé, de modo específico, la obligación de obrar. De manera que no basta que se disponga que todo funcionario tenga la obligación de denunciar todo acto sospechoso de constituir un hecho punible.

El deber de vigilar una fuente de peligro para bienes jurídicos de terceros 1994 tiene, también, como fundamento las disposiciones legales. Son ejemplos claros los casos del propietario o poseedor de un vehículo o de un animal (arts. 1969 ss. del CC), el propietario de una empresa o de un edificio. Todos ellos deben tomar las medidas adecuadas para evitar causar un perjuicio a terceros. Su deber de garante se basa en el hecho de que la máquina, el animal, las instalaciones de la empresa o de la casa están bajo el dominio directo de la persona obligada a obrar, la cual es, por lo tanto, responsable de la indemnidad de los bienes amenazados por el peligro¹²³.

b. Contrato

Se trata de un acuerdo de voluntades por el que un tercero asume la obli- 1995 gación de vigilar a una persona o una fuente de peligro¹²⁴. Por ejemplo, el médico acepta, mediante el contrato de mandato, la obligación de cuidar al paciente que solicita sus servicios, lo que supone que debe hacer lo necesario para curarlo o salvarle la vida. Si él no cumple debidamente con salvaguardar los intereses del paciente y se abstiene, por ejemplo, de someterlo a un tratamiento determinado, puede ser considerado responsable del perjuicio ocasionado por su omisión. De la misma manera, asume una responsabilidad similar el guía de montaña en relación con uno de sus clientes o el administrador respecto a quien le ha confiado sus intereses

¹²³ STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 13.

¹²⁴ SCHULTZ, 1982b I, p. 141; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 254 ss.; GRAVEN/STRÄULI, 1995, p. 81 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 15 N° 57 ss.

patrimoniales. Sin embargo, todo compromiso contractual no basta para fundamentar el deber de garante, pues, éste tiene que tener la finalidad de evitar que el perjuicio se produzca. El factor decisivo reside en que quien se abstiene ha asumido, previa y libremente, una posición dirigida a proteger a la persona perjudicada o vigilar una fuente de peligro determinada. Para que el compromiso sea válido no es necesario que sea establecido mediante una formalidad especial, ni ser efectivo según las reglas del derecho civil (p. ej., quien solicita asistencia médica no es capaz según el derecho civil). Sin embargo, no debe deducirse de toda intervención libre y voluntaria para proteger a una persona en peligro, que el socorrista esté obligado, mediante la amenaza penal, a continuar brindando su ayuda¹²⁵.

c. *Comportamiento peligroso previo*

- 1996 El deber de garante puede originarse debido a que la persona que se abstiene, se había comportado previamente de manera tal que creó o aumentó el peligro de que los intereses de un tercero fueran dañados (*Ingerenz*)¹²⁶. Aun cuando se admite de manera amplia, se discute mucho tanto sobre la conveniencia de aplicarlo, como respecto a las condiciones en que deba ser reconocido.
- 1997 Se cita, con frecuencia, como ejemplo de comportamiento precedente el caso del chofer que, de manera imprudente, atropella a un peatón y no le presta ayuda a pesar de que se da cuenta que está gravemente herido y que, sin ayuda médica oportuna, puede fallecer. Las lesiones corporales graves son producidas mediante un comportamiento imprudente de comisión, mientras que la muerte, debido a la omisión de ayuda, puede ser calificada de homicidio intencional (dolo eventual, resultado previsto y asumido por el agente).
- 1998 En estos casos, resulta más fácil aceptar que el responsable del comportamiento precedente tenga el deber de garantizar que no se concrete el perjuicio, implícito en el peligro por él creado. De acuerdo con el criterio mayoritario, el comportamiento precedente debe ser contrario al orden jurídico. Sin embargo, esta opinión es bastante cuestionada, en la medida en

¹²⁵ STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 17.

¹²⁶ MOREILLON, 1993, p. 257 ss.; STRATENWERTH, 2000b, § 13 N° 27; 1996, § 14 N° 18 ss.; ROXIN, 2003, § 32 N° 143 ss.; JAKOBS, 1991, 29/29; KÜHL, 2000, § 18, N° 91; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 46, N° 23; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 13 N° 32; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 255 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 15 N° 63 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 312 ss.; VILLA STEIN, 2008, p. 279 ss.

que se admita que los comportamientos anteriores peligrosos permitidos puedan dar lugar a los deberes de garante. El factor decisivo sería que el agente asumiera el control del riesgo que originara mediante su comportamiento.

En este contexto, sin embargo, hay que admitir que no tiene ningún deber de garante quien, actuando en legítima defensa, crea una situación de peligro para el agresor (p. ej., causándole lesiones para defender su vida). Por consiguiente, no debe considerársele responsable del perjuicio (muerte o lesiones corporales graves) sobrevenido por la omisión de prestarle socorro. Habiéndose colocado el mismo agresor en situación de peligro, no puede esperar que el orden jurídico le imponga un deber de garante a la víctima de la agresión. Ésta no hace sino proteger su esfera de libertad, actuando así de conformidad con las finalidades del ordenamiento jurídico. Si se aceptara el criterio contrario, se desnaturalizaría la función de la legítima defensa en tanto causa de justificación. Sin embargo, es evidente que si quien se defiende sobrepasa los límites de su derecho a defenderse, tiene el deber de auxiliar al agresor inicial, debido a que su comportamiento no es más justificado. 1999

De manera diferente deben analizarse las otras causas de justificación, con la finalidad de tener en cuenta sus características peculiares. Por ejemplo, en el caso del estado de necesidad justificante, quien salva su vida lesionando a un tercero tiene el deber de prestar ayuda a éste para evitar que se agrave su estado de salud o muera. En esta hipótesis, el tercero, ajeno del todo a los sucesos, merece igual protección de parte del orden jurídico que quien lo lesiona actuando en estado de necesidad. 2000

Mediante la exigencia de que el comportamiento precedente sea ilícito¹²⁷, se trata de excluir que el deber de garante sea fundamentado en la simple causalidad. Por tanto, el simple hecho de que el autor haya creado una situación peligrosa no permite hacerlo responsable por los efectos debidos sólo al azar. Así mismo, se busca evitar que se imponga un deber de garante a quienes realizan actividades riesgosas permitidas por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, al conductor de un camión, por el hecho de conducir una máquina peligrosa en general, no puede considerársele obligado a prestar ayuda a una persona lesionada en un accidente y del cual él no es responsable. Debe socorrerla si es consciente del peligro grave y esto por 2001

¹²⁷ Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 477.

la simple razón de que la ley reprime la omisión de auxilio necesario. En consecuencia, tampoco se le puede imputar la muerte de dicha persona por no haberla socorrido.

- 2002 En los casos mencionados, sería suficiente la obligación genérica de prestar ayuda, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la represión a título de omisión de prestar auxilio (art. 127). Este delito se consuma con la omisión y su represión se explica por el carácter peligroso del acto de no prestar auxilio a quien se encuentra en “estado de grave e inminente peligro”. La cuestión sobre la existencia del deber de garante se plantea cuando, por ejemplo, la persona en peligro fallece y hay que determinar tanto si este resultado mortal ha sido condicionado por la omisión, como si quien se abstuvo estaba obligado jurídicamente a evitar que se produjera dicho resultado.
- 2003 Un caso, bastante discutido, en el que se admite la existencia de un deber de garante a pesar de que el comportamiento precedente es conforme a derecho, es el de la puesta en circulación de productos, los mismos que, por sus propiedades y la manera como puedan ser utilizados, son potencialmente peligrosos para la salud o la vida de las personas. El productor tiene el deber de tomar medidas de protección, comprendida la de retirar el producto de la circulación, si se revelan en éste deficiencias peligrosas. Quienes niegan o restringen de manera importante la admisión del deber de garante en el caso de comportamientos precedentes lícitos, estiman que la protección de los consumidores estaría garantizada de modo suficiente mediante medidas de orden comercial o administrativo. Así, estando sometida la puesta en circulación de tales productos a un permiso de la autoridad competente, ésta puede derogar la autorización concedida y, en consecuencia, el productor estaría obligado a retirar del mercado el producto en cuestión. En este contexto, si no obedeciera el mandato recibido, se haría responsable de los perjuicios causados por la omisión en que incurre. Además, cabe señalar, aprovechando este ejemplo, que también sería responsable de los perjuicios causados a terceros el funcionario que, a pesar de haber constatado la nocividad del producto, se abstenga de tomar las medidas necesarias para neutralizar el peligro puesto en evidencia (p. ej., anular la autorización concedida para la comercialización del producto).
- 2004 Cuando se ponen en peligro bienes propios, hay que admitir que no es dable exigir a un tercero que intervenga para evitar un resultado perjudicial para dichos bienes. Por ejemplo, el propietario de un bar que sirve bebidas alcohólicas a un cliente que conducirá su automóvil, no tiene el deber de impedirle que utilice su vehículo. En consecuencia, no puede ser respon-

sabilizado por la muerte de dicha persona en el accidente que ésta produce debido a su estado de ebriedad. Por el contrario, subsisten dudas en cuanto a la responsabilidad de quien, sin quererlo, hace posible que se cometa un delito por parte de un tercero. Es el caso, por ejemplo, de quien entrega un revolver a una persona ebria, la que lo utiliza para amenazar a otro¹²⁸. La cuestión es determinar si quien entregó el arma tiene el deber de intervenir para evitar la ejecución de la infracción. Este asunto concierne la participación delictiva y la respuesta depende de la postura que se adopte frente a la participación por omisión.

d. Situaciones complementarias

La descripción de las fuentes del deber de garante, que se acaba de realizar 2005 debe ser complementada presentando algunos casos en los que las circunstancias concretas permitan admitir la presencia de dicho deber a pesar que no exista una base formal.

Hay que considerar, en primer lugar, las situaciones en las que varias per- 2006 sonas realizan, de común acuerdo, una actividad peligrosa o de “vivir en comunidad”¹²⁹. En razón de su objetivo y de las relaciones de confianza que se establecen entre quienes intervienen, dichas situaciones suponen un deber de ayuda y de asistencia recíproco. Este no es el caso, cuando dichas circunstancias se deben al azar; por ejemplo, las víctimas de un accidente o de un incendio, afectadas por la misma situación de peligro, no tienen un deber de garante entre sí. Cuando se trata de actividades colectivas peligrosas, el factor decisivo es el compromiso libre y voluntario de cada participante, lo que recuerda bastante el caso de quien asume deliberadamente un deber de protección o de vigilancia. Las diferencias que existen entre los participantes respecto a sus capacidades y experiencias desempeñan un papel importante en la determinación de quien asuma el deber de garante. En consecuencia, quien incita a otro a participar en la realización de un comportamiento peligroso, haciéndole comprender que le prestará ayuda en caso necesario, está obligado a hacer lo indispensable para eliminar los peligros que puedan presentarse. Cuando dos personas cohabitan, en la medida que falta una base legal¹³⁰, la simple decisión de hacer vida común

¹²⁸ STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 22.

¹²⁹ STRATENWERTH, 2005, § 14 4 N° 25 ss.; MOREILLON, 1993, p. 265 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 719; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 46 N° 91; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 13 N° 51; PEÑA CABRERA, 1995, p. 477; VILLAVICENCIO, 1991, p. 76 ss. Cfr. JAKOBS, 1991, 29/66.

¹³⁰ MOREILLON, 1993, p. 227 ss.; REHBERG/DONATSCH, 2001, p. 266 ss.; STRATENWERTH, 2005,

no basta para admitir la existencia de un deber de garante destinado a una ayuda y protección recíprocas. Sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, las personas concernidas pueden asumir voluntariamente un compromiso específico, el mismo que implica una injerencia en la vida y la actividad del otro. Es el caso, por ejemplo, de personas del mismo sexo que establecen uniones similares a las que da lugar el llamado hogar de hecho.

- 2007 En segundo lugar, hay que tener en cuenta los casos en que una persona es responsable de vigilar y de controlar un determinado ámbito de actividad (p. ej., el jefe de empresa, el miembro de un órgano de una entidad)¹³¹, es decir, de una persona que, real y directamente, tenga el dominio de dicho espacio de ocupación. Esta persona tiene el deber de intervenir para descartar los peligros que crea o aumenta la actividad que está bajo su control. En relación con los cuadros directivos superiores de una empresa, se plantea el problema particular de saber si pueden ser responsabilizados por los actos delictuosos cometidos por sus subalternos de acuerdo con la división de tareas propia de la empresa. La respuesta será afirmativa en la medida en que el superior tenga conocimiento de la comisión de los delitos, pero no haga nada para impedirlos. De manera general, los autores admiten, cada vez con más frecuencia, el principio según el cual todo dirigente de una entidad privada o pública tiene el deber, en razón a su posición, de impedir que sus subordinados cometan delitos¹³². Sin embargo, es siempre indispensable que el delito esté en relación directa tanto con la actividad propia de la empresa como con el ámbito de competencias del superior¹³³.

e. Equivalencia de la omisión a la realización del tipo mediante comisión

- 2008 La violación del deber de garante no basta para imputar el resultado al agente. De modo que no es suficiente comprobar que no ha evitado la producción del resultado por que no cumplió con su función de proteger directamente el bien jurídico o de vigilar la fuente de peligro. En este sentido, hemos explicado que, para precisar el deber de garante, los criterios formales (p. ej., fundamento legal o contractual) deben ser aplicados de

§ 14 N° 24; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 719.

¹³¹ GRAVEN/STRÄULI, 1995, p. 80; STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 28; MOREILLON, 1993, p. 143.

¹³² TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 263 ss. Cfr. VILLAVICENCIO, 2001, p. 79.

¹³³ STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 28.

manera relativa en relación con el contexto concreto. El hecho de que quien se abstenga tenga que ser garante de que el resultado típico no se produzca constituye un primer aspecto de la equivalencia que debe existir entre la omisión y la comisión. La apreciación normativa está, sobre todo, determinada por la aplicación estricta de los criterios de imputación. La referencia de la omisión en la realización de un tipo legal relativo a un delito de comisión implica la transposición de los criterios de imputación concernientes a la comisión en la omisión impropia¹³⁴. De modo que la correspondencia exigida entre la omisión y “la realización del tipo penal mediante un hacer” es una condición adicional para considerar que el autor de la omisión debe ser responsabilizado por la realización del tipo legal de referencia, al mismo título que lo sería si lo hubiera consumado mediante una comisión.

En el art. 13, inc. 2, se prevé un segundo nivel de correspondencia, el mismo que es, así mismo, de orden normativo; puesto que ambas maneras de actuar difieren en su estructura. En consecuencia, la correspondencia debe estar referida al carácter ilícito de la omisión en que incurra el agente y la realización del “tipo penal mediante un hacer”. En este sentido, hay que considerar que la omisión impropia debe merecer la misma valoración negativa que la realización del resultado mediante un comportamiento de comisión. Dicho de otra manera, el no impedir el resultado o dejar que se produzca debe equivaler por la intensidad de su ilicitud a la realización activa del tipo legal¹³⁵. En el ejemplo típico de la madre que causa la muerte de su hijo recién nacido por inanición aparece de modo claro que la ilicitud de esta omisión no difiere en lo esencial de la que hubiera caracterizado el hecho de que la madre hubiera, por el contrario, envenenado a la víctima.

En relación con los tipos legales en los que la realización del delito es caracterizada señalándose modalidades específicas de la conducta que el agente debe realizar (engaño, empleo de instrumento peligroso, coacción, etc.), la situación es menos clara. Aquí, deben tomarse en consideración las circunstancias materiales y personales del caso concreto y, en especial, apreciarlas como es debido en relación con la interpretación específica del tipo legal de referencia. Por ejemplo, si bien resulta difícil imaginar cómo una abstención puede tener el carácter de fraudulenta y provocar el error en el que debe actuar la persona estafada, hay que admitir que en un contexto

¹³⁴ SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 472 ss.

¹³⁵ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 15 N° 76; GIMBERNAT, COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 419 ss.; BACIGALUPO, 1997, p. 401.

social determinado se llega a aceptar que la omisión constituye la manera astuta con que actúa el estafador (p. ej., cuando éste abusa de la estrecha relación de confianza que mantiene con la víctima)¹³⁶.

- 2011 Este criterio se justifica en la medida en que los redactores del art. 13, siguiendo de cerca el modelo alemán, previeron que la pena pueda ser atenuada en el caso de comisión por omisión (último párrafo de esta disposición). La doctrina alemana explica esta atenuación por el hecho de que la correspondencia exigida por la ley no implica la identidad entre omisión y comisión. El uso del término correspondencia permite pensar que basta comprobar que el hecho de producir el resultado mediante una omisión debe ser comparable, proporcional con el de producirlo por intermedio de una comisión. Por lo tanto, es posible que la valoración negativa de la omisión impropia no alcance la intensidad que comporta la realización del tipo legal mediante una acción de comisión, lo que justifica que se reprima con menos severidad al autor que si el carácter ilícito de su comportamiento hubiera sido considerado igual al de realizar el tipo legal mediante un hacer.

V. Tipo legal subjetivo

- 2012 En los delitos de omisión, igual que en los de comisión, el elemento central del tipo legal subjetivo es el dolo¹³⁷. En principio, todos los tipos de dolo son admisibles.
- 2013 En lo que se refiere al elemento cognitivo del dolo, el autor debe tener conocimiento de la situación concreta de peligro o, al menos, de que ésta se produzca (p. ej., el peligro inminente en el que debe encontrarse la víctima) y de sus propias posibilidades de actuar¹³⁸. En el caso de la omisión impropia, debe ser consciente, además, de que tiene la obligación de realizar el acto ordenado por la ley (conocimiento en el sentido de un profano). Es decir que no basta que sea consciente de las circunstancias materiales en las que actúa y, en particular, del resultado que puede provocar, sino que debe saber que, mediante su abstención, incumple su obligación de garante de intervenir¹³⁹. Si se equivoca con respecto a uno de los elementos del tipo

¹³⁶ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 59 V 1.

¹³⁷ ROXIN, 2003, § 31 N° 184 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 59 VI; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 46 N° 110; GROPP, 1997, § 11 N° 84.

¹³⁸ Cfr. VILLAVICENCIO, 2001, p. 79.

¹³⁹ STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 40.

legal objetivo, el dolo no existe porque el error impide que el agente tenga conciencia de lo que hace (art. 14).

En cuanto al factor volitivo del dolo, el agente debe tener la voluntad de abstenerse¹⁴⁰. Con pleno conocimiento de las circunstancias propias del tipo legal, decide permanecer pasivo ante el mandato de obrar de una manera determinada. Sin embargo, la voluntad en los de omisión no se presenta de la misma manera que en los actos de comisión. Está claro que muchas veces el autor decide efectivamente abstenerse, por ejemplo, cuando el chofer que ha provocado el accidente de tránsito abandona el lugar de los hechos con el fin de evitar el control policial, dejando así sin asistencia al conductor lesionado del otro vehículo. Sucede sin embargo, con cierta frecuencia, que el agente no toma de manera clara una decisión y sólo asume su inactividad poco a poco, en función del desarrollo de los hechos¹⁴¹. En estos casos, es suficiente que el autor tenga conciencia de la situación objetiva y de la posibilidad de intervenir, de modo que, en buena cuenta, asume de modo progresivo su falta de acción en función del desarrollo de los hechos.

En relación con la omisión impropia (delito de resultado), la voluntad debe estar dirigida a la materialización del perjuicio típico, en la medida en que el autor, mediante su abstención, espera que el resultado posible se realice. En otros términos, quien se abstiene debe mostrar que está dispuesto a asumir la producción del resultado como una consecuencia de su omisión¹⁴². Por todas estas peculiaridades, en doctrina, se prefiere hablar de *cuasi dolo*. Algunos autores, llegan a afirmar que el elemento subjetivo falta en los delitos dolosos¹⁴³.

VI. Tipos legales ampliados

La omisión propia es una forma de delito de pura actividad, por lo que cabe preguntarse si es posible admitir la tentativa¹⁴⁴. En principio, cuando el comportamiento incriminado consiste sólo en abstenerse de hacer algo (p. ej., no socorrer a una persona en peligro), hay que admitir que el delito se consuma en el momento en que el agente no realiza la acción esperada

¹⁴⁰ VILLA STEIN, 2008, p. 282; Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 474.

¹⁴¹ Cfr. VILLAVICENCIO, 2001, p. 76.

¹⁴² STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 44 ss.

¹⁴³ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 209.

¹⁴⁴ ESUP del 22 de setiembre de 1998, Exp. N° 2357-98-Lima, en DELGJ, Lima 2001, p. 134 ss.

(socorrer a la persona en peligro). Sin embargo, en la práctica, puede suceder que quien debe prestar asistencia a una persona que ha lesionado puede alejarse del lugar de los hechos y, de *motu proprio* o por intervención de terceros, revenir sobre su decisión inicial, regresando para ayudar a la víctima sin tardanza. En este caso, se trataría de una forma de tentativa inacabada. Por el contrario, no es posible admitir la tentativa acabada, puesto que el agente, en este supuesto, se abstiene hasta el final, lo que implica ya la consumación del delito.

- 2017 La tentativa puede admitirse con mayor facilidad y su comprobación presenta menos dificultades tratándose de la omisión impropia¹⁴⁵, en la medida en que se deba producir un resultado. Si éste no tiene lugar, sólo se habrá producido una tentativa inacabada o acabada. Por ejemplo, en el caso del titular del deber de garante que se abstiene y está a la espera de que se produzca el resultado, pero éste es evitado por un tercero o por su propia intervención voluntaria.
- 2018 La participación es posible, por ejemplo, dos o más sujetos pueden ponerse de acuerdo para no prestar auxilio a una persona en peligro o los padres para no socorrer a su hijo en situación de riesgo. Un pasajero puede instigar al conductor del vehículo en que viaja para que no auxilie al peatón atropellado. El problema de saber si es posible participar en la realización de un delito de comisión mediante una omisión constituye un dilema diferente. Participa en la comisión de un hurto, el guardián que omite cerrar con llave las puertas del establecimiento (complicidad) para facilitar el ingreso de los ladrones (autores principales). La instigación, por la manera como es concebida, no puede llevarse a cabo mediante una omisión¹⁴⁶.

VII. Ilícitud

- 2019 Constatar si la omisión es o no contraria al orden jurídico, como respecto de los delitos de comisión¹⁴⁷, implica comprobar la ausencia de causas de justificación¹⁴⁸. Sin embargo, en consideración a la estructura específica de la omisión¹⁴⁹, en general, se presentan diferencias. Aún más, en la gran par-

¹⁴⁵ PEÑA CABRERA, 1995, p. 479 ss.

¹⁴⁶ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 301; BACIGALUPO, 1997, p. 413.

¹⁴⁷ PEÑA CABRERA, 1995, p. 478 ss.

¹⁴⁸ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 231 ss.

¹⁴⁹ ROXIN, 2003, § 31 N° 203 ss.

te de los casos resulta difícil imaginar la aplicación de las circunstancias de justificación. Un ejemplo claro es el referente a la legítima defensa, la cual supone la existencia de una agresión ilícita. Ésta en principio no puede ser rechazada mediante una abstención. Por el contrario, juegan un papel importante tanto el conflicto de deberes¹⁵⁰ como el estado de necesidad justificante. Por ejemplo, quien causa un accidente está obligado a prestar asistencia a los lesionados, pero es posible que no pueda ocuparse de todos al mismo tiempo. Absteniéndose de manera momentánea de auxiliar a una de las víctimas, el agente debe asistir a la persona que más lo necesita.

VIII. Culpabilidad

Además de comprobar la capacidad penal del autor y la ausencia de circunstancias de no culpabilidad, es indispensable constatar si el agente, en el momento en que hubiera debido actuar, creyó o no si estaba autorizado a no cumplir con su deber intervenir¹⁵¹. Si, por error, se cree con el derecho de abstenerse, incurre en una falsa apreciación sobre el carácter ilícito de su comportamiento, la misma que debe tenerse en cuenta (error de prohibición o, más exactamente, error de mandato, *Gebotsirrtum*, art. 14, inc. 2).

IX. Pena

Las penas previstas para los delitos de omisión, en comparación con las previstas para las infracciones de comisión relativas a los mismos bienes jurídicos, son menos graves. Esto se explica por que constituyen ataques mediatos y menos intensos. En cuanto a los delitos de omisión impropia, a pesar de la equivalencia exigida con la realización del delito por comisión, el legislador prevé que la pena debe ser atenuada respecto a la que corresponde a la realización de este tipo de delito. Este criterio está condicionado por la manera como se concibe la omisión impropia, la misma que es considerada como algo menos que la comisión, en la medida en que no es del todo conforme al tipo legal concernido. Por el contrario, si se admite que la represión se funda en la equivalencia de fondo (material y normativa) de la realización mediante omisión y comisión, el responsable de la omisión impropia debería ser reprimido con la misma pena que el autor que obra me-

¹⁵⁰ JESCHEK/WEIGEND, 1996, § 59 VIII; GROPP, 1997, § 11 N° 88 ss.

¹⁵¹ ROXIN, 2003, § 31 N° 207 ss.; GROPP, 1997, § 11 N° 891 ss.

diante comisión¹⁵². Un argumento práctico en favor de esta tesis es que los jueces se inclinarían más fácilmente a admitir la comisión para omisión en lugar de aplicar la pena más severa prevista en el tipo legal correspondiente¹⁵³. Dada la severidad extrema de los marcos penales previstas, en general, en nuestras leyes penales, resulta, por el contrario, preferible aumentar las posibilidades para que los jueces atemperen los excesos del legislador.

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 214

¹⁵³ SCHÖNE, 1974, p. 341.

§ 18 Delitos de peligro

I. Introducción. II. Noción de peligro. III. Clases de delitos de peligro. 1. Peligro concreto. 2. Peligro abstracto. 3. Peligro colectivo: concreto y abstracto.

I. Introducción

El principio de lesividad¹⁵⁴ es un pilar fundamental del derecho penal propio al Estado de derecho¹⁵⁵. Esto supone la idea del delito como una acción que perjudica bienes jurídicos. No se le identifica más con el pecado o con la sola violación de derechos subjetivos. Por el contrario, es negado en los Estados totalitarios, en los que las personas están completamente sometidas al poder estatal y se percibe el delito, sobre todo, como una acción de desobediencia o de traición, como manifestación de rebeldía contra el poder.

Este principio no ha sido previsto en la Constitución, pero es indudable que en ésta se encuentra su fundamento. El modelo de Estado social y democrático de derecho adoptado (arts. 3 y 43, Const) exige que se reconozca a la persona como titular de una serie de derechos fundamentales (art. 2 Const.), lo que implica una limitación esencial del poder estatal. En consecuencia, las relaciones entre Estado y las personas no son de absoluta sumisión de éstas a aquél¹⁵⁶. El delito no debe entonces ser concebido como una simple desobediencia o infidelidad al Estado.

Además, del principio de la legalidad (art. 2, inc. 24, lit. d, Const.) se deduce de modo directo que sólo se reprime penalmente por la ejecución de acciones u omisiones y no por sentimientos, opiniones o maneras de ser personales. De lo contrario, se vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, no se debe imponer una pena a una persona por lo que piensa o siente, ni someterla a una medida de seguridad sólo

¹⁵⁴ BRICOLA, 1973, p. 82 ss.; MARINI, 1993, p. 254; FIORELLA, 1987, p. 793 ss.; FIORE, 1995, p. 288; MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 449 ss.; FIANDACA/MUSCO, 1995, p. 16 ss.; TOLEDO, p. 5 ss.

¹⁵⁵ MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 451; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 465.

¹⁵⁶ MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 452.

por lo que es (peligrosa, prostituta, consumidor de droga, etc.). La disposición constitucional se refiere, bien es cierto, sólo a la acción y a la omisión sin establecer expresamente que se debe perjudicar un bien jurídico. Esto se comprende si se tiene en cuenta que la finalidad de la disposición constitucional es sobre todo estatuir la ley como único medio para incriminar acciones y no la de indicar cómo éstas deben ser descritas en la misma.

- 2025 En el art. 2, inc. 4, lit. 3, Const., única disposición donde se emplea el término delito, también se hace referencia sólo al comportamiento. Así, se dice: “Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión...”. No es dable, no obstante, deducir sin más de tal precepto que el constituyente entendió que los denominados delitos de prensa consistían tan sólo en suspender o clausurar un órgano de expresión. Más bien hay que aceptar que consideró que la represión de tales acciones se justificaba en la medida en que constituían atentados contra el derecho de las personas, previsto en el pf. 1 de la misma disposición, “a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento...”. Por lo tanto, el legislador penal, al elaborar la correspondiente figura delictiva deberá hacerlo de manera que se repriman sólo los actos concretos que perjudiquen el bien jurídico libertad individual, en su aspecto particular libertad de información y de opinión.
- 2026 Además, hay que considerar, por un lado, que la declaración de que el fin supremo de la Sociedad y del Estado son “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad” (art. 1 Const.) excluye toda posibilidad de que, mediante el derecho penal, se trate a la persona como objeto de una sanción fundada en una simple desobediencia o en su supuesto carácter peligroso. Por otro, es importante tener en cuenta que estatuir el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural, así como declarar que el “Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación” (art. 2, inc. 19) impide que el derecho penal sea utilizado como un instrumento para imponer a las personas una ideología política, un credo religioso o una moral determinados e, igualmente, que el delito sea concebido como la mera desobediencia a un sistema político, a normas religiosas o morales.
- 2027 Según los criterios constitucionales reseñados, el principio de lesividad implica que el derecho penal esté orientado única y exclusivamente hacia la protección de bienes e intereses que deben reprimirse como delito, en consecuencia, sólo las acciones que los perjudiquen. De este planteamiento se deduce que el legislador penal no debe reprimir comportamientos inofen-

sivos para los mismos y, además, que la interpretación de los tipos legales ha de llevarse a cabo respetando en forma estricta el citado principio.

Los cambios sociales, económicos y los avances de la ciencia y técnica han 2028 modificado, sobre todo en los últimos años, a fondo las condiciones de vida; lo que ha hecho necesario perfeccionar la protección de los bienes jurídicos y completarla en relación con las nuevas tendencias de las personas y de la comunidad. Así, la legislación penal se ha desarrollado y los criterios dogmáticos han sido renovados para hacer frente con eficacia a nuevas formas de delincuencia. Un buen ejemplo es la evolución y el nivel que ha adquirido el denominado derecho penal económico. Los nuevos intereses a los que habría que conceder protección penal, serían, por ejemplo, los referidos al mercado de valores, al buen funcionamiento de las empresas industriales o comerciales, a los derechos de los consumidores, al medio ambiente, al patrimonio genético, a la informática. El objetivo no es proteger los individuos o evitar daños materiales, si no más bien garantizar cierta seguridad para que instituciones e intereses colectivos se desarrollen normalmente.

Las primeras dificultades dogmáticas que se advierten cuando se pretende 2029 abordar el análisis de la relación que debe existir entre el principio de lesividad y estos intereses supraindividuales, conciernen a la determinación de qué significa perjudicar un bien jurídico. Es evidente que, teniendo en cuenta la noción asumida de éste¹⁵⁷, no se trata de dañarlo en sentido natural, materialmente. La situación es clara en relación con los delitos de lesión en los que el bien jurídico es perjudicado en la medida en que el autor daña el objeto del delito. Las dudas se presentan respecto a los delitos de peligro y, aún más, en los llamados delitos de peligro abstracto. También se dan en relación con los delitos de omisión propia en los que se reprimiría la simple violación de un deber de actuar.

II. Noción de peligro

Mucho se ha discutido sobre la manera de concebir el peligro o la situación 2030 de peligro. En el lenguaje común, se entiende por peligro el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal” y por situación de peligro aquella que “aumenta la inminencia del daño”. En oposición a esta percepción objetiva, se percibe el peligro como el temor que tiene la persona

¹⁵⁷ Cfr. *supra* N° 58 ss.

concernida de que se produzca el daño que lo amenaza. Esta diferencia de perspectivas también se ha dado en el ámbito del derecho penal, en el cual además existen diversas maneras de definirlo en función de la categoría jurídica aplicada (p. ej., imputación objetiva, tentativa).

- 2031 Desde la concepción determinista que afirma que dadas todas las condiciones se producirá necesariamente un suceso, se ha sostenido que sólo hay lugar para la alternativa: el resultado se produce o no se produce. Las dudas de que uno de estos extremos se realice son debidas únicamente a la falta de información suficiente sobre la manera como se desarrollarán los hechos. De modo que el peligro no existe objetivamente; se trata sólo de un juicio de apreciación equivocada sobre la realidad¹⁵⁸. Así, la represión de los denominados delitos de peligro no es cuestión de dicho peligro objetivamente inexistente, sino más bien del sentimiento de seguridad tanto de las personas individuales como de la comunidad. Esta idea ha sido retomada, de cierta manera y en otro marco conceptual, cuando se sostiene que la represión de los delitos de peligro no tiene por objeto proteger directamente bienes jurídicos, sino más bien el interés distinto y autónomo a la seguridad sobre la existencia de los mismos. El titular del bien jurídico atacado vería cuestionado su interés de tener la seguridad de poder disfrutar de éste¹⁵⁹.
- 2032 La evolución de la noción de peligro muestra una tendencia favorable a la percepción objetiva de éste, es decir en tanto hecho real, apreciado de acuerdo con la experiencia y sin consideración de las impresiones personales de la persona concernida¹⁶⁰. Desde esta perspectiva predominante, la manera cómo se explica la noción general de peligro y los diferentes problemas relativos a los delitos de éste carácter se encuentra muy influenciada por la dogmática alemana, aún condicionada por los criterios establecidos por Binding. De acuerdo con su teoría sobre las normas, este autor distinguió tres clases de infracciones¹⁶¹: delitos de lesión relativos a las prohibiciones de lesión (*Verletzungsverbote*), delitos de peligro relacionados con las prohibiciones de peligro (*Gefährdungsverbote*) y delitos de desobediencia referidos a las simples prohibiciones (*Verboten*). Conforme a su opinión, sólo las dos primeras afectan bienes jurídicos; criterio que se comprende si se tiene en cuenta que este autor definía al bien jurídico (concebido desde

¹⁵⁸ DELITELA, 1969, p. 288 ss.; MEZGER/BLEI, 1977, p. 86.

¹⁵⁹ KINDHÄUSER, 1989, p. 163 ss.

¹⁶⁰ GALLAS, 1972, p. 176; HORN, 1973, p. 32 ss.

¹⁶¹ BINDING, 1916, I, p. 326 ss.; p. 339 ss.

una perspectiva material) y al peligro de manera bastante restringida. En la obra de Binding¹⁶², el peligro constituye siempre una agresión efectiva capaz de perturbar la existencia de los bienes jurídicos (*Erschütterung der Daseingewissheit*). En este sentido sólo admitió el delito de peligro, lo que le permitió delimitar mejor los delitos de desobediencia (que no perturban de verdad un bien jurídico).

Para reforzar su idea restringida de peligro, Binding¹⁶³ recurrió a un criterio matemático en la medida en que, sin admitir la idea de probabilidad, concebía a éste como un conflicto de posibilidades, en el que las condiciones favorables para que se produjera el perjuicio eran más importantes que las desfavorables. Acorde con ello, percibía al peligro como una situación objetiva (*Zustand*) producida causalmente y consistente en el estado de crisis en que se colocaba la existencia del bien jurídico, y no como la mera posibilidad de un perjuicio futuro. De modo similar, Schröder¹⁶⁴ afirma que el peligro es una situación en la cual una modificación insignificante (*geringfügige*) de las circunstancias en las que desarrollado el comportamiento hubiera dado lugar, necesariamente, al daño.

Esta concepción restringida de peligro es insuficiente. Uno de sus aspectos discutibles es el de concebirlo como un suceso o evento considerado en sí mismo y no en relación con hechos futuros e inciertos¹⁶⁵. Al configurar los delitos de peligro, la preocupación no se refiere a lo que ya ha sucedido en cuanto tal (una colisión de vehículos o la explosión de una granada), sino más bien a lo que podría haberse producido a consecuencia de esta situación fáctica (muerte o lesión de personas, daños a cosas). Esta posibilidad de perturbar bienes jurídicos ajenos es lo que se valora de manera negativa y, por lo tanto, la que debe evitarse. El aspecto decisivo del concepto de peligro radica entonces en la relación entre el suceso (considerado fuente de riesgos) y el mal futuro que pueda producirse¹⁶⁶. Esta relación, por lo demás, no tiene existencia autónoma, ya que depende de los factores extremos: el comportamiento y el probable perjuicio.

A diferencia del vínculo de causalidad, la relación referente al peligro es siempre un nexo de posibilidad y no de necesidad entre la fuente del riesgo

¹⁶² BINDING, 1916, I, p. 372 ss.

¹⁶³ BINDING, 1916, I, p. 382 ss., 389.

¹⁶⁴ SCHRÖDER, 1969, p. 13.

¹⁶⁵ PARODI, 1990, p. 182 ss.

¹⁶⁶ PARODI, 1990, p. 187 ss.; MILITELLO, 1984, p. 18 ss.

y el mal futuro. Esta relación (valorada de manera negativa por el orden jurídico) indica que, en las circunstancias en que tiene lugar, el comportamiento puede desarrollarse en un cierto sentido y causar un perjuicio. Hay, pues, incertidumbre respecto a si el daño se producirá o no. Esto se debe a que la situación se aprecia *ex ante*, esto es, en el momento en que se presenta, y de acuerdo con los limitados conocimientos que se tengan en ese instante (desconociendo, por ejemplo, algunas circunstancias porque aún no se habían verificado o porque no es posible esclarecer todas las condiciones del suceso). En el caso de la causalidad, hay que tener en cuenta, por el contrario, todos los conocimientos en el momento de proceder a su apreciación con posterioridad a los hechos.

- 2036 Además, el hecho de casi identificar el peligro con el resultado (en sentido técnico) hace que deban tenerse en cuenta, al comprobarse su existencia, todos los conocimientos disponibles en el momento del suceso. Sin embargo, este procedimiento desnaturaliza la categoría de peligro puesto que de esta manera se termina constatando si se ha o no producido un daño. El peligro sería admitido sólo cuando no se pudiera explicar por qué el perjuicio, que debía producirse según los conocimientos proporcionados por la experiencia y la ciencia, no tuvo lugar en definitiva. Esto conduciría a no admitir el peligro cuando la no consumación del daño fuera puramente casual.
- 2037 A nivel de la política criminal, la concepción restringida de peligro impediría que se ampliara la esfera de protección del derecho penal, pues, no se comprendería a los llamados delitos de peligro abstracto¹⁶⁷. Este tipo de peligro no estaría incluido en la indicada definición, de modo que si se estimara aún indispensable reprimirlo sería necesario elaborar otra noción del mismo. Pero ello implicaría trabajar con una duplicidad de conceptos que no es compatible con la unidad del sistema dogmático.
- 2038 Para superar estas dificultades se ha propuesto definir el peligro como la relación de posibilidad de que a partir de un suceso se derive un perjuicio futuro. Al respecto, el problema radica en determinar cómo debe comprenderse el factor posibilidad: incertidumbre de que el daño se produzca¹⁶⁸. Ante todo, debe descartarse la idea de que es suficiente cualquier posibilidad para evitar caer en el exceso de que poco importa la intensidad del

¹⁶⁷ Cfr. *infra* N° 2046 ss.

¹⁶⁸ GERMANN, 1942, p. 244, 247; STRATENWERTH/JENNY, 2003, § 4 N° 8; HURTADO POZO, 1997b, N° 483; WILFRAT, 1968, p. 240 ss.

riesgo (por más insignificante que sea) para calificar la situación de peligrosa. Además, hay que aceptar que la posibilidad en tanto tal no puede ser graduada de mayor o menor; antes bien, sólo las condiciones que hacen o no posible el perjuicio pueden ser calificadas de más o menos cercanas física y temporalmente a la producción del percance. Se trata entonces de un juicio de valor que expresa si la posibilidad es importante y seria o, por el contrario, insignificante. Esta apreciación está condicionada por el sentimiento social y jurídico predominante en un momento determinado en una sociedad dada¹⁶⁹, por lo que no constituye un criterio invariable. Por esto, en derecho penal, la verificación científica de la probabilidad de un perjuicio no es suficiente para admitir la realidad de un peligro. Su existencia ha de ser precisada normativamente mediante el juicio de valor indicado con anterioridad.

Aunque bastante difundido, no es conveniente adoptar el criterio consistente en aplicar de manera uniforme un concepto general para determinar si una circunstancia es peligrosa. Desde una perspectiva histórica, por ejemplo, se puede constatar que se han dado cambios esenciales en cuanto a la apreciación de lo que se consideraba inocuo para la salud de las personas o para el medio ambiente y que ahora se estima que no lo es. Tratándose de bienes personales como la salud, hay que tener en cuenta la importancia del bien y el tipo de perjuicio que se puede sufrir; mientras que respecto a los materiales (p. ej., el patrimonio), hay que considerar, además, el número de objetos afectados. Al respecto, juega un papel decisivo el tipo penal; por ejemplo, para admitir el peligro que amenaza la vida de una persona individual, conforme al art. 126, el grado de probabilidad de que se produzca el perjuicio que se busca evitar debe ser mayor que en el caso de la probabilidad de que se desencadene el derrumbamiento de una represa (art. 277). Es decir, en cuanto a este último caso, una violación mínima de las medidas de seguridad puede considerarse suficiente para la consumación del tipo legal (de puesta en peligro de la vida y salud de las personas o de bienes patrimoniales).

En derecho penal, la noción de peligro no es uniforme. Su contenido, amplitud y determinación están relacionadas con el ámbito en que es aplicada: tentativa, legítima defensa o estado de necesidad, delitos culposos, etc. Merece especial mención el criterio del riesgo permitido por ser utilizado, con relativa frecuencia, como límite para afirmar o negar la existencia del

¹⁶⁹ BUSTOS/POLITOFF, 1968, p. 42.

riesgo. Si bien este criterio es útil para delimitar las condiciones que permiten imputar objetivamente un perjuicio al autor de un acto o precisar si éste ha obrado con culpa, no es suficiente para precisar la noción de peligro, puesto que el grado de probabilidad necesario para que el mismo exista, está en relación con la índole dañina de la infracción y con el momento en el que, mediante la interpretación teleológica, se busca verificar si el acto es esencialmente perjudicial para el interés protegido. El peligro es determinado en relación directa con el comportamiento concreto (singular), mientras que constatar si se ha superado el riesgo permitido requiere un juicio de valor sobre la índole general del comportamiento.

- 2041 Concebido el peligro como una relación de probabilidad entre un acto y un perjuicio futuro (en la que el factor probabilidad es variable), hay que admitir que se trata de una noción normativa, en el sentido de que sus diversas acepciones están determinadas por cada uno de los preceptos (de la parte general o especial del Código), en los que se le asigna un papel diferente. Por ejemplo, en relación con los tipos legales el peligro puede aparecer como un presupuesto del delito (art. 452, inc. 4), como calificativo del comportamiento (art. 451, inc. 1), atributo del objeto del delito (art. 289) o como resultado del delito (art. 282). Sin embargo, en la interpretación y en la aplicación deben considerarse, de manera particular, además de la función atribuida al peligro, los criterios constitucionales de la prevención y de la proporcionalidad de la represión penal.

III. Clases de delitos de peligro

- 2042 El legislador, de acuerdo con la experiencia y el nivel de los conocimientos científicos, considera que determinados comportamientos son idóneos para perjudicar bienes jurídicos. Su interés en reprimirlos radica en la idea de que para protegerlos con eficacia es indispensable adelantar la barrera de protección. En lugar de esperar la producción de un daño real (resultado material), estima que es mejor intervenir en el momento previo a que se produzca este suceso, es decir, cuando el agente crea una situación que pueda producirlo (situación de peligro)¹⁷⁰. De esta manera, por ejemplo, la protección del bien jurídico vida se organiza en tres niveles: primero, contra los ataques directos destinados a dar muerte a una persona (homicidio, art. 106); segundo, contra los ataques indirectos consistentes en

¹⁷⁰ CHAVANNE, 1969, p. 128.

crear un riesgo individual para la víctima (exposición a peligro de muerte, art.125); y, tercero, contra los ataques indirectos a bienes colectivos que son indispensables para que las personas vivan en seguridad (adulteración de sustancias o bienes, art. 287).

Si bien la gran parte de autores están de acuerdo sobre la necesidad de au- 2043
mentar de este modo la protección, sobre todo, de los bienes jurídicos más importantes y de aquellos cuya recuperación sería imposible, difícil, lenta o costosa, las divergencias surgen cuando se trata de determinar hasta dónde puede ir el legislador sin que se le reproche faltar al principio de lesividad. En otras palabras, cuándo puede afirmarse que ha incriminado una acción de manera tal que la ha vaciado del contenido que debe tener de acuerdo con el citado principio.

1. Peligro concreto

Se considera como delito de peligro concreto, la infracción definida en el 2044
tipo legal constituida por una acción que produce una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico. Esta última es, en consecuencia, el resultado (elemento constitutivo del tipo legal objetivo). En efecto, al igual que ocurre con los delitos de lesión, en los delitos de peligro concreto el tipo legal prevé, como elemento constitutivo de la infracción, una modificación del mundo exterior, física y cronológicamente, diferente de la acción incriminada. Por eso, la cuestión de la causalidad y de la imputación objetiva se plantea de la misma manera que en relación con los delitos de lesión. Sin embargo, a diferencia de éstos, en donde el objeto del delito (cosa, persona, etc.) es directamente afectado por el quehacer delictuoso, en los delitos de peligro concreto dicha modificación sólo consiste en la creación de una situación que puede dar lugar a un perjuicio respecto al objeto del delito.

En los delitos de peligro concreto, el legislador respeta el principio de le- 2045
sividad cuando condiciona la represión de la acción a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. La situación es clara en casos como el de la exposición al peligro de muerte del art. 125. Aunque la descripción contenida no tenga la misma precisión respecto a la producción de un peligro, no hay mayores dificultades para concluir que éste también es una condición de la represión cuando el mismo texto legal permita esta interpretación. Así, si bien en el art. 286 se reprime a quien "envenena, contamina o adultera aguas o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al consumo", sin

indicarse que debe ponerse en peligro a las personas, hay que admitir que no se busca sancionar cualquier tipo de tales acciones, sino sólo aquellas que por su magnitud supongan un daño inminente para la salud pública, ya que están “destinadas al consumo”. Así mismo, cuando en el art. 280 se sanciona a quien “ejecuta cualquier acto que pone en peligro la seguridad de naves, aeronaves, construcciones flotantes o de cualquier otro medio de transporte colectivo o de comunicación destinado al uso público”, hay que aceptar que para comprobar que el acto cometido por el agente “pone en peligro la seguridad de naves” es indispensable constatar que implicaba también un peligro para los usuarios. De ahí se sigue que el tipo legal no debe considerarse realizado si el comportamiento del autor no alcanzó este nivel de peligrosidad debido a que no se dieron las circunstancias propias para poner en peligro la seguridad pública (bien jurídico protegido).

2. Peligro abstracto

- 2046 A diferencia del delito de peligro concreto, el de peligro abstracto¹⁷¹ no supone alteración alguna del mundo exterior diferente e independiente de la acción en que consiste. Por lo tanto, se consuma con la realización de la acción reprimida por peligrosa¹⁷². El peligro, así visto, aparecería como la *ratio* que ha motivado al legislador para incriminar la conducta¹⁷³.
- 2047 El legislador, basándose en los conocimientos adquiridos por la experiencia y las ciencias, comprueba la existencia de comportamientos riesgosos para los bienes jurídicos. Esta constatación lo lleva a prohibir dichas acciones sin que sea necesario verificar si el peligro se ha dado efectivamente, ya que lo que se pretende es bloquear su fuente (la realización de comportamientos como el descrito en el tipo legal). Se trata, pues, de un peligro general y difuso, y no de uno efectivo y real, propio de los delitos de peligro concreto.
- 2048 Debido a que su ejecución no implica perturbación real de un bien jurídico, los delitos de peligro abstracto sólo serían infracciones de desobediencia y, en consecuencia, delitos de pura actividad¹⁷⁴. Esta manera de entender los delitos de peligro abstracto, no obstante, olvida que también los hechos

¹⁷¹ LUZÓN, 1996, p. 314; MARTÍNEZ-BUJAN, 1999, p. 108 ss.

¹⁷² PEÑA CABRERA, 1995, p. 281.

¹⁷³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 II 2; JAKOBS, 1991, 6/86 ss.; ROXIN, 2006a, § 11 N° 161; HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 306 ss. N° 3a ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 8 N° 43.

¹⁷⁴ HORN, 1973, p. 27 ss.

punibles de pura actividad son comportamientos que deben ser reprimidos en la medida en que afectan bienes jurídicos. Dicho de otra manera, si bien la finalidad de los delitos de peligro abstracto consiste en ampliar la intervención del derecho penal para proteger con más eficacia ciertos bienes jurídicos, ello no significa que haya que acudir a los delitos de ésta clase para reprimir comportamientos inofensivos, en donde no se respeta del todo el principio de lesividad. Sin embargo, hay que considerar así mismo que frente a las nuevas necesidades de protección penal se dan casos en los que los intereses a salvaguardar (medio ambiente, economía nacional, mercado de valores, etc.) no pueden ser afectados en el sentido aceptado desde hace tiempo. Por esta razón, el hecho típico sólo puede concebirse como la violación de obligaciones jurídicas; sin tenerlas en cuenta, no podría determinarse cuáles son los comportamientos ilícitos¹⁷⁵.

No obstante, no basta permanecer en el nivel formal afirmando que el peligro sólo es la *ratio legis* y que resulta suficiente constatar que el comportamiento ha sido realizado para asentar que se ha consumado el tipo legal. En la medida en que éste es elaborado por el legislador para reforzar una norma y alcanzar un objetivo (no comportarse de manera peligrosa y evitar dañar bienes jurídicos de terceros), estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta para verificar si la acción está comprendida concretamente en el tipo legal. Es decir, para aplicarlo, el juez debe comprobar, en atención al bien jurídico, si el comportamiento reúne los requisitos exigidos (en especial, el carácter peligroso que el legislador ha tenido en cuenta para incriminar su simple ejecución). No es suficiente, en consecuencia, la simple violación de la obligación de obrar, sino que se requiere una acción que, objetivamente, esté impregnada de amenazas para el bien jurídico¹⁷⁶.

En esta perspectiva, el principio de lesividad sería violado cuando el delito de peligro abstracto esté previsto como la mera desobediencia de determinados mandatos del orden jurídico. Por ejemplo, el conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad (art. 274); el fabricar, almacenar, suministrar o tener en su poder bombas o armas ilegítimamente (art. 279); el violar las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para la introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootia o plaga (art. 292); el depositar, comercializar o verter desechos industriales o domésticos en lugares no autorizados o sin cumplir

¹⁷⁵ Cfr. TIEDEMANN, 1969, p. 28.

¹⁷⁶ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 462, 469.

con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente (art. 307). Formalmente, para considerar consumadas estas infracciones bastaría verificar que el agente ha cometido uno de los comportamientos indicados en los tipos legales, sin que sea necesario comprobar que alguna persona fue puesta en peligro fuera del propio autor. Esta interpretación estaría justificada porque el legislador ha considerado, de acuerdo con la experiencia, que dichas acciones son en sí peligrosas. Sin embargo, tal planteamiento no satisface, pues, lo cierto es que bajo esta presunción *juris et de iure* se reprimen comportamientos que no perjudican a los bienes jurídicos¹⁷⁷. Por esto se impone interpretar los tipos legales concernidos a luz del principio de lesividad, otorgándoles, en consecuencia, un substrato material. El simple acto de verter desechos domésticos en un lugar no autorizado no realiza el tipo legal del art. 307, ya que es indispensable que la acción sea de tal magnitud que represente al menos un peligro para el medio ambiente; de lo contrario no se explicaría por qué el legislador reprime como falta el hecho de arrojar “basura [desechos domésticos] en la calle o a un predio ajeno [lugar no autorizado]” (art. 451, inc. 6).

- 2051 No es acertado, por lo afirmado, hablar de peligro presunto para referirse al delito abstracto¹⁷⁸. Esta última expresión es más precisa en la medida en que denota la represión de diversos comportamientos que tienen como especificidad común la de implicar un riesgo para los bienes jurídicos, sin tener en cuenta las características particulares del caso concreto. De esta manera, no se trata, como en el caso de la presunción (peligro presunto), de equiparar actos diversos entre sí con el fin de tratarlos de la misma manera, como si todos fueran peligrosos. Lo que hay que afirmar, en buena cuenta, es que el peligro abstracto, por ser el fundamento de la disposición penal, no debe ser verificado aplicando los criterios utilizados para constatar el peligro concreto, sino más bien empleando parámetros diferentes y más generales. En esta perspectiva, no hay que buscar cuál es la calidad intrínseca que distingue los delitos de peligro concreto de los de peligro abstracto, sino determinar qué criterios debe aplicar el juez para, según el grado de concreción o de abstracción, distinguir las dos formas de delitos de peligro.
- 2052 Sin embargo, queda abierta aún la interrogante de si, en situaciones excepcionales, es o no conveniente recurrir a la técnica de los delitos de peligro

¹⁷⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 469; MÉNDEZ, 1993, p. 134; Cfr. WESSELS/BEULKE, 2001, N° 29.

¹⁷⁸ TORIO, 1981, p. 838 ss.; Cfr. MIR PUIG, 1998, p. 209.

abstracto. La respuesta parece ser afirmativa en los casos, primero, de ciertos bienes colectivos que por lo general no pueden ser perjudicados por acciones individuales. Así sucede con el bien jurídico medio ambiente. En el ejemplo que venimos de proponer, la peligrosidad de la acción individual, de cierta importancia, debe deducirse, según los criterios debidamente confirmados por la experiencia, de su efecto acumulativo con el de otras acciones de la misma clase (arrojar deshechos). En segundo lugar, también parece conveniente acudir a la técnica de los delitos de peligro abstracto, cuando según el estado actual de los conocimientos científicos se afirma el carácter peligroso general de algunas acciones, sin llegar a demostrarlo en los casos concretos. Este criterio permite comprender mejor el art. 288 que reprime a quien, por ejemplo, pone en venta o en circulación, un producto, a sabiendas, de que su consumo o empleo “puede comprometer la salud de las personas”. El término comprometer debe entenderse, entonces, en el sentido de que de manera general se sabe que el producto es peligroso, pero no se puede comprobar su peligrosidad respecto a cada hecho particular. Este riesgo general basta para admitir que la acción perturba el bien jurídico salud pública. La situación es, por el contrario, diferente respecto al art. 294 que reprime a quien, “teniendo autorización para la venta de sustancias medicinales, las entrega en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o distinta a la declarada o convenida o vencido el plazo que garantiza su buen estado”. Aquí, no se dan ninguna de las dos hipótesis señaladas (necesidad especial de proteger un bien colectivo o incapacidad científica de probar el peligro en el caso concreto); se trata más bien de una simple infracción de desobediencia que debe ser interpretada en el marco del principio de la lesividad. Así, por ejemplo, el farmacéutico que entrega en lugar del medicamento indicado en la receta médica, otro de mejor calidad no sólo no crea un peligro, sino que más bien actúa en provecho de la persona concernida. En consecuencia, su comportamiento no puede ser reprimido a pesar de que cumple formalmente con la descripción del tipo legal, por no perjudicar el bien jurídico salud pública.

En todo caso, debe evitarse la utilización del derecho penal, sabiendo que 2053 no será eficaz en la práctica, como instrumento de formación de una conciencia cívica en las personas (derecho penal simbólico)¹⁷⁹. La represión prevista en la norma no está entonces dirigida a la protección real de un bien jurídico, si no que tiene sobre todo por objeto intimidar a autores

¹⁷⁹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 467 ss.; HASSEMER, 1991, p. 23 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 29.

potenciales y, además, tranquilizar a la comunidad frente a determinado fenómeno delictivo mostrando la capacidad del Estado para solucionar este problema. Esto no significa negar el papel simbólico que tiene la amenaza penal en el sistema de control de éste carácter, pero si rechazar que se recurra al derecho penal sólo para que cumpla un mero papel como el descrito. Proceder de esta manera implica propiciar la manipulación política del poder punitivo y debilitar el efecto limitador del principio de lesividad.

3. Peligro colectivo: concreto y abstracto

- 2054 En oposición al peligro individual, el peligro colectivo fue concebido inicialmente como el desencadenamiento de fuerzas naturales cuyos posibles daños en detrimento de las personas y de las cosas escapan, total o parcialmente, al control de quien lo ocasiona. Esta noción es demasiado restringida porque la situación peligro caracterizada por su amplitud, su carácter incontrolable e indeterminable, puede ser provocado por otros medios, como por ejemplo la utilización de armas, maquinarias, sustancias químicas.
- 2055 El factor determinante es más bien el comportamiento mismo del agente y la representación que éste tiene tanto de su accionar como de los perjuicios que puede ocasionar. El número de personas y bienes afectados por la situación riesgosa no es decisivo. Pero deben representar, aunque escogidos al azar, la colectividad en general. Puede entonces tratarse aún de un número determinado de personas, siempre y cuando no constituyen las víctimas que el agente quiere poner en peligro en particular. Por ejemplo, el lanzamiento de un explosivo contra un avión lleno de pasajeros crea también un peligro colectivo para otras personas o sus bienes. Observado el comportamiento *ex ante*, pone en peligro personas que son percibidas como representantes de la colectividad o comunidad. Este peligro es colectivo a pesar que, analizado *ex post* el suceso, una sola persona haya sido realmente puesta en peligro¹⁸⁰.
- 2056 Un aspecto importante del peligro colectivo se refiere al bien jurídico, ya que si bien los delitos de peligro de éste carácter constituyen también barreras de protección de los bienes jurídicos individuales, esta protección se efectúa garantizando la permanencia de bienes jurídicos denominados colectivos. Por ejemplo, el delito de incendio (art. 273) es reprimido con la

¹⁸⁰ STRATENWERTH/BOMMER, 2008, 4. Kapitel, N. 5.

finalidad de proteger la seguridad pública, aunque implica también la protección, en segundo plano, de la vida, salud y patrimonio de las personas. Lo mismo se puede afirmar respecto a la protección del medio ambiente: la represión del delito de contaminación del agua o del aire (art. 304) se orienta a preservar las buenas condiciones naturales para que las personas se desarrollen normalmente. Sin embargo, la dificultad está en precisar en qué consisten cada uno de los bienes jurídicos colectivos.

Entre la manera de concebir el peligro colectivo y la de percibir el bien jurídico de éste género existe una relación estrecha; la cual está condicionada por la manera como ha sido regulado cada uno de los delitos considerados de peligro colectivo. En todo caso, teniendo en cuenta que el peligro es una relación de probabilidad de un resultado incierto entre la acción y el futuro perjuicio, hay que considerar que la valoración de los actos incriminados por su índole riesgosa implica siempre una cierta abstracción de la realidad, la misma que debe estar acompañada de algún componente de concreción. 2057

Poco importa además que se pueda o no identificar a la persona o bien que estuvo en peligro. Si se buscara individualizar el objeto de la tutela penal y concretar lo más posible el peligro, los tipos legales de los delitos de peligro colectivo serían desnaturalizados y; de esta manera, se les despojaría de toda eficacia para proteger los bienes jurídicos colectivos. 2058

El peligro colectivo se presenta también como peligro concreto o como abstracto. Los tipos legales de peligro colectivo concreto suponen el reenvío a las normas generales de la experiencia para verificar si se ha realizado una probabilidad importante de que se produzca el perjuicio futuro (delito de resultado). Mientras que por intermedio los tipos legales de peligro colectivo abstracto se remite a comportamientos o sucesos generalmente peligrosos (delitos de pura actividad), mediante la descripción expresa en la ley. 2059

§ 19 Proceso ejecutivo del delito (*iter criminis*)

I. Nociones preliminares. II. Etapas del iter criminis. III. Actos preparatorios. 1. Noción. 2. Fundamentos de la impunidad. 3. Excepciones a la regla de la impunidad. IV. Tentativa. 1. Fundamento de punibilidad de la tentativa. a. Criterio objetivo. b. Criterio subjetivo. c. Criterio mixto. d. Desobediencia de la norma. e. Apreciación. 2. Regulación legislativa. 3. Elementos de la tentativa. a. Elemento subjetivo. b. Elemento objetivo: comienzo de ejecución. b.1. Criterio formal objetivo. b.2. Criterio material objetivo. b. 3. Criterio subjetivo. b.4. Criterios mixtos. c. No realización de la consumación. d. Idoneidad de la acción. 4. Jurisprudencia. 5. Tentativa y delito agotado. V. Desistirse de ejecutar e impedir la consumación. 1. Regulación legislativa. 2. Tentativa acabada e inacabada. 3. Abandono de la ejecución (desistimiento). 4. Impedir la producción del resultado. 5. No consumir el delito. 6. Voluntariedad. 7. Fundamentos de la impunidad. 8. Tentativa fracasada. 9. Reparación espontánea del daño y confesión sincera. 5. Jurisprudencia. V. Delito imposible. 1. Noción. 2. Aspecto subjetivo. 3. Aspecto objetivo. a. Comienzo de ejecución. b. Consumación imposible. 4. Tentativa irreal o supersticiosa. 5. Jurisprudencia. 6. Delito putativo. 7. Imposibilidad por sujeto activo inapropiado. VI. Regulación de la pena en caso de tentativa. 1. Sistemas legales. 2. Legislación nacional. 3. Pena por el delito realmente cometido.

I. Nociones preliminares

Conforme al principio de la legalidad, si el acto ejecutado no cumple con todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, el autor no debe ser castigado. Por ejemplo, el art. 185 establece que comete un hurto el que, “para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, substrayéndolo del lugar donde se encuentra”. Según esta disposición legal, el ladrón debe, mediante un acto de sustracción, apoderarse de una cosa mueble que no le pertenezca ni total ni parcialmente. Es el caso de quien penetra en una casa ajena, sustrae joyas de la caja fuerte y esconde su botín en un lugar seguro para utilizarlo después. Actuando de esta manera, se ha apoderado de un bien mueble ajeno substrayéndolo del lugar donde se encontraba. 2060

Consumar un hurto, como cualquier acción, implica un proceso más o menos largo, en el que pueden distinguirse diferentes etapas. Se inicia con la toma de decisión por parte del agente de perpetrar el hurto (luego de sopesar el pro y el contra), 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). En doctrina este proceso ejecutivo del delito es denominado *iter criminis*. 2061

II. Etapas del *iter criminis*

La deliberación, primera etapa, que culmina con la toma de decisión de cometer la infracción, se desarrolla en el mundo interno del agente. Puede ser 2062

casi instantánea (la ocasión hace al ladrón) o durar un lapso más o menos largo (meditación). En doctrina existe unanimidad respecto a la impunidad de quien se limita a deliberar sobre las posibilidades de cometer una infracción, aun cuando tome la decisión de ejecutarla y la comunique a terceros, pero no llega a materializarla mediante actos concretos¹⁸¹. Imposible reprimir, sin recurrir a un sistema inquisitivo, sobre solo la idea o la voluntad de cometer un delito.

- 2063 La etapa siguiente está constituida por los actos preparatorios, primera manifestación exterior de la resolución criminal. embarguen principio, se admite que no son lo suficientemente inequívocos como para poder justificar la intervención penal (p. ej., el acopio de informaciones o la compra de una ganzúa para abrir puertas).
- 2064 La tentativa es la tercera etapa y se da cuando “el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer” (art. 16). En el ejemplo dado líneas arriba, el agente no sólo adquiere los instrumentos para penetrar en la casa de la víctima y abrir el cofre (actos preparatorios), sino que realiza los actos de ejecución (tentativa) cuando abre la puerta del inmueble para entrar en el mismo.
- 2065 La primera dificultad consiste en distinguir los actos preparatorios de la tentativa¹⁸², pues, la necesidad de reprimirla es admitida sin discusión. Esta distinción implica determinar si el agente será o no sancionado penalmente; puesto que los actos preparatorios son, en principio, impunes. Para poder reprimir la tentativa (por exigencias del principio de la legalidad) ha sido necesario que el legislador la prevea expresamente (art. 16). Desde el punto de vista técnico, esta regulación significa una ampliación de los tipos legales, por lo que la disposición precitada debe ser entendida en tal sentido. En efecto, la circunstancia de comenzar “la ejecución de un delito” alude de manera directa a una acción prevista en la ley como hecho punible. Esta vinculación legal al tipo de los actos previos a la consumación de la infracción constituye una garantía fundamental del derecho penal liberal.

¹⁸¹ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2003, p. 27 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 3; SEELMANN, 2005, p. 113 ss. Es interesante recordar el art. 38, inc. 2, CP de 1924, en el que, conforme al modelo helvético, se regulaba la caución de buena conducta, esta disposición no fue aplicada. Sobre el derecho suizo, ver: PHILIPPE GRAVEN, 1967; CLERC, 1981, p. 37.

¹⁸² BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 45; TRECHSEL, 2008, art. 22 N° 3 ss.; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO y otros, 1997, p. 536 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 338 ss.

La cuarta etapa es la consumación, la cual constituye la referencia que permite ordenar las diversas etapas del proceso ejecutivo del delito. Consiste en la realización completa de los elementos del tipo legal objetivo. Según el art. 185, por ejemplo; el ladrón debe haber realizado la acción indicada por el verbo principal del tipo legal, o sea apoderarse de un bien ajeno (joyas), mediante un acto de sustracción. Esta noción técnica de la consumación, condicionada por el tipo legal, no coincide del todo, sin embargo con la noción admitida en la vida ordinaria. En ésta, se considera consumado el hurto cuando el ladrón ha obtenido un provecho económico. En el art. 185 esta circunstancia no constituye un elemento objetivo de tipo legal y, por lo tanto, no es necesario que se produzca. Según dicha disposición legal, es suficiente que el agente haya obrado con el afán de enriquecerse ilícitamente.

En doctrina se distingue el agotamiento del delito, como fase posterior a la consumación del mismo. Se le denomina también consumación material, oponiéndola así a la consumación formal o legal, que es la se desprende de la literalidad del tipo legal. En el ejemplo dado, habrá consumación (legal o formal) cuando el ladrón se apodera de las joyas con ánimo de lucro, y agotamiento (consumación material) cuando logra venderlas y así obtener dinero. Esta distinción entre consumación y agotamiento es importante para la admisión o rechazo de algunas circunstancias agravantes o de la participación delictiva, puesto que, como se verá, ésta es, en principio, posible sólo hasta la fase de la consumación.

III. Actos preparatorios

1. Noción

En principio, deben considerarse como actos preparatorios aquellos que hacen posible el inicio de la acción delictuosa, creando las condiciones previas adecuadas para el comienzo de la ejecución. Su simple percepción, sin conocer el plan del agente, no permite afirmar que se hallan, física y temporalmente, en la inmediatez del inicio de la realización típica¹⁸³.

La conducta humana no es un suceso sólo material, por lo que es imposible distinguir actos que sean de por sí actos preparatorios. De conformidad a lo ya afirmado, se trata de una calificación normativa que depende del

¹⁸³ JIMÉNEZ DÍAZ, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 780 ss.

tipo legal concernido y del plan de acción del autor. Sin embargo, conviene indicar como ejemplos ciertos actos que, por lo general, pueden recibir tal calificación: la fabricación o adquisición de instrumentos para cometer un delito, la elaboración de un plan de acción, la inspección del lugar de omisión de la infracción, el hecho de espiar a la futura víctima.

- 2070 Además, es de recordar que desde hace mucho, se ha establecido, en las partes especiales de los códigos penales, la represión de ciertos actos preparatorios en relación con determinados delitos. Así, en nuestro Código, basta citar como ejemplos los arts. 255 (fabricar, poseer, importar útiles o instrumentos para falsificar moneda), 292 (violar medidas referentes a la introducción en el país o la propagación de una enfermedad, epizootia o plaga), 296 (comercializar materias primas destinadas a elaborar drogas), 311, inc. 2 (ofrecer en venta áreas intangibles con fines urbanos). También vale la pena citar los casos relativos a la represión del terrorismo y del tráfico de drogas.

2. Fundamentos de impunidad

- 2071 La impunidad de los actos preparatorios es generalmente admitida, sobre todo, porque no constituyen una manifestación suficiente de la voluntad criminal y del fin que el autor persigue. Se trata de una exigencia dictada por la seguridad jurídica. Por esto tampoco debe aplicarse la pura concepción subjetiva para distinguir la tentativa de los actos preparatorios. Mediante los actos preparatorios se sobrepasa el límite de la fase interna del *iter criminis* (etapa deliberativa), pero no se alcanza aún un nivel que permita afirmar que su acción se halla en estrecha e inmediata conexión con la realización típica.
- 2072 El código no contiene disposición que defina los actos preparatorios, ni que prevea expresamente su impunidad. Ésta se desprende del límite genérico establecido para la intervención penal: el comienzo de la ejecución de un delito. Sin embargo, en contradicción injustificada a este criterio, fueron regulados en el CJM de 1980¹⁸⁴. En su art. 8, último párrafo, se especificaba, reproduciendo el texto del art. 3, inc. 3, del CP de 1863, que “hay actos preparatorios cuando, antes de dar principio a la ejecución directa del delito, practica el culpable algunos hechos como medio para perpetrarlo”. Además, en su art. 9, inc. 2, se disponía la impunidad de tales actos, “salvo

¹⁸⁴ DL N° 23214, del 26 julio de 1980. Estas disposiciones no figuran más en el CJMP.

cuando medie confabulación”¹⁸⁵ y, en la misma disposición se prescribía que hay confabulación “cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito”¹⁸⁶.

Esta regulación refleja la vieja influencia española. Recordemos que aún en 2073 el CP español, se prevé la punición de algunos casos de actos preparatorios. Así, se regula, en el art. 18, inc. 1, la provocación (“cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilita la publicidad, ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”) ¹⁸⁷ y, en el art. 17, la conspiración (“cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven cometerlo”).

3. Excepciones a la regla de la impunidad

Nuestro legislador ha previsto la represión excepcional de ciertos actos 2074 preparatorios, Por ejemplo, destruir o alterar los linderos de un inmueble “para apropiarse de todo o en parte” del mismo (art. 202, inc. 1) y el hecho de turbar la posesión de un inmueble con violencia y amenaza (art. 202, inc. 3) en relación con el delito de usurpación; el hecho de ejecutar “actos de cultivo, promoción, facilitación o financiación de plantaciones de adormidera” (art. 296-D) por lo que se refiere al delito de tráfico de drogas; el hecho de practicar “un acto dirigido a someter a la República...” (art. 325), como delito contra la seguridad nacional y de traición a la patria; el hecho de tomar “parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer los delitos de rebelión o sedición o motín” (art. 349)¹⁸⁸, entre los delitos contra los Poderes del Estado y el orden constitucional. Como delito contra la seguridad pública se sanciona a quien “fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, o sustancias o materiales destinados para su preparación...” (art. 279). Por lo que se refiere a los delitos contra la fe pública, se pena al que “a sabiendas fabrica o introduce en la República o

¹⁸⁵ Ver CP de 1863, art. 4, inc. 2.

¹⁸⁶ En el art. 3, último párrafo, del CP de 1924, se exigía que los agentes celebren “con tal fin dos o más reuniones” y se refería a “algunas personas”, sin hacer mención de su número mínimo.

¹⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES Y OTROS, 1996, p. 122 ss.

¹⁸⁸ Esta disposición hace recordar la represión de la confabulación en los CJM y CP de 1924. En cuanto al Código Penal vigente, art. 349, la reprime sólo en relación con todos los delitos de rebelión, sedición o motín.

conserva en su poder máquinas, cuños o cualquiera otra clase de útiles o instrumentos, destinados a la falsificación de timbres, estampillas, marcas oficiales o cualquier especie valorada...". (art. 439).

- 2075 No deben calificarse de delitos *sui generis* estos casos excepcionales en los que el legislador reprime los actos preparatorios. Hacerlo podría llevar a pensar que la represión de la tentativa de actos preparatorios es posible¹⁸⁹.
- 2076 Además, hay que tener en cuenta que ciertos actos, que considerados independientemente podrían ser calificados de preparatorios, son reprimidos muchas veces a título de actos de complicidad. Sucede así, por ejemplo, con el hecho de entregar el arma al homicida¹⁹⁰.
- 2077 Para combatir la criminalidad violenta y organizada, algunos países han decidido reprimir los actos preparatorios en relación con ciertos crímenes graves. Esto constituye una de las manifestaciones del denominado "derecho penal de la puesta en riesgo"¹⁹¹. En vista de la importancia que ha tenido el derecho penal suizo en nuestro medio, resulta conveniente indicar que después de largas e intensas discusiones, se incluyó en la parte especial del CP helvético, la figura delictiva de los actos preparatorios delictuosos ("*actes préparatoires délictueux*")¹⁹². Se incrimina el hecho de haber adoptado, conforme a un plan preconcebido, medidas concretas de orden técnico o de organización, las cuales indican, por su naturaleza y amplitud, que el agente se disponía a ejecutar el acto delictivo¹⁹³. Por ejemplo, según esta fórmula, un acuerdo entre delincuentes para cometer una de las infracciones enumeradas por la ley (homicidio simple, asesinato, lesiones corporales graves, robo o rapiña, secuestro, raptó, toma de rehenes o incendio intencional) no es suficiente. Además, es necesaria la existencia de un plan, conforme al cual el agente debe desarrollar una cierta actividad. Se trata, por ejemplo, de la adquisición progresiva de armas o de fondos, o el acopio de informaciones sobre el lugar del delito. 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

¹⁸⁹ WAIBLINGER, 1958, N° 1199, p. 4.

¹⁹⁰ Cfr. *infra* N° 2336.

¹⁹¹ HASSEMER, 1989b, p. 88.

¹⁹² TRECHSEL, 2008, art. 260bis, N° 1 ss.; respecto a España, SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 149 ss.; OLMEDO, p. 866 ss.

¹⁹³ Art. 260 bis de la ley federal que modifica el CP suizo, del 9 de octubre de 1981, en vigencia desde el 1° de octubre de 1982.

que implique ya un daño irreparable. Así, no es indispensable esperar que los malhechores -dispuestos a pasar a la acción- inicien el comportamiento delictivo. Pero la definición elaborada no es bastante clara y no es del todo conforme al criterio de seguridad jurídica. En Suiza, los problemas que pueden surgir están relacionados con el criterio subjetivo, utilizado para distinguir, justamente, la tentativa de los actos preparatorios. Teniendo en cuenta la realidad social y política de países como el nuestro, en nuestra opinión, la inserción de una disposición similar en nuestra legislación penal no es recomendable.

De manera diversa, en razón de la diferencia de disposiciones legales, en 2078 la jurisprudencia nacional¹⁹⁴ se ha afirmado, por ejemplo, que “si bien resulta evidente que en los agentes existía intención criminal de perpetrar un ilícito penal, por el hecho objetivamente incontrovertible del hallazgo [de dos revólveres..., provistos cada uno de seis municiones calibre 38; además de dos pasamontañas, dos gorras de color celeste, dos linternas de mano, entre otras especies consignadas en el acta de registro vehicular], ello por sí mismo no resulta reprochable penalmente, en tanto que constituyeron actos preparatorios dentro del ‘iter criminis’; caracterizados por el conjunto de actos donde el autor dispone de los medios elegidos, con el objeto de crear condiciones para alcanzar el fin que se propone, que precede a la fase ejecutiva del ilícito; de tal manera que resultan atípicos”.

IV. Tentativa

1. Fundamentos de la punibilidad de la tentativa

La manera como se justifique la represión de la tentativa restringe o extiende 2079 de el ámbito de la punición. *Grosso modo*, dos perspectivas se oponen: la objetiva y la subjetiva. Adoptar una u otra significa, en buena cuenta, fundamentar la represión de los hechos en los que se materializa la voluntad delictuosa¹⁹⁵.

a. Criterio objetivo

Según esta tendencia, el fundamento de la represión de la tentativa reside 2080 en la puesta en peligro del objeto de la acción delictuosa (p. ej. la persona

¹⁹⁴ ES del 12 de abril de 2004, RN N° 3540-2003 Cañete, Cfr. SAN MARTIN, 2006, p. 277.

¹⁹⁵ Cfr. BACIGALUPO, Arts. 15, 16, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 114 ss.

a la que se quiere lesionar). Dicho de otra manera, los actos que exteriorizan una resolución delictiva sólo deben ser calificados de tentativa desde que constituyen un peligro concreto¹⁹⁶. Esto sucede con claridad cuando se comienza a ejecutar la acción indicada por el verbo principal del tipo legal. Por ejemplo, en el homicidio: lesionar a la persona que se quiere matar; en el robo, ejercer violencia sobre la víctima o amenazarla.

- 2081 Sus partidarios¹⁹⁷ buscaban precisar si los actos ejecutados eran o no peligrosos, distinguiendo entre tentativa idónea o no idónea. De modo a aceptar la represión de esta última, pero excluir la tentativa absolutamente no idónea (delito imposible) y, en consecuencia, afirmar la impunidad de los actos preparatorios. El legislador ha seguido este criterio al establecer la impunidad del delito imposible (art. 17), conforme al principio según el cual “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos” (art. IV). Así, admite que si bien se da la tentativa, no es, sin embargo, justificado reprimir al agente. Cuestión distinta es saber cómo se determina si tal comportamiento, constituye una tentativa o sólo actos preparatorios.

b. Criterio subjetivo

- 2082 Sus defensores¹⁹⁸ sostienen que la voluntad criminal es el factor determinante que justifica la punición de la tentativa. El agente pone en evidencia que ataca un bien jurídico protegido al no respetarlo como lo exige el orden jurídico. Los actos, exteriorización tangible de la voluntad delictuosa, son la base, en esta perspectiva, del desvalor de la acción. Así, el hecho de que sean o no peligrosos en relación con el bien jurídico protegido, es irrelevante para admitir que el acto constituye una tentativa. El factor decisivo es la voluntad manifiesta de violar una prohibición o un mandato del ordenamiento jurídico. Los positivistas italianos admitieron un criterio semejante; pero, según ellos, la reacción penal se fundaba en el hecho de que esta voluntad ponía en evidencia la peligrosidad del agente.
- 2083 La noción de tentativa es por consiguiente ampliada de tal modo que comprende casos que, para la concepción objetiva, sólo serían actos preparatorios. Así, se equiparan los actos preparatorios como la tentativa en cuanto a

¹⁹⁶ PFENNINGER, 1890, p. 773 ss.; FEUERBACH, 1989, p. 43; Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 II 1; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem § 22 N° 18; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 15.

¹⁹⁷ ROXIN, 2003, § 29 N° 25 ss.

¹⁹⁸ LACKNER/KÜHL, § 22 N° 11; TRÖNDLE, § 22 N° 24; Cfr. ROXIN, 2003, § 29 N° 25.

la represión, pues, la voluntad criminal es siempre la misma. De esta manera, también se justifica la punición del delito imposible. Esta concepción no es conforme a nuestro Código porque, por un lado, éste no reprime el delito imposible (caso de tentativa no idónea) y, por otro, prevé la atenuación obligatoria de la pena en caso de tentativa (art. 16, inc. 2). Además, establece como límite entre los actos preparatorios y la tentativa un factor objetivo, cual es, según el art. 16, el comienzo de la ejecución del delito.

c. *Criterio mixto*

Estas teorías opuestas conducen a soluciones extremas: la objetiva, a una restricción exagerada de la represión penal, y la subjetiva, a una peligrosa ampliación. La primera debilita la seguridad jurídica al no reprimir actos que deberían serlo. La segunda adolece del mismo defecto, pero por que su aplicación conduciría a reprimir la pura voluntad criminal, lo que debe rechazarse.

Para superar estas dificultades, se propuso un criterio intermedio (subjetivo – objetivo), según el cual hay que tener en cuenta el elemento objetivo, para limitar los alcances del puro concepto subjetivo. La voluntad, considerada como base de la represión, debe concretarse en el mundo exterior (poniendo en peligro el objeto de la acción) y perturbar la confianza de las personas en el orden legal, debilitando su sentimiento de seguridad jurídica. Esta teoría, denominada de la impresión (*Eindruckstheorie*)¹⁹⁹, recurre a un elemento que, en primer lugar, es muy difícil de comprobar en relación con cada caso concreto y, que, en segundo lugar, tendría que ser admitido con frecuencia respecto a los actos preparatorios (la agenda de un criminal es apropiada para perturbar el sentimiento de seguridad general, si se ponen en conocimiento del público los planes criminales en ella descritos). Por tanto, dicha teoría resulta poco útil para legitimar la intervención del derecho penal antes de la consumación del tipo legal, así como para distinguir la tentativa de los actos preparatorios.

d. *Desobediencia de la norma*

Con el fin de salir del marco establecido por el conflicto de las percepciones objetiva y subjetiva, los partidarios de la corriente funcio-

¹⁹⁹ STRATENWERTH, 2005, § 12, N° 17; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 40, N° 40 ss.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 22 N° 22; RIKLIN, 1997, § 17 N° 36 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 II 3; TIEDEMANN, 1985, p. 221 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 16.

nalista²⁰⁰ proponen considerar como fundamento de la punición de la tentativa la desobediencia que el agente manifiesta a una norma vigente mediante su intento de ejecutar el delito. El factor determinante es la especificidad del acto ejecutado, o sea el hecho de que éste exprese una negación de la norma. El autor debe obrar de manera racional, de modo que, desde su perspectiva, su acción sea apropiada para vulnerar la norma (en caso de producirse la consumación). Según este criterio, la tentativa absolutamente imposible no es punible, pues, no existen normas que prohíban tales comportamientos (en particular, las llamadas tentativas supersticiosas, *abergläubischer Versuch*).

e. *Apresiasi3n*

- 2087 En estos diversos esfuerzos realizados para superar la alternativa entre la concepci3n objetiva y la concepci3n subjetiva, se percibe claramente la b3squeda de nuevas perspectivas. En efecto, por un lado, se parte ante todo de la constataci3n de que las diferentes propuestas hechas para encontrar un elemento clave de justificaci3n han fracasado, sobre todo las de 3ndole unilateral. Por otro lado, se tiene consciencia de que lo decisivo son los criterios de pol3tica criminal que se admitan. A este respecto, conviene destacar el principio b3sico seg3n el cual la intervenci3n del derecho penal s3lo se justifica cuando se trata de un ataque serio contra el orden jur3dico. Por esto, cuando se decide qu3 comportamientos deben ser reprimidos como delitos consumados, tambi3n en el caso de la tentativa, s3lo se puede decidir sobre su represi3n conforme a un conjunto de criterios, los cuales son tanto de orden material como de orden subjetivo, pero sobre todo normativos o de necesidad de protecci3n del orden jur3dico. El hecho de hacer de la voluntad delictiva el fundamento decisivo de la represi3n de la tentativa vulnera la funci3n de garant3a del derecho penal, pues, as3 se facilita la aplicaci3n de principios puramente preventivos con la finalidad de proteger el sistema vigente. Al contrario, el hecho de hacer depender dicho fundamento de la lesi3n real o puesta en peligro del objeto de la acci3n t3pica, restringe de forma excesiva la protecci3n penal necesaria de los bienes jur3dicos. Finalmente, es evidente que no conviene partir de estas concepciones unilaterales²⁰¹ para decidir si, en ciertas circunstancias, la represi3n, por ejemplo, de ciertos actos preparatorios, es o no necesaria y justificada.

²⁰⁰ JAKOBS, 1991, 2/1, 25/21.

²⁰¹ Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 17.

2. Regulación legislativa

El Capítulo II del Libro primero del Código, está dedicado a la tentativa 2088 y contiene cuatro disposiciones. El art. 16 estatuye que en la tentativa el agente comienza la ejecución del delito y establece cómo será castigado el responsable; el art. 17 regula la tentativa absolutamente imposible y declara impune a su agente; el art. 18 prevé las consecuencias del desistimiento de ejecutar el delito y de impedir que se produzca el resultado; y, el art. 19 dispone la impunidad del participante que por propia voluntad impide la realización del resultado o se esfuerza seriamente en impedirla.

De esta regulación, menos complicada que la prevista en el CP de 1924, se 2089 puede deducir que el criterio rector ha sido el de no fundamentar la pena en la sola voluntad delictuosa o en la aversión del agente frente al orden jurídico. En cierto modo, se ha preferido la concepción objetiva, tanto por el criterio escogido para determinar la existencia de la tentativa (o sea, el inicio de la ejecución del delito), como por la atenuación obligatoria de su represión. Sin embargo, ello no quiere decir que no se haya tenido en cuenta la voluntad, pues, el factor objetivo está condicionado por la decisión del agente de cometer un delito. Así, se puede afirmar que la tentativa es reprimida en la medida en que constituya un riesgo para el objeto de la acción típica; riesgo que es el resultado de un ataque, es decir, de un acto dirigido voluntariamente a la consumación de un delito.

Es interesante recordar los criterios admitidos en el CP de 1924, muy in- 2090 fluenciado por los proyectos del CP suizo. En su Título XI del Libro Primero, se preveía la tentativa *stricto sensu* (art. 97, inc. 3), el desistimiento activo (art. 95), el arrepentimiento activo (art. 96), el delito frustrado (art. 97, inc. 2) y el delito imposible (art. 99). Las dos primeras formas de tentativa constituían casos de tentativa inacabada, y las dos últimas, de tentativa acabada. Las reglas de individualización de la represión eran bastante detalladas y se reprimía el delito imposible.

Esta regulación era más completa que la del Código vigente en la medida en 2091 que distinguía, además del delito imposible, las cuatro modalidades de tentativa: tentativa *stricto sensu* (la continuación del acción es impedida por circunstancias extrañas al agente), desistimiento (el agente no quiere más continuar su acción delictuosa), el delito frustrado (el agente ha realizado toda la acción pero el resultado es impedido por circunstancias ajenas al agente) y el arrepentimiento (el agente realiza toda la acción pero impide de mutuo propio la producción del resultado). Los dos primeros casos constituyen tentativa inacabada y los restantes, tentativa acabada. En la regulación vigente

sólo se prevén expresamente el desistimiento y el arrepentimiento (art. 18), mas no así la tentativa en sentido restringido ni el delito frustrado. Por lo que debe admitirse que éstas se encuentran implícitamente reguladas en el art. 16, en razón a que si a pesar que el agente comienza a ejecutar el delito, éste no se consuma sea por el hecho de que un tercero o una circunstancia particular impidan que el agente continúe ejecutando la acción (tentativamente *stricto sensu*) o que el resultado se produzca (delito frustrado).

- 2092 El derogado CJM de 1980, contenía en su art. 8 una definición de la tentativa que ya figuraba en el art. 3, inc. 2, del CP de 1875. Según estas normas, hay tentativa “cuando se comienza y no se concluye la ejecución directa del hecho criminal”. En los arts. 12 a 13 CJMP, se retoman las disposiciones correspondientes del actual Código.

3. Elementos de la tentativa

- 2093 La tentativa es una noción dependiente de un tipo legal. Por esta razón, se califica la descripción legal de la tentativa como un tipo legal ampliado. Así, los tres elementos indicados sólo pueden comprenderse debidamente refiriéndose a un tipo legal determinado. No existe tentativa en general, sino tentativa, por ejemplo, de los delitos de homicidio, estafa, falsificación de documentos.

a. Elemento subjetivo

- 2094 El art. 16 prevé que el agente haya decidido cometer un delito determinando (“un delito, que decidió cometer...”). Al contrario, el CP de 1924 hacía referencia a este elemento de manera menos directa. Así, el art. 97, pf. 2, de éste Código consignaba que el culpable debía haber “puesto de su parte todo lo necesario para la consumación...”, y el art. 99 “que hubiere intentado cometer un delito...”.
- 2095 “Decidir”, verbo empleado en el texto legal, debe ser entendido en el sentido de que el autor toma la determinación de consumir un delito. El objeto de su decisión es un hecho típico o, mejor dicho, la realización de los elementos del tipo legal objetivo. Por lo tanto, la decisión del autor implica la consciencia y la voluntad de concretar el tipo legal objetivo. En este sentido, el elemento subjetivo de la tentativa es idéntico al dolo del delito consumado²⁰², comprendido el caso del dolo eventual.

²⁰² Cfr. ROXIN, 2003, § 29 N° 59 ss.; KINDHÄUSER, 2006, § 24, N° 12 ss.; POLAINO NAVARRETE, 1999, p. 856.

El dolo del agente depende, por consiguiente, de las exigencias del tipo legal que se pretende imputar en grado de tentativa. Por ejemplo, para cometer el delito de matrimonio ilegal, el no casado debe decidir contraer matrimonio sabiendo que lo hará con persona casada (art. 140: "...a sabiendas, contraer matrimonio con persona casada"). En este caso, no es suficiente que el agente actúe con dolo eventual, al contrario, este tipo de dolo basta cuando el tipo legal pertinente no prevé restricción alguna²⁰³. Por ejemplo, en el caso de las lesiones corporales (art. 121, causar "a otro un daño grave en el cuerpo o en la salud"). Ahora bien, si el tipo legal contiene un elemento subjetivo particular, la decisión del agente debe comprenderlo. Así, para que se dé una tentativa de hurto es indispensable que el agente, además de querer apoderarse del bien mueble ajeno, lo haga "para obtener provecho" (art. 185). En cambio, no actúa con la voluntad de cometer un hurto quien trata de sustraer un libro incunable con la finalidad de destruirlo. Se trataría más bien de una tentativa de daños a la propiedad (art. 205).

Falta la resolución de cometer un delito determinado cuando el agente hace depender su decisión de una condición. Por ejemplo, de obtener todas las informaciones necesarias para penetrar en la casa de la víctima sin activar la alarma. Esta situación debe, sin embargo, ser distinguida del caso en que el autor se ha decidido a ejecutar el delito, pero condiciona el hecho de comenzar a realizar la infracción a la producción de un hecho aleatorio. Por ejemplo, el asaltante que, en lugar solitario y de noche, acecha una persona para atacarla.

La tentativa sólo es posible respecto a los delitos dolosos, pues el agente debe proponerse como fin la producción de un tipo legal. Por tanto, es imposible en el caso de delitos culposos²⁰⁴. El fin perseguido por el agente debe ser, en consecuencia, la consumación de la infracción y no sólo la realización incompleta del delito²⁰⁵. Este último caso es el del agente provocador²⁰⁶, quien crea las condiciones necesarias para que el delincuente

²⁰³ Ver noción de dolo eventual, *supra* N° 1241 ss. En Argentina, sostiene, por ejemplo NÚÑEZ, 1974, p. 258 ss., que es imposible la tentativa en caso de dolo eventual, ya que la ley requiere que el agente actúe "con el fin de cometer un acto determinado". BACIGALUPO, 1974, p. 107, responde a esto afirmando que "la limitación carece de todo fundamento, pues el dolo eventual no constituye un querer indeterminado como deberían concluir quienes sostienen tal posición restrictiva".

²⁰⁴ De otra opinión, VILLA STEIN, 2008, p. 297.

²⁰⁵ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 24 ss.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §. 22 N° 21.

²⁰⁶ Cfr. *infra* N° 2329 ss.

cometa el hecho punible, pero al mismo tiempo está decidido a impedir su realización; de lo contrario, sería un instigador.

- 2099 En la jurisprudencia de la Corte Suprema se considera con certeza el elemento subjetivo de la tentativa. Sin embargo, con cierta frecuencia, los jueces se preocupan tanto de comprobar su existencia, que descuidan preguntarse si los comportamientos ejecutados por el agente constituyen o no un “comienzo de ejecución de la infracción”. Así, la Corte Suprema declaró la nulidad de la sentencia de un Tribunal Correccional que había absuelto a quien había tratado de llevar por la fuerza al monte a una menor de 10 años, pues, no había prueba plena sobre su intención. De acuerdo con el fiscal, sostuvo que “existe error en la sentencia...”, pues siendo la intención un elemento subjetivo, sólo puede conocerse de dos maneras por relación directa del interesado o por las pruebas indirectas que conduzcan a conocer cuál fue tal intención”. Finalmente concluyó afirmando que “en este caso los actos anteriores y posteriores, comprobados directamente, son demostrativos de la intención criminal” y dispuso que el acusado debía ser sometido a un nuevo juicio oral por tentativa del delito sexual. Así mismo reconoció la misma importancia a la voluntad del agente cuando, admitiendo los argumentos del fiscal, reprimió con más severidad a título de tentativa de delito sexual, al acusado, chofer de oficio, que había desviado su vehículo hacia un paraje apartado con el objeto de violar a una pasajera, la cual había tenido que arrojararse del auto, fracturándose así el brazo²⁰⁷. Un caso parecido, pero en el que la mujer pereció, lo consideró como tentativa del delito contra la libertad individual (art. 223). Parece que los jueces no admitieron que el agente hubiese actuado con la intención de violar a la víctima²⁰⁸. El análisis de ésta y otras resoluciones de la Corte Suprema es dificultado, porque no se indica, con frecuencia, de manera precisa la infracción que el agente quiso cometer. En la mayor parte de los casos se refiere sólo a los títulos del Código: “delitos contra el honor y la libertad sexuales”, “delitos contra la libertad”, etc, sin expresar si se trata de una violación, de un atentado contra el pudor, de un rapto, secuestro.

b. Elemento objetivo: comienzo de ejecución

- 2100 Según el art. 16, “el agente comienza la ejecución del delito”. En el art. 97, *in fine*, del CP de 1924, el legislador había creído conveniente precisar, res-

²⁰⁷ ES del 15 de diciembre de 1949, en RPJ 1950, p. 339.

²⁰⁸ ES del 12 de junio de 1943, en RPJ 1950, p. 170.

pecto a la tentativa simple o *stricto sensu*, que el agente había “comenzando simplemente la ejecución del delito”. Mediante este criterio, ha tratado de distinguir los actos preparatorios de la tentativa²⁰⁹ o, lo que es igual, de establecer cuales son los actos que deben dar lugar a la intervención penal. Esto se comprende si se recuerda que el punto de partida del legislador es la impunidad del delito imposible absoluto y, en principio, también la de los actos preparatorios. No se trata más de la justificación de la represión de la tentativa, sino del establecimiento de los límites de la represión.

Se discute mucho sobre la manera de cómo debe comprenderse la fórmula “comienza la ejecución”. Los alcances que se le atribuyen dependen no sólo de juicios lógicos, sistemáticos o dogmáticos, sino sobre todo de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del derecho penal y de la pena, así como con los criterios de política criminal que se adopten. En este sentido, se pueden distinguir los siguientes principios.

b.1. Criterio formal objetivo

Desde un punto de vista formal objetivo, se ha afirmado que la ejecución del delito comienza cuando el agente realiza actos que caen dentro del tipo legal, o sea, cuando inicia la actividad descrita en éste. En el delito de hurto (art. 185), por ejemplo, se daría la tentativa desde que el agente comienza a sustraer la cosa mueble ajena, de modo que no logra disponer de ella, es decir, sin apoderarse de ella; en el delito de estafa (art. 196), cuando el agente ejecuta el artificio, astucia, ardid o engaño, sin lograr que la víctima se desprenda en su favor de parte de su patrimonio; en el delito de violación de la libertad sexual (art. 170), cuando el delincuente ejerce violencia o amenaza sobre la víctima, sin tener éxito en su propósito lascivo.

La fórmula empleada en nuestro Código para regular la tentativa se vincula estrechamente a esta teoría cuya ventaja es su mayor conformidad con el principio de la legalidad, gracias a su referencia directa al tipo legal, así como su aparente claridad y simplicidad en su aplicación²¹⁰. Conviene, sin embargo, observar que esta concepción conduce a una interpretación demasiado formal de la ley y a una restricción excesiva de la represión, lo cual es inaceptable desde una perspectiva político criminal²¹¹. Así, por ejemplo, no sería reprimido quien, con la intención de robar se introduce

²⁰⁹ ROXIN, 2003, § 29 N° 121 ss.; POLAINO NAVARRETE, 1999, p. 818.

²¹⁰ Cfr. WAIBLINGER, 1958, N° 1200, p. 2; Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 IV.

²¹¹ STRATENWERTH, 2005, § 12 N° 23.

en el domicilio de la víctima, sin llegar a sustraer el bien mueble por haber sido descubierto o quien es sorprendido en el momento de yacer con una menor de cinco años a fin de hacerle sufrir el acto sexual. Además conviene destacar, en relación con la técnica legislativa, que el legislador elabora casi siempre los tipos legales sin tener en cuenta sus consecuencias en el campo de la tentativa²¹². En efecto, muchos tipos legales señalan sólo la producción de un resultado, sin indicar la ejecución de un acto previo como medio para lograr la consumación. Por consiguiente, en tales casos, a diferencia de los ejemplos antes dados, falta un factor de referencia que permita afirmar que la ejecución del delito ha comenzado. Por ejemplo, el tipo legal relativo al homicidio (art. 106), sólo se refiere al que “mata a otro”; pero cuándo debe considerarse que el agente comienza a matar: ¿Cuándo apunta con el revólver hacia la víctima, cuándo dispara, o ya cuándo la espera para atentar contra ella?²¹³ Por esta razón, es inconveniente hacer depender, totalmente, del verbo principal del tipo legal lo que debe comprenderse por “comienzo de la ejecución del delito”.

b.2. Criterio material objetivo

- 2104 Con la finalidad de superar las desventajas de la teoría formal objetiva, se han buscado nuevos criterios para resolver de manera más satisfactoria los casos en que los actos se encuentran fuera del tipo legal y no pueden por lo tanto, ser considerados, propiamente, parte de la acción típica (teoría material objetiva, *materiell-objektive Theorie*). Con este fin, Frank²¹⁴ propuso considerar que ya existe un “principio de ejecución en todos los momentos de actividad que, en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como partes integrantes de ella según la concepción natural”. Así, se comprenderían actos que no forman aún parte de la acción indicada por el verbo principal del tipo legal objetivo, pero que representan un peligro para el objeto del delito (entrar en una casa para robar, apuntar con un revólver desasegurado a la víctima con la determinación de lesionarla). En contra de este criterio, se ha destacado su amplitud e indeterminación: la noción de “concepción natural” es vaga y la de “necesaria conexión” produce consecuencias diversas que son determinadas según un criterio objetivo o subjetivo. Así según esta concepción, el delito imposible, por no implicar

²¹² Cfr. GERMANN, 1942, p. 69; WAIBLINGER, 1958, N° 1200, p. 2.

²¹³ GERMANN, 1942, p. 69.

²¹⁴ FRANK, 1931, § 43 N° II-2b.

un peligro, no constituiría un caso de tentativa. Esta constatación contradice el art. 17 que lo considera como una forma de tentativa no punible.

Un esfuerzo para perfeccionar este criterio, sin mayor relevancia para interpretar nuestra ley, consiste en precisar que el acto realizado debe representar un peligro directo para el bien jurídico protegido²¹⁵. El peligro, sin embargo, existe en cierto grado desde los actos preparatorios y, por lo tanto, esta cuestión es substituida por la de saber de qué intensidad debe ser para que se pueda admitir la tentativa. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia extranjeras se recurre con frecuencia a fórmulas indeterminadas e imprecisas (serio, inminente, próximo, concreto, etc.) para determinar la índole del peligro que debe representar el acto ejecutado para que pueda ser calificado de tentativa.

b.3. Criterio subjetivo

Se considera como factor decisivo la manera como el agente percibe el nivel de desarrollo de su acción. Por lo que es de determinar lo que él consideró como el paso desencadenante de la ejecución del delito que se había representado y lo que estimó como una amenaza directa para el bien jurídico. Por consiguiente, desde esta perspectiva, la idea del agente respecto a su comportamiento aparece como decisiva, puesto que no se tiene en cuenta el acto en sí, sino lo que éste significa para su autor en el proceso de realización de la infracción. Así, poco importa en qué grado fue en realidad puesto en peligro el bien jurídico. El sentido de la fórmula de Frank fue cambiado en la medida en que el criterio de la "concepción natural", según el cual había que determinar -de manera objetiva y general- si el acto cometido formaba parte de la acción típica, fue reemplazado por el criterio subjetivo de la percepción individual del autor.

Este subjetivismo extremo conduce, sin embargo, a una ampliación excesiva de la represión. En efecto, todo acto preparatorio podría entonces ser considerado como la prueba del hecho de que el agente ya había pensado haber comenzado la ejecución del delito. Por ejemplo, la mujer embarazada cometería ya una tentativa de aborto al momento de traspasar el umbral del consultorio médico donde debe practicársele la operación abortiva. Además, fuera de las dificultades casi insuperables para probar cuál era la idea del autor en el momento de actuar, existe una objeción fundamen-

²¹⁵ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 41 I B 2; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 22 N° 26.

tal contra la concepción subjetiva: Al condicionar la existencia o no de la cuestión a lo que estimó el agente, se deja en manos del propio interesado el decidir si había comenzado a ejecutar el delito, si su acto constituía un peligro para el bien jurídico y, en buena cuenta, si él mismo merece o no ser castigado penalmente, cuando éste es un asunto de exclusiva competencia de los órganos judiciales.

- 2108 Por último, la teoría subjetiva no es compatible con lo prescrito en el art. 16. En efecto, al poner énfasis sólo en el factor subjetivo individual, se olvida que el comienzo de la ejecución constituye un elemento objetivo, aun cuando se encuentre condicionado por la decisión delictuosa del autor. Además, no se tiene en cuenta la estrecha vinculación que existe entre la noción de tentativa y la noción de tipicidad. Todos los tipos legales, incluso el tipo legal ampliado de la tentativa, suponen la realización de una acción concreta (alteración del mundo exterior).

b.4. Criterios mixtos

- 2109 Considerando que el derecho penal moderno es un derecho penal de actos y que el sentido de éstos está determinado por la voluntad del autor, se ha intentado establecer un criterio mixto que represente un compromiso entre ambas posiciones extremas. Con este fin se acepta como punto de partida el criterio subjetivo, caracterizando la decisión delictuosa como un plan del agente. En relación con este proyecto, se admite la tentativa sólo si el agente ha realizado un acto que conduzca directamente a la realización del tipo legal²¹⁶. Así, se combina la manifestación clara de la voluntad del autor en la acción cometida (aspecto objetivo) con el hecho de que dicha acción lleva al delito y a su consumación conforme al plan del sujeto activo.
- 2110 Este criterio es aceptable en la medida en que la apreciación tanto de la intensidad de la voluntad de llevar a cabo el plan, o sea de la decisión de concretar el delito proyectado, como del hecho de que la acción se sitúa ya en las inmediaciones de la realización de la acción típica, se efectúa conforme a criterios objetivos. El acto cometido debe estar, objetiva y subjetivamente, vinculado a la esfera ajena protegida penalmente. Por consiguiente, una vinculación ideal o hipotética no es suficiente.
- 2111 Así mismo, este criterio es el más conveniente para distinguir los actos preparatorios de la tentativa. Concuera con la orientación seguida por

²¹⁶ ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 22 N° 42; OTTO, 1998, § 18, N° 28 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 II 2 ss.

nuestro legislador por que supone recurrir a los elementos objetivos y subjetivos. Además, conserva la referencia indispensable al tipo legal, factor esencial de nuestro derecho penal.

Pero este criterio no tiene un valor absoluto²¹⁷. Tampoco deber ser tenido como una fórmula en la que baste sumergir el caso a juzgar, para saber si se trata de una tentativa o de un acto preparatorio. Cada caso debe ser analizado con arreglo al tipo legal que el agente se propuso realizar²¹⁸. En fin, conviene recordar que los esfuerzos para precisar en una fórmula los límites entre la preparación y la tentativa han sido vanos, como se desprende de la evolución de la dogmática.

c. No realización de la consumación

El tercer elemento de la tentativa es de carácter negativo²¹⁹ y consiste en la no consumación del delito, sea a causa de circunstancias accidentales o de la intervención del propio agente.

La consumación de la infracción puede ser percibida como formal o material. Formalmente, es definida como la realización de todos los elementos subjetivos y objetivos del tipo legal. Así, lo determinante es la manera como haya sido concebido legalmente el delito²²⁰. En cuanto a la consumación material, corresponde a una etapa posterior denominada agotamiento del delito. Por lo que se refiere a la tentativa, el criterio pertinente es el criterio formal, pues, el tipo legal objetivo no debe realizarse totalmente. Esto sucede cuando el agente no ejecuta toda la acción delictuosa (delitos de pura actividad, en la medida en que ésta supone la realización de varias acciones)²²¹ o cuando efectuada ésta, no se produce, sin embargo, el resultado (delitos materiales).

La tentativa y el delito consumado son iguales, por tanto, respecto al aspecto subjetivo (intención de realizar la infracción), pero difieren en cuanto al aspecto objetivo, pues, éste se concretiza sólo de manera imperfecta en el caso de la tentativa²²². Conforme a todo lo expuesto hasta ahora, se puede

²¹⁷ Cfr. SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 614; CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MORULLO, 1972, p. 112.

²¹⁸ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 41 I A 2; SOLER, 1976a, T. II, p. 213 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 611 ss.

²¹⁹ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 783 ss.

²²⁰ ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem § 22 N° 2; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 III 2; WELZEL, 1967, p. 181.

²²¹ ARZT, 1990, p. 175.

²²² WELZEL, 1967, p. 182.

afirmar que la tentativa es una acción que si bien constituye un “comienzo de ejecución” no llega sin embargo a realizar del todo el tipo legal²²³.

- 2116 Las circunstancias ajenas al agente pueden sobrevenir tanto cuando la acción está en pleno desenvolvimiento según el plan del autor, como cuando éste ya ha realizado todos los actos necesarios para la consumación del tipo legal. Por ejemplo, el delincuente es sorprendido y detenido después de haber penetrado en la casa de la víctima con la intención de hurtar (acto estrechamente vinculado a la acción de sustraer prevista por el tipo legal), o cuando estaba a punto de salir con el bien mueble ajeno sustraído, pero sin haber podido comportarse todavía como un propietario (en este caso falta el elemento del apoderamiento con el que se consume la infracción). La segunda hipótesis es más clara en el caso del que con la intención de matar a la víctima, le hace beber una bebida envenenada y, luego sólo espera que se produzca el resultado típico; pero éste no llega a darse gracias a la intervención de un tercero.
- 2117 La índole de la circunstancia que impide la consumación del tipo legal carece de importancia, salvo para determinar el tipo de tentativa y la punición del agente. Puede ser, por ejemplo, obra del mismo agente: éste abandona la acción que había comenzado a ejecutar (desistimiento) o impide que el resultado se produzca después de haber realizado todos los actos necesarios (arrepentimiento). Puede igualmente consistir en la intervención de un tercero, por ejemplo, el policía que detiene al agente cuando está ejecutando su acción (tentativa simple). También puede acontecer que el tipo legal no se realice conforme al plan del sujeto activo debido a causa de circunstancias accidentales, por ejemplo el galeno que evita la producción del resultado (delito frustrado). Finalmente, de manera absoluta, el medio escogido por el agente es inapropiado para alcanzar la meta delictiva o el objeto sobre el cual se realiza la acción no es idóneo para que se materialice la infracción (delito imposible).
- 2118 Esta explicación es conforme a la regulación de la tentativa en el Código. El legislador ha establecido, en el art. 16, pf. 1, las condiciones mínimas para que ésta pueda ser admitida. Luego ha determinado, a partir de esta regla general, cuáles son las consecuencias penales de la tentativa teniendo en cuenta las circunstancias peculiares en las que puede presentarse una acción. Sin embargo, no se refiere al hecho de que la imperfección objetiva de la tentativa tenga que deberse a la interposición de un obstáculo o de

²²³ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 41 I A 2.

un impedimento ajeno a la voluntad del agente, que detienen el curso de los acontecimientos que éste había puesto en marcha. La ausencia de tales obstáculos o impedimentos significa sólo que el agente eligió una actividad inadecuada para concretar su propósito o que no mantuvo su resolución inicial.

La no consumación del delito puede deberse también a que el agente re- 2119
nuncia a continuar cometiendo su acción criminal (desistimiento) o cuando interviene espontáneamente, después de haber ejecutado la acción delictuosa, para evitar que se produzca el resultado (arrepentimiento activo). Según el art. 18, se trata de circunstancias absolutorias. No se castigará a título de tentativa al ladrón sorprendido en la casa donde ha penetrado para robar sino por violación de domicilio.

d. *Idoneidad de la acción*

En el art. 16, inc. 1, no se dispone que el agente ejecute una acción “apta 2120
para la realización del tipo proyectado”²²⁴. De modo que no se exige que el medio escogido por el agente o el objeto del delito sean apropiados, sino más bien que lo sean los actos ejecutados. Tampoco se recurre al criterio de la causa eficiente, relativa a la causalidad, para determinar esta característica de los actos. Sino más bien a la idea de la capacidad virtual, a la congruencia del acto cometido en relación con la realización del delito querido²²⁵. Esto debe valorarse *ex ante* (colocándose en la situación en la que se encontraba el agente) e *in concreto* (según los conocimientos del hombre medio, pero comprobando siempre si el agente conocía alguna circunstancia particular en el caso real). Por ejemplo, el hecho de darle azúcar a una persona para matarla no constituye, considerado *ex ante*, una conducta idónea para producir este resultado; pero la apreciación será diferente si el agente sabía que la víctima era diabética.

Si la manera de actuar del agente no corresponde a su intención, el com- 2121
portamiento es irrelevante para el derecho penal²²⁶. De la perspectiva de la posibilidad de consumir el hecho típico, la acción es inocua, de manera

²²⁴ NOVOA MONREAL, 1966, T. II, p. 135 ss. El mismo criterio fue admitido por BRAMONT ARIAS, 1966, p. 203; ROY FREYRE, 1986, T. I., p. 91. Esta exigencia se justifica cuando la ley la prevé expresamente. Es el caso, por ejemplo del art. 56 del CP italiano, que se refiere a quien comete actos idóneos, dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito”; cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 340 ss.; PAGLIARO, 2000, p. 517 ss.

²²⁵ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 339.

²²⁶ NOVOA MONREAL, 1996, T. II, p. 134.

que, respecto a los efectos jurídicos, podría afirmarse de manera general que sólo existe el propósito sin exteriorización material.

- 2122 El criterio de la idoneidad de los actos es utilizado para delimitar el denominado delito imposible. Éste consiste en intentar cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito es absolutamente imposible. En esta perspectiva, la argumentación precedente puede ser considerada como conveniente. Sin embargo no puede serlo en vista de lo establecido expresamente por el art. 17 ("No es punible la tentativa cuando..."). En efecto, según esta norma, la tentativa existe a pesar de que la consumación del delito sea imposible por ineficacia absoluta del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto. Esto implica que se admita la existencia de un comienzo de la ejecución, constituido por actos tendientes a la infracción. La falta de idoneidad de la acción es en consecuencia irrelevante para calificar los actos de tentativa. En cambio, el hecho de que la realización del delito sea del todo imposible, constituye una causa de impunidad del agente.

5. Tentativa y delito agotado

- 2123 En comparación con el delito doloso consumado, la tentativa es, objetivamente, un delito imperfecto. Esta imperfección resulta de la no realización plena del tipo legal. Esto permite regular la punición de la tentativa en la parte general del código, sin tener que preverla en cada una de las disposiciones que contienen los tipos legales²²⁷. Sin embargo, esto no significa que la tentativa, considerada en sí misma, sea una forma delictiva accesoria o secundaria: Una vez cometida, su agente se vuelve acreedor a una sanción. No se trata de una parte de un hecho, esto es, no conviene decir: "comete tentativa de un hecho punible quien...", sino "comete hecho punible, quien trata de realizar un delito..."²²⁸. Este hecho punible está previsto en un nuevo tipo legal que ha sido elaborado, mediante una disposición general, ampliando el tipo legal del delito consumado.
- 2124 Tampoco se puede afirmar que la tentativa es una "circunstancia atenuante"²²⁹, a pesar de que el legislador fija la pena de la tentativa en relación con la que corresponde al delito consumado, en nuestro derecho necesariamente menos grave. Solo es un problema de técnica legislativa.

²²⁷ Cfr. BAGIGALUPO, 1974, p. 104

²²⁸ SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 589.

²²⁹ BETTIOL, 1969, p. 496.

4. Jurisprudencia

Los jueces supremos, en diversas ejecutorias, han destacado el momento en 2125 que se consuma el delito, con el objeto de fundamentar la existencia de la tentativa. En cuanto al delito de hurto señalaron que “el encausado no ha tenido en ningún momento la posibilidad de disponer del monto de lo sustraído. Fue perseguido de cerca por el agraviado hasta que fue capturado, por lo que se trata de una tentativa” y “que lo decisivo para la consumación del hurto es el criterio de disponibilidad y no el simple desapoderamiento”²³⁰. Equivocadamente, siguiendo la opinión del fiscal, han afirmado que “el delito de falsificación de moneda se consuma con la simple tenencia de los instrumentos que sirvieron para ese fin o dándole curso a los billetes falsificados”²³¹. Lo cierto es que la tenencia de instrumentos es un acto preparatorio, reprimido independientemente por el art. 255). Y que si se considerase consumado el delito de falsificación en tal caso, el agente tendría que ser reprimido con la pena prevista por el art. 252.

Algunas veces, han determinado con imprecisión cuando “comienza la eje- 2126 cución del delito”. Quizás a causa de una idea equivocada sobre el criterio que permita una solución correcta. Por ejemplo, consideraron que había tentativa de violación y no atentado contra el pudor en el caso de un agente que había tratado de violar a una menor de 9 años sin lograr comenzar el coito. También, se calificó de tentativa de violación el hecho de acostarse sobre la víctima (menor de 3 años) después de haberla despojado de su prenda íntima²³², y el hecho de introducirse en la habitación de una menor y de quitarle la misma prenda, sin poder continuar su acción por haber sido sorprendido entonces por los padres de la menor²³³.

V. Desistirse de ejecutar e impedir la consumación

1. Regulación legislativa

El art. 18, prevé que si “el agente desiste voluntariamente de proseguir los 2127 actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será

²³⁰ ES del 4 de octubre de 1972, en BJ, N° 5-7, p. 292. Ver caso parecido en RJP 1968, p. 231. En relación al delito de estafa, ver: AJ 1949, p. 227.

²³¹ ES del 9 de mayo de 1963, en RJP, p. 227.

²³² ES del 24 de agosto de 1953, RJP 1954, p. 104.

²³³ ES del 20 de agosto de 1970, RJP 1971, p. 264.

penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos". Así, dispone, por un lado, que no sea castigado por la tentativa del delito que no consuma por haberse desistido o arrepentido y, por otro, que se le reprima por el delito que en efecto ha materializado mediante su comportamiento.

- 2128 La primera hipótesis se presenta, por ejemplo, cuando el agente hiere a una persona con la intención de matarla (tentativa de homicidio), pero no continúa cometiendo su acción (desistimiento) o hace lo necesario para evitar que la muerte se produzca (arrepentimiento), sólo será reprimido a título de lesiones corporales (delito materializado).
- 2129 La impunidad de la tentativa, en la segunda hipótesis, constituye una circunstancia personal de impunidad (*Strafaufhebungsgrund*). En efecto, el art. 18 sólo favorece a quien incurre en esta circunstancia²³⁴. Esta calificación es determinante en caso de participación delictuosa. Al respecto, en el art. 19, se dispone que, en caso de participación de varios agentes en el hecho, "no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación".

2. Tentativa acabada e inacabada

- 2130 Para comprender en qué consisten el hecho de desistirse de la ejecución y el de impedir el resultado, es necesario determinar ante todo hasta qué momento el autor puede desistirse y a partir de cuándo ya sólo le queda la posibilidad de impedir la consumación. Esto comporta distinguir la tentativa inacabada de la tentativa acabada²³⁵.
- 2131 Diversos criterios han sido propuestos. Siguiendo un criterio subjetivo²³⁶, se considera que hay que tener en cuenta si, conforme a su plan y a la idea que tiene del desarrollo de los hechos, el agente piensa que debe continuar actuando para consumir el delito. Este criterio es demasiado restringido,

²³⁴ Respecto al derecho alemán RUDOLPHI, SK, AT 1, § 24 N° 6, sostiene que se trata de un fundamento de inculpabilidad; más exactamente, se refiere a la falta de una culpabilidad penalmente relevante.

²³⁵ ROXIN, 2003, § 30 N° 163 ss.

²³⁶ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 51 II 2; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, AT I 2, § 41 N° 22; KÜHL, 2000, AT, § 16, p. 74; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 24 N° 13; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 631; BLEI, p. 212; VILLAVICENCIO, 2001, p. 93; VILLA STEIN, 2008, p. 294 ss.; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO Y OTROS, 1997, p. 540 ss.

por lo que debe fijarse un criterio aplicable a todos los casos y que tenga en cuenta el último acto ejecutado por el agente; o sea el acto realizado en el momento de decidir si debe o no continuar ejecutando la acción. El agente debe apreciar la efectividad de lo ya ejecutado y considerar así mismo la posibilidad de una realización inminente del resultado y la consciencia que tuvo el agente del peligro correspondiente después de haber ejecutado el último acto.

La tentativa es inacabada (tentativa simple o *stricto sensu*) cuando el agente, según la representación de los hechos que tiene en el momento de decidir lo que va a hacer, no ha realizado aún todo lo necesario para que se produzca el resultado (independientemente del hecho de que tenga o no un plan de acción) (*Rucktrittshorizont*). Respecto a la convicción que deba tener el agente de que el resultado vaya a producirse o no, es suficiente que se presente la posibilidad cercana de que se produzca. Por ejemplo, poco importa que el agente considere, primero, su acción como propia para causar la muerte, pero que inmediatamente después se dé cuenta de que en realidad no es adecuada para causar la muerte de la víctima. 2132

Hay tentativa acabada (arrepentimiento y delito frustrado) cuando, según su representación de los hechos, el autor considera haber realizado lo necesario para que el resultado se produzca. No es importante que el agente, luego de haber ejecutado el último acto, no tenga idea alguna respecto a las consecuencias de su comportamiento. Por ejemplo, el homicida, después de haber golpeado violentamente a la víctima, la hiere con un arma blanca y se aleja del lugar de los hechos. Así, el delincuente no sabe si la muerte se va a producir o no, pero cuenta con la posibilidad de que se produzca. Habiendo hecho todo lo necesario para matar, debería intervenir activamente para evitar que el resultado se realice. 2133

3. Abandono de la ejecución (desistimiento)

Respecto a la primera hipótesis del art. 18, el agente debe dejar de ejecutar la acción orientada a consumir el delito. El abandono debe ser definitivo y concernir al hecho concreto que el agente se ha propuesto realizar. Este no es el caso cuando suspende temporalmente la ejecución de su acción, esperando poder continuar ejecutándola después. Por ejemplo, no abandona la ejecución el violador que trata de violentar a la víctima, hasta que ésta lo persuade de tranquilizarse porque está dispuesta a mantener relaciones sexuales con él. El delincuente acepta la proposición diciéndose que si sólo 2134

es una treta de todas maneras la obligará a hacerlo por la fuerza. Pero la víctima aprovecha la ocasión para escaparse. Sin embargo, la situación es diferente, si después de abandonar la ejecución del delito concreto, el agente quiere cometer más tarde otro hecho ilícito con las mismas modalidades y el mismo objetivo, con la condición de que esta nueva infracción difiera sustancialmente de la precedente. A veces, se admite que también se da el abandono definitivo cuando el agente deja de lado su propósito original (ejecución concreta iniciada) aunque piense volver a intentarlo en el futuro²³⁷.

- 2135 En caso que el agente haya decidido cometer dos o más delitos, no es indispensable que abandone la ejecución de todos ellos. Así, por ejemplo, si se ha propuesto matar a la víctima para violarla y apoderarse de sus bienes, el agente, a pesar de haber comenzado a actuar, puede abstenerse de violarla y de matarla, limitándose sólo a despojarla de sus bienes. Por supuesto, tratándose de una sola infracción, no es posible un abandono parcial. Por ejemplo, el art. 18 no será aplicable al violador que, actuando armado, arroja el revolver después de haber vencido la resistencia de la víctima y antes de la práctica coercitiva del acto sexual. Este delincuente será reprimido con la pena agravada prevista por el art. 170, pf. 2, por violar la libertad sexual de una persona a mano armada. Conviene por supuesto distinguir este caso del de los delitos calificados por el resultado. En efecto, el abandono de la ejecución del delito puede darse aun cuando un resultado más grave no querido, pero previsible, ya se haya producido. Por ejemplo, el delincuente que, con la voluntad de cometer un robo (hurto con violencia en las personas, art. 188), ocasiona por imprudencia al ejecutar el hurto la muerte del propietario del bien y renuncia luego a consumir el delito contra el patrimonio, será reprimido sólo por homicidio culposo (art. 111).

4. Impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo)

- 2136 En este caso, el agente realiza todo lo que, según su representación de los hechos, dependía de él para consumir el delito y, de manera activa, interviene para evitar su consumación. En estos casos, la acción se encuentra en una fase de su desarrollo en la cual ya no es posible abandonar la ejecución; es decir, se trata de una tentativa acabada.

²³⁷ VILLAVICENCIO, 2001, p. 100.

Impedir el resultado significa imposibilitar su realización. La referencia limitada al resultado y no a la realización del delito es acertada en la medida en que se admite que la tentativa acabada es imposible en el caso de delitos formales o de pura actividad. En efecto, el hecho de que el agente haya ejecutado la acción típica implica, en estas circunstancias, la consumación del delito salvo, por supuesto, si se trata de un caso de imposibilidad absoluta de consumación (art. 17). 2137

Interpretada literalmente la disposición, podría creerse que el legislador exige que el agente impida el resultado personal y directamente²³⁸. En cambio, el art. 96 del CP de 1924 decía: “hubiese obrado de mutuo propio para impedir la producción del resultado”. Este texto era más expresivo en la medida en que daba la posibilidad de entender que la reacción del agente debía constituir un elemento determinante en el nuevo proceso, pero no necesariamente el único. En efecto, es posible que la acción decisiva no sea la obra personal del agente. Es suficiente que éste haya logrado la intervención de un tercero, por ejemplo la de un médico que haya salvado a la víctima envenenada, mediante la aplicación de un antídoto u de otro medio adecuado. 2138

5. No consumir el delito

No basta, no obstante, que el agente haya renunciado a continuar obrando o haya tratado de impedir el resultado. Es indispensable que el tipo legal no se realice a causa de que el agente haya desencadenado un nuevo proceso fáctico que contrarreste el primer proceso que había puesto en marcha. Esto se deduce, sin dificultad, del art. 18. No sucedía lo mismo respecto al art. 96 del CP de 1924. Esta disposición decía: “el agente hubiese obrado [...] para impedir la producción del resultado”. De este texto podía deducirse que era suficiente que el agente hubiera actuado con tal intención, aun cuando no hubiera logrado su objetivo. 2139

Si el resultado se produce, a pesar de los esfuerzos del agente, éste será responsable del delito intencional consumado. Sin embargo, habrá que tener en cuenta las circunstancias en las cuales fracasó su afán de evitar la pro- 2140

²³⁸ Esta imprecisión figuraba en la fuente suiza del art. 96 del Código derogado; pero las Cámaras legislativas helvéticas precisaron el significado de la regla al aprobar el texto definitivo del Código federal, en el sentido de que el agente debe haber “impedido o contribuido a impedir que el resultado se produzca” (art. 22 *in fine*). Cfr. art. 23 de la nueva parte general del CP suizo.

ducción de éste. Si este fracaso se debió a un accidente desafortunado, a la intervención de un tercero o a fuerza mayor, cabe incluso preguntarse si es aún posible imputárselo objetivamente. Por ejemplo, el agente, después de haber enviado una carta bomba a la persona que quería matar, se dirige a la casa de la víctima para impedir que ésta la abra y evitar así el resultado. Pero no logra su objetivo porque es atropellado al ir en su búsqueda. A pesar de su intento espontáneo, el autor debe ser considerado responsable de homicidio. Su intento, frustrado fortuitamente, de retomar el control del desarrollo causal (desencadenado soberanamente por él mismo) no impide que se le impute objetivamente el resultado, esto es, la muerte de la víctima. Su cambio de actitud deberá sin embargo ser apreciado en el momento de individualizarse la pena (art. 46).

2141 Por el contrario, el arrepentimiento debe ser admitido, por ejemplo, cuando la víctima herida fallece a causa del accidente que se produce cuando, a pedido reiterado del agresor, es trasladada en una ambulancia al hospital. En este caso, el deceso no materializa el riesgo creado mediante la lesión corporal inferida a la víctima. El resultado ya no puede serle imputado al autor. Debido a que ignora la circunstancia fortuita, debe admitirse el arrepentimiento activo del autor. Según el contexto en el que tengan lugar los hechos el agente debe desconocer las circunstancias que condicionan la no imputación y, claro está, haber realizado esfuerzos serios para impedir el resultado inicialmente querido.

2142 El autor debe hacer lo que es apropiado y necesario para impedir el resultado. Por consiguiente, no debe limitarse a realizar actos que resulten insuficientes o inútiles con respecto al riesgo que debe descartar. Esto significa que debe proceder con seriedad y de manera adecuada. Por ejemplo, si para evitar el resultado “muerte” quiere llamar a un hospital pero no tiene la tarjeta para utilizar un teléfono público, está obligado a tratar de solicitar la ayuda necesaria por otros medios. Los esfuerzos están por supuesto en relación con la importancia del bien jurídico en peligro y con la gravedad de éste. Así, si se trata del bien jurídico “vida”, las exigencias son mayores. El agente debe hacer lo que sea necesario para evitar casi con seguridad el resultado.

6. Voluntariedad

2143 El cambio de actitud del agente debe ser voluntario²³⁹, es decir, que tiene que nacer espontáneamente de sí mismo, de su propia iniciativa, y no

²³⁹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 15.

por necesidad o por fuerzas extrañas. La defectuosa redacción del art. 18 podría hacer pensar que la voluntariedad constituye sólo un requisito del desistimiento y del arrepentimiento, en la medida en que el legislador coloca después del término “desistimiento” el adverbio voluntariamente, y no lo repite al emplear el vocablo “impide”. El texto pudo ser más claro si se hubiese dicho “si el agente voluntariamente desiste... o impide...”.

En el CP de 1924, nuestro legislador se refería al hecho de que el agente hubiera desistido “espontáneamente”, substituyendo así el término “voluntariamente” empleado en el Proyecto de 1916. Esta modificación fue inspirada por el Proyecto Ferri (1921). En la exposición de motivos de este proyecto, se dice que el vocablo es utilizado para indicar que el desistimiento debe comportar un propósito de enmendar el rumbo de los acontecimientos o, al menos, no ser impuesto por circunstancias exteriores que contradigan el proyecto delictuoso (p. ej., gritos o resistencia de la víctima, aparición de personas, falta de los instrumentos necesarios o de circunstancias favorables)²⁴⁰.

Por lo que se refiere al arrepentimiento, el art. 96 del CP de 1924 empleaba la expresión “*de motu proprio*”, lo que significa lo mismo que espontaneidad²⁴¹. Así, el agente debía haber obrado por sí mismo, sin haber sufrido una coacción exterior²⁴². La razón por la cual el legislador usó la expresión “*de motu proprio*”, en lugar del vocablo “espontáneamente”, como lo hizo en relación con el desistimiento, podría encontrarse en el hecho de que Jiménez de Asúa tradujera de esta manera la expresión francesa de *son propre mouvement*, empleada por el legislador suizo en el Anteproyecto de 1915 (art. 24)²⁴³.

En la exposición de motivos del Código, no se explican las razones que llevaron a sus autores a escoger el término “voluntariamente”. Sin embargo, estas variaciones de terminología no son de gran importancia, pues, todos los vocablos indicados expresan la misma idea. Así, “espontáneo” significa “voluntario o de propio impulso”.

²⁴⁰ FERRI, 1921, p. 30.

²⁴¹ Cfr. BRAMONT ARIAS, 1966, p. 206.

²⁴² ES del 28 de septiembre de 1994, Exp. N° 2169-94-Cañete, en la que se dice: “Si la conducta del agente está dirigida a impedir un resultado que quiso causar en un primer momento, pues el haber proporcionado información oportuna impidió la consumación del delito planeado; estamos pues ante un caso de arrepentimiento activo”, cfr. ROJAS PELLA, 1997, p. 104 ss.

²⁴³ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1916, p. 209.

- 2147 Al margen de las cuestiones de terminología que suscita el texto legal, lo decisivo es que el agente, mientras actúe y aún no haya consumado el delito, conserve su poder de decisión y que según su representación del desarrollo de los hechos, exista la posibilidad de intervenir. Conforme a la fórmula de Frank, el agente debe poder decirse “aún, podría alcanzar el resultado, pero ya no quiero hacerlo”. De modo que su cambio de actitud no sería voluntario si éste se dijera: “no puedo alcanzar el resultado, aun cuando lo quisiera”. En este sentido debe comprenderse la afirmación según la cual actúa voluntariamente cuando es impulsado por motivos propios (actúa de manera autónoma) y no condicionado por motivos que le son ajenos, los mismos que le impiden actuar conforme a su voluntad.
- 2148 Determinar la voluntariedad es un problema que debe solucionarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso en concreto, puesto que resulta muy difícil establecer reglas fijas generales. A lo más, es posible indicar algunas directivas generales²⁴⁴. Así, hay que admitir, en principio, que la vuelta a atrás es espontánea cuando la situación en la cual el agente se desiste (abandona su decisión delictuosa) o se arrepiente (impide que el resultado se produzca), no ha sufrido un cambio esencial²⁴⁵.
- 2149 Por ejemplo, el autor carece de voluntad de decidir de abandonar la ejecución o de impedir la consumación, cuando deviene incapaz de seguir actuando (se desmaya o sufre un grave accidente), cuando surge un obstáculo físico que le impide proseguir su acción delictuosa (la alarma suena cuando toca la reja de la casa en la cual quiere penetrar a fin de robar), cuando la víctima resiste o escapa (la mujer agredida sexualmente incapacita a su agresor encegueciéndolo con un pulverizador químico), cuando un tercero interviene en defensa de la víctima o cuando ésta descubre la acción delictuosa²⁴⁶. Hay que añadir que, en el caso del tercero, su intervención no excluye siempre la espontaneidad del cambio de actitud del agente. Por ejemplo, cuando se trata de una persona que el agente, a causa de las relaciones personales que existen entre ambos (por ser dicha persona su madre o su esposa), considera como incapaz de denunciarlo. Además, en relación con el caso en que el agente es descubierto cometiendo su delito, la voluntariedad tampoco es excluida, tratándose de delitos en los cuales el ataque va dirigido contra la misma persona de la víctima y que ésta sorprende a su agresor (p. ej., en caso de homicidio, lesiones corporales o violación).

²⁴⁴ MERLE/VITU, 1997, T. I., p. 489.

²⁴⁵ ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 24, N° 44.

²⁴⁶ RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 24 N° 19 ss., N° 25.

De manera superflua e insuficiente, el art. 96 del CP de 1924 hacía referen- 2150
cia al hecho de que el agente debía actuar. “antes de haber sido descubierta”
su acción delictuosa. Estaba demás indicarlo porque se trata de una cir-
cunstancia que está relacionada con el carácter voluntario de la decisión.
Como ya lo hemos afirmado con anterioridad, el hecho de que el agente
sea sorprendido impide, normalmente, considerar que haya actuado de
manera espontánea. Y, era insuficiente, porque no basta que su accionar
haya sido descubierto para negar sistemáticamente la voluntariedad de la
decisión. El agente puede ignorar que su hecho ha sido descubierto, lo que
hace aún posible que se pueda decidir espontáneamente.

La ausencia de motivos éticos es irrelevante²⁴⁷. En efecto, el cambio de vo- 2151
luntad es espontáneo aunque sea provocado por el súbito temor de ser se-
veramente penado, o de ser sorprendido *in fragante*, o de las consecuencias
de su acto o por simple desplacer. Por lo tanto, resulta equivoco hablar de
arrepentimiento, pues, este vocablo da a entender que al agente le “pesa
haber realizado su acción”, que sienta aflicción o dolor interior o remordi-
miento. Pero esta actitud no es indispensable: es perfectamente posible que
el agente pueda haber cambiado de actitud por temor al castigo o por no
estar satisfecho con las ventajas que pensaba alcanzar.

7. Fundamentos de la impunidad

Para fundamentar, en particular, la impunidad del desistimiento, varios cri- 2152
terios²⁴⁸, son propuestos. Por tradición, se ha sostenido que se trata de un
puente de oro²⁴⁹ tendido al delincuente a fin de evitar que éste consuma el
delito. Pero esté criterio, defendido por Franz von Liszt y basado en una
concepción de política criminal individual, es infundado por no concordar
con la realidad, puesto que es poco verosímil que el agente conozca la re-
gulación legal o, en caso contrario, de que influya en él en el momento de
actuar²⁵⁰.

En oposición a esta concepción, se ha sostenido que se trata más bien de 2153
un premio o de una gracia a favor del delincuente. Éste es recompensado
porque mediante su cambio de comportamiento ha retornado a la legali-

²⁴⁷ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 41 V B 2; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 24
N° 44; HAFTER, 1946, p. 208.

²⁴⁸ ROXIN, 2003, § 30 N° 11 ss.

²⁴⁹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 27 N° 7.

²⁵⁰ RUDOLPHI, SK, AT 1, § 24 N° 2; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 624; WELZEL, 1967, p. 189.

dad, atenuando así de manera importante la índole negativa de su acción y la perturbación del orden jurídico. La sanción penal se vuelve en consecuencia superflua.

- 2154 También, se ha afirmado que la nueva actitud del agente neutraliza la reacción penal. En efecto, al desaparecer la voluntad delictuosa ya no existe más fundamento de prevención general o especial para castigar al agente. Dicho de otro modo la baja intensidad de la voluntad delictuosa o su desaparición completa, así como la insignificante peligrosidad del autor, hacen superflua la sanción penal, pues, ésta ya no tiene por objeto intimidarlo para que no reitere y menos aún infundir miedo a los demás o restablecer el orden jurídico²⁵¹.
- 2155 Todos estos esfuerzos han fracasado, sobre todo, por pretender ofrecer una respuesta unilateral a un problema tan complejo. El fundamento sólo puede ser explicado recurriendo a diversos criterios. Ante todo, hay que tener en cuenta que existen razones de política criminal que justifican que se limite la intervención de la reacción penal. El agente compensa la índole negativa de su acción dirigida a consumar un delito mediante el abandono definitivo de su voluntad de continuar ejecutándolo o de lograr que el resultado se consuma. Este cambio de actitud implica de parte del agente, en general, un nuevo reconocimiento del mandato legal y, en especial, una renovación del respeto a los intereses de terceros. La levedad de su culpabilidad se deduce de la apreciación global de su comportamiento, lo que hace innecesaria la sanción penal.
- 2156 La impunidad se comprende, no está demás decirlo, por el hecho que se reprime al agente si su comportamiento constituye un delito distinto al que intentó cometer. Este es el caso, sobre todo, cuando ha avanzado significativamente en la ejecución de la acción delictuosa. Por lo que la impunidad se dará, en particular, cuando se desiste casi inmediatamente después de haber comenzado la ejecución del delito. Caso en el cual, su accionar no reúne los elementos constitutivos de un determinado tipo legal.
- 2157 Lo importante para el legislador es que cesen las acciones delictuosas y que no se perjudiquen los bienes jurídicos. Esto explica el porqué, teniendo en cuenta ciertas razones de política criminal general y especial, dichas situaciones han sido consideradas como circunstancias excluyentes de responsabilidad. En el CP de 1924, esta impunidad sólo era prevista respecto al

²⁵¹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 8.

desistimiento, a causa de la concepción subjetiva predominante de la regulación. En el caso del arrepentimiento, se reprime al agente porque éste, en esas circunstancias, mantenía su voluntad criminal hasta que el desarrollo de la ejecución del delito se hallaba muy avanzado.

8. Tentativa fracasada

Por su especificidad, conviene tratar por separado la denominada tentativa 2158 fracasada (*fehlgeschlagener Versuch*). Se ha afirmado con anterioridad que el hecho de abandonar la ejecución o de impedir la realización del resultado sólo procede cuando el autor estima que la consumación es posible²⁵². Respecto a esto, conviene añadir que ninguno de los dos hechos es factible si el agente tiene la convicción de que en ese momento, con los medios y en el contexto en que se encuentra, no puede consumir el delito. Por ejemplo, el ladrón llega a la conclusión de que no está en condiciones de abrir la caja fuerte donde se encuentran las joyas que quiere sustraer, por lo tanto, se puede afirmar que no consumará el hurto, pero también que no se desiste voluntariamente de ejecutar el delito.

Así mismo, se da la tentativa fracasada, si después de haber disparado sin 2159 éxito contra la víctima para matarla, el agente se da cuenta de su fracaso y vuelve a disparar contra ella sin alcanzar nuevamente su objetivo. Él ha agotado todas las posibilidades de las que disponía, por lo que es imposible aceptar que el agente pueda todavía desistirse. Conviene apreciar del mismo modo el caso de quien en previsión del fracaso de su primer intento, planea recurrir a otro medio (utilizar una arma de fuego si no lograra matar a la víctima estrangulándola).

Poco importa que el autor haya actuado con dolo eventual. Por ejemplo, 2160 el caso del violador que para escapar del policía que lo persigue, dispara contra él con la intención de matarlo. Si sólo consigue lesionarlo, no podrá admitirse que se desiste de causarle la muerte. Tampoco se desiste cuando, después del primer intento, renueva su acción aprovechando otras posibilidades que le eran desconocidas.

El art. 18 no es, en consecuencia, aplicable en caso de tentativa fracasada. El 2161 autor debe ser sancionado, pero de manera atenuada conforme a la regulación general de la tentativa (art. 16).

²⁵² ROXIN, 2003, § 30 N° 77 ss.

9. Reparación espontánea del daño y confesión sincera

- 2162 El término “arrepentimiento” es inapropiado por la confusión que puede crear con respecto a la circunstancia atenuante general de “la confesión sincera (del agente) antes de haber sido descubierto” (art. 46). En este caso, el agente manifiesta un arrepentimiento y, tal vez, incluso una reconciliación con el orden jurídico.
- 2163 El arrepentimiento activo tampoco debe ser confundido con el eventual proceder del agente posterior a la consumación de la infracción consistente, por ejemplo, en la entrega de una suma de dinero a manera de retribución del daño material provocado en la propiedad ajena. Este comportamiento sólo constituye una de las circunstancias que, según el art. 46, deben ser tenidas en cuenta por el juez para individualizar la pena.

10. Jurisprudencia

- 2164 La Corte Suprema ha negado de manera correcta que el desistimiento sea voluntario cuando el delincuente se fuga al ser descubierto cuando trataba de hacer sufrir el acto sexual a una menor²⁵³. Ha procedido del mismo modo en el caso de un delincuente que había desistido de su intento de violar a una menor, por temor a ser sorprendido. En efecto, su temor había sido provocado por los gritos de otra menor que acompañaba a la agredida, diciendo que se aproximaban dos hombres²⁵⁴.
- 2165 Al respecto, vale presentar los argumentos expuestos por la Corte Suprema en un caso de tentativa de violación sexual. Según los jueces, “resulta de aplicación el art. 18 que regula la institución del desistimiento voluntario de consumir el delito, en tanto que el imputado realizó parte de los actos de ejecución del delito de violación de violación sexual, pero voluntariamente se desistió consumarlo en un momento en que todavía, según su representación, no había hecho todo lo necesario para consumarlo; que, en efecto, se cumplen dos requisitos de la citada institución: la evitación de la consumación y la voluntariedad del desistimiento. Así, propio el imputado evitó la consumación del delito, no siguió actuando,

²⁵³ ES del 29 de octubre de 1970, en RJP 1971, p. 264.

²⁵⁴ ES del 17 de abril de 1937, en RF 1937, p. 309. Conviene sin embargo notar que el Fiscal en su dictamen, con el cual estuvo de acuerdo la Corte Suprema, se refiere confusamente al hecho de que “no ha habido la espontaneidad que exige la ley, o sea el arrepentimiento (sic) consecuencia de un sentimiento de bondad hacia la que no pudo ser su víctima”.

y, por ende, yacer sexualmente con la víctima; en segundo lugar, la no consumación se debió a la propia voluntad del imputado, pues dada las formas y circunstancias del hecho, estuvo en condiciones –pese a la oposición de la víctima, una menor de diez años– de culminar la ejecución del delito, pues no hubo impedimentos forzosos, y no se produjo una presión insuperable de la situación fáctica, o consecuentemente, su conducta al desistirse evidenció una actitud poco decidida a cometer el delito; que, sin embargo, con arreglo al último extremo del invocado art. 18, la pena se producirá solo cuando los actos practicados constituyan por sí otro delito consumado (tentativa cualificada), esto es, la impunidad por desistimiento no alcanza a éste. Por tanto, en este caso es de aplicación el delito de actos contra el pudor o abuso deshonesto, previsto y sancionado por el art. 176-A, inc. 3²⁵⁵.

VI. Delito imposible

1. Noción

El art. 17 prevé la impunidad de la tentativa cuando “es imposible la consumación del delito”. Se trata del llamado delito imposible²⁵⁶. Es equivocado hablar de tentativa imposible, pues es un caso de tentativa ya que el agente tiene la voluntad de ejecutar un tipo legal y realiza actos encaminados a tal fin, pero la consumación es imposible a causa de la naturaleza de los medios empleados o del objeto de delito. Según la terminología de la ley: por la “ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”. (art. 17).

La definición prevista en el art. 17 no se diferencia en el fondo de la contenida en el art. 99 del CP de 1924, que era de inspiración suiza. Esta última disposición relacionaba directamente el carácter absoluto de la imposibilidad con la consumación del delito. En cambio, el art. 17 señala esta especificidad con referencia al medio y al objeto, cuando la consumación sólo es calificada de imposible. De esta manera recargada de establecer las condiciones se puede deducir que el legislador trató de señalar que la consumación puede ser imposible por diversas razones y que la impunidad de la tentativa sólo procede en los casos de absoluta ineficacia de los medios

²⁵⁵ ES del 28 de septiembre de 2004, RN N° 2132-2004-Cañete, cfr. SAN MARTIN CASTRO, 2006, p. 281 ss.

²⁵⁶ CASTILLO GONZÁLEZ, 2003, p. 84 ss.; Cfr. ROXIN, 2003, § 29 N° 346 ss.

utilizados o de absoluta impropiedad del objeto del delito. Así, se confirma que la situación prevista corresponde a un caso de tentativa.

- 2168 La diferencia substancial entre la nueva regulación y la derogada radica que la primera estatuye la impunidad del agente. Si bien se preveía la represión de este tipo de tentativa, en el art. 96 del CP de 1924, esto no comportaba, por la primacía que se daba a la voluntad delictuosa, la admisión de la teoría subjetiva de la justificación de la punición de la tentativa. El análisis de la manera cómo el legislador establece las condiciones del delito imposible revela más bien que recurre tanto a circunstancias objetivas como subjetivas. El aspecto subjetivo está constituido por la voluntad del agente de cometer un delito. Dicha voluntad debe manifestarse mediante actos concretos en el mundo exterior pero, a pesar de éstos, la consumación no debe producirse a causa de las condiciones objetivas señaladas por la ley (aspecto objetivo).

2. Aspecto subjetivo

- 2169 El agente quiere consumir un delito determinado y pasa al acto convencido de poder lograrlo según la manera como se lo ha representado. Hasta aquí, se trata de la misma situación que en las demás formas de tentativa. Pero en el delito imposible, el agente se equivoca sobre uno de los elementos del tipo legal objetivo (error de tipo al revés). Por ejemplo, para matar a una persona, el agente le hace beber una bebida inocua creyendo por error que es venenosa, o aplasta con una almohada la cara de un recién nacido a fin de matarlo, cuando en realidad éste había nacido muerto. Los errores en que incurre el autor no excluyen su voluntad homicida y, por lo tanto, la voluntad necesaria para que exista tentativa.

3. Aspecto objetivo

a. Comienzo de ejecución

- 2170 En los dos ejemplos que venimos de citar, la voluntad de cometer el delito se manifiesta a través de una acción concreta. Pero la producción del resultado que se persigue es imposible²⁵⁷. Si se supone que el medio y el objeto son idóneos, los actos cometidos aparecen entonces como el inicio material de la acción²⁵⁸. La adquisición del producto considerado

²⁵⁷ MERLE/VITU, 1997, T. I, p. 493; ver: PEÑA CABRERA, 1995, p. 354 ss.

²⁵⁸ WELZEL, 1967, p. 186.

como veneno sólo constituye un acto preparatorio; en cambio el hecho de entregar la bebida supuestamente envenenada a la víctima constituye el inicio de la ejecución.

b. Consumación imposible

Para comprender la imposibilidad de la consumación hay que tener en cuenta que en el caso de las tentativas punibles, la consumación del delito es posible. Así, éstas están constituidas por actos idóneos que, normalmente, deberían culminar con la consumación del delito. Desde esta perspectiva, el art. 17 sería superfluo, pues, hubiera bastado comprobar la falta de idoneidad de las acciones realizadas para no aplicar el art. 16. Esto sería además confirmado por la aplicación del principio de lesividad previsto en el art. IV. La impunidad del caso regulado por el art. 17 se deduciría entonces directamente del hecho de que la acción cometida por el agente no hubiera lesionado ni puesto en peligro bien jurídico alguno. En efecto, siendo inocuos los actos cometidos, no debe sancionarse a su autor.

Sin embargo, el art. 17 no puede ser considerado superfluo, puesto que la noción general de la no lesividad no es lo bastante certera como para resolver con la debida seguridad los casos de impunidad. Por esto era indispensable que el legislador estableciera el carácter irrelevante para el derecho penal del delito absolutamente imposible, toda vez que no pone en peligro los bienes jurídicos protegidos.

Tampoco basta considerar que hay tentativa sólo cuando falta el resultado, porque de esta manera no se realiza totalmente el tipo legal; sino que no hay tentativa cuando la no realización del tipo legal se debe a otras circunstancias; por ejemplo porque el medio o el objeto del delito no son idóneos de manera absoluta. Así, se considera, según la denominada teoría del defecto de tipo, que el hecho de disparar en la oscuridad, contra un árbol, creyendo que es una persona, no es punible, pues, sólo se trata de una deficiencia en la ejecución del tipo legal. Al contrario, constituye una tentativa el hecho de disparar con intención homicida sobre una persona, que resulta finalmente siendo un árbol. Esta teoría no permite sin embargo distinguir con nitidez los casos que deben ser reprimidos, sobre todo porque todos los tipos legales no prevén de manera clara el resultado como la culminación de la acción.

Así mismo es inconveniente tratar de delimitar los casos penalmente significativos recurriendo al criterio de la idoneidad o no de la acción cometida

al querer perpetrar un delito. Referente a esto, conviene recordar ante todo que la ley no prevé la idoneidad de la acción como un elemento constitutivo de la tentativa (*lato sensu*). Además, hay que tener en cuenta que, en la práctica, resulta casi imposible distinguir los actos idóneos de los que no lo son. Tradicionalmente, por ejemplo, se ha tratado de reducir la idoneidad a la noción de eficacia causal. Así, la acción ejecutada debería ser capaz de producir el delito querido. No obstante, este criterio resulta inaplicable porque la causalidad supone dos elementos, y uno de estos (el resultado) falta precisamente en el caso de la tentativa. La apreciación *ex ante* (posterior al hecho) concluiría siempre a la falta de idoneidad de la acción.

- 2175 En relación con el delito imposible, la referencia legal al carácter absolutamente ineficaz del medio o la impropiedad del objeto, supone que existan casos de ineficacia e impropiedad relativas. Así, habría que distinguir la idoneidad relativa de la idoneidad absoluta, admitiendo que el art. 17 se refiere a la falta de la última. La imposibilidad es absoluta cuando la acción es en sí misma ineficaz, a causa de la naturaleza de los medios empleados o del objeto, para culminar en la consumación del delito. Por ejemplo, el hecho de emplear azúcar en polvo en lugar de arsénico (ineficacia del medio) o el hecho de practicar maniobras abortivas en una mujer que no está encinta (impropiedad del objeto).
- 2176 Al contrario, la imposibilidad es calificada de relativa cuando la producción del resultado fuera factible si la acción fuese realizada en otras circunstancias de tiempo, de lugar o de medios. Por ejemplo, el hecho de emplear una cantidad insuficiente de veneno (ineficacia del medio) o de disparar contra el lecho donde reposaba la víctima y del cual ésta se había alejado (impropiedad del objeto). Estos ejemplos muestran con claridad la complejidad de fijar el límite entre estos dos niveles que son progresivos. Además, esta dificultad aumenta en los casos límites.
- 2177 Para superar estas dificultades es mejor recurrir a la peligrosidad de la acción cometida por el agente, mediante la cual es imposible consumar el delito, porque el medio es ineficaz o el objeto inapropiado. Estas características indican una falta de capacidad potencial para hacer factible la consumación. La apreciación de esta potencialidad del medio y del objeto, y por consiguiente de la acción, debe hacerse *ex ante* e *in concreto*. Dicho de otro modo, el juez debe colocarse, idealmente, en la misma posición en que se encontraba el agente al comenzar la ejecución de su acción y apreciar, según los conocimientos que tenía, si la acción podía, según las circunstancias del caso, desembocar en la realización del tipo legal. Esta

perspectiva recuerda por supuesto la denominada causalidad adecuada. El hecho de suministrar azúcar con la intención de matar debe ser considerado como una acción no idónea, a no ser que el agente hubiera sabido que la víctima era diabética²⁵⁹. Así, no se puede considerar que existan medios u objetos que con carácter general puedan ser considerados inadecuados para consumir un delito, así como acciones no idóneas y, por lo tanto, no peligrosas en sí mismas. Siempre hay que tener en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto.

El peligro del que se trata es el que representa la acción realizada para los bienes jurídicos de terceros. En cambio, no se trata en ningún caso del peligro que representa la posibilidad de que el agente, en el futuro, reitere su acción corrigiendo el error en que incurrió la primera vez. Este razonamiento implicaría una violación del principio de la culpabilidad, porque la responsabilidad se establecería no en función de la acción ejecutada, sino de lo que el agente hubiera podido cometer.

4. Tentativa irreal o supersticiosa

Un ejemplo típico de esta forma de tentativa es tratar de matar una persona recurriendo a medios mágicos. Se trata de un delito imposible a causa de la ineficacia absoluta del medio empleado. Cualquier observador objetivo que se coloque en la situación del agente considerará que es imposible que se consume el delito y será consciente de que su acción no pone en peligro bien jurídico alguno.

Para justificar la impunidad de la tentativa irreal, se han recurrido a diferentes criterios. Así, se afirma que en estos casos no se perturba “la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico”, lo que en cambio sí se produciría si se dejara impune al agente que de manera seria se hubiera propuesto realizar un hecho penalmente relevante y que hubiera comenzado su ejecución²⁶⁰. También se ha negado que hay tentativa, ya que no puede considerarse como comenzada la ejecución del delito, “pues según la experiencia general no es parte de la acción típica”²⁶¹ el acto realizado por el agente. Por ejemplo, el hecho de realizar sesiones de magia para hacer que

²⁵⁹ FIANDACA/MUSCO, p. 339.

²⁶⁰ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 50 I 4; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 32 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 608; WELZEL, 1967, p. 186; WESSELS/BEULKE, N° 620.

²⁶¹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 50 I 1 ss.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 22 N° 66; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 608 ss.; BACIGALUPO, 1974, p. 108.

un espíritu haga daño a un tercero²⁶² o el hecho de lanzar con una honda piedras contra un avión a fin de derribarlo. En todos estos criterios que no son en sí incompatibles, hay que considerar de manera prioritaria la falta de peligrosidad de la acción realizada. Por no comenzar la ejecución, no se pone en peligro bien alguno y, por lo tanto, el acto es penalmente irrelevante y sin efecto importante en la comunidad.

- 2181 Las legislaciones que reprimen el delito imposible establecen generalmente la impunidad cuando el agente ha actuado a causa de un grave defecto de inteligencia. Excepciones de este tipo no son necesarias en nuestro orden jurídico, porque éste establece la impunidad de todo delito imposible absoluto, comprendida evidentemente la tentativa supersticiosa o irreal.

5. Jurisprudencia

- 2182 En la jurisprudencia de la Corte Suprema no nos ha sido posible encontrar resolución alguna que se refiera a un caso de delito imposible. Sin embargo, se planteó el problema, aunque de manera confusa, en el proceso que culminó con la ES del 30 de setiembre de 1943²⁶³ y en el que X fue juzgado por el hecho de haber otorgado dinero a dos individuos a fin de falsificar moneda. Estos habían en realidad utilizado esta argucia para estafar a X. El tribunal correccional le impuso a X la pena de 6 meses de prisión condicional por tentativa de falsificación de moneda. El fiscal supremo sostuvo en su dictamen que estaba comprobada la “intervención de X en la pretendida maniobra ilícita, maniobra que no tenía el carácter de imposible con respecto a X que proporcionó los elementos indispensables para la manipulación”. La Corte Suprema de manera acertada no estuvo de acuerdo con el razonamiento del fiscal y planteó más bien el problema como una cuestión de participación. En efecto, afirmó que el acto de X “aunque moralmente reprochable, no es punible porque no determina su condición de coautor de la infracción en la comisión de un delito que realmente no se proyecta ejecutar; para que exista jurídicamente requiere el comienzo de la ejecución directa del delito, que en el caso que se juzga no ha ocurrido realmente”.
- 2183 En realidad se trataba de una tentativa de participación en la comisión de una infracción que no se proyectaba ejecutar, pues, los otros dos implicados nunca se habían propuesto cometer el delito de falsificación de mone-

²⁶² El hecho de hacer uso de sustancias que, por creencias en la magia o en la brujería, son consideradas como venenosas, es por supuesto distinto.

²⁶³ En RJP 1943, p. 31.

da. Esta tentativa de participación no es reprimible porque ni siquiera se había iniciado la ejecución de la acción delictuosa. Si esto hubiese sucedido, se tendría que haber hablado entonces de participación en una tentativa de delito de falsificación de moneda. La acción de X no debía ser juzgada aisladamente, como pretendía hacerlo el fiscal, sino con la de los otros dos que habían simulado querer realizar la falsificación. Considerada desde esta perspectiva, la acción de X (entregar dinero para adquirir instrumentos, material, etc.) sólo reviste el carácter de un acto preparatorio excluido de pena. Desde este punto de vista, lo sostenido por la Corte Suprema²⁶⁴ adquiere una correcta y completa significación.

6. Delito putativo

En este caso, el agente comete un acto pensando que se trata de un delito. 2184 Dicho de otro modo, el agente obra bajo la influencia de un "error de prohibición al revés"²⁶⁵. Su apreciación de las circunstancias de hecho relativas a su acción es correcta, pero cree por equivocación que dicha acción se halla prevista en un tipo legal, el cual en realidad no existe. Por ejemplo, el agente mayor de edad practica libremente el acto contra natura con su amigo mayor de edad creyendo que la ley penal reprime esa práctica homosexual, o un preso piensa que comete delito al fugarse sin violencia del centro penitenciario donde se halla recluido. En cambio, en el caso del delito imposible el agente procura cometer una acción que está prevista como delito en una disposición legal²⁶⁶, equivocándose sobre un elemento del tipo legal objetivo (error de hecho al revés).

La impunidad del delito putativo se justifica, pues, la idea equivocada²⁶⁷ 2185 según la cual ciertas conductas son delictuosas (a causa de un error sobre la existencia de una disposición legal o sobre los extremos de su aplicación) no manifiesta una voluntad relevante en el ámbito penal. El carácter delictuoso de un acto no puede depender de la opinión personal de los

²⁶⁴ En un caso parecido, la Corte Suprema había, anteriormente, sancionado al agente por tentativa, adoptando para esto un criterio demasiado subjetivo. Ver: ES del 30 de setiembre de 1939, en RF 1940, p. 388.

²⁶⁵ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2003, p. 120.

²⁶⁶ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 41 III C; SOLER, 1976a, T. II, p. 207; HAFTER, 1946, p. 214; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 50 II 1; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 38 ss.

²⁶⁷ 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 sólo pertenece al dominio de la culpabilidad (Cfr. SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 601) y que su estudio junto a la tentativa es debido sólo a razones didácticas.

individuos²⁶⁸. El hecho de reprimir al agente en estos casos, constituiría en consecuencia una violación del principio de legalidad.

- 2186 Según los criterios de la teoría del delito, se puede sostener que el agente actúa sin dolo, pues, éste requiere la consciencia de cometer un delito. Esta consciencia falta puesto que el autor se representa la realización de un acto que no está previsto por un tipo legal. Además, respecto al aspecto objetivo, cabe señalar que la acción cometida no representa peligro alguno (ni siquiera abstracto) para los bienes jurídicos de terceros.

7. Imposibilidad por sujeto activo inapropiado

- 2187 Un ejemplo muy citado en la doctrina es el del marido que está separado de su mujer desde hace mucho tiempo y que vuelve a contraer matrimonio desconociendo que ésta ha fallecido. Porque ignora este hecho, él cree haber cometido el delito de bigamia. Los casos más frecuentes se dan, sin embargo, en los delitos especiales propios, caracterizados porque la ley dispone que sólo pueden ser cometidos por agentes que reúnen ciertas calificaciones (funcionarios, militares, etc.).
- 2188 A veces, estos casos son tratados como delitos imposibles por estimarse que el responsable del delito no es idóneo²⁶⁹. Sin embargo, esta solución es incorrecta en la medida en que el art. 17 no prevé expresamente la impunidad de la tentativa cuando el delito no puede ser cometido por impropiedad del sujeto activo. Pero esta falta de reglamentación también puede ser interpretada en el sentido de que hay que aplicar el art. 17 por analogía, puesto que, por un lado, la falta de idoneidad del sujeto es semejante a los casos previstos por esta disposición y, por otro, el acto cometido merece la misma valoración, o sea, la impunidad del delito imposible. Además, esta aplicación no viola el principio de la legalidad, pues, éste sólo prohíbe la extensión y no la restricción de la represión.
- 2189 También se ha tratado de justificar la impunidad del sujeto activo inapropiado recurriendo al criterio del defecto del tipo legal (Frank, Dohna, Liszt, Schmidt). Según este criterio, concebido para delimitar la punibilidad de la tentativa, hay tentativa sólo si la no consumación del delito es debida a la no realización de la “última parte” del comportamiento delictuoso, es decir, del resultado. Al contrario, si el fracaso se debe a la falta de concretización

²⁶⁸ MERLE/VITU, T. I, p. 497.

²⁶⁹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 41 III C 2.

de otro elemento del tipo legal (como los referentes al medio o al objeto del delito), no hay tentativa y la impunidad del autor de la conducta se impone a causa de la defectuosa realización de ésta. Por ejemplo, hay tentativa de daños cuando el delincuente, a pesar de los esfuerzos desplegados, no logra destruir un bien perteneciente a un tercero. En cambio, no hay tentativa si, en circunstancias similares, el agente, sin saberlo, destruye un bien que le pertenece. El mismo razonamiento debería entonces ser válido respecto al "bígamo" que contrae un nuevo matrimonio desconociendo que su mujer ha fallecido. La separación artificiosa del resultado como la "última parte" del comportamiento delictuoso imposibilita la aplicación de este criterio casi en la mayoría de los delitos.

Así mismo, se ha explicado la impunidad del que actúa creyendo reunir la 2190 calidad de autor exigida por el tipo legal, considerando este caso como uno cercano al del delito putativo. Como los tipos legales de los delitos especiales propios, suponen que el agente sea titular de un deber especial, cuya violación caracteriza, justamente, esta clase de infracciones, el agente que cree infringir un deber, al que por error se cree vinculado, comete una acción que realmente no es ilícita²⁷⁰. El caso es que resulta más apropiado plantear este argumento si se admite la represión del delito imposible. En efecto, en esta perspectiva aparece como positivo porque permite excluir la represión penal. De este modo, se comprende también que, respecto a los delitos especiales impropios, se admita el delito imposible cuando se trata de un agente que no es el indicado por el tipo legal. Por ejemplo, la mujer no embarazada que se somete a prácticas abortivas. Aquí se trataría de una relación especial entre el agente y el objeto sobre el que recae la acción delictuosa²⁷¹.

Siguiendo una parte de la doctrina, nos parece más adecuado, tanto dog- 2191 máticamente como en relación con la política criminal, considerar que la impunidad del sujeto activo que no es idóneo se explica por la falta de un hecho significativo para el derecho penal. Mediante su comportamiento, el autor no crea una situación de peligro para el bien jurídico protegido y tampoco viola un mandato de la ley, pues, no es titular del deber especial previsto, implícitamente, por el tipo legal (falta de valoración negativa respecto a la acción). Su comportamiento, por lo tanto, es atípico.

El factor decisivo para comprender mejor los casos límites, es el que con- 2192 siste en determinar el aspecto afectado por el error en que incurre el agen-

²⁷⁰ Cfr. BACIGALUPO, 1974, p. 109.

²⁷¹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 51 III 3.

te al creer que posee la calificación prevista por el tipo legal. En el ejemplo del marido que, pensando equivocadamente que su primera esposa aún vive, cree cometer el delito de bigamia al contraer nuevas nupcias, su error concierne, ante todo, a una situación de hecho, o sea la misma que condiciona la calidad de autor según el art. 139 ("El casado..."). En este caso, el autor comete un error sobre el tipo objetivo al revés, o lo que es lo mismo, un delito imposible, impune según el art. 17. Cuando se reprime el delito imposible, la impunidad del autor sólo puede ser justificada por la falta de deber especial: el fallecimiento de la primera esposa (ignorado por el marido) ha hecho desaparecer el deber que se trata de hacer respetar mediante el art. 139. Lo mismo, por consiguiente, tiene que ser admitido en los casos en que el comportamiento constituye un delito especial a causa de una situación de hecho particular. Esta situación condiciona la aparición del deber que el agente debe respetar y que, por lo tanto, sólo él puede violar. El agente que conduciendo su vehículo por una calle sin iluminación, cree haber atropellado a un peatón y huye del "lugar de los hechos", comete igualmente un delito imposible impune. Ocurre lo mismo en el caso del relator que piensa cometer un delito de falso testimonio (art. 409) al transcribir en las actas del proceso de manera incorrecta las declaraciones de un testigo.

- 2193 No constituye tentativa el caso de la empleada de limpieza de un Ministerio que, considerándose por error como una "funcionaria", cree haber cometido un delito de omitir, rehusar o retardar la ejecución de actos funcionales (art. 377). Ella no incurre en un error sobre el tipo legal, pues, conoce muy bien la situación en la que actúa y lo que no hace (ordenar y limpiar las oficinas). Pero se engaña al pensar que su comportamiento encuadra en el tipo legal de la disposición citada. Se trata, por lo tanto, de un error de subsunción al revés, el cual constituye un caso de delito putativo. Por consiguiente, su comportamiento es impune.

VII. Regulación de la pena en caso de tentativa

1. Sistemas legales

- 2194 Respecto a la manera como reprimen la tentativa, las legislaciones pueden ser clasificadas en tres grandes grupos. El primero está formado por aquellas que asimilan la tentativa al delito consumado, imponiéndole por consiguiente la misma pena al autor. El ejemplo típico es el CP francés de 1810, orientado hacia un criterio puramente objetivo. En este caso, el fin

del legislador es la intimidación²⁷². En el CP de 1994, el legislador francés ha conservado la igualdad, por lo que se refiere a la pena, pero ya no asimila la tentativa al delito consumado, sino que se declara como autor tanto al que realiza el tipo legal como al que intenta hacerlo (art. 121-4). Esta modificación no tiene una verdadera importancia práctica²⁷³. El CP austriaco también estatuye la misma represión en caso de tentativa como en caso de consumación. Sobre la base de otros criterios, los partidarios de la escuela positivista italiana también sostuvieron la igualdad de la pena entre un delito consumado y una tentativa. Fundamentaron esta identidad en la peligrosidad del delincuente y, asimismo en el hecho de que la no producción del resultado, muchas veces debida al azar, en nada modificaba, según ellos, el carácter peligroso de la personalidad del agente.

El segundo está constituido por las legislaciones que, teniendo en cuenta, 2195 sobre todo, la imperfección objetiva de la tentativa, estatuyen una pena inferior a la del delito consumado. Es el sistema predominante en los códigos promulgados durante la segunda mitad del siglo XIX (CP belga de 1867, CP alemán de 1870, italiano de 1889). Nuestro CP de 1863 pertenecía a este grupo. En efecto, su art. 45 ordenaba que al autor de un “delito frustrado” se le impusiera la pena del delito consumado disminuida en un grado, y su art. 47 que al autor de la tentativa se le castigara con dicha pena disminuida en dos grados. Este criterio ha sido adoptado en el Código, pero sin la rigidez de los viejos códigos clásicos. Según el art. 16, el “juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”.

El tercero está formado por las legislaciones que han adoptado una solu- 2196 ción intermedia, consistente en dejar en manos del juez la decisión de saber si, en el caso concreto, el autor de una tentativa merece ser reprimido con la misma pena que aquélla que está prevista para el delito consumado o si debe ser favorecido con una atenuación. Este es el caso de varios códigos modernos, por ejemplo, el suizo (art. 22) y el alemán (§ 24, inc. 2).

2. Legislación nacional

En el Proyecto de 1916, se abandonó por primera vez el sistema rígido de 2197 atenuación de la pena que figuraba en el CP de 1863 y en los Proyectos de

²⁷² El art. 21-04 del Anteproyecto del CP francés asimilaba a la categoría de autor de un delito al autor de una tentativa. Esto por supuesto significa igualdad en la represión (art. 32-01). Consultar: Avant-projet 1976, p. 46.

²⁷³ PRADEL, 1995, N° 30.

1877 y 1900-1902. Sin embargo, no se incorporó ninguno de los otros dos sistemas, sino que se adoptó una solución híbrida. Así, se quisieron tener en cuenta, con mesura, los factores objetivos y subjetivos de la tentativa y no conceder al juez un poder discrecional demasiado amplio en la individualización de la pena.

2198 En el CP de 1924, se conservó la orientación del Proyecto de 1916, pero sin la misma claridad. El sistema puede ser resumido de la manera siguiente:

- El agente comienza la ejecución de la acción delictuosa, pero emplea medios o la dirige contra un objeto no idóneo: la pena será atenuada por debajo del *mínimum legal* (delito imposible).
- El agente ejecuta de manera completa su acción, pero el resultado no se produce por circunstancias accidentales: la pena podrá ser la misma que la del delito consumado o disminuida en la proporción antes señalada (delito frustrado).
- El autor desiste espontáneamente de continuar ejecutando su acción: no será castigado por tentativa (desistimiento espontáneo).
- El delincuente ha hecho todo lo necesario para que se consuma la infracción, pero interviene de *motuo proprio* para impedir la producción del resultado: la pena será disminuida por debajo del *mínimum legal* (arrepentimiento activo).

2199 La regulación prevista en el Código vigente es más simple:

- En caso de tentativa, el delincuente será reprimido con una pena prudentemente atenuada respecto a la que hubiera merecido en caso de consumación (tentativa simple y delito frustrado).
- Cuando resulta imposible consumir el delito, por ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto, el autor de la tentativa es impune.
- Si el autor, voluntariamente, desiste de continuar ejecutando la acción delictuosa o impide que se produzca el resultado, no será castigado por tentativa del delito que quiso consumir. Sólo se le sancionará cuando los actos cometidos constituyan de por sí otros delitos (desistimiento espontáneo y arrepentimiento activo).

2200 Si bien se prevé la atenuación obligatoria de la pena, se le otorga al juez un amplio poder para individualizar la sanción penal. El legislador se ha limitado a señalar que el juez debe proceder según las reglas de la pruden-

cia (cordura, moderación). Así, por ejemplo, el juez deberá considerar el nivel de desarrollo de la acción y la intensidad de la voluntad delictuosa. El hecho de determinar si se trata de una tentativa inacabada o acabada constituye un apoyo para estas apreciaciones.

En vista del sistema de márgenes penales empleado para establecer las penas según cada delito particular, la tarea del juez resulta difícil en la medida en que debe, en primer lugar, fijar la sanción (dentro del *mínimum* y del *máximum* previstos) que el agente hubiese merecido si hubiera consumado el delito y, en segundo lugar, atenuarla teniendo en cuenta todas las circunstancias materiales y personales del caso concreto (arts. 45 ss). 2201

En relación con la manera amplia como se prevé la atenuación de la pena, cabría preguntarse si el juez puede disminuir la pena por debajo del *mínimum* especificado en la disposición de la parte especial. La cuestión se plantea en aquellos supuestos en los que la pena, en caso de que se hubiera consumado el delito, fuera el *mínimum* legal. Por ejemplo, si el autor de una tentativa de hurto (delito que se encuentra conminado con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años) puede ser reprimido con una pena privativa de la libertad menor de un año, ya que si lo hubiera consumado no hubiera merecido una sanción mayor a la del *mínimum* previsto en el art. 185. No sería justo atribuirle una pena mayor en la hipótesis de la consumación con la única finalidad de aparentar que se le ha atenuado la pena. Un caso extremo es el de los delitos reprimidos con cadena perpetua (terrorismo agravado, DLeg N° 895, del 23 de mayo de 1998): si se trata de una tentativa, deberá siempre imponerse una pena privativa de libertad (art. 29). 2202

3. Pena por el delito realmente cometido

Según el art. 18, el agente será penado sólo “cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos” Dicho de otro modo, si los actos cometidos ya constituyen una infracción autónoma, el agente será perseguido y sancionado en relación con dicha infracción. Así, por ejemplo, el delincuente que, con el fin de matar a una persona, la ataca con una arma blanca y después de inferirle algunas heridas leves, renuncia espontáneamente a proseguir su acción, no podrá ser reprimido por tentativa de homicidio, pero sí como autor del delito de lesiones. Otro caso es el del delincuente que penetra en una casa ajena con el objeto de violar a la propietaria, pero que desiste después de vencer la resistencia de ésta y antes de practicar el coito. Este agente será sancionado por el delito de violación a domicilio pero no como autor de tentativa de violación. 2203

§ 20 Participación delictiva

I. Introducción. II. Participación y sus formas. III. Participación necesaria. IV. Regulación legal. V. Autoría y participación: criterios diferenciadores. 1. Generalidades. 2. Criterio objetivo. a. Criterio formal objetivo. b. Criterio material objetivo. 3. Criterio subjetivo. 4. Teoría del dominio del hecho. 5. Criterio de la violación de deberes. VI. Autoría. 1. Introducción. 2. Autor incapaz de culpabilidad. VII. Autoría mediata. 1. Introducción. 2. Autoría mediata en virtud de coacción. 3. Autoría mediata en virtud de error. 4. Autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. 5. Error sobre el dominio del hecho. 6. Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza de la infracción. VIII. Coautoría. 1. Introducción. 2. Decisión común de cometer la infracción. 3. Dominio común del hecho. 4. Contribución propia. 5. Condiciones personales. 6. Imputación del hecho punible. 7. Circunstancias particulares. 8. Autoría causal o accesoría. 9. Circunstancias materiales y personales. 10. Jurisprudencia. 11. Tentativa e instigación en la coautoría. IX. Participación stricto sensu. 1. Instigación. a. Evolución legislativa. b. Nociones. c. Medios utilizados por el instigador. d. Intención del instigador. e. Instigación de una o más personas. f. Casos especiales. g. Límites de la responsabilidad del instigador. h. Tentativa y consumación en la instigación. i. Agente provocador. 2. Complicidad. a. Evolución legislativa. b. Diferencia entre coautores y cómplices. c. Hecho punible principal. d. Prestar auxilio o asistencia. e. Causalidad de la complicidad. f. Momento de la intervención del cómplice. g. Tentativa de complicidad. h. Complicidad por omisión. i. Complicidad en delitos especiales. j. Intención del cómplice. k. Represión de la complicidad: cómplice primario y secundario. l. Fijación de la pena para los cómplices. X. Técnica legislativa y distinción entre los partícipes. XI. Actuar en lugar de otro. 1. Introducción. 2. Ámbito de aplicación. 3. Actuación de derecho o de hecho. 4. Realización del tipo legal. 5. Participación en el actuar en lugar de otro.

I. Introducción

En el estudio de la participación delictiva, el problema central es el sujeto, 2204 puesto que se trata de determinar quién ha cometido culpablemente la acción típica e ilícita y, en caso de ser varios los participantes, qué papel ha desempeñado cada uno de éstos. Por razones de técnica legislativa en general, el legislador señala, al redactar los tipos legales, a un individuo como sujeto de las acciones incriminadas. Así, en la mayor parte de las disposiciones de la parte especial del Código, comienzan con la fórmula: “el que...”. Por otra parte, aun en los casos en que recurre al plural (“los que”), estima suficiente que una persona realice la acción delictuosa.

En relación con algunos delitos y dada la manera como son definidos, el le- 2205 gislador prevé el concurso de dos o más personas. El delito de matrimonio ilegal o bigamia del art. 140, por ejemplo, consiste en que una persona soltera, a sabiendas, contrae matrimonio con una persona casada. Sin el concurso de ambas personas, el delito no puede ser ejecutado. Otro ejemplo se tiene en la forma tumultuaria como debe ser cometido el delito de motín previsto en el art. 348; aquí el tipo legal supone la participación de varias personas y, por lo tanto, este hecho punible no puede ser la obra de un sólo detenido, a pesar de que el texto de la disposición legal comienza diciendo: “el que”. De igual manera, en el art. 68 CJMP, se reprime como delito de rebelión el acto de levantarse en armas de “forma colectiva” por parte del personal militar policial²⁷⁴. Pero fuera de estos casos peculiares, el resto de delitos previstos como ejecutables por una persona individual pueden ser y son, con frecuencia, cometidos por varias personas juntas.

²⁷⁴ Los arts. 70 y 71 del CJMP, que prevén los delitos de sedición y motín, también presuponen la participación de de varios integrantes del personal militar o policial.

- 2206 Las condiciones que caracterizan al autor de un delito, las distintas formas de intervención y la responsabilidad de cada uno de los participantes han sido reguladas en el Capítulo IV del Título II del Libro primero del Código, bajo la denominación: “Autoría y participación”. El estudio y la sistematización de los criterios y principios relativos a la participación son denominados, en la dogmática penal, “teoría de la participación delictiva”. Sobre esta parte de nuestra disciplina podemos afirmar que “es el capítulo más oscuro y complicado de la ciencia penal”²⁷⁵.

II. Participación y sus formas

- 2207 En el Código derogado, el término “participación” era empleado en el sentido amplio de tomar parte en un acto delictivo. Comprendía pues a la coautoría, pero no a la autoría propiamente dicha que trata de un concurso de personas en la comisión del delito. En el Código vigente, con mejor criterio, se hace referencia expresa a la autoría.
- 2208 En el CP de 1924, se regulaban expresamente cuatro formas de participación: la coautoría (los que tomaran parte en la ejecución), la instigación (los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo), la complicidad primaria (los que coadyuvaran intencionalmente, con auxilio o cooperación, y sin los cuales no habría podido perpetrarse el delito) y la complicidad secundaria (los que de cualquier otro modo, con intención, hubieran prestado asistencia para cometer el hecho punible).
- 2209 Por su parte, siguiendo el modelo alemán y recurriendo a diversas fuentes (p. ej., el CP portugués), el Código actual abandonó el sistema del CP de 1924. Las categorías de autor, coautor y autor mediato ahora son reguladas separadamente de las de cómplice e instigador. Estas dos últimas aún siguen la orientación española, es decir, la del CP de 1924. Así, se continúa diferenciando el cómplice primario del cómplice secundario. En fin, en los diversos proyectos de reforma, las disposiciones correspondientes no siempre han sido redactadas de la misma manera. En el Anteproyecto de CP de 2004, no se proponen cambios sustanciales a la regulación vigente, como tampoco han sido propuestos en el Anteproyecto de CP de 2009.

²⁷⁵ KANTOROWICS, citado por ROXIN, 2000, p. 1.

III. Participación necesaria

No se trata de participación delictuosa cuando, según el tipo legal, es indispensable la intervención de dos o más personas para que se realice el delito. Por ejemplo, la conspiración supone la participación de varias personas (al menos dos) con la intención de cometer los delitos de rebelión, sedición o motín (art. 349). Cada uno de los conspiradores es autor, por lo que no son de aplicación las reglas de la participación delictuosa. Estos casos son agrupados bajo la denominación de participación necesaria propia. 2210

Por el contrario, se habla de participación necesaria impropia cuando la ley no prevé penar a quien participa en la comisión del delito, a pesar que ésta implica la intervención de otra u otras personas. Así, no hay estafa sin que la víctima haga un acto de disposición de su patrimonio influenciada por el comportamiento fraudulento del agente (art. 196). Lo mismo acontece en el caso de violación sexual de menor de edad (presumido incapaz absoluto de consentir), cuando un menor de 15 años incita al autor a practicarle el acto de orden sexual (art. 173, n. 3). La persona estafada es impune por ser la víctima del delito y el menor no debe ser considerado instigador por que el fin mismo de la disposición legal es el de proteger su libertad sexual. Sin embargo, en ciertos casos el tercero (generalmente beneficiario de la infracción) puede ser reprimido si sobrepasa los límites del tipo legal. Por ejemplo, en el delito de colusión (art. 384), el interesado que se concierta con el funcionario (autor del delito) al suscribir un contrato por el que se defrauda al Estado, el primero puede ser sancionado como cómplice o instigador. A veces, la ley equipara el comportamiento del tercero con el del autor. Es el caso en que existe connivencia entre el acreedor beneficiado con el deudor en el marco de una insolvencia fraudulenta. Según el art. 209, n. 3, el acreedor o la persona que haya actuado en su nombre será reprimido con la misma pena que el deudor fraudulento. 2211

IV. Regulación legal

Existe unanimidad sobre el hecho de que es necesaria y está justificada, desde un punto de vista de política criminal, la represión de todos aquellos que concurran en la comisión de un acto delictuoso, cualquiera que hubiera sido su intervención. Sin embargo, dos sistemas han sido concebidos para imputar la realización del delito a los diversos participantes. 2212

- 2213 En primer lugar, el denominado sistema unitario de autoría (*Einheitstätersystem*), que se basa en una noción amplia del autor (*extensiver Täterbegriff*). Según esta teoría, son autores quienes, de una u otra manera, contribuyen a la realización del comportamiento delictuoso. Lo esencial es que cada una de las intervenciones sea una de las causas del resultado. Si uno de los que intervienen causalmente en el hecho, de manera excepcional, no debe ser considerado como autor, es indispensable entonces que esto sea establecido expresamente. Estas formas de participación causal no calificadas de autoría constituyen sin embargo circunstancias restrictivas de punibilidad (*Strafeinschränkungsgründe*).
- 2214 Esta concepción, fundada en la idea de la causalidad, rechazada casi por unanimidad²⁷⁶, ha sido criticada sobre todo porque no concuerda con la función de garantía de la ley penal, consagrada en el principio de la legalidad. En efecto, este principio no tendría sentido si se considerara como autor a todo aquel que contribuya causalmente a la producción del resultado delictuoso, para practicar sólo más tarde algunas distinciones²⁷⁷. Además, la aceptación del sistema unitario de autoría conduciría a una ampliación desmedida de la función represiva²⁷⁸.
- 2215 Sin embargo, Röder, Geerds y Kienapfel defienden modernamente este sistema²⁷⁹. Además, algunos códigos penales lo consagran, entre ellos el austriaco de 1974 (§ 12), continuando así la orientación ya adoptada por el Código derogado (§ 5) y el Proyecto de 1964²⁸⁰. En Italia, el legislador, abandonando el modelo del Código de Zanardelli de 1889, parte también de un criterio causal y reprime, en principio, con la misma pena a todos los partícipes²⁸¹. En efecto, en el art. 110 de su CP de 1930, dispone que, en caso de que varias personas concurren en la comisión del mismo hecho punible, “cada una de ellas será reprimida con la pena prevista para este delito”. La doctrina italiana considera, sin embargo, que la aplicación de este sistema ha dado lugar a una excesiva ampliación de la responsabilidad a título de participación, causa de la tendencia de la jurisprudencia de tomar a la lige-

²⁷⁶ Cfr. GARCÍA CAVERO, 2008, p. 554.; ROXIN, 2003, § 25 N° 2, 4; idem, 1976, p. 241 ss.; JAKOBS, 1991, 21/25.

²⁷⁷ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 47 I 1.

²⁷⁸ BOCKELMANN, 1979, p. 164 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 61 II 1.

²⁷⁹ RÖDER, 1957, p. 238; GEERDS, 1965, p. 218; KIENAPFEL, 1984, p. 86.

²⁸⁰ Cfr. RÖDER, 1953, p. 56 ss.; RITTLER, 1964, p. 271; LEUKAUF-STEININGER, 1974, p. 115 ss.

²⁸¹ Ver: BETTIOL, 1969, p. 525; ANTOLISEI, 1964, p. 428; LATAGLIATA, 1961, p. 470; PAGLIARO, 2000, p. 534 ss.

ra los requisitos objetivos mínimos de la legítima responsabilidad por colaboración. Esta constatación permite subrayar el carácter anticonstitucional de las normas del Código referentes a la participación, por contradecir las exigencias del principio de legalidad²⁸². No obstante, este mismo criterio ha sido consagrado en el arts. 121-6 y 121-7 del CP francés²⁸³.

El segundo sistema, llamado sistema diferenciador, propone distinguir 2216 entre las diversas formas de intervención de las personas que cometen de manera conjunta un hecho delictivo. Una intervención causal en la ejecución de un delito sólo será calificada como participación si ha sido prevista en la ley como tal, pues autores no son todos los que colaboran en el hecho. Se trata, en definitiva, de un concepto restrictivo de autor (*restriktiver Täterbegriff*). Desde esta perspectiva, las definiciones legales de las formas de participación constituyen circunstancias de ampliación de la punibilidad (tipos legales ampliados).

Este sistema constituye la orientación tradicional y preponderante tanto en 2217 la doctrina, como en la legislación. Sus defensores, si bien coinciden en la necesidad y posibilidad de distinguir entre los diferentes partícipes, disienten sin embargo en el criterio que ha de ser utilizado con este fin. La diversidad de teorías elaboradas y la pluralidad de matices que las caracterizan impiden, en la práctica, clasificarlas. Teniendo en consecuencia como base esta sistemática, así como el CP alemán, el legislador peruano estableció dos regulaciones básicas: por un lado, la referente a la autoría (*Täterschaftsystem*) y, por otro, la relativa a la participación (*Teilnahmesystem*).

El criterio diferenciador es sin duda alguna el que más conviene para ase- 2218 gurar las garantías del derecho penal liberal. El criterio opuesto nunca ha sido sostenido, en nuestro medio, en la doctrina. Por lo tanto, nuestro legislador hizo bien al mantener en el Código dicha orientación. Sin embargo, es deplorable que no haya conseguido superar la deficiencia del CP de 1924. La técnica empleada para practicar tal distinción será enjuiciada en el momento de analizar cada una de las formas de participación y de estudiar la potestad dada al juez para sancionar a ciertos cómplices con la misma pena que al autor, lo que aparentemente significa la admisión del tratamiento único de todos los partícipes y, por consiguiente, la inutilidad de distinguir entre éstos.

²⁸² FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 360.

²⁸³ Ver: MERLE/VITU, T. I, p. 389; BOUZAT/PINATEL, 1975, T. I, p. 751.

- 2219 Esta concepción concierne sólo los delitos dolosos, puesto que la ley exige que los coautores, autores principales, instigadores y cómplices actúen con dolo. De modo que, en caso de comportamientos culposos, el sistema admitido es el unitario de autoría. Si varios individuos realizan con culpa un comportamiento, reprimido expresamente (p. ej., matar a una persona) cada uno es considerado responsable de la totalidad a título de autor. Teniendo en cuenta la evolución de las condiciones en las cuales se desarrollan las actividades sociales, en particular las que implican importantes riesgos para terceros, y la frecuencia de los comportamientos imprudentes, se discute en el presente si esta es la solución correcta²⁸⁴.

V. Autoría y participación: criterios diferenciadores

1. Generalidades

- 2220 Dada la adopción de una noción restrictiva de autor, ésta constituye un elemento primario del sistema. Sirve, en efecto, de referencia central respecto al tratamiento de la participación. La condición de autor está muy relacionada con la tipicidad del acto ejecutado²⁸⁵: no hay acto sin autor. De esto se desprende tanto que quien es autor no puede ser partícipe y viceversa, como que no existe participación sin autor (carácter accesorio de la participación).
- 2221 En el caso de la intervención de varias personas en la comisión del hecho delictivo, resulta fundamental determinar con precisión quién es el autor, con el objeto de calificar, luego, al resto de los que intervinieron como partícipes. Así, por ejemplo, en del marido que convence a su mujer para que aborte y a su amigo enfermero para que practique las maniobras abortivas, quien sigue los consejos de un médico, deberá responderse a las preguntas si ¿sólo el enfermero es el autor? ¿el marido es un instigador? ¿la madre y el marido son coautores? ¿el médico, la madre y el marido son sólo cómplices?

2. Criterio objetivo

- 2222 Los partidarios de este criterio colocan la línea fronteriza entre autoría (autor individual, coautor y autor mediato) y participación (cómplice e instigador) en el plano objetivo. Distinguen las diferentes personas que inter-

²⁸⁴ SCHMIDHÄUSER, 1975, 14/94; JAKOBS, 1991, 22/12; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 25 N° 15, 32.

²⁸⁵ PEÑA CABRERA, 1995, p. 298.

vienen, determinando si sus contribuciones caen dentro de los alcances del tipo legal así como la importancia de éstas en el engranaje de la cadena causal. Ellos se dividen aún en dos grupos, los que defienden un criterio formal objetivo, y los que sustentan un criterio material objetivo²⁸⁶.

a. Criterio formal objetivo

Es considerado autor quien, por sí mismo, realiza total o parcialmente la acción descrita en el tipo legal. Poco importa el peso causal de su intervención. Los otros implicados que no llegan a intervenir de la misma manera, sólo pueden ser partícipes. La ventaja de este criterio consiste en que permite distinguir quién es autor y quien no lo es. Sin embargo, presenta la grave desventaja de las lagunas a las que da lugar; por ejemplo, no permite considerar la categoría del autor mediato. Así, no podría ser reprimido por hurto quien se apodera de un bien ajeno, haciendo que lo sustraiga un tercero a quien ha engañado diciéndole que el bien le pertenece. Como no ha sustraído él mismo el bien, no ha realizado parcial ni totalmente la acción descrita en el art. 185. Otro ejemplo, en el caso del aborto, antes citado, es que la madre y el marido no podrían jamás ser considerados coautores porque no han ejecutado, ni siquiera en parte, la acción delictuosa. 2223

b. Criterio material objetivo

En lugar de considerar la ejecución total o parcial de la acción descrita en el tipo legal, este criterio tiene en cuenta la peligrosidad del hecho ejecutado concretamente por quien participa, colmándose, de esta manera, las lagunas de la teoría formal objetiva. Así, la calificación de autor mediato está justificada, en el ejemplo del hurto, por la importancia del hecho de utilizar a una persona como instrumento mediante el engaño. Igualmente, en el ejemplo del aborto dado anteriormente, se podría calificar de coautores a la madre y al marido que se ponen de acuerdo sobre el aborto, obtienen la participación del enfermero e intervienen de manera decisiva en la realización de la acción delictuosa. 2224

3. Criterio subjetivo

Partiendo del concepto extensivo de autor (todo aquel que contribuye causalmente a la comisión de la infracción es autor), se recurre luego a un 2225

²⁸⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 385 ss.

criterio subjetivo. La calidad de autoría (autor, coautor, autor mediato) o de participación *stricto sensu* (instigación, complicidad) es determinada por el contenido de la voluntad con que actuó la persona en cuestión²⁸⁷.

- 2226 Si dicha persona tuvo un *animus auctoris*, será considerada como autor (*lato sensu*), aun cuando hubiera contribuido objetivamente de manera secundaria a la comisión de la infracción. Al contrario, será calificado de partícipe (*stricto sensu*) el que haya actuado con *animus socii*, a pesar de que su contribución hubiera sido importante o de que haya incluso realizado la acción típica.
- 2227 Este criterio fue aplicado en dos casos alemanes muy conocidos: el de la bañera y el de Staschinsky. En el primero, una mujer embarazada da a luz y convence a su hermana de que mate al recién nacido. La hermana mata al niño ahogándolo en la bañera de la casa. En el segundo, Staschinsky, por orden de Seguridad de Estado de la URSS, mató a dos emigrantes rusos. Las modalidades de los crímenes fueron establecidas en todos los detalles por la Seguridad de Estado soviética. Teniendo en cuenta que tanto la hermana como Staschinsky habían actuado sin querer como acto propio el delito cometido, que ambos se habían sometido a la voluntad de los verdaderos interesados y que ninguno de los dos había actuado por interés (la hermana lo hizo para ayudar a la madre del niño a ocultar su condición de madre soltera y Staschinsky no recibió ninguna recompensa material o política), se consideró que aun cuando habían ejecutado, total y personalmente, la acción típica, había que considerarlos sólo como participantes (en forma de complicidad).
- 2228 Sin embargo, esta concepción ha sido muy criticada por gran parte de la doctrina y, en el presente, ya no es aplicada por la jurisprudencia alemana. Se niega, primero, la pertinencia de su punto de partida; o sea, el criterio de la equivalencia de las condiciones²⁸⁸; luego, se afirma que los conceptos de *animus auctoris* y *animus socii* no tienen ni realidad psíquica, ni normativa²⁸⁹; por último, se sostiene que mediante la aplicación de tal criterio se hace depender el problema de la participación de consideraciones sobre la graduación de la pena, sin importar de algún modo saber si el agente ha realizado o no una acción típica²⁹⁰, lo que contradice el principio de legalidad²⁹¹.

²⁸⁷ Concepción, elaborada por Kostlin y llevada a la práctica por von Buri, Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 47 II B 1a.

²⁸⁸ GIMBERNAT, 1966, p. 45 ss.

²⁸⁹ BOCKELMANN, 1979, p. 167.

²⁹⁰ PEÑA CABRERA, 1995, p. 301.

²⁹¹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 61 IV 2.

Según lo dispuesto en el art. 23 (semejante al § 25 I del CP alemán), esta 2229 concepción resulta inaplicable. En efecto, se define como autor al que “realiza por sí o por medio de otro el hecho punible” y a los “que lo cometan conjuntamente”. No depende pues de la voluntad con la que actúe el agente el hecho de saber si su participación constituye un caso de autoría o de participación. Por ejemplo, si el agente no reúne las condiciones particulares previstas por el tipo legal respecto al autor (delitos especiales), no será autor a pesar de que haya realizado la acción típica (abuso de autoridad, art. 376) con la voluntad de comportarse como tal.

Con el fin de atenuar la vaguedad del criterio subjetivo y de evitar esta clase 2230 de críticas, quienes sostienen esta concepción han buscado elementos que sirvan para concretar el contenido de la voluntad del agente. Así, se ha recurrido con frecuencia al criterio del interés, en virtud del cual el saber si alguien actúa con *animus auctoris*, queriendo el acto como propio, depende de la intensidad de su interés en la producción del resultado²⁹². Baumann, por su parte, señala como otro indicio del contenido de la voluntad del agente, su tendencia a dominar el desarrollo del acto. Según este autor, quien desea dominar el “sí” y el “cómo” de la acción delictuosa, sobrepasa la simple fase que consiste en querer apoyar su comisión, y no podrá reconocérsele, a pesar de su eventual o aparente desinterés en el resultado, como un mero participante secundario²⁹³. También, se ha afirmado que el partícipe “somete” su voluntad a la del autor (agente principal), de quien depende que se consuma o no la infracción, de modo que el *animus socii* consistiría en “remitir al criterio del autor” la fase decisiva de la acción delictuosa²⁹⁴. Finalmente, estos intentos de limitar el criterio subjetivo no han desembocado en resultados satisfactorios y, por lo tanto, no han logrado la aceptación general.

4. Teoría del dominio del hecho

Esta teoría tiene como punto de partida, por un lado, la admisión del con- 2231 cepto restrictivo de autor propio de la teoría formal objetiva y de la conexión implícita con el tipo legal y, por otro, la constatación de la ineficacia

²⁹² La jurisprudencia alemana ha llegado a negar la calidad de autor y a considerar como cómplice a quien con una pistola víctima a dos personas, por mandato de altas instancias gubernamentales extranjeras, debido a que “no lo quiso como propio [...] a que no tenía ningún interés en su comisión...” Bundesgerichtshof 18, 87 (caso Staschynskii). De la misma manera, se consideró como cómplice a la hermana de una mujer que mató al hijo recién nacido de ésta y se condenó a la madre como autora; Bundesgerichtshof 78, 84 (caso Bade-Wandlungen), p. 18.

²⁹³ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 29 N. 44 ss.

²⁹⁴ BUSCH, 1949, p. 18.

de recurrir, de manera unilateral, sea al criterio objetivo, sea al subjetivo. Su meta consiste en establecer el “dominio del hecho”, propuesto en un principio por Welzel, como “principio material común a todas las formas de autoría dolosa”. El cual consiste en el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico. Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma. El instigador y el cómplice, intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización. Según Roxin, principal exponente de esta concepción, es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura “clave o central” del suceso²⁹⁵. Se trata de una síntesis de factores objetivos y subjetivos. Como lo explica Maurach²⁹⁶, por dominio del hecho debe entenderse el tener en las manos, de forma dolosa, el curso del suceso típico. También afirma que este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple “voluntad del dominio del hecho”, sino el “voluntario moldeado del hecho”. Así, la comisión del delito depende del control que tenga el agente sobre el desarrollo de la acción y de su consumación.

2232 En algunas decisiones de la Corte Suprema, se recurre, aunque de manera un poco confusa, a este criterio, al que se le denomina “la moderna teoría del dominio del hecho”. Así, en una de ellas se admite que el procesado es autor del robo agravado que se le imputa porque “ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, teniendo a la vez la posibilidad de evitar el resultado”²⁹⁷. También ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional, siguiendo de cerca criterios expuestos por Welzel y sus seguidores²⁹⁸.

2233 Este criterio, sin embargo, ha sido criticado por la vaguedad del significado de la expresión “dominio del hecho” y por considerársele como inaplicable al autor mediato y a la participación (*stricto sensu*). En el primer caso, no puede admitirse su existencia dada la independencia con que actúa el ejecutor directo y, en el segundo caso, puede sin embargo admitirse algunas veces porque, según las circunstancias, el que es calificado de cómplice, por ejemplo, tiene la posibilidad de evitar o de interrumpir la comisión del hecho punible²⁹⁹. Según

²⁹⁵ Cfr. ROXIN, 2003, § 25, N° 27 ss.; idem, 2000, p. 335 ss.; idem, en LK, 1993, § 25 N° 7 ss.

²⁹⁶ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 47 III C.

²⁹⁷ ES del 02 de octubre de 1997, RN N° 4354-97 Callao, en ROJAS, 1999, p. 159.

²⁹⁸ Cfr. STC del 29 de abril de 2005, Exp. N° 1805-2005-HC/TC Lima, FJ. N° 34 ss. Cfr. GUILLERMO BRINGAS, 2008, 223 ss., 243 ss.

²⁹⁹ Ver: BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 29 N. 61 ss; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 25 N° 64 ss.

Gimbernat³⁰⁰, quien analiza esta doctrina en la perspectiva de la legislación española, parecida a la nuestra, el concepto de dominio del hecho “no constituye un aporte decisivo, ya que se encuentra ante la misma disyuntiva que agobia al intérprete español cuando trata de diferenciar entre cooperador necesario (cómplice primario) y mero cómplice (cómplice secundario)”³⁰¹.

A pesar de estas objeciones, debe admitirse que el dominio del hecho es 2234 el criterio que, no obstante sus deficiencias, permite definir mejor al autor del acto y distinguir los casos de participación. No es un criterio clave para resolver, clara y definitivamente, todos los problemas relativos a la intervención delictiva, pero constituye un esfuerzo meritorio para superar las deficiencias de los criterios subjetivo y objetivo³⁰². Aun cuando hay que reconocer, como lo hace el mismo Roxin, que sólo en apariencia existe unanimidad entre los defensores del “dominio del hecho”, en cuanto se refiere al contenido de esta expresión. Esta concepción se ha impuesto tanto en la jurisprudencia y en la doctrina alemanas, como en las de los países influenciados por la dogmática germana³⁰³.

Según la sistemática elaborada por Roxin³⁰⁴, la concepción del dominio 2235 del hecho puede manifestarse de tres maneras distintas: primera, el dominio de la acción en relación con el autor individual (*Handlungsherrschaft*); segunda, el dominio de la voluntad con respecto al autor mediato (*Willensherrschaft*); tercera, el dominio de la acción funcional respecto a los coautores (*Funktionale Handlungsherrschaft*).

5. Criterio de la violación de deberes

Considerando los delitos especiales, en oposición a los delitos comunes³⁰⁵, 2236 se ha planteado recurrir al hecho de la violación de un deber para deter-

³⁰⁰ GIMBERNAT, 1966, p. 135 ss.

³⁰¹ Cfr. infra N° 2356, ss.

³⁰² Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 61 V 1 ss. En su bien informado libro *Täterschaft und Tatherrschaft*, Roxin defiende un criterio personal sobre el “dominio del hecho”.

³⁰³ En el Perú, la doctrina del dominio del hecho constituye el criterio aceptado por la jurisprudencia para diferenciar a los autores de los partícipes. Así, puede verse, entre otras, la ES del 09 de junio de 2004, RN N° 253-2004, Ucayali, la ES del 16 de junio de 2004, RN N° 299-2004, Santa y la ES del 27 de septiembre de 2004, RN N° 23-2004, Lambayeque, Cfr. CARO JOHN, 2007, p. 69 ss.

³⁰⁴ ROXIN, 2003, § 25 N° 28 ss.

³⁰⁵ Cfr. *supra* N° 1130.

minar quien debe ser tenido como autor³⁰⁶. Respecto a los segundos, se recuerda que, en principio, toda infracción supone la violación de un deber. Se trata de comportamientos contrarios a los deberes generales que corresponden a toda persona, entre los cuales, el más general y primario es el de no perjudicar los bienes de terceros. Al violarlos, el agente actúa de manera contraria a la que le impone el ejercicio de su “competencia personal de organización”. Estos casos corresponden a los delitos en que la calificación de autor es determinada según el criterio del dominio del hecho.

- 2237 En cuanto a las infracciones especiales, mejor llamadas “infracciones de deber”, se sostiene que sólo puede ser calificado de autor quien reúna la cualidad exigida por el tipo legal respectivo y quienes se encuentren ligados –con anterioridad al hecho delictivo– a instituciones fundamentales para la existencia misma de la sociedad, como son “la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad básica y, por último, el velar por la sujeción a la ley de la Administración y de la Administración de justicia, como principio básico del Estado de Derecho”³⁰⁷. Teniendo en cuenta esta circunstancia determinante, se afirma que la cualidad de autor no depende –en estos delitos³⁰⁸– del hecho de si el agente tiene o no el dominio fáctico de la realización del comportamiento típico. El factor decisivo sería, más bien, el incumplimiento del deber específico que tiene el sujeto activo por el papel particular que desempeña. El mismo que le es atribuido por las instituciones que se instauran en la sociedad para garantizar su funcionamiento. Así, el aspecto decisivo es la relación institucional entre el titular del deber especial y los bienes de terceros (deberes en función de la competencia institucional). De modo que si un funcionario público, en tanto *intraneus*, utiliza un tercero (*extraneus*) para, abusando de sus atribuciones, causar un perjuicio arbitrario a una persona, será autor del delito previsto en el art. 376 (abuso de autoridad). Poco importa, en este caso, que no haya tenido en realidad el dominio del hecho³⁰⁹. Este criterio va más allá de la determinación de quien debe ser

³⁰⁶ Cfr. CARO JOHN, 2003, p. 49 ss.; GUILLERMO BRINGAS, 2008, 232 ss.; REAÑO PESCHIERA, 2005, p. 193 ss.

³⁰⁷ JAKOBS, 1995, p. 994; cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 388 ss.

³⁰⁸ Criterio desarrollado, conforme a su concepción normativista, por JAKOBS, 1991, 1/7, 7/56 ss., 7/70 ss., 21/115 ss., 28/13 ss., 29/29 ss., 29/57. Cfr. DERKSEN, 1993, p. 163 ss., 170 ss.; LESCH, 1992, p. 263 ss.

³⁰⁹ LESCH, 1992, p. 264; SÁNCHEZ-VERA, 1998, p. 168.

considerado autor, en la medida en que la lesión del deber es considerada como el fundamento de la imputación penal³¹⁰.

VI. Autoría

1. Introducción

En el Código, la noción de autor es parte del subsistema de la autoría que, 2238 junto con el de la participación en sentido estricto, forman el sistema general de la participación delictiva. La autoría no constituye una manera de ejecución colectiva del delito, sino el punto de referencia de las demás formas de participación³¹¹.

El art. 23 establece: “El que realiza por sí [...] el hecho punible [...] será 2239 reprimido con la pena establecida para esta infracción”. El mismo criterio ha sido consagrado en el art. 23 del Anteproyecto de CP de 2009. El art. 16, inc. 1 CJMP contiene una fórmula parecida. Según esta disposición es autor el militar o policía “que realiza la conducta punible de función por sí mismo...”³¹².

Según el art. 23, es autor el que ejecuta personal y materialmente el delito³¹³; 2240 o sea, el que tiene el dominio de la acción. Poco importa que actúe solo o cuente con la intervención de terceros. Así, también puede comprenderse en esta noción cierta forma de participación, por ejemplo el caso de quien comete, en calidad de instrumento del autor mediato, directamente el delito. La noción también comprende al *Nebentäter* (autor accesorio), quien realiza el delito, sin saberlo, conjuntamente con otra persona: por ejemplo, sin ponerse de acuerdo y cada uno por su lado, dos individuos disparan contra la víctima causándole la muerte.

³¹⁰ JAKOBS, 1993, p. 2; LESCH, 1992, p. 264.

³¹¹ BOCKELMANN, 1979, p. 165, sostiene que el lugar en el cual debería ser estudiada la autoría, de acuerdo con la realidad, es al final de la teoría de la antijuricidad y de la culpabilidad, pero concluye diciendo de que no sería conveniente separar su estudio del análisis de la participación; Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 739 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 383 ss.

³¹² El CP de 1924, art. 12, N° 1, decía: “son autores: los que perpetran el hecho criminal”. El empleo del plural (los que...) en esta frase hace pensar que el legislador trató de regular así la coautoría (una forma de participación *lato sensu*).

³¹³ Cfr. SAMSON, 1972, § 25 N° 19; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 25 N° 2 ss..

2. Autor incapaz de culpabilidad

- 2241 La existencia de un autor es el presupuesto indispensable para la existencia de la participación (*stricto sensu*). Es imposible imaginar ésta última sin la presencia de un autor³¹⁴. Respecto a este problema, un sector de la doctrina se ha referido a una autoría limitada, es decir, la de los incapaces de culpabilidad, que realizan una acción típica y antijurídica. Según ellos, la ley debe considerar a éstos como autores para poder castigar ciertas formas de participación³¹⁵. Esta opinión es debida al hecho de que dichos autores consideran que el autor no necesariamente debe cumplir con todos los elementos del delito: donde la ley penal dice “hecho punible”³¹⁶, ellos leen “injusto penal”.

VII. Autoría mediata

1. Introducción

- 2242 El CP de 1924 no contenía disposición general expresa sobre esta forma de autoría. A lo más, se puede pensar que había previsto, en forma implícita, un caso singular en el art. 86. Según esta disposición, en caso de obrar por orden obligatoria de la autoridad competente (art. 85, inc. 5), “la represión del delito podrá ser aplicada al que por su orden hubiere determinado a otro a obrar”.
- 2243 Al contrario, el art. 23 define al autor mediato diciendo: “el que realiza [...] por medio de otro el hecho punible...”. Esta definición se encuentra también recogida en el art. 23 del Anteproyecto de CP de 2009.
- 2244 En el CJMP, se estatuye que es autor el militar o policía “que realiza la conducta punible de función [...] por medio de otro...” (art. 16, inc. 1). La misma definición se preveía en el art. 14 CJM.
- 2245 El autor mediato aprovecha o utiliza la actuación de un tercero para alcanzar su fin delictuoso³¹⁷. El agente (autor mediato) realiza el tipo legal

³¹⁴ Esta relación de dependencia es llamada “accesoriedad de la participación”, Cfr. *infra* N° 2298 ss.

³¹⁵ Cfr. BOCKELMANN, 1979, p. 169.

³¹⁶ “*Straftat*”, § 25, N° 1, CP alemán.

³¹⁷ ROXIN, 2003 § 25 N° 45 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 396 ss.

sirviéndose, consciente y voluntariamente³¹⁸, del “autor directo de la acción típica”, quien debe tener la capacidad de cometer acciones. No es un partícipe (en el sentido técnico), pero tampoco puede ser calificado de mero “instrumento”. Esta expresión, sin embargo muy utilizada, resulta poco apropiada por dos razones: primera, puede inducir a creer que también hay que considerar los casos en que el agente utiliza como cosa a una persona (p. ej., con la intención de romper el vidrio de un escaparate, el agente empuja violenta y sorpresivamente a la persona que va junto a él), y segunda, hace pensar que sólo se da la autoría mediata cuando el intermediario es un incapaz o alguien privado de toda voluntad. Por todo esto, es preferible hablar simplemente de intermediario material³¹⁹. Este intermediario, en razón a una serie de circunstancias particulares, se encuentra en una situación de inferioridad respecto al autor mediato.

El autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir *de facto* 2246 el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito. Es, en consecuencia, respecto a él que hay que determinar si el tipo legal objetivo ha sido realizado, pues, él es el autor. Así mismo, hay que constatar si ha actuado con dolo y si reúne los elementos particulares específicos de la legislación legal pertinente (p. ej., en el hurto, el propósito de obtener un provecho ilícito o en el caso de los delitos especiales, la calidad exigida por el tipo respectivo). Por esto es necesario delimitar el ámbito en que se ha desarrollado la acción delictuosa y considerar las circunstancias que permitan admitir la existencia de dicho dominio.

2. Autoría mediata en virtud de coacción

Si el autor mediato coacciona al intermediario, éste debe actuar por lo me- 2247 nos con voluntad limitada³²⁰. Por ejemplo, a fin de ganar el campeonato, un tenista ordena a su preparador físico, bajo amenaza cierta e inminente de matarlo, de lesionar a uno de sus rivales. El tenista es, en este caso, autor mediato de lesiones; el preparador físico no es responsable si ha actuado en estado de necesidad exculpatorio. De no ser éste el caso, se trataría de un caso de instigación. Además, si el intermediario se viera del todo privado de su voluntad, por ejemplo mediante fuerza física irresistible o incurso en

³¹⁸ ES del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 168.

³¹⁹ Lo propone explícitamente BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 29 N. 114 ss. PEÑA CABRERA, 1995, p. 306 ss.

³²⁰ ROXIN, 2003 § 25 N° 47 ss.

alguna otra causa de ausencia de acción, no sería posible la autoría mediata, puesto que quien recurre a este medio es en efecto autor directo³²¹, ya que tiene en sus manos un verdadero instrumento y no un intermediario material.

- 2248 Mientras se aceptó el carácter accesorio restringido en la participación (*stricto sensu*), la producción de una acción prohibida mediante un irresponsable³²² (enfermo mental, niño, etc.) fue considerada sin discusión como un caso de autoría mediata³²³. Este punto de vista es aún aceptado, por ejemplo, si el agente provoca la incapacidad del intermediario o aprovecha que se encuentre en dicho estado (embriagar o drogar a una persona para hacerle cometer un delito). Al contrario, se admite, hoy en día, con relativa frecuencia, que se trata de instigación, por ejemplo, cuando el intermediario (niño o incapaz) comprende la significación del acto que el agente le pide que cometa. Esta opinión se fundamenta sobre todo en la admisión de la noción de “accesoriedad limitada” de la participación³²⁴.

3. Autoría mediata en virtud de error

- 2249 Si el agente induce en error al intermediario material sobre el aspecto objetivo del tipo legal³²⁵, este último actuará entonces sin dolo. El autor mediato logra así que se ejecute el acto previsto en el tipo legal previsto. Dada la falta de consciencia del intermediario respecto a la ejecución del delito, el autor mediato controla totalmente el desarrollo del hecho. Según las circunstancias, el intermediario podrá sin embargo ser responsable a título de culpa. Un ejemplo, bastante citado por la doctrina, es el del médico que con dolo induce a error a la enfermera, entregándole en lugar del medicamento una dosis de veneno. El enfermo ingiere dicho veneno que le causa la muerte. En este caso, el médico es responsable del homicidio doloso y la enfermera puede serlo de homicidio culposo, si incurrió en imprevisión culpable³²⁶.

³²¹ Cfr. NUÑEZ, 1974, p. 286. Sostiene un criterio distinto, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 219.

³²² Según el DL N° 22095, art. 55-A, inc. 6, modificado por el DLeg N° 122, constituye un hecho agravante del tráfico ilícito de drogas, la utilización de un inimputable para su comisión.

³²³ ROXIN, 2000, p. 259 ss.

³²⁴ Cfr. *infra* N° 2298 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 62 II 4; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 354 ss.

³²⁵ ROXIN, 2003 § 25 N° 63 ss.

³²⁶ En el caso del error de tipo vencible, no hay que olvidar que el art. 14 prevé la imposición de una pena, a título de culpa, siempre y cuando la ley reprima expresamente la modalidad imprudente del delito cometido.

El error puede ser un error *in persona*³²⁷. Por ejemplo, Juana, sabiendo que 2250 Pedro se propone matar a Isabel, logra sustituir a ésta por Rosa. Pedro, a causa de la oscuridad del lugar, no reconoce a Rosa y le causa la muerte creyendo que se trata de Isabel. En este caso, no se puede admitir la autoría mediata porque Pedro tiene el dominio del hecho, del mismo modo que Juana y, además, Pedro no se encuentra en una relación de inferioridad o sometimiento respecto a ésta. Ambos deben pues ser tratados como autores accesorios (*Nebentäter*). Según las circunstancias, también podría tratarse de un caso de instigación, si el agente (Juana) hubiera provocado el error e inducido al autor material (Pedro) a que realice el delito.

Los casos referidos a los tipos legales que prevén un elemento subjetivo 2251 particular, o ciertas formas agravadas, son muy discutidos. En los primeros, el intermediario no tiene, por ejemplo, el afán de obtener un provecho ilícito necesario para cometer el hurto querido por el autor mediato. La sustracción del bien mueble practicada por el intermediario para entregárselo luego al agente se encuentra bajo el dominio de ambos, lo que dificulta la admisión de la autoría mediata. Pero tampoco es posible concebir la participación, por no existir un acto principal: el intermediario no comete hurto alguno, ya que carece del propósito específico de aprovecharse del bien sustraído.

En las formas agravadas, por ejemplo, en los delitos especiales, el interme- 2252 diario no goza de la calidad específica prevista en el tipo legal que se refiere al autor de la infracción. Así, cuando el abogado que, consciente y voluntariamente, deja que su secretaria revele el secreto de uno de sus clientes. La dificultad para admitir la autoría mediata en este caso reside en la circunstancia de que el abogado no ejerce una influencia material importante y, por lo tanto, carece de dominio sobre el hecho. Una de las explicaciones más convincentes para evitar esta dificultad es la que consiste en afirmar que el dominio del hecho es superfluo en el caso de delitos que suponen la infracción de un deber no penal (p. ej., será calificado de autor quien viola dicho deber³²⁸).

El error también puede concernir al carácter ilícito del acto³²⁹. En este caso, 2253 el intermediario material actúa bajo la influencia de un error de prohibi-

³²⁷ ROXIN, 2003, § 25 N° 102 ss.

³²⁸ ROXIN, 2000, p. 360.

³²⁹ ROXIN, 2003 § 25 N° 76 ss.

ción inevitable que excluye la culpabilidad. El agente, por su parte, puede inducir intencionalmente al intermediario a equivocarse sobre el carácter ilícito del acto o aprovechar que éste se encuentra ya en este error. Por ejemplo, el agente consigue que un guardia detenga a alguien haciéndole creer que se trata de un delincuente. Así logra, mediante la actuación del policía engañado, realizar un delito contra la libertad individual (art. 152). Al contrario, la autoría mediata no se da si el intermediario puede evitar el error de prohibición, ya que éste actúa entonces de manera culpable, aunque disminuida, y quien lo determina a actuar no tiene pleno dominio del hecho³³⁰, siendo por tanto un inductor.

- 2254 Un caso particular de autoría mediata, por falta de culpabilidad del intermediario material, es el que se presenta cuando éste comete una infracción obedeciendo una "orden obligatoria de la autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones". La no punibilidad estatuida por el art. 20, inc. 9, tiene su fundamento en el error inevitable del inferior jerárquico sobre el carácter ilícito de su acto³³¹. El que mediante su orden determina a otra persona a obrar merece ser reprimido y debe serlo a título de autor mediato, pero nunca a título de instigador por no concurrir los elementos de la instigación³³². Este caso singular debe ser claramente distinguido de aquellos en que el aparato del Estado es utilizado para delinquir. Así, por ejemplo, los casos de abuso de autoridad, tortura y desapariciones cometidos por miembros del aparato estatal para combatir la criminalidad organizada, el tráfico de drogas o el terrorismo. El que secuestra y mata a una persona sospechosa de pertenecer a una organización terrorista, conforme a las directivas y a las órdenes recibidas de sus superiores, actúa de manera autónoma y voluntariamente. Así el superior (hombre de atrás, *Hintermann*) no tiene el dominio del hecho requerido por la autoría mediata.

4. Autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder

- 2255 En el marco de sus estudios sobre las formas de intervención delictiva, buscando superar las dificultades prácticas ligadas a la represión de com-

³³⁰ Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 312.

³³¹ El art. 19, inc. 8, CJMP declara exento de responsabilidad criminal al "que se resiste a cumplir una orden impartida por autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra".

³³² Cfr. *infra* N° 2313 ss.

portamientos delictuosos cometidos bajo el régimen nazi (el caso de Adolf Eichmann) o comunista (el caso del agente Staschynski), Claus Roxin³³³ desarrolló una propuesta teórica en virtud de la cual pretendió justificar la punición de los altos funcionarios que habían organizado o dirigido a los autores materiales de los delitos cometidos en tales regímenes. Según este criterio, dichos dirigentes serían autores mediatos de los crímenes cometidos por los autores materiales, y el fundamento de tal condición radicaría en el dominio del hecho que los primeros ejercen sobre un aparato organizado de poder del cual, los segundos, serían tan sólo ejecutores intercambiables o “fungibles” del mismo.

Estos aparatos organizados de poder pueden desarrollarse a nivel estatal, 2256 como en los casos de los regímenes autoritarios citados, o en estructuras similares, como lo son la criminalidad organizada y la delincuencia terrorista³³⁴. Conforme sostiene este sector de la doctrina, el autor material sólo representa un engranaje más de la estructura de poder, pudiendo ser manipulada su intervención por sus superiores en razón del dominio que ejercen sobre dicha organización. Este autor sostiene que “estas organizaciones despliegan una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona individualmente, sin que importe la persona individual del ejecutor [...] (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás, que se sienta a los mandos de la estructura organizativa, aprieta el botón dando la orden de matar, y puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor”³³⁵. En atención al hecho que el autor material puede ser reemplazado por otro y al dominio que ostenta el superior jerárquico por sobre la organización, las formas tradicionales de instrumentalización –el error y la coacción– no son aplicables a estos casos, fundamentándose la autoría, antes bien, en el dominio ejercido por el superior sobre el aparato organizado de poder³³⁶.

En la doctrina, se ha discutido acerca de los elementos estructurales de 2257 esta forma de dominio del hecho, llegándose, incluso, a negarle autonomía en el seno de la autoría mediata, sosteniendo que la solución de estos casos se encuentra en la coautoría³³⁷, inducción³³⁸ o complicidad prima-

³³³ MONTAYA VIVANCO, 2009, p. 66 ss.; ROXIN, 2000, p. 269 ss.

³³⁴ ROXIN, 2000, p. 278.

³³⁵ ROXIN, 2000, p. 272.

³³⁶ HURTADO POZO, 2008, p. 356.

³³⁷ JAKOBS, 1997, p. 763; JESCHECK/WEIGEND, 2003, p. 611.

³³⁸ GIMBERNAT, 1966, p. 181.

ria³³⁹. Roxin, defendiendo su teoría como forma independiente de autoría mediata, sostiene que ésta se fundamenta en la preexistencia de una organización que despliega sus actividades al margen del ordenamiento jurídico. Siendo, pues, el factor decisivo para fundamentar el dominio del hecho, la fungibilidad del ejecutor. El autor material sería “al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria de poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de atrás, junto con él, al centro del acontecer”³⁴⁰.

- 2258 En América Latina, esta teoría fue aplicada por primera vez en Argentina, en las sentencias emitidas por los tribunales que tuvieron a su cargo tanto el enjuiciamiento y sentencia condenatoria (del 9 de diciembre de 1985) como la revisión de ésta (fallo en mayoría del 30 de diciembre de 1986), de los integrantes de las Juntas Militares de Gobierno que ejercieron el mando político de dicho país, durante los años 1976 a 1983. Los magistrados de las dos instancias llegaron a la conclusión que los mandos militares actuaron en calidad de autores mediatos en virtud de esta forma de dominio del hecho: el dominio de la organización³⁴¹.
- 2259 Por su parte, el Tribunal Federal Alemán, mediante sentencia del 23 de julio de 1994, condenó como homicidas a los soldados vigilantes de las fronteras de la República Democrática Alemana, quienes tenían la orden de disparar contra las personas que querían huir hacia la República Federal a través del Muro de Berlín. Así mismo, condenó como autores mediatos, en virtud de la teoría de los aparatos organizados de poder, a los miembros del Consejo Nacional de Defensa, por haber sido ellos quienes dieron las órdenes de disparar³⁴².
- 2260 En el Perú, se ha aplicado también esta teoría en la sentencia condenatoria emitida contra los miembros del Comité Central de Sendero Luminoso. Los jueces condenaron al dirigente máximo de este movimiento subversivo como autor mediato en virtud del dominio organizativo, por la matanza de pobladores de la localidad de Lucanamarca³⁴³. Afirmaron que “el acusado desde la cúspide del aparato dominaba todos los aparatos de la organiza-

³³⁹ HERNÁNDEZ, 1996, p. 274.

³⁴⁰ ROXIN, 2000, p. 273.

³⁴¹ LASCANO, 2001, p. 351.

³⁴² AMBOS, 2005, p. 237.

³⁴³ Sentencia de la Sala Penal Nacional del 13 de octubre de 2006, Exp. N° 560-03 (F.J. 14, p. 172), confirmada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante ES del 27 de noviembre de 2007, RN 5385-2006. Cfr. PARIONA, 2009, p. 59 ss.

ción, los que recibían las directivas o consignas para ejecutar acciones armadas a través de las llamadas retransmisiones por parte de los dirigentes del Comité Central o de enlaces que bajaban a los diversos comités (...). En consecuencia, a juicio del Colegiado, dado el nivel que ostentaba en el Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso, y toda su participación en el proceso de aprobación de los planes de acciones armadas, órdenes concretas y sistemas de control de toda la organización, resulta ser el máximo y principal responsable de todos los hechos declarados probados en esta sentencia, siéndole atribuible su intervención en calidad de autor mediato por dominio de la organización de los delitos de terrorismo agravado... y asesinato”.

De manera similar se fundamentó la sentencia condenatoria de los miembros del destacamento “Colina” y de los mandos militares que promovieron y apoyaron sus operaciones paramilitares, en el conocido caso La Cantuta³⁴⁴ y en el caso llamado Barrios Altos³⁴⁵. Así mismo es de remarcar que esta teoría fue aplicada en la sentencia³⁴⁶ por la que se condenó al ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori por los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE. En la sentencia de primera instancia, los jueces consideraron al acusado autor mediato por organización, y afirmaron que desde “su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde 1990, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando (...). En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy

³⁴⁴ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima del 08 de abril de 2008, Exp. N° 03-2003-1°SPE/CSJLI.

³⁴⁵ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima del 1 de octubre de 2010, Exp. N° 28-2001-1°SPE/CSJLI.

³⁴⁶ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del 7 de abril de 2009, Exp. N° A.V. 19-2001; confirmada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, ES del 30 de diciembre de 2009, Exp. N° 19-2001-09-A.V. Cfr. MEINI, 2009, p. 603 ss.

diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa (...). Por tanto, los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente³⁴⁷.

5. Error sobre el dominio del hecho

- 2262 Se presentan dos situaciones sobre las que se discute intensamente. En la primera, el agente cree por equivocación tener el dominio del hecho. Por ejemplo, en el suceso del médico antes citado, la enfermera se da cuenta de que éste quiere utilizarla para matar a la víctima y sin embargo, consciente y voluntariamente, decide dar al paciente la sustancia nociva. Por esto, no debe ser considerada como un instrumento utilizado por el médico para causar la muerte de éste. Algunos autores admiten que se trata de una tentativa de homicidio mediante autoría mediata, mientras que otros afirman que es un caso de instigación. Sin embargo, lo cierto es que sólo se puede afirmar que se trata de un caso de autoría mediata si se aplica el criterio subjetivo: el agente tenía la voluntad de dominar el hecho y el dolo de matar. De acuerdo con este mismo criterio, la enfermera será también reprimida por homicidio.
- 2263 En la segunda situación, al contrario, el agente no sabe que tiene el dominio sobre el mismo. Por ejemplo, en el caso antes citado, el médico cree que la enfermera se ha dado cuenta de su manipulación y que, por lo tanto, no causará la muerte del paciente. Pero la enfermera hace justamente lo contrario. En esta hipótesis, por faltarle la voluntad de cometer el delito, el médico no deberá ser considerado como autor mediato, sino sólo como responsable, según las circunstancias, por participación o por tentativa de participación³⁴⁸.

³⁴⁷ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del 7 de abril de 2009, Exp. N° A.V. 19-2001 (F.J. 745).

³⁴⁸ SAMSON, 1972, § 25 N° 38.

6. Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza del delito

Se discute mucho si es posible cometer en autoría mediata los denominados delitos de propia mano y los delitos especiales, así como los delitos de pura actividad. Respecto a estos últimos, la cuestión depende de si se les considera o no delitos de propia mano. Algunos autores consideran que si bien los delitos de propia mano constituyen una categoría especial de delitos de mera actividad, “sólo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la actividad típica”³⁴⁹. Por el contrario, en cuanto a los delitos de mera actividad, los cuales no son siempre delitos de propia mano, si es factible su comisión por autoría mediata, siendo aplicables las reglas generales sin considerar ninguna particularidad³⁵⁰. 2264

La descripción típica de los delitos de propia mano exige que la acción prohibida sea ejecutada personalmente por el agente. Se trata, por ejemplo, del delito de matrimonio ilegal o bigamia (art. 139) y del delito de falso testimonio (art. 409). El juicio negativo de valor, que fundamenta la represión de este tipo de comportamientos se basa en la misma manera como son perpetrados. De ahí que en los delitos de propia mano, no pueda darse la autoría mediata. 2265

En los denominados “delitos especiales”, el círculo de personas que pueden cometerlos se halla limitado en razón de alguna calidad particular que recae en el agente. Por ejemplo, la de ser funcionario público, juez o médico. Los delitos especiales, se clasifican en “propios” e “impropios”. En los primeros, la calidad especial del sujeto activo sirve de fundamento a la represión; en los segundos, sólo tiene la función de una circunstancia agravante o atenuante, por lo que, el tipo legal básico puede ser cometido por cualquiera. La autoría mediata está, en consecuencia, excluida de los “delitos especiales propios”, cuando el agente que se sirve de un intermediario carece de la “calidad particular exigida por el tipo legal”. Si no es un “funcionario público”, por ejemplo, no podrá ser considerado como “autor mediato” del delito de abuso de autoridad que tipifica el art. 376, puesto que esta infracción consiste en el hecho de que un funcionario público cometa u ordene, abusando de sus funciones, un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de otra persona. Si el sujeto, no calificado, consigue (utilizando uno de los recursos 2266

³⁴⁹ GIMBERNAT, 1966, p. 300; Cfr. MAQUEDA ABREU, 1992, p. 133; SILVA SÁNCHEZ, 1993, p. 38.

³⁵⁰ ARZT, 1990, p. 182; MAQUEDA ABREU, 1992, p. 128; SILVA SÁNCHEZ, 1993, p. 172; PÉREZ ÁLVAREZ, 1995, p. 178.

con los que se incurre en la autoría mediata) que un funcionario público realice la acción tipificada en esta disposición, no significa sin embargo que vaya a quedar impune, por ser imposible considerarlo como autor mediato de esta conducta punible. Según las circunstancias, podrá ser sancionado, por ejemplo, como autor mediato de delito contra la libertad individual o como instigador o cómplice del funcionario en la comisión del delito de abuso de autoridad.

- 2267 Sin embargo, no debe deducirse sin más de lo aquí expuesto que el funcionario público, o cualquier otro que posea la calificación exigida por la ley, pueda servirse de un tercero para, mediante su actuación, realizar un delito especial (propio). Hay que tener siempre en cuenta las peculiaridades del tipo legal. En efecto, a menudo, la represión penal no se fundamenta sólo en la calidad del agente, sino también en una “manera de actuar”. Por ejemplo, el delito de prevaricato no puede ser cometido por quien es juez sirviéndose de un tercero, ya que éste no puede “dictar resoluciones” (art. 418). Esta es la solución que la mayoría de los autores sostiene³⁵¹. En los delitos especiales impropios el sujeto no cualificado (*extraneus*) tampoco podrá ser considerado autor mediato, aunque en estos casos es factible reconducir la calificación jurídico penal al tipo legal común que sirve de base al delito especial impropio. Por ejemplo, el sujeto que se vale de otro a quien utiliza como instrumento para que éste mate a su ascendiente, no puede ser considerado autor mediato de parricidio (art. 107) porque no concurre en él la calidad especial de descendiente de la víctima, sin el que será, en todo caso, autor mediato de homicidio (art. 106).
- 2268 Por lo que se refiere a los delitos culposos, es imposible la autoría mediata debido a su misma naturaleza y a que la actividad del autor mediato, consistente en servirse o aprovecharse del agente intermediario, es siempre dolosa³⁵², cuando en los delitos de esta índole falta precisamente la voluntad de dirigir el suceso causal (dominio del hecho).
- 2269 En el momento de individualizar la sanción, el juez tendrá que comprobar que en la persona del autor mediato recaigan todas las circunstancias objetivas necesarias. Deberá también tener cuidado con la correcta determinación de su culpabilidad, la cual puede ser influida por un error o

³⁵¹ Cfr. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 25 N° 44 ss.; ROXIN, 2000, p. 360, 399, 406. Sobre el derecho penal español ver: GIMBERNAT, 1966, p. 232 ss.

³⁵² Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 62 II 1. PEÑA CABRERA, 1995, p. 307, VILLA STEIN, 1998, p. 299.

no abarcar todo el hecho ilícito realizado por el intermediario material (exceso)³⁵³.

VIII. Coautoría

1. Introducción

En el Código derogado, el legislador había regulado los casos de coautoría 2270 como una forma de “participación en el hecho punible”. En el art. 100, había estatuido que se consideraban como autores “los que toman parte en la ejecución” del hecho punible. Así, se refería a los coautores, pero no al autor (*stricto sensu*)³⁵⁴, ya que éste no “toma parte en la ejecución”, sino que ejecuta el hecho punible.

El art. 23 se refiere a los que conjuntamente ejecutan el hecho punible. Así, 2271 establece la base sobre la cual debe elaborarse la noción de coautoría, la misma que ha sido recogida en el Anteproyecto de CP de 2009. En términos similares, esta regla ya figuraba en los proyectos de reforma del Código. Por ejemplo, el art. 38, *in initio*, del Proyecto de 1984 (octubre), decía: “los que lo realizan conjuntamente”. Tampoco difieren mucho los Proyectos de 1985 (art. 40), 1986 (art. 40) y 1990 (art. 28).

“Ejecutar conjuntamente el delito” es una fórmula bastante amplia que su- 2272 pone, por un lado, la decisión colectiva de realizar la infracción y, por otro, la colaboración conjunta de manera consciente y voluntaria. Según la doctrina, la imputación a título de coautoría se basa tanto en el principio de la división de las tareas entre los participantes, como en el de la distribución funcional de éstas. La coautoría se presentará, primero, cuando los participantes ejecutan conjuntamente el hecho punible, por ejemplo, apuñalando a la víctima y causándole la muerte. En segundo término, cada participante realiza una parte de la acción típica conforme a la decisión común arribada, es el caso de los delincuentes que detienen a golpes a la víctima, mientras uno la sujeta fuertemente, otro la despoja de los bienes que lleva consigo. Y, finalmente, según la distribución funcional de las tareas, es superfluo que todos ejecuten el hecho de la misma manera, pues, unos pueden cometer una parte del hecho típico, mientras que los otros pueden completarlo, como se da en el caso de una violación sexual en coautoría, donde unos

³⁵³ ES del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 169.

³⁵⁴ Diferente, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 219.

ejercen la violencia o la grave amenaza, mientras que los otros ejecutan el acto sexual propiamente dicho.

2. Decisión común de cometer la infracción

- 2273 Para que se dé la coautoría, es indispensable que, entre los que “cometen conjuntamente” el hecho punible, exista una intención común de realizar un delito; es decir, deben forjar en común esta voluntad. Así, cada uno de ellos hace propio el acto cometido por todos. En este sentido, no es posible la coautoría en la comisión de delitos culposos³⁵⁵.
- 2274 Con frecuencia, es suficiente el entendimiento alcanzado de manera tácita y espontánea. A menudo, puede tratarse de un acuerdo previo o de la puesta en marcha de un plan de acción. Pero la existencia de esta comunidad de intenciones no determina por sí sola el carácter de coautores de todos los que participan. Como lo hemos explicado antes³⁵⁶, nuestro Código no consagra el criterio puramente subjetivo. Es necesario, además y sobre todo, que sus intervenciones formen parte del proceso de ejecución.
- 2275 Admitir lo contrario significaría dar por inexistentes las referencias a la complicidad primaria y secundaria. En efecto, en estas formas de participación existe, en principio, un entendimiento entre el autor principal y sus colaboradores. El criterio del acuerdo previo como factor decisivo para determinar quiénes son autores ha tenido mucho éxito en España, donde ha sido con frecuencia aplicado en la jurisprudencia. En la doctrina, pocos son los que lo combaten; entre ellos, Quintano Ripollés, por ejemplo lo califica de peligroso y afirma que su aplicación elimina casi del todo la complicidad³⁵⁷.
- 2276 Según la teoría del dominio del hecho, hay que considerar que existe este dominio en la coautoría cuando cada agente, basándose en la decisión de actuar en común, ejecuta un elemento de la actividad delictuosa. La ejecución de la infracción se presenta como la realización, mediante una división de las tareas, de una resolución tomada conjuntamente. En el caso del asalto a un Banco, en que el jefe del grupo propone el proyecto criminal y

³⁵⁵ Cfr. *supra* N° 1871 ss.

³⁵⁶ Cfr. *supra* N° 2225.

³⁵⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, p. 553; Cfr. LUZÓN, 1996, p. 194; GIMBERNAT, 1966, p. 57 ss.; en especial, p. 77 ss.

proporciona los planos del local, el chofer espera con el motor encendido, el técnico desconecta el sistema de alarma y otra persona amenaza con un arma de fuego al cajero y se apodera del botín, todos deben ser considerados como coautores, puesto que actúan cumpliendo los papeles que previamente se habían asignado y como titulares de una parte del dominio del hecho. Este dominio, según la doctrina, es de carácter funcional (*funktionale Tatherrschaft*)³⁵⁸.

Así, la coautoría se distingue con claridad de la complicidad: primero, porque el coautor no favorece el accionar ajeno, sino que asume como suya la acción del otro; segundo, porque no lleva a cabo una acción subordinada, sino que interviene en la ejecución aunque sea de una manera poco importante o de la misma manera que los demás. 2277

3. Dominio común del hecho

Los coautores deben ejercer conjuntamente el dominio sobre el hecho. No es suficiente, por lo tanto, que el participante, aun teniendo como base una decisión común, ejecute tan sólo un acto que cause el resultado, como lo propone el criterio subjetivo. Este autor debe más bien ejecutar una parte de los actos necesarios en la realización de la infracción, conforme al plan establecido en común³⁵⁹. Para determinar este factor, entonces hay que considerar la relación complementaria en la que se hallan, la importancia del plan de la acción y la importancia de la ejecución de los actos. Según la importancia que tenga tal intervención en el momento de forjarse la decisión común, la participación material en la ejecución puede no darse o no ser decisiva, o viceversa³⁶⁰. Este criterio es de gran relevancia práctica porque permite reprimir al “cerebro” del grupo criminal o al jefe de banda que controla las actividades de sus secuaces sin intervenir de manera directa en las acciones delictuosas planeadas. 2278

³⁵⁸ SAMSON, 1972, § 25 N° 13; BOCKELMANN, 1979, p. 179; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 62 III. La jurisprudencia peruana ha recogido el criterio del codominio del hecho como uno de los componentes que fundamenta la coautoría, señalando: “Si los acusados tomaron parte conjuntamente en la ejecución del delito, compartiendo un codominio del hecho, debe considerárseles como coautores del delito y no como autores individuales”, Cfr. La sentencia recaída sobre el Exp. N° 4165-97 Ica, en CARO JOHN, 2007, p. 86.

³⁵⁹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 63 I 1 a.

³⁶⁰ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 63 III 1; HAFT, 1998, 8° Teil § 3 3 b; WESSELS/BEUKEL, 2001, N° 528 ss.

4. Contribución propia

2279 Debido al hecho de que la coautoría implica la ejecución consciente, voluntaria y conjunta del delito, cada coautor debe, en consecuencia, contribuir a la realización de la infracción ejecutando la parte que le corresponde según el plan común. Poco importa sin embargo, el momento en que su intervención tenga lugar, desde el nivel de los actos preparatorios hasta el del agotamiento del hecho ilícito, pasando por los de la tentativa y de la consumación. En el ejemplo del asalto a un banco, el jefe de la banda sólo interviene en la preparación del robo, pero su acto es, a pesar de esto, parte esencial de la ejecución de la infracción. Por lo tanto, el jefe es un coautor por haber asumido, según el reparto de papeles en la realización del hecho punible, como suyos los actos que ejecuten los demás miembros del grupo. Otro ejemplo: en un caso de estafa, en que participan varios individuos de común acuerdo, el papel de uno de éstos puede consistir en intervenir para concretar el provecho ilícito que todos tratan de obtener (p. ej., hacer efectivos los cheques obtenidos astutamente del estafado). A diferencia de lo que sucedía bajo la regulación del CP de 1924³⁶¹, el cual establecía que debían “tomar parte en la ejecución”, no es necesario actualmente interpretar el art. 23 en el sentido de que los participantes deben realizar actos ejecutivos, es decir en el sentido que la teoría objetiva da a la fórmula “comienzo de la ejecución” utilizada respecto a la tentativa.

5. Condiciones personales

2280 Cada uno de los coautores debe poseer, cuando la ley lo requiere, la calidad de autor. Dicho de otro modo, por lo que se refiere a los delitos especiales, sólo pueden ser coautores aquellos que cumplan con las exigencias del tipo legal pertinente (p. ej., el hecho de ser funcionario o servidor público). Asimismo, autor de un hurto sólo puede ser aquel que obra con el afán de obtener un provecho ilícito apoderándose de un bien sustraído a su propietario. Para cometer un hurto en coautoría es pues indispensable que la intención de todos los participantes esté caracterizada por ese elemento subjetivo especificado en el art. 185. Si uno de los que intervienen carece de este designio, podrá sin embargo ser reprimido a título de cómplice.

³⁶¹ Ver la edición anterior del presente Manual, HURTADO POZO, 1987a, p. 528 ss.

6. Imputación del hecho punible

La existencia de la coautoría implica que la totalidad del hecho punible sea 2281 imputado a cada uno de los coautores. Así, se les responsabiliza por actos que, en principio, no hayan cometido personalmente. Sin embargo, en la aplicación de esta regla hay que tener en consideración las circunstancias particulares de cada caso y del tipo legal pertinente, aplicable al caso concreto. Por ejemplo, si tres personas se ponen de acuerdo para causar daños en la casa del vecino de uno de ellos y -por error- dañan la casa de uno de éstos, el que sufre el daño no podrá ser reprimido como autor, por la simple razón de que no puede ser autor de un delito de daños contra la propiedad en su propio perjuicio. Es decir, mientras que los otros dos cometían dicho delito en coautoría, éste sólo cometía un delito imposible. En el ejemplo antes citado de los asaltantes que deciden en común atracar un banco y que llegado el caso emplean sus armas tanto para ejecutar el delito como para escapar, al delincuente que es lesionado por uno de sus compañeros que lo confundió con uno de los policías que los perseguían, no se le podrá imputar de ningún modo la tentativa de homicidio porque él mismo no hubiera podido cometer dicha infracción en su propia persona. Así mismo, no se les puede imputar a los coautores los actos que exceden los hechos sobre los cuales se habían puesto todos de acuerdo. Por ejemplo, si acordaron cometer un hurto sin que ninguno llevara un arma consigo, no se les imputará la muerte cometida por el que no respetó la decisión colectivamente tomada.

7. Circunstancias particulares

Puesto que, mediante la decisión común, los coautores asumen como pro- 2282 pios los actos cometidos por los otros, entonces todos son responsables por tentativa a partir del momento en que uno de ellos incurra en actos que constituyen el inicio de la ejecución del hecho punible.

Los delitos de omisión también puede cometerse en coautoría, en la me- 2283 dida en que todos los participantes tengan el deber de ejecutar la acción esperada. Por ejemplo, padre y madre observan como su hijo menor corre el riesgo de ahogarse, poniéndose de acuerdo para no prestarle auxilio, porque suponen que será socorrido por el salvavidas. No habiendo tenido la voluntad de causarle la muerte, incurren, según las circunstancias, sólo en pena por delito de abandono de persona en peligro (art. 125).

Siendo la decisión común de cometer el delito una de las condiciones in- 2284 dispensables para que se dé la coautoría, ésta resulta excluida en el caso de

los delitos culposos. La responsabilidad de los que ocasionen un accidente y lesionen, por culpa a una persona, es determinada de manera separada según el grado de imprevisión culpable con el que cada uno actúo (autores accesorios, *Nebentäter*). Situación peculiar es la que tuvimos oportunidad de exponer al analizar el delito culposo³⁶² y respecto a la cual admitimos la posibilidad de hablar en cierta forma de autoría, pero en un sentido más amplio que el señalado en este capítulo. Se trata del caso en que los autores del comportamiento imprudente se ponen de acuerdo para ejecutar la acción que crea o aumenta el riesgo.

8. Autoría causal o accesoria

- 2285 La simple realización de los actos ejecutivos por parte de varios agentes, que ocasionan un solo resultado prohibido, aún no es suficiente para que se pueda hablar de coautoría.
- 2286 El concurso de tales acciones, en efecto, puede deberse al azar. Por ejemplo, dos personas vierten intencional y separadamente veneno en la taza de café que ha de tomar la víctima. La doctrina denomina estos casos “autoría causal o accesoria” (*Nebentäterschaft*). Sin embargo, este concepto no tiene relevancia en dogmática, porque se trata del concurso fortuito de varios casos de autoría individual (propia) ³⁶³. La solución se desprende mediante la aplicación directa de los criterios de imputación objetiva y autoría.

9. Circunstancias materiales y personales

- 2287 El art. 26 regula la manera cómo hay que tener en cuenta las “circunstancias y cualidades personales” de los autores y participantes en el momento de determinar la responsabilidad de cada uno de ellos³⁶⁴. Esta disposición legal consagra la denominada incomunicabilidad de dichas circunstancias. La individualización de la pena respecto a cada uno de aquellos no será, en consecuencia, influenciada, favorable o desfavorablemente, por la presencia de circunstancias o calidades personales en otro de los partícipes.

³⁶² Ver *supra* N° 1871 ss.

³⁶³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 63 II 3.

³⁶⁴ ES del 14 de abril de 1999. Exp. N° 10-99 Lima, en RJP, 2000, p. 273.

Cuando el texto de la ley se refiere a las “circunstancias y cualidades que 2288 afecten la responsabilidad”, no comprende desde luego aquellas que fundamentan la tipicidad o la antijuricidad.

Los ejemplos de “circunstancias y calidades personales” son numerosos: 2289 el hecho de actuar en error de tipo legal o de prohibición (art. 14); la incapacidad de culpabilidad por factores culturales (art. 15); el impedir el resultado o tratar de hacerlo seriamente en caso de participación (art. 18); la edad (art. 20, inc. 2: menos de 18 años; art. 22: entre 18 y 21 ó más de 65); la imputabilidad disminuida u otra eximente incompleta (art. 21: exceso de legítima defensa); la prescripción de la acción y de la pena, pues los actos de interrupción pueden tener efectos sólo contra alguno o algunos de los partícipes (arts. 83 y 87); el hecho de encontrarse bajo la influencia del estado puerperal (art. 110); la relación de parentesco en los casos de delitos contra la libertad sexual, de proxenetismo y de ofensas al pudor público (art. 184); el hecho de obrar por lucro o por cualquier otro móvil innober (art. 330: revelar secretos de la República). Al fin de cuentas, se trata de todas aquellas cualidades propias a los participantes y de las relaciones especiales que tengan con la víctima o con el objeto del delito y cuya presencia determina un aumento, una disminución o una exclusión de la culpabilidad (responsabilidad), las que a su vez implican una modificación en la determinación de la pena.

La consecuencia más importante de la aplicación del art. 26 es que la pena 2290 que haya que imponerle al partícipe no debe ser siempre igual o menor a la que se le “imponga al autor”. En efecto, siendo incomunicables las cualidades y las circunstancias personales de los partícipes, es posible que el autor sea favorecido por una circunstancia atenuante (p. ej., poseer la calidad de ser menor de 21 años pero mayor de 18). También es posible que la situación del cómplice sea agravada en relación con la del autor, por ejemplo, por actuar por lucro. Del proceso de individualización de la pena puede resultar que el cómplice sea sancionado con más severidad que el autor. Esto se comprende con facilidad si se considera que no hay que fijar la pena sólo en función de la naturaleza objetiva del comportamiento del agente; sino, y sobre todo, de acuerdo con la culpabilidad y la responsabilidad de éste. Además, nuestro Código admite con claridad este sistema, al establecer que la pena se fijará, en primer lugar, de acuerdo con la culpabilidad (responsabilidad) y, en segundo lugar, según la gravedad del hecho punible.

En fin, conviene recordar que el art. 102 del Código derogado, similar 2291 al art. 26 vigente, ha sido mal aplicado por la Corte Suprema. En efecto.

Esta consideró, interpretándolo literalmente, que la pena correspondiente al cómplice “no puede ser mayor que la del autor, sino igual disminuida hasta una parte de la represión que se imponga al autor del hecho delictuoso”³⁶⁵.

10. Jurisprudencia

- 2292 La Corte Suprema no fue siempre coherente al apreciar los casos de coautoría. A título de ejemplo, conviene citar la ES del 30 de noviembre de 1960³⁶⁶, en la que reconoce como “autores”, o mejor dicho coautores, del delito de homicidio a los coacusados que mataron a la víctima de la siguiente manera: el primero le disparó cuatro tiros con su revólver; como aún no falleciera así, el segundo le hundió un cuchillo en el vientre y el tercero la ultimó de tres machetazos. Indiscutiblemente, cada una de las acciones individuales fue parte de la ejecución del delito de homicidio. Por cierto, este tipo de casos es más frecuente en los delitos contra el patrimonio: por ejemplo, la apropiación de una considerable suma de dinero por parte de empleados del Jockey Club, realizada mediante acciones individuales y parciales³⁶⁷. Cada una de ellas constituye, en consecuencia, una parte del proceso ejecutivo del delito de apropiación ilícita. También, hay que considerar como coautor a quien ejerce violencia sobre una mujer a fin de que otro le haga sufrir el acto sexual³⁶⁸; o al que realiza el “artificio, astucia o engaño” mediante el cual se logra que la víctima entregue un bien de su propiedad (art. 196, delito de estafa)³⁶⁹. Asimismo, hay que calificar de coautores a quienes hayan sujetado las extremidades de la víctima a fin de que otro “le torciera” el cuello “hasta conseguir su dislocamiento y muerte instantánea”³⁷⁰. La realización de tales actos es, por lo tanto, suficiente para considerar a sus realizadores como coautores, y no tratarlos como meros cómplices³⁷¹.

³⁶⁵ ES del 28 de diciembre de 1961, en RJP 1962, p. 612.

³⁶⁶ En RJP 1960, p. 1482.

³⁶⁷ ES del 25 de noviembre de 1964, en AJ 1964, p. 306.

³⁶⁸ ES del 9 de setiembre de 1955, en RJP 1956, p. 216.

³⁶⁹ ES del 18 de julio de 1950, en RJP 1951, p. 297.

³⁷⁰ ES del 1 de abril de 1950, en RF 1950, p. 372. Caso semejante en la ES del 31 de octubre de 1959, en RJP 1960, p. 432.

³⁷¹ La Corte Suprema equivocadamente califica de cómplice y no de coautor a quien interviene en la ejecución del delito de estafa prestando su nombre (artificio) y cobrando los cheques girados por la víctima: ES del 15 de enero de 1973, en RJP 1973, p. 93.

Sin embargo, se puede decir que, en diversas decisiones de la Corte Suprema³⁷² se enumeran las siguientes condiciones: a) decisión común de realizar el delito; b) aporte relevante de cada uno de los que intervienen, de modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte podría haberse frustrado el plan de ejecución; y c) tomar parte en la fase de ejecución de manera que cada acusado ha tenido un dominio parcial del acontecer, circunstancia que da contenido real a la coautoría.

11. Tentativa e instigación en la coautoría

Si el proceso ejecutivo del delito es, por cualquier circunstancia, interrumpido, los coautores serán entonces reprimidos a título de tentativa. En este caso, resultaría por supuesto decisivo el hecho de comprobar que existe entre ellos un entendimiento común. También, habría que tener en cuenta todos los elementos de hecho presentes para individualizar la represión.

El simple acuerdo tendiente a la realización de un delito, sin que llegue sin embargo a ponerse en práctica, no puede dar lugar a ninguna represión penal, salvo por supuesto en los casos en que se trate de un delito independiente. Por ejemplo, el art. 349 reprime al que forma parte de una conspiración de dos o más personas “para cometer” delitos de rebelión, sedición o motín.

Por último, conviene señalar que los coautores también pueden actuar instigados por un tercero³⁷³. Ello se presenta, por ejemplo, en el caso que éste contrate a un grupo de sicarios a fin que asesinen a una persona³⁷⁴. Este fue el caso del llamado “triple crimen de Camacho”. Los sicarios fueron condenados como coautores de asesinato por lucro, debido a que fueron financiados por la hijastra de la víctima.

³⁷² ES del 13 de octubre de 2004, RN N° 1720-2004 Callao y ES del 02 de julio de 2004, RN N° 602-2004 Huánuco, en CARO JOHN, 2007, p. 88 ss. En el mismo sentido, ES del 25 de enero de 1995, RN N° 4647-95 Lambayeque, en ROJAS, 1999, p. 164; ES del 25 de marzo de 1998, RN N° 5924-98 Piura, ES del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 170; ES del 11 de marzo de 1998, RN N° 6017-97 Lima, en ROJAS, 1999, p. 161; ES del 20 de noviembre de 1997, RN N° 3900-97, en ROJAS, 1999, p. 293.

³⁷³ Conforme puede verse de las ejecutorias supremas publicadas en RT 1940, p. 203; RJP 1960; p. 432; RJP 1947, p. 492; RJP 1952, p. 1732; RF 1969, p. 353.

³⁷⁴ ES del 21 de julio de 2004, RN N° 1260-2004, en CARO JOHN, 2007, p. 88.

IX. Participación *stricto sensu*

- 2297 La instigación (el hecho de provocar en un tercero la decisión delictiva) y la complicidad (el hecho de colaborar con el autor mediante consejos o actos concretos) son reprimidas porque ocasionan o apoyan un acto típico e ilícito ajeno. Sin la existencia de un autor que cometa el acto principal (en el sentido del concepto restrictivo de autor), no se pueden dar ni la complicidad ni la instigación. Si bien ambas formas de participación tienen un injusto propio y diferenciado del injusto cometido por el autor, conforme expresión del principio de responsabilidad por el hecho propio, la punición de éstas depende de la ejecución del hecho principal. Es lo que la doctrina ha denominado accesoriedad cuantitativa. Por ejemplo, Pedro persuade a Juana para que robe en casa de Jorge y ella realiza el delito penetrando en el domicilio de éste con la llave que le había proporcionado Rosa, la secretaria de Jorge. La represión de Pedro y de Rosa depende en este caso del accionar ilícito de Juana.
- 2298 Esta índole accesoría deriva de la misma significación del término participar: tomar parte en algo ajeno³⁷⁵. Por esto, resulta correcto afirmar, a diferencia de lo que sucede con la tentativa, que la “participación no integra un tipo delictivo autónomo, sino un simple concepto de referencia”³⁷⁶, cuyas notas específicas están determinadas legalmente (arts. 24 a 26). Como ya lo hemos indicado antes³⁷⁷, las nociones de complicidad e instigación fundamentan la ampliación de la punición. Las reglas generales que las definen, aplicadas en relación con las disposiciones de la parte especial, amplían los tipos legales previstos en estas normas.
- 2299 Los actos de participación no son ilícitos por sí mismos. Es el hecho principal³⁷⁸ el que condiciona su carácter de contrario al orden jurídico. En efecto, el instigador y el cómplice no atentan directamente contra el bien jurídico protegido, pero lo hacen a través del hecho punible cometido por el autor. Por esto, ellos sólo son reprimidos si el acto principal ha sido ejecutado o si, al menos, su ejecución ha comenzado (tentativa). Lo dicho no puede conducir a la conclusión de algunos autores acerca de que el injusto

³⁷⁵ Según la Corte Suprema, “la complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores”, ES del 22 de marzo de 1999. Exp. N° 64-99 La Libertad, en CARO JOHN, 2007, p. 103 ss.

³⁷⁶ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 50 III A.

³⁷⁷ Cfr. *supra* N° 2297 ss.

³⁷⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 61 IV 4.

penal cometido por el partícipe depende del que comete el autor principal, ya que una conclusión en tales términos infringiría el principio de responsabilidad por el hecho propio y, con ello, el principio de culpabilidad. El hecho cometido por el partícipe será reprochado una vez que el autor haya comenzado con los actos ejecutivos (participación anterior al hecho) o continúe ejecutándolos (participación durante el hecho), y sólo lo será por el nivel del aporte que realizó a favor del autor (complicidad), o por la determinación delictiva que generó en éste (inducción).

El hecho principal que realice el autor, al que se halle vinculada la actividad de participación, debe ser un comportamiento sancionado como delito. Si el legislador considera necesario reprimir la participación en una acción que no esté prevista en ningún tipo legal como delito, entonces deberá incriminarla como delito independiente. Es el caso de la instigación o ayuda al suicidio (art. 113). Pero aun en este supuesto, la actividad de participación se refiere al acto de otra persona (suicidio) y su represión depende de si dicho acto “se ha consumado o intentado”.

El carácter accesorio de la participación respecto al hecho principal resulta de la manera como han sido reguladas la instigación y la complicidad. La primera, según el art. 24, consiste en “determinar a otro a cometer el hecho punible” y, la segunda, según el art. 25, en prestar “auxilio para la realización del hecho punible”. Semejante dependencia no se da por supuesto en el caso de la coautoría, respecto a la cual es más apropiado hablar de interdependencia de las acciones de los agentes, que permitirá una imputación recíproca a los coautores. Los coautores no deciden a un tercero a ejecutar el hecho punible, ni siquiera colaboran en la realización de un acto ilícito ajeno, sino que asumen los actos ejecutados por cada uno de ellos como piezas constitutivas del delito proyectado y ejecutado en común.

El primer problema que se presenta al analizar esta relación de dependencia, estriba en saber en qué consiste el acto principal o, como dice nuestro legislador, “el hecho punible”. En efecto, de la significación que se le reconozca a éste dependerán los alcances de que se den al carácter accesorio.

Hecho punible puede comprenderse como acción típica, antijurídica y culpable. Los participantes serían así reprimidos porque darían lugar a la culpabilidad del autor del hecho principal. Por consiguiente, para poder reprimir al partícipe como instigador o cómplice, el agente del acto principal (el autor) deberá ser un sujeto culpable y el acto cometido, típico e ilícito. Esta manera de considerar la relación de dependencia es denominada “ac-

cesoriedad extrema”. En oposición a esta idea, se considera que por hecho punible es de entender acción típica y antijurídica, ya que la culpabilidad corresponde a cada individuo de manera individual e independiente (accesoriedad mínima). En consecuencia, para castigar a los participantes a título de instigación o complicidad, basta con que el autor cometa un acto típico e ilícito.

- 2304 Cuando el legislador establece que el instigador y el cómplice serán reprimidos con la pena que “corresponda al autor” o “prevista para el autor” del hecho punible, parece afiliarse al concepto de la “accesoriedad extrema”. En efecto la ley parece decir que como no se le puede imponer una pena a un autor que no haya actuado típica, antijurídica y culpablemente, tampoco sería factible hacerlo respecto al cómplice. Sin embargo, admitir esta interpretación literal implicaría que tampoco convenga reprimir al cómplice si el autor no es identificado, y a pesar de que se compruebe tanto la comisión del acto principal como la manera según la cual actuó. Además, en caso de que el autor sea declarado no culpable (por ser incapaz o haber actuado bajo la influencia de un error de prohibición inevitable), entonces también habría que favorecer al partícipe con una declaración de impunidad. Esta interpretación no concuerda pues con el criterio admitido en el Código, según el cual las circunstancias y las cualidades que afecten la responsabilidad de un autor o participante “no modifican la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible” (art. 26).
- 2305 El art. 82 del Proyecto de 1984 (setiembre) reproducía, en términos semejantes, el art. 104 del CP de 1924: se refería a las “circunstancias personales” y a los “autores o cómplices”. Mientras que el art. 42 del Proyecto de 1984 (octubre) disponía que “las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción del hecho que concurren en uno o varios de quienes lo han realizado, alcanzan a los coautores y partícipes que hayan tenido conocimiento de ellos” y que “las [...] no integrantes de la descripción legal influyen sólo en la responsabilidad de aquellos en quienes concurren”. En cuanto a los Proyectos de 1985 (art. 45) y 1986 (art. 45), preveían con más sencillez que “no se comunican las circunstancias ni las condiciones de carácter personal, salvo cuando son elementos del hecho punible”. Finalmente, el texto definitivo del art. 26 apareció en los Proyectos de 1990 (art. 31) y 1991 (art. 26). En el Anteproyecto de CP de 2009, se prevé una regla parecida y, además, se indica que “si en el partícipe no concurren los especiales elementos personales que fundamen-

ten, agravan, disminuyen o excluyen la punibilidad del autor, se atenuará la pena para él conforme al art. 45”.

El art. 26 fue elaborado sobre todo siguiendo el art. 104 del CP de 1924, de raigambre helvética³⁷⁹. Esta norma consagraba el criterio de la “accessoriedad limitada”³⁸⁰, conforme al cual, para poder reprimir al partícipe, bastaba que el autor principal hubiera cometido un hecho ilícito, en el sentido de típico (objetiva y subjetivamente) y contrario al orden jurídico (ausencia de una causa de justificación). Por lo tanto, no era preciso que el autor fuera además culpable, o sea responsable según la terminología de la ley y punible.

Pero si el autor principal actúa sin dolo (elemento esencial del tipo legal subjetivo) o si se ampara en una causa de justificación (p. ej., la legítima defensa), entonces el comportamiento del partícipe, al igual que el del autor principal tampoco es punible. En el primer caso, porque el acto principal no es un acto penalmente incriminado (atípico) y, en el segundo caso, porque la ilicitud del acto del partícipe deriva de la del acto principal. No obstante, habría que considerar aún si el partícipe ha creado las condiciones necesarias para que el agente se crea autorizado a lesionar el bien jurídico de la víctima, porque de suceder esto, se trataría de un caso de autoría mediata³⁸¹.

1. Instigación

a. Evolución legislativa

En el art. 24, se caracteriza al instigador como la persona que “dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible”. Mientras que en el CP de 1924, art. 100, se decía “los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo...”. Fórmula retomada en el art. 78 del Proyecto de 1984 (setiembre). En el art. 39 del Proyecto de 1984 (octubre), se siguió utilizando el término “intencionalmente”, pero se prefirió emplear el verbo “determinar”. El mismo texto fue utilizado en los Proyectos de 1985 (art. 41) y de 1986 (art. 41). El texto definitivo del art. 24 fue establecido, salvo por lo que se refiere al verbo “determinar”, en los Proyectos de 1990 (art. 29) y de 1991 (art. 24).

³⁷⁹ Se puede comparar dicha disposición con el art. 27 del Anteproyecto suizo de 1915.

³⁸⁰ Aunque sin mencionar expresamente la norma, opina que el CP recoge el principio de la “accessoriedad limitada”, PEÑA CABRERA, 1995, p. 317.

³⁸¹ Ver *supra* N° 2242 ss.

En el art. 24 del Anteproyecto de CP de 2009, se recoge el mismo criterio. El cuadro de la evolución está finalmente completo si se recuerda que, en el Proyecto de 1916, se hablaba de “los que maliciosamente determinan al agente a ejecutar el hecho...” (art. 37, inc. 3) y que el CJMP se refiere al “militar o policía que dolosamente determina a otro a realizar la conducta punible”. Evidentemente, todas estas fórmulas expresan en el fondo lo mismo y el texto del Código actual no representa, en consecuencia, un cambio respecto al CP de 1924.

b. Nociones

- 2309 El instigador no realiza la infracción, ni “toma parte”, en sentido material, en su ejecución; persuade a un tercero para cometa la acción típica. Sólo ejerce una influencia psicológica sobre éste, con el objeto de hacerle cometer el hecho punible. No se trata, por lo tanto, de un caso de autoría³⁸². Al contrario, el autor es el instigado y su presencia es indispensable para poder hablar de instigación. Ésta es, en consecuencia, como la complicidad: una forma de participación (*stricto sensu*), con un injusto propio y diferente del injusto del autor, cuya punibilidad depende de la comisión del hecho principal por aquél³⁸³. Siendo, por consiguiente, una forma accesoria de participación.
- 2310 El hecho de denominar al instigador “autor intelectual”³⁸⁴ o “moral”³⁸⁵ no es correcto y sólo provoca, más bien, confusión. La razón que parece conducir a algunos a calificar de “autores” a los “instigadores”, es el hecho de que se trató a éstos como autores³⁸⁶, al afirmarse que serían sancionados con la pena del autor.
- 2311 El instigado es determinado a tomar la resolución de cometerla. Sin embargo, basta con reforzar la voluntad del agente, haciéndole descartar las dudas que pudiera tener y que le impidieran pasar al acto. Al contrario, no puede instigarse al que ya decidió cometer el delito (*omnimodo factururus*). Pero tampoco es necesario que el instigado sea indiferente u opuesto a su

³⁸² ES del 9 de octubre de 1997, Exp. N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 168.

³⁸³ En relación con el derecho suizo, SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 234, dice claramente que el hecho de que el instigador sea sancionado como “autor” no significa que sea un “autor intelectual”, sino sólo que merece la misma pena que este último.

³⁸⁴ BRAMONT ARIAS, 1966, p. 220.

³⁸⁵ ES del 4 de junio de 1936, en RF 1936, p. 245.

³⁸⁶ Por lo que se refiere a los “coautores”, ver *supra* N° 2270 ss.

comisión: también puede tratarse de alguien dispuesto, en general, a actuar criminalmente. Por ejemplo, el sicario profesional que es determinado a cometer un delito concreto³⁸⁷.

c. Medios utilizados por el instigador

Los medios a que puede recurrir el instigador para determinar al instigado 2312 son diversos. Maúrtua creyó conveniente, en el Proyecto de 1916, enumerarlos de manera expresa, quizás inspirado por el criterio del CP holandés de 1881 (art. 47, inc. 2). Así, señalaba las dádivas, las promesas, la violencia y el engaño (art. 72, inc. 3). Sin embargo, este sistema es criticable por las confusiones que puede originar. Por ejemplo, permite suponer que una vez comprobada la utilización de uno de estos medios con el fin de hacer que alguien cometa una infracción, ya hay que admitir la existencia de la instigación. Pero en la realidad, los hechos pueden darse de manera distinta y una estricta aplicación de los criterios adoptados llevaría a excluir la instigación y a admitir la autoría mediata en muchos casos³⁸⁸. Por lo tanto, nuestro legislador decidió con certeza no enumerar los medios de los que se puede valer el instigador, como es el caso del § 26 del CP alemán.

A menudo, el instigador recurre, por ejemplo, a los ruegos, al ofrecimiento 2313 de recompensas, a la sugestiva indicación de los provechos que pueden derivar de la comisión de la infracción, a exigencias, al aprovechamiento de los sentimientos que lo vinculan al instigado. Pero también puede recurrir a la violencia, a la amenaza o al abuso de autoridad. En estos casos, 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 cometida en virtud de coacción³⁸⁹.

La intervención del instigador no debe reducirse a un simple factor causal 2314 respecto a la toma de decisión del instigado. Al contrario, debe producirse un contacto personal que constituya una forma de compromiso relativo a la ejecución del hecho punible. El instigado debe sentirse como obligado respecto al instigador. Esta interpretación restrictiva se justifica por el hecho de que la pena prevista para el instigador es la misma que debe imponerse al autor. Además, junto a este criterio de política criminal, hay que considerar que, si bien el instigador no ejecuta el hecho punible -por lo

³⁸⁷ Cft. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 51 II A.

³⁸⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 II 2a.

³⁸⁹ Ver *supra* N° 2247 ss.

tanto no está vinculado con éste de la misma manera que el autor-, se encuentra sin embargo en el origen de la idea delictuosa, y sin su intervención no se hubiera producido la infracción de la manera cómo tuvo lugar.

- 2315 La Corte Suprema ha considerado de manera amplia los medios que puede emplear el instigador. En la ES del 2 de enero de 1968³⁹⁰, los magistrados supremos se refieren al hecho de que “el acusado convenció a su enamorada, para que se sometiera a prácticas abortivas”, sin detenerse a analizar en detalle los medios utilizados. Del mismo modo, se limitan a afirmar, en la ES del 26 de agosto de 1947³⁹¹ que la acusada “comprometió” a los ejecutores del homicidio. Al contrario, en la ES del 15 de octubre de 1951³⁹², dicen que la acusada “propuso a los circundantes (sic) la eliminación de su conviviente, dándoles detalles sobre la forma de llamarlo a la vez que les ofrecía una suma de dinero por el trabajo...”³⁹³. Así mismo, en la ES del 9 de agosto de 2004, sobre un caso de tráfico de influencias, la Corte Suprema reafirmó el hecho que el ofrecimiento de dinero puede constituir un medio idóneo para instigar la comisión de un hecho punible³⁹⁴.

d. Intención del instigador

- 2316 El instigador, como lo indica de modo explícito el art. 25, debe determinar con dolo al instigado; es decir, con conciencia y voluntad. Debe, en consecuencia, ser consciente de que influye una determinada persona para decidirla a cometer un hecho punible concreto. En el caso de la instigación en cadena, poco importa que el instigado tenga la libertad de escoger a quien va a instigar para que ejecute la infracción. Poco importa también que el primer instigador no sepa cuántos instigadores intermediarios van a intervenir. Por consiguiente, la instigación culposa resulta inadmisibles según el texto de la ley.
- 2317 El dolo del instigador debe referirse tanto a la actividad de crear en el instigado la voluntad de cometer delito, como a la realización de éste. Por esto, se habla en la dogmática del “doble dolo” del instigador (*doppelter Vorsatz*)³⁹⁵.

³⁹⁰ RJP 1968, p. 982.

³⁹¹ RJP 1947, p. 492.

³⁹² RJP 1952, p. 1732.

³⁹³ Ver: ES del 31 de octubre de 1959, en RJP 1960, p. 432.

³⁹⁴ Véase un extracto de la ejecutoria en CARO JOHN, 2007, p. 337.

³⁹⁵ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 II 2b.

e. Instigación de una o más personas

El instigador puede ejercer su influencia directamente sobre la persona a instigar, pero también puede hacerlo por intermedio de un tercero. En este caso, persuade a éste para que convenza a quien debe ejecutar el delito (instigación en cadena, *Kettenanstiftung*). Si el instigador utiliza al tercero como intermedio o instrumento, entonces la instigación se produce en forma mediata (como en el caso de la autoría mediata). También puede suceder que dos o más personas se pongan de acuerdo para instigar a otra para que ejecute un delito (coautoría de instigación). Y si dichas personas proceden por su cuenta y sin saber lo que cada una está haciendo, son instigadores accesorios (como los autores accesorios, *Nebentäter*).

La actividad persuasiva del instigador puede alcanzar a varias personas, sin necesidad de que las conozca personalmente³⁹⁶. Si el agente desarrolla su actividad en público y ante un número indeterminado de individuos, entonces podrá ser reprimido como autor de un atentado contra la “paz pública” (art. 315, “provocación para cometer delito contra la seguridad o tranquilidad públicas” o art. 6 del DL N° 25475, incitación al terrorismo).

f. Casos especiales

El instigador no necesita reunir las características personales que debe tener el autor según el tipo legal. Por ejemplo, ser funcionario o médico. Es posible pues la instigación por un *extraneus* en el caso de un delito especial o de un “delito de propia mano”³⁹⁷.

Según el criterio de la autoría limitada, implícita en la regulación de nuestro Código, se puede instigar, en ciertas circunstancias, a un inimputable o a un menor. Por ejemplo, cuando pueden comprender lo que se les pide que hagan.

En la instigación, lo determinante es que el instigador haga nacer en el instigado la voluntad de actuar delictuosamente. Pero esta resolución criminal no implica que el instigado no pueda ser declarado inculpable.

³⁹⁶ Siguiendo a Koehler y a Mezger, SOLER, 1976a, T.II, p. 277 considera que “no parece que sea necesario tanta concreción” y que “bastaría que estuviese comprendida dentro del dolo eventual del instigador”. En apoyo del criterio sostenido en el texto, ver: JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 III 2b; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 26 N° 18.

³⁹⁷ Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 30 N. 91 ss; HAFTER, 1946, p. 230.

g. Límites de la responsabilidad del instigador

- 2323 La actividad del instigador debe tender a lograr a que el instigado se decida a cometer una infracción determinada: un homicidio, un robo, un secuestro. No es posible la instigación a delinquir en general o a comportarse delictuosamente.
- 2324 Además, la responsabilidad del instigador está limitada al delito que en concreto quiso que cometiera el instigado. Si éste mata en lugar de sólo lesionar o si comete un robo en lugar de un simple hurto, el instigador sólo será reprimido por lesiones o por hurto (hechos queridos por él). Cualquier variación secundaria entre lo esperado por el instigador y lo realmente realizado por el instigado no hace variar la responsabilidad del primero. Por lo que se refiere a estas variaciones, hay que considerar sobre todo el error *in objecto*, la *aberratio ictus* o el error *in persona* (en caso de homicidio, por ejemplo)³⁹⁸.
- 2325 Pero en el caso de delitos preterintencionales (lesiones seguidas de muerte, por ejemplo), el instigador será responsable del resultado más grave si, según las circunstancias, se le puede imputar dicho resultado (la muerte) a título de culpa³⁹⁹.

h. Tentativa y consumación en la instigación

- 2326 Para poder reprimir al instigador es necesario que el instigado haya concretado su voluntad delictuosa (forjada por el instigador), es decir, que hubiera al menos comenzado la ejecución del hecho punible⁴⁰⁰. No se reprime, por lo tanto, la simple persuasión, la creación en otra persona de la resolución criminal. Si el acto del instigado queda al nivel de tentativa, el instigado será sancionado como autor de la tentativa del delito que se quería consumir, mientras quien creó en él la determinación delictiva será sancionado como inductor de un delito tentado. De otro lado, en los supuestos donde no se reprime la tentativa, el instigador permanecerá impune⁴⁰¹.
- 2327 La fórmula utilizada por nuestro legislador para regular la instigación (“el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible”), puede

³⁹⁸ Sobre el error, ver *supra* N° 1300 ss.

³⁹⁹ Cfr. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 26 N° 22; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 IV 4.

⁴⁰⁰ SCHULTZ, FJS N° 1190, p. 8. Cfr. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 26 N° 17; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 II 2b.

⁴⁰¹ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 51 III A.

sugerir que es suficiente que el instigador logre hacer surgir en el instigado la voluntad de cometer un delito, puesto que se evita estatuir de manera expresa la necesidad de que el instigado pase al acto, de que materialice, total o parcialmente, la decisión que se le haya inculcado. Desde luego, en el derecho foráneo se encuentran fórmulas más acertadas: "quien haya intencionalmente decidido a otro a cometer un crimen o un delito, si la infracción ha sido cometida, será reprimido con la pena aplicable al autor de esta infracción" (art. 24 del CP suizo, pf. 1).

Nuestra ley, así mismo, no prevé la represión de la tentativa de instigación. Esta se presenta, en primer lugar, cuando el instigador, a pesar de sus esfuerzos, no logra convencer al que debe ejecutar materialmente la infracción o, en segundo lugar, si el instigado, aunque ya convencido, no comienza la ejecución del hecho punible (no intenta). En estos casos, ni el instigador ni el instigado serán reprimidos. Como ejemplo contrario conviene citar el art. 24, pf. 2, del CP helvético que dispone: "quien hubiera tratado de decidir a una persona a cometer un crimen será sancionado con la pena prevista para la tentativa de esta infracción"⁴⁰².

i. Agente provocador

Se trata de una persona particular utilizada por la policía para incitar a la ejecución de un hecho punible, con el propósito de, una vez comenzada la ejecución, impedir su consumación deteniendo al autor. En doctrina, se discute la cuestión de saber si el agente provocador debe ser reprimido o no. Por lo general, se admite su impunidad porque le falta, precisamente, la voluntad de que el hecho punible sea consumado⁴⁰³. Sin embargo, este criterio es considerado como insuficiente, pues, esta persona, al provocar la tentativa, pone en peligro el objeto de la infracción (ser humano en caso de homicidio o lesiones; bien mueble ajeno en caso de hurto).

2. Complicidad

a. Evolución legislativa

De manera semejante al CP de 1924, el Código vigente distingue dos casos de complicidad: los cómplices primarios y los cómplices secundarios. En

⁴⁰² Cfr. SCHULTZ, *FJS* N° 1190, p. 5; GERMANN, 1923, p. 10.

⁴⁰³ Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 39 N. 44ss; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 51 II B 3; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 362 ss.

el art. 78 del Proyecto de 1984 (setiembre); se utilizó el mismo modelo, así como en el Proyecto de octubre del mismo año. En éste, sin embargo, el texto varió bastante. En efecto, su art. 40 establecía que “el que presta al autor o autores un auxilio sin el cual el hecho punible no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor” y en el art. 41: “El que presta auxilio para la realización del hecho punible, aunque ese auxilio se limite a la prestación de ayuda posterior a su consumación, será reprimido con la pena establecida para el delito o disminuida hasta una tercera parte”. En los Proyectos de 1985 (arts. 42 y 43) y de 1986 (arts. 42 y 43), se repitieron las mismas normas. El art. 30 del Proyecto de 1990 (julio) prevé un texto semejante al art. 25 del Código vigente; las diferencias consisten sólo en la indicación final referente a la atenuación de la pena. En el proyecto, se establecía que la pena será “atenuada por debajo del mínimo legal”. Por el contrario, el texto del Código vigente no difiere en nada del art. 25 del Proyecto de 1991 en cuanto establece que “a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”. El art. 23 del Anteproyecto de CP de 2009 repite esta regla.

- 2331 Las expresiones “prestar auxilio” y “prestar asistencia”, utilizadas en el art. 25 son de idéntico significado. El legislador sólo ha querido, por cuestiones de estilo, no repetir dos veces la misma palabra. En efecto, el auxilio es la ayuda, el socorro, el amparo; la asistencia, la acción de prestar socorro, favor o ayuda. Lo mismo se puede decir de las expresiones empleadas en el CP de 1924 (art. 100): “coadyuvar con auxilio o cooperación” y “prestar asistencia”.

b. Diferencia entre coautores y cómplices

- 2332 El objetivo del legislador al recurrir a estas expresiones es distinguir con suficiente nitidez los partícipes que contribuyen o ayudan al autor de los coautores en la ejecución del acto delictuoso. Por consiguiente, según nuestra ley, la complicidad consiste en ayudar dolosamente a un tercero para que ejecute un hecho punible.
- 2333 A la inversa de lo que sucede en el caso de la coautoría, los cómplices no tienen el dominio del hecho, pues éste pertenece, por definición, a los autores. Su participación 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 al homicida), sea psíquicamente (prometerle al delincuente ayuda

o reforzar su decisión de consumir el delito). Por supuesto, este modo de comprender el art. 25 está condicionado por la manera como se ha definido la autoría y la coautoría. El criterio objetivo, más conforme a la regulación establecida por el CP de 1924, no es compatible con la sistemática vigente, pues los coautores no deben necesariamente realizar actos que formen parte de la acción típica. Por su parte, los cómplices no deben realizar ningún acto de ejecución comprendido por el verbo principal del tipo legal⁴⁰⁴.

Los jueces supremos, por ejemplo, luego de exponer que el agente, conforme a la teoría del dominio del hecho, debe ser considerado como autor, explican que “no cabe inferir del hecho global que su obrar haya sido de mera complicidad secundaria, puesto que el cómplice secundario ocupa un lugar accesorio o secundario en el hecho dominado por el autor, no teniendo ninguna posibilidad objetiva de dirigir, dominar el resultado”⁴⁰⁵.

c. *Hecho punible principal*

De manera deficiente, el texto legal no señala de manera expresa que el cómplice deba favorecer la ejecución de un hecho punible doloso, como lo hace, por ejemplo, el § 27 del CP alemán. Así, se descartaría toda duda sobre la posibilidad de prestar auxilio o asistencia en la comisión de un delito culposos (p. ej., el cargador que ayuda a su empleador a transportar explosivos sin las precauciones necesarias y causa así lesiones no queridas a terceros). Esta imprecisión es, sin embargo, atenuada por el hecho de que se define la complicidad precisamente en el contexto de la regulación de la participación, la misma que sólo concierne, por definición, al ámbito de los delitos dolosos. Sólo existe complicidad, por lo tanto, cuando el autor comete el hecho punible principal de la manera como el cómplice acepta que se produzca. Por ejemplo, si el guardián de un distribuidor de mercaderías entrega una copia de la llave de la puerta del depósito a un amigo para que cometa un hurto y éste no la utiliza por temor a ser sorprendido en el interior, prefiriendo esperar a que el propietario, como lo hace todas las mañanas, exponga la mercadería en la puerta del depósito para apoderarse de algunas de ellas, el acto para el cual el guardián prestó ayuda no ha sido ni siquiera comenzado. Por consiguiente, no es responsable de complicidad.

⁴⁰⁴ MAURACH/GÖSSEL/ZIPE, 1989, § 52 II A 2.

⁴⁰⁵ ES del 02 de octubre de 1997, RN N° 4354-97 Callao, en ROJAS, 1999, p. 159.

d. Prestar auxilio o asistencia

- 2336 El cómplice debe realizar actos que favorezcan la realización del hecho punible principal; es decir, debe hacerla posible o facilitarla⁴⁰⁶. Su contribución puede situarse tanto a nivel material, como a nivel psíquico. En el primer caso, se habla de complicidad técnica o física y en el segundo, de complicidad intelectual o psíquica⁴⁰⁷. El hecho de facilitar el arma al homicida, el actuar de “campana”, el preparar la máquina para falsificar moneda, son casos de complicidad técnica. En cambio, el hecho de explicar el funcionamiento del arma o de la máquina, o el proporcionar datos sobre la víctima o dar consejos y fortalecer así al autor en su decisión delictiva, son casos de complicidad intelectual. La simple presencia en el lugar de los hechos no constituye complicidad, salvo que sirva para fortalecer la voluntad del autor de cometer el hecho punible.
- 2337 La complicidad intelectual implica el conocimiento por parte el autor principal de la actividad del cómplice. La complicidad técnica puede, en cambio, darse sin que el autor principal sea consciente de la ayuda que se le brinda. Esta posible falta de entendimiento entre el autor y el cómplice, constituye una diferencia frente a la coautoría. En ésta, según el criterio que hemos adoptado, siempre es necesario que exista un entendimiento común entre todos los que “toman parte en la ejecución”. Por ejemplo, quien, conociendo la intención del violador y sin que éste lo sepa, pone a la mujer en una situación de incapacidad de resistir, debe ser considerado como cómplice en caso de que el autor ejecute su acción.

e. Causalidad de la complicidad

- 2338 Como lo hemos afirmado con anterioridad, el cómplice debe realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible, haciéndola posible o facilitándola. Una relación directa y efectiva debe existir entre ambos sucesos; de modo que se le pueda imputar al que presta auxilio el hecho de haber colaborado en la empresa delictuosa del autor. Sin embargo, la admisión de

⁴⁰⁶ BOCKELMANN, 1979, p. 186; TRECHSEL, 2008, Art. 25 N° 3 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 433 ss.

⁴⁰⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 IV 2; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 31 N. 32 ss. La Corte Suprema reconoce a la complicidad psíquica como una forma de participación punible en la ES del 16 de septiembre de 2004, RN N° 2270-2004 La Libertad. Cfr. CARO JHON, 2007, p. 104 ss.

esta circunstancia como condición para la represión de la complicidad es bastante discutida, puesto que resulta problemático definir el criterio que permite efectuar dicha imputación.

Prestar auxilio o asistencia implica claramente, según el lenguaje común, 2339 contribuir, ayudar a alguien a hacer algo en una situación determinada. Por ejemplo, el hecho de proporcionar al asesino el arma con que éste mata a la víctima, constituye un acto de complicidad. No obstante, pueden presentarse situaciones en que la relación entre el acto de colaboración y la producción del resultado no es tan directa y evidente. Por ejemplo, no cabe duda de que constituye un acto de colaboración el hecho de facilitar al ladrón, que ha de penetrar en la casa de la víctima, un instrumento moderno para que abra la puerta de la vivienda en lugar de la ganzúa que éste había decidido utilizar. Sin embargo, si el ladrón coloca dicho instrumento en el fondo de la mochila en la que transporta todo lo necesario para robar y sólo vuelve a tomar consciencia de su existencia después de haber cometido el hurto, ya que ingresó en la casa usando la ganzúa con cuyo empleo estaba más familiarizado, el acto de entregar el instrumento no utilizado es, por lo tanto, insuficiente para que se dé la complicidad, pues no ha favorecido (hecho posible o facilitado) la realización del hecho punible en la manera como realmente se ha producido. Constituye, sin embargo, una tentativa impune de prestar asistencia. Salvo que se compruebe que de esa manera reforzó la decisión del autor de cometer el delito.

Estimando muy restrictiva esta concepción, también se ha recurrido al criterio del aumento del riesgo⁴⁰⁸: el acto de participación constituye ya un caso de complicidad desde que, en general, es apropiado para coadyuvar a la producción del resultado pues, de esta manera, aumenta de manera importante el riesgo de la comisión del hecho punible. Sin embargo, este criterio no es conforme con la regulación legal, basada en el concepto restrictivo de autor, porque implica el abandono del límite según el cual la complicidad requiere la consumación o, al menos, el inicio de la ejecución del delito por parte del autor⁴⁰⁹. Además, su admisión transformaría la complicidad en un delito de peligro abstracto, lo que contradiría el principio de legalidad. 2340

⁴⁰⁸ MEZGER, 1967, p. 413; SCHAFFSTEIN, 1970, p. 169, 176.

⁴⁰⁹ ROXIN, en LK § 27 N° 28 ss.; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 27 N° 9.

f. Momento de la intervención del cómplice

- 2341 En el Proyecto de 1916, el legislador hacía referencia al momento en que el acto de complicidad debía producirse. En efecto, en el art. 72, inc. 2, se decía “coadyuvar maliciosamente antes o durante la ejecución” y en el art. 74, prestar asistencia “por actos anteriores o simultáneos”. Esta referencia al momento de la comisión del acto de complicidad con relación al acto principal, se explica por el afán de distinguirlo del encubrimiento, previsto en el CP de 1863 como una forma de participación y, al contrario, en el Proyecto de 1916, en el CP de 1924 (art. 243) y en el vigente (arts. 404 a 405) como un delito *sui generis*. Se vuelve a proponer la referencia al momento en que deben tener lugar los actos de complicidad en el Anteproyecto de CP de 2004, agregándose la frase: “con actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible” (art. 25).
- 2342 Según la doctrina dominante, el acto de complicidad puede tener lugar en cualquier momento durante el comportamiento del autor: desde los actos preparatorios hasta la consumación, y en algunos delitos hasta el agotamiento. Puede suceder también que el autor, en el momento en que recibe ayuda, no esté todavía del todo decidido a pasar al acto⁴¹⁰: el guardián anteriormente citado entrega la llave al futuro autor del hurto cuando éste aún está preparándolo y todavía no se ha decidido definitivamente a delinquir. Además, hay que tener en cuenta que la complicidad en el acto de agotar el hecho punible consumado sólo concierne a los delitos caracterizados por un ánimo especial (obtener un provecho, en el caso del delito de hurto o de estafa), pero no, por ejemplo, a los delitos instantáneos como el homicidio. Así lo juzgó ya la Corte Suprema, aplicando el CP de 1924. En su ES del 22 de julio de 1939, afirmó que la coacusada “sólo cooperó a la última fase (ocultar el cadáver) [...] de allí que no ha podido prestar intencionalmente, porque no ha existido acuerdo previo, asistencia [...] que sería el caso en que pudiera considerarse como cómplice...”⁴¹¹. En decisiones basadas en el código vigente, afirma que “el acto de complicidad no puede darse después de consumado el delito, sino tan sólo en la etapa de preparación y de ejecución”.
- 2343 En caso de prometerle ayuda al autor, una vez que haya cometido el delito, se habla de complicidad psicológica o intelectual⁴¹²; por ejemplo ayudar al

⁴¹⁰ BOCKELMANN, 1979, p. 186.

⁴¹¹ AJ 1939, p. 138.

⁴¹² Respecto de esta forma de complicidad, la Corte Suprema ha señalado que: “El tipo de participación requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte causal, psíquico o

ladrón, conforme a la promesa hecha antes de que cometiera el delito, a transportar los bienes hurtados. En este caso, el cómplice no será reprimido por el acto que ha cometido después de la ejecución de la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo⁴¹³. Sin embargo, si su finalidad es, además, la de ocultar dichos bienes (efectos del delito) o la de aprovecharse de los mismos o, la de hacer desaparecer las huellas en detrimento de la acción de la justicia, incurrirá también en el delito de encubrimiento real del art. 405, en concurso ideal con la complicidad de hurto⁴¹⁴. El art. 43 del Proyecto de 1985 (agosto), decía de manera expresa: “aunque ese auxilio se limite a la promesa de ayuda posterior a su consumación [del hecho punible]”.

Si el cómplice interviene durante la ejecución de la infracción, no debe hacerlo mediante actos ejecutivos. Por lo tanto, incurrió en error la Corte Suprema⁴¹⁵ cuando consideró como cómplices a quienes, coaccionados por el agente, amarraron los brazos de la víctima. En efecto, por haber realizado un acto ejecutivo deberían ser considerados, en el caso concreto, como coautores y habría que disminuirles la pena por debajo del *mínimum legal*, en virtud de la eximente incompleta que les favorece (coacción imperfecta) y conforme al art. 90 del CP de 1924. Al contrario, la Corte Suprema sostuvo un criterio correcto al afirmar que “la complicidad supone la realización de actos de simple auxilio o cooperación mediata que no entran en la esfera de ejecución del delito y por tales que sin ellos se hubiera producido también el resultado”⁴¹⁶. 2344

Esta imprecisión señalada en la jurisprudencia del máximo tribunal tiene 2345 por origen el hecho de que los magistrados no percibieron que quienes coadyuvan “con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse” el hecho punible, también son cómplices y no autores. La contribución de estos “cómplices primarios” tampoco es comprendida por el tipo legal correspondiente al hecho que el autor quiere cometer y esto cuando la realización de un acto ejecutivo excluye la complicidad.

por medio de consejos, y/o material, mediante la ejecución de los hechos concretos”. ES del 16 de septiembre de 2004, RN N° 2270-2004 La Libertad. Cfr. CARO JHON, 2007, p. 104. ss.

⁴¹³ VILLA STEIN, 1998, p. 311.

⁴¹⁴ Arts. 404 y 405, respectivamente.

⁴¹⁵ ES del 7 de agosto de 1958, en AJ 1958, p. 91.

⁴¹⁶ ES del 25 de agosto de 1960, en AJ 1960, p. 51.

- 2346 Los actos de complicidad, en algunas circunstancias si se les observa de manera separada, pueden ser calificados como actos preparatorios. Esto y el hecho de que la complicidad también pueda producirse durante la fase preparatoria de la infracción, no debe llevar a aceptar el criterio erróneo de que la diferencia entre la coautoría y la complicidad sólo reside en el momento en que se dan: complicidad durante los actos preparatorios y coautoría en la etapa ejecutiva. En efecto, durante esta última, también es posible una participación en forma de complicidad. En algunas de sus ejecutorias, la Corte Suprema admitió este criterio. Así, por ejemplo, consideró como cómplice a quien presencié la comisión del delito y le dio al autor un “palito de tejer” que éste empleó para martirizar a la víctima⁴¹⁷.

g. Tentativa de complicidad

- 2347 Por lo que se refiere a la complicidad tampoco es posible, como en el caso de la instigación, la represión de la tentativa de complicidad. Por ejemplo, quien busca proporcionar un insumo indispensable para la producción de cocaína, pero sin lograr ubicar a la persona interesada en hacerlo. La situación es diferente cuando el hecho punible principal sólo queda al nivel de la tentativa. En este caso, puede reprimirse la complicidad, puesto que la tentativa constituye en sí un hecho punible.
- 2348 Según el art. 19, el cómplice que impide que se produzca el resultado o, al menos, que se esfuerza seriamente en impedirlo, no será punible. De esta disposición resulta que la participación sólo será reprimida si se ha iniciado la ejecución de la infracción.

h. Complicidad por omisión

- 2349 Para que el auxilio o la asistencia se dé mediante una omisión, es indispensable que el participante tenga el deber de evitar⁴¹⁸ la producción del resultado y carezca del dominio del hecho, que permanece por lo tanto en manos del autor. Por ejemplo, el jefe de los depósitos de una empresa que no impide que sus subordinados se apoderen indebidamente de bienes que están bajo su custodia. La omisión debe favorecer la producción del resultado, de modo que quien se abstenga debe haber podido evitar casi con seguridad dicha producción. Sólo en estas condiciones se le podrá imputar una responsabilidad a título de complicidad.

⁴¹⁷ AJ 1959, p. 149.

⁴¹⁸ TRECHSEL, 2008, Art. 25 N° 5.

Conviene reflexionar si se deben tener en cuenta o no los dos criterios admitidos para determinar el deber de garante en la omisión impropia. Si el agente crea la situación de peligro a partir de la cual se hace inminente la comisión del delito por parte del autor, entonces se trataría de complicidad. Al contrario, existiría autoría cuando quien se abstiene tiene el deber de proteger el bien amenazado por el acto del autor. Por ejemplo, el policía que observa como el ladrón está sustrayendo las mercaderías de una tienda y no hace nada para evitar la consumación del delito, será reprimido como autor, debido a que infringe su deber de evitar el resultado (omisión impropia). 2350

i. Complicidad en delitos especiales

La complicidad en la comisión de delitos especiales (propios e impropios) o de delitos de propia mano es posible, puesto que la calidad especial que exige el tipo legal (delitos especiales) y la necesidad de realizar personalmente la acción típica (delitos de propia mano) son requeridas para el autor, pero no para los partícipes. Conviene precisar que en el caso de los delitos especiales, la circunstancia que fundamenta la represión o que la agrava debe ser comprendida por el dolo del cómplice. 2351

j. Intención del cómplice

Como en el caso de la instigación, el art. 25 estatuye expresamente que el cómplice debe prestar asistencia o auxilio dolosamente. El cómplice debe pues actuar con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su propia intervención y a la del comportamiento delictuoso que el autor realiza o está a punto de realizar. Por esto, en dogmática se habla también del doble dolo del cómplice⁴¹⁹, con arreglo al cual el dolo del partícipe debe abarcar el hecho de que su acción aumenta el riesgo de que el delito sea ejecutado, pero no debe, en cambio, conocer en detalle la manera como el autor llevará a cabo el hecho punible. Así, no es indispensable que conozca a la víctima o que sepa con precisión cuándo el autor cometerá la infracción. 2352

El art. 103 del CP de 1924, establecía que “para la fijación de la pena sólo se tendrá en cuenta, respecto del cómplice, los hechos que él haya facilitado o favorecido con intención”. El correcto sentido de esta regla se comprende mejor al considerar su fuente legal: el art. 49 del CP holandés (pf. 4) que 2353

⁴¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 IV 2d.

regula la represión de la complicidad, estatuye que “al momento de fijar la pena del cómplice, se tendrá en cuenta sólo los actos que el cómplice ha facilitado o favorecido con intención, sin considerar las consecuencias de tales actos”. En realidad, esta regla no es más que una ratificación del principio “no hay pena sin culpabilidad”. Dicho de otro modo, se debe imponer una sanción, teniendo en cuenta lo que el agente quiso de verdad cometer⁴²⁰. Esto puede explicar que se haya considerado superfluo mantener esta regla en el Código vigente.

- 2354 No existe pues complicidad en el dominio de los delitos culposos⁴²¹. Si dos o más personas ocasionan la muerte o lesionan a un tercero, mediante un comportamiento negligente, serán consideradas como autores de homicidio o de lesiones culposas (autoría causal o accesoria, *Nebentäterschaft*). Quien colabora con otro en el transporte imprudente de explosivos que estallan y causan así la muerte de alguien, no podrá ser calificado de cómplice, porque el otro no actúa con la intención de cometer una infracción y porque mediante su ayuda consistente en transportar los explosivos, ya incurre en imprevisión culpable, por no haber hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal, respondiendo, entonces, como autor imprudente.
- 2355 Si el acto de participación es imprudente, el mismo que es aprovechado por el delincuente que actúa con dolo, no puede considerarse al autor de dicho acto como partícipe, puesto que sólo existe, según la ley, complicidad dolosa. De acuerdo, con las circunstancias se le podría hacer responsable como autor de un delito culposo. Casos que son analizados, en la doctrina, según la noción de la prohibición de regreso (*Regressverbot*)⁴²². En buena cuenta, el problema es determinar si conviene tratar como autor de delito culposo a quien ha realizado un comportamiento que, por su índole, sólo merece ser tratado como una forma de participación.

k. Represión de la complicidad, cómplice primario y cómplice secundario

- 2356 Por lo que se refiere a la imposición de la pena, el legislador ha distinguido -conforme a la tradición española consagrada en el Código derogado- dos

⁴²⁰ Otro caso parecido es el del art. 167, en el que se regulan las llamadas lesiones con resultado fortuito.

⁴²¹ Cfr. *supra* N° 1871 ss..

⁴²² JAKOBS, 1977 p. 241 ss.; ROXIN, 1989a, p. 177 ss.; DIEL, 1997; FEIJÓO SÁNCHEZ, 1999b.

clases de complicidad: primaria y secundaria. Es preferible, sin embargo, no calificar a la primera de complicidad necesaria, a fin de no crear una confusión con los casos de participación necesaria. Al prever que los cómplices primarios sean sancionados con la pena del autor, el legislador ha rechazado la importancia práctica de distinguir entre coautores y cómplices, prefiriendo, simplemente, la de diferenciar entre cómplices primarios y cómplices secundarios.

El art. 25 del Código vigente, de manera similar al art. 100 del CP de 1924, 2357 distingue pues entre cómplice primario y secundario. Se refiere al primero, como aquel que presta el auxilio "sin el cual [el hecho punible] no se hubiere perpetrado" y a los segundos como los que "de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia". En el art. 17, inc. 2 CJMP y en su último párrafo, se establece que "el militar o policía que dolosamente preste auxilio con actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible, sin los cuales no se hubiere perpetrado será reprimido con la pena del autor. Si de cualquier otro modo se hubiere prestado dolosamente asistencia, se le disminuirá prudencialmente la pena".

Como se aprecia, las fórmulas utilizadas en el Código vigente son, sin duda 2358 alguna, mejores. Una vez distinguidos los coautores de los cómplices, según el criterio del dominio del hecho, el art. 25 impone diferenciar, según un criterio sobre todo objetivo, a los cómplices primarios de los cómplices secundarios. Dicho criterio consiste en la importancia del aporte del cómplice en favor de la realización del hecho, importancia que se determinará mediante un juicio valorativo no sólo en relación con la naturaleza intrínseca del aporte, sino, sobre todo, en relación con las circunstancias propias del caso particular⁴²³.

Al diferenciar la complicidad primaria de la secundaria, han de evitarse 2359 dos extremos. Primero, el hecho de recurrir a un método hipotético consistente en la supresión *in mente* del aporte del cómplice y en el examen de lo que hubiera sucedido en tal caso. Segundo, el hecho de reducir el problema a un asunto de pura causalidad, haciendo depender la distinción de que se determine la naturaleza de la "condición" del acto de complicidad⁴²⁴. Tampoco se ha de adoptar un criterio cronológico en relación con el momento consumativo del delito (mediato o inmediato)⁴²⁵, o un criterio

⁴²³ ES del 06 de noviembre de 1998, Exp. N° 2770-98 Ancash, en GJ, 1999, p. 232.

⁴²⁴ Ver: GIMBERNAT, 1966, p. 137 ss.; SOLER, 1976a, T. II, p. 272.

⁴²⁵ Cfr. SOLER, 1976a, T. II, p. 271.

relativo a la manera “directa” o “indirecta” con que se lleva a cabo la complicidad⁴²⁶.

- 2360 Mediante el juicio de valor que se debe efectuar, el juez tiene que concluir afirmando el carácter indispensable o no de la contribución del cómplice, para lo cual tendrá en cuenta las posibilidades que tenía el autor. Esto no significa, sin embargo, que tenga que comprobar si existía o no un tercero dispuesto a prestar la ayuda en la que consistió la intervención del cómplice y/o si el mismo autor podía proveerse de los medios proporcionados por aquel, pues, imponerle tal tarea al juez sería exigirle algo imposible⁴²⁷.
- 2361 En realidad, no se puede llegar teóricamente a determinar una regla que sirva de clave para fijar en todos los casos quién debe ser calificado de “cómplice primario” o de “cómplice secundario”. Todo esfuerzo tendiente a ese fin se revela inútil y los resultados obtenidos son muy poco satisfactorios. Conviene citar, por ejemplo el criterio de la “naturaleza intercambiable de las conductas”. Según su defensor, Rodríguez Devesa, circunscritas a los participantes efectivos en la comisión del delito, no resta más posibilidad que preguntarse si sus conductas son intercambiables o no⁴²⁸. En el caso del “campana”, si los que actúan son dos, la complicidad será necesaria mientras que si son varios, innecesaria. Según el derecho peruano, esto implicaría castigar siempre “como autor” al partícipe único en la acción delictuosa de un agente, sin considerar la importancia de su contribución.
- 2362 Otro ejemplo es el de la denominada teoría de los bienes escasos, sostenida por Gimbernat. En su opinión, hay que “acudir al sentido de la imprescindibilidad de una condición del resultado en el lenguaje corriente”. Y en éste, según Gimbernat, “se habla de aportaciones necesarias para un resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de los medios”⁴²⁹. El “mejor camino a seguir” para determinar la “escasez de los medios” (instrumentos o actos en los que consiste la complicidad), sería el de “pronunciar un juicio general y provisional”. Tal juicio se convertiría luego en “definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares” (circunstancias de tiempo y lugar)⁴³⁰.

⁴²⁶ A este criterio se hacía referencia en el CP de 1924, junto a la importancia “principal o secundaria”.

⁴²⁷ Cfr. GIMBERNAT, 1966, p. 161.

⁴²⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, p. 817.

⁴²⁹ GIMBERNAT, 1966, p. 154.

⁴³⁰ GIMBERNAT, 1966, p. 155.

Gimbernat da diversos ejemplos para aclarar su posición. Uno de ellos 2363 es el siguiente: la entrega de 200,000 pesetas al autor del delito. Al respecto, afirma la escasez de este medio en un caso normal. ("persona de fortuna media que delinque en España"). Luego, señala que "las 200,000 pesetas [...] dejan de ser una contribución de un bien escaso [...] si se comprueba que tenía (el autor) una fortuna personal de muchos millones de pesetas"⁴³¹. Sin embargo, a esto se puede objetar, en función de las circunstancias personales relativas al agente⁴³² que, entre gente adinerada casi nunca podría darse una complicidad necesaria consistente en la entrega de dinero. Además, también se puede criticar el hecho de que la imprecisión es trasladada al nivel de saber cuánto dinero debe de tener el autor, "en su cuenta corriente", para poder estimar que las 200,000 pesetas son para él un bien escaso. Gimbernat indica que si el autor tiene ya 200,000 pesetas, las 200,000 pesetas que se le entregan todavía constituyen un bien escaso para él, pues, no puede decir a mi 200,000 pesetas me sobran, no me hacen falta"⁴³³. Para que tal suma no sea un bien escaso, debería poseer "mucho más que una cuenta corriente de 200,000 pesetas". ¿Pero, cuánto implica este "mucho más"?

Por otra parte, el autor citado sostiene que la conciencia del cómplice que le 2364 entrega a un ejecutor una cosa que éste tiene "dificultades" para adquirir, o la del partícipe que le da al autor una cosa que éste puede obtener sin problema alguno, es lo único que determina la mayor o menor responsabilidad de la conducta del partícipe y lo único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o mera complicidad⁴³⁴. La admisión de este criterio significaría, sin embargo, un retorno a la concepción subjetiva y al problema de saber cómo comprobar lo que en realidad sabía el partícipe, sin recurrir a un criterio formal. A esto último, parece conducir la tesis de Gimbernat, cuando sostiene que "por lo general, el juicio definitivo sobre la escasez del bien no hará sino confirmar el juicio provisional en el que sólo se tuvieron en cuenta los factores generales"⁴³⁵.

En fin, todos estos intentos para encontrar una "fórmula clave" no tienen 2365 otro fin que el de limitar, mediante el señalamiento de pautas más o menos fijas, la libertad de criterio concedida al juez por el legislador, pues éste ha

⁴³¹ GIMBERNAT, 1966, p. 156.

⁴³² Cfr. QUINTERO OLIVARES, p. 635 ss.

⁴³³ GIMBERNAT, 1966, p. 157.

⁴³⁴ GIMBERNAT, 1966, p. 159.

⁴³⁵ GIMBERNAT, 1966, p. 160.

sido consciente de la imposibilidad de dictar reglas exhaustivas. En efecto, cuando se intenta establecerlas, se cae en un causalismo que nunca puede estar a la altura de la riqueza de variaciones de la realidad. Esta técnica también ha sido escogida por el legislador para redactar las disposiciones de la parte especial. Sucede así, por ejemplo, en el caso de los elementos normativos de los tipos legales.

- 2366 Conviene repetir, de acuerdo con la regulación legal vigente, que la distinción entre la “complicidad primaria” y la “complicidad secundaria” depende de la importancia del aporte del partícipe. Dicha importancia no se deduce de la misma naturaleza de la contribución del cómplice considerada independientemente, sino que deberá ser apreciada por el juez que tendrá en cuenta las circunstancias del caso particular. Una apreciación correcta de esta importancia implicaría llegar al convencimiento de que el aporte del cómplice primario fue imprescindible para el autor. Y esto, por último, no está determinado por lo que piensa el partícipe sobre el carácter indispensable o no de su acto.
- 2367 Según la Corte Suprema, al menos en algunas de sus decisiones, la complicidad primaria se caracteriza por la intensidad objetiva del aporte al delito y al momento en que se realiza esta ayuda⁴³⁶. Sin embargo, de manera poco clara, ha calificado de cómplice primario de violación sexual al sujeto que facilitó la realización del delito poniendo a la víctima en estado de inconsciencia, haciéndole ingerir un somnífero⁴³⁷. Del mismo modo, un Tribunal superior ha dado la misma calificación, en un caso de robo agravado, a quien “a pesar de contar con un arma de fuego no tuvo el dominio de la sustracción patrimonial”; y, como cómplice secundario a quien “tuvo la labor de vigilancia y de favorecer a sus coinculpadors”⁴³⁸. Así mismo, se ha afirmado que la “autoría en el evento criminal que se le atribuye- no fue a título de cómplice secundario sino como cómplice primario, pues el aporte causal a la concreción del ilícito penal fue de tal envergadura que sin él no se hubiera logrado el designio criminal de sus autores, esto es, que sin haber esperado en el vehículo a los mismos y facilitado su huida no se hubiera logrado consumir el delito de robo agravado⁴³⁹”.

⁴³⁶ ES del 06 de octubre de 1999, Exp. N° 3086-99 Lima, en ROJAS, 2000, p. 87.

⁴³⁷ ES del 31 de marzo de 1998, Exp. N° 590-98 Lima, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 105; Cfr. ES del 18 de junio de 1998, Exp. N° 1384-98 Arequipa, en ROJAS, 1999, p. 107.

⁴³⁸ ESUP del 05 de agosto de 1999, Exp. N° 98-174-81, en SerJur 4, p. 213; ES del 10 de noviembre de 1998, Exp. N° 4188-98 Callao, en ROJAS, 1999, p. 279.

⁴³⁹ ES del 14 de enero de 2010, Exp. N° 3476-2009, Lima Norte, en <http://servicios.pj.gob.pe/>

Ante la imposibilidad de establecer criterios generales y precisos para practicar la distinción entre los dos tipos de tipicidad, cabe plantearse la cuestión sino sería conveniente abandonarla en favor de la adopción de otra regulación, teniendo en cuenta las diversas soluciones previstas en el derecho foráneo. Sin embargo, hay que reconocer que todas ellas, como acontece siempre en derecho, dejan un amplio poder de valoración a los jueces. El caso extremo es, por ejemplo, estatuir simplemente que es cómplice quien, con dolo, presta asistencia para cometer una infracción, como se hace en art. 21 del CP suizo⁴⁴⁰. 2368

1. Fijación de la pena para los cómplices

Según el art. 25, pf. 1, los cómplices primarios son reprimidos con la misma pena fijada para el autor. El juez debe individualizar la sanción dentro de los márgenes penales señalados en las disposiciones de la parte especial. Este tratamiento se justifica, en la perspectiva del legislador, por la importancia de su contribución. En la jurisprudencia de la Corte Suprema establecida conforme al CP de 1924, no se encuentra una sola referencia expresa a los cómplices primarios, porque se les calificaba en general como autores (el art. 100 del mencionado Código trataba a los cómplices primarios como autores). Así, por ejemplo, en la ES del 25 de agosto de 1960⁴⁴¹, se considera como auto a quien “cooperó directamente a la realización del hecho, dando aviso a sus coacusados, conduciéndolos al lugar del suceso y proporcionando una piedra para la perpetración del acto punible”. Sin embargo, en el contexto en el que intervino, no debe ser considerado como autor (mejor dicho coautor), sino más bien como cómplice primario. 2369

Los códigos en que no se regula la complicidad primaria equiparan, implícitamente, esta clase de complicidad a la autoría en la medida en que permiten que el juez imponga al cómplice la pena que al autor. Por ejemplo, el CP suizo dispone, en su art. 25, que la “pena podrá ser atenuada en relación a quien hubiera intencionalmente prestado asistencia para cometer un crimen o un delito”. Por tanto, el cómplice puede ser reprimido como autor cuando su contribución sea importante, según las circunstancias del caso particular. 2370

jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp.

⁴⁴⁰ HURTADO POZO, 2003, N° 810 ss.

⁴⁴¹ En AJ 1960, p. 151.

- 2371 Finalmente, al cómplice secundario se le impondrá, según el art. 25, pf. 2, una pena que el juez “disminuirá prudencialmente”. La atenuación obligatoria de la pena significa que no se ha admitido el “concepto unitario de sanción”.
- 2372 El art. 46, inc. 7, prevé, como circunstancia agravante genérica, la pluralidad de agentes. Su fundamento es el mayor peligro que representa la ejecución en grupo del hecho punible. Esta regla ha sido interpretada en el sentido que es aplicable a todas las formas de participación criminal. Vale decir que en caso que deba sancionarse, en un mismo proceso, a autores, instigadores, cómplices primarios o secundarios no deben distinguirse los diversos grados de intervención. De esta manera, se busca, en buena cuenta, aplicar este criterio no sólo al autor del hecho principal y sus eventuales instigadores, sino también a los cómplices primarios o secundarios, cuando en los tipos penales de la parte especial se prevea como circunstancia agravante específica: “el concurso de dos o más personas” (hurto agravado: art. 186, inc. 6; robo agravado: art. 189, inc. 4; robo de ganado agravado: art. 189-C, pf. 2; extorsión: art. 200, pf. 7, lit. e); “participando dos o más personas” (extorsión agravada: art. 200, pf. 5, lit. b) o “intervinieren dos o más personas” (usurpación agravada, art. 204, inc. 2).
- 2373 Esta interpretación es equivocada por no tener en cuenta que, según el art. 25, pf. 2, prevé claramente que al cómplice secundario se le “disminuirá prudencialmente la pena”. El conflicto de normas que se presenta debe resolverse en favor de la aplicación de la norma general, sobre todo porque no debe ignorarse que la atenuación de la pena en favor de los cómplices secundarios se basa en la poca importancia de su intervención en el hecho punible cometido por el autor.

X. Técnica legislativa y distinción entre los partícipes

- 2374 A fin de acentuar la represión, el legislador ha establecido disposiciones por las que deviene superflua la distinción entre cómplices primarios y secundarios, y aun entre cómplices y autores. Durante la vigencia del CP de 1924, se recurrió a esta técnica en diversas ocasiones. Así, por ejemplo, cuando se modificó el art. 239 referente al delito de robo, se dispuso que “todos los que participen en un asalto llevado a cabo mediante el ardid de simular la presencia de un herido, un accidente o una situación que precise

socorro, sufrirán la pena de internamiento”⁴⁴². También, conviene señalar el caso del art. 8 de DL N° 19910, según el cual, en el caso de los delitos de “ataque a miembros de las Fuerzas Policiales”, es decir de robo y asesinato, “cuando no constare quienes practicaron las acciones o quién causó individualmente la muerte, se tendrá por autores a todos los protagonistas del hecho delictuoso”.

Lo mismo sucede con respecto al Código vigente y en algunas normas penales complementarias donde se prevé como circunstancia agravante la comisión del delito “por dos o más autores”. Por ejemplo, en el art. 297, relativo al delito de tráfico de drogas, tiene importancia la circunstancia según la cual el hecho es cometido por tres o más personas. Conforme hemos expuesto, estas disposiciones deben ser interpretadas en el sentido de que la agravación procede sólo si se trata de coautores o de cómplices primarios y no de simples cómplices secundarios, puesto que admitir que debe ser comprendida cualquier persona, sin tener en cuenta su grado de participación en el hecho delictivo, implicaría, por un lado, la aceptación del sistema unitario de autoría, rechazado por nuestro legislador y, por otro lado, el desconocimiento de los principios de legalidad y de culpabilidad.

Violando las bases fundamentales del sistema del Código, el art. 1 del DLeg N° 895, del 23 de mayo de 1998, define el delito de terrorismo agravado indicando como autor al “que integra o es cómplice de una banda, asociación o agrupación criminal...”. Además, en el art. 2, lit. a, inc. 6, se establece la cadena perpetua para “los cómplices o coautores del delito o que proporcionen información sobre personas y patrimonios...”, y en el lit. b, inc. 1, la pena privativa de libertad no menor de veinticinco años “a los demás involucrados, no contemplados en el inciso anterior...”. En el caso del delito de traición a la patria, el art. 2, lit. c, del DL N° 25659, del 13 de agosto de 1992, estatuye que incurre en ese delito “el que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto” en los incisos anteriores. Sea equiparando los partícipes por lo que se refiere a la pena, sea incriminando los actos de participación como delitos independientes, se dejan de lado todas las reglas sobre la participación que

⁴⁴² Art. 4 del DL N° 19910, del 30 de enero de 1973.

tienen por objeto adecuar la represión a la índole del aporte realizado. Sólo de esta manera, se consolidara el respeto al principio de la legalidad (adecuación de los actos a los tipos legales ampliados) y del principio de la culpabilidad, evitando así la responsabilidad objetiva referente al simple hecho de concurrir o de colaborar en la comisión de un hecho punible (por más grave que sea).

- 2377 A veces, la necesidad de distinguir los diversos partícipes es eliminada por la calidad personal de quien colaboró. Por ejemplo, el art. 211 del CP de 1924 estatúa que “los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualesquiera personas que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperaren a la perpetración de tales delitos, serán reprimidos con la pena de los autores”. Así, poco importaba que hubieran actuado como coautores, cómplices primarios o cómplices secundarios: siempre debían ser reprimidos con la pena correspondiente al autor del delito. Igualmente, el legislador de 1991 trató de establecer el mismo principio en el art. 184; pero, por un error, no logró su objetivo: olvidando que para los cómplices primarios ya había previsto en el art. 25, pf. 1, la misma pena que para el autor, dispuso que “los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualesquiera personas que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperen en la forma señalada por el art. 25, pf. 1, serán reprimidos con la pena de los autores”. Es decir, repitió exactamente lo mismo que ya había establecido en la disposición citada. Además, este error no puede ser corregido mediante la interpretación diciendo que la intención del legislador era indicar los cómplices secundarios solamente y no los primarios, pues sólo con respecto a los primeros se prevé la atenuación obligatoria de la pena. El respeto al principio de la legalidad lo impide tanto porque la misma regla supone un desconocimiento de los tipos legales ampliados relativos a la participación, como porque no se puede imponer una sanción no prevista por la ley (en este caso, no establecida para los cómplices secundarios).
- 2378 Esta manera de legislar procura simplificar, por eliminación, los problemas que implica distinguir entre las diferentes formas de participación. Pero también tiene como objetivo ampliar y acentuar la represión. Una descripción tan amplia de las diferentes formas de los delitos de terrorismo, de traición a la patria o de tráfico ilícito de drogas, por ejemplo, hace superfluo el hecho de declarar inaplicables las reglas de la participación, como a veces se dispone.

XI. Actuar en lugar de otro

1. Introducción

En el art. 27, novedad respecto al derecho precedente, se regula “el actuar 2379 en lugar de otro” (*Handeln für einen anderen*). El legislador se inspiró tanto en el art. 15 bis del CP español de 1973, como el art. 31 del Anteproyecto español de 1983⁴⁴³. Disposiciones en las que se seguía al § 14 del CP alemán⁴⁴⁴. Su ámbito de aplicación es el de los delitos especiales y su finalidad es delimitar la responsabilidad de quien, sin tener la calidad especial exigida en el tipo legal correspondiente (*extranei*), actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad. La previsión de esta regla era indispensable en función del principio de legalidad, puesto que no se realizaba un elemento del tipo legal. Esto es, la persona jurídica o la sociedad tienen la calidad exigida por el tipo legal y no el agente que comete la acción típica. Así mismo, es correcta conforme a la política criminal en la medida en que, tratándose de una conducta perjudicial, era necesario recurrir a la amenaza penal para tratar de evitar que fuera cometida.

Si bien, no se ha limitado la aplicación del art. 27 a un dominio determi- 2380 nado, lo cierto es que está destinado a ser utilizado, sobre todo, en el derecho penal de la empresa; por ejemplo, en relación con los delitos contra el medio ambiente, los derechos de los trabajadores, defraudación tributaria, abuso de poder económico. En los casos en que se tratara de aplicarlo en otros ámbitos, se debería excluir todo recurso a la analogía.

El art. 27 no comprende, por lo tanto, los casos de responsabilidad penal 2381 de la empresa (personas jurídicas, entes colectivos). Esta responsabilidad no es admitida por ahora, pero aun en la hipótesis de que llegará a admitirse la regla es indispensable para resolver los casos que regula y que no serían resueltos con el sólo reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos, respecto a los cuales se tienen, sobre todo, en cuenta sus deficiencias de organización como condicionante de la comisión de infracciones.

⁴⁴³ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 439 ss.

⁴⁴⁴ Cfr. KINDHÄUSER, 2006, § 14, N° 1 ss.

2. Ámbito de aplicación

- 2382 Para mejor determinar el ámbito del art. 27, hay que precisar que concierne sólo a los delitos especiales propios⁴⁴⁵ y cuando el autor, a cargo de la dirección y/o administración de la empresa, no reúne en su persona la calidad individual requerida por el tipo legal. Así, por ejemplo, cuando, en el caso de defraudación tributaria cometida con ocasión de la actividad de una empresa (titular de la obligación tributaria), la acción típica e ilícita es realizada por el director de la sección de contabilidad; quien no tiene dicha obligación fiscal.
- 2383 Del mismo texto de la disposición (“aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad no concurren” en el agente), se deduce que no se aplica respecto a los delitos especiales impropios, en cuanto son, en realidad, delitos comunes agravados por la calidad personal del agente. Por lo tanto, esta condición no es el fundamento de la represión, sino sólo una circunstancia agravante. Esto significa que, de manera voluntaria o involuntaria, no se ha previsto la agravación de la pena cuando se presente la misma situación en los delitos impropios⁴⁴⁶. Por el contrario, sin mayor explicación, en el Anteproyecto de CP de 2004, art. 27, se dice “aunque los elementos especiales que fundamentan o agravan la pena...”, similar situación se presenta en el Anteproyecto de CP de 2009, art. 27.
- 2384 La aplicación del art. 27 está restringida también porque sólo se refiere a las personas jurídicas y sociedades. De modo que se deja de lado a las agrupaciones sin personalidad jurídica o que no han cumplido con las disposiciones del Código Civil o de la Ley General de Sociedades; por ejemplo, con el trámite de inscripción en Registros Públicos. Esta regulación es incoherente con el sistema jurídico. Así, no es claro el porqué no se consideran respecto a la represión penal los actos realizados antes de la inscripción y si se les reconoce validez de acuerdo al art. 77 del CC⁴⁴⁷. Este vacío trata de ser colmado en el Anteproyecto de CP de 2009, (art. 27) haciéndose referencia a “una persona jurídica, regular o irregular”. De esta manera, se trata de evitar la impunidad de los casos en que una persona jurídica no se haya aún constituido “por falta de formalidades”. Sus redactores estiman que “el daño social sigue latente aun si ha sido cometido por agentes jurídicos informales”; además van más lejos, siguiendo el modelo español, al referirse también a las personas naturales.

⁴⁴⁵ MIR PUIG, 1998, p. 176; GARCÍA CAVERO, 2002a, p. 103 ss.

⁴⁴⁶ MEINI, 1999a, p. 132.

⁴⁴⁷ MEINI, 1999b, p. 206.

3. Actuación de derecho o de hecho

Por la frecuencia y gravedad con que se plantea la cuestión, en la doctrina, 2385 se discute mucho si la calidad indicada en el art. 27 debe poseerla el agente de derecho o de hecho. En el primer caso, significa que éste accede a ella o la mantiene en cumplimiento de exigencias legales. Por el contrario, en el segundo, significa que éste dirige o administra la persona jurídica o la sociedad de facto⁴⁴⁸.

Debido a que en el art. 27, el legislador se refiere a quien actúe “como” 2386 órgano de representación o socio representante, es posible interpretarlo de manera amplia en el sentido de comprender también a los directores o administradores de hecho⁴⁴⁹. Una interpretación restrictiva sería contraria a la misma finalidad de la disposición, la cual persigue colmar, justamente, un vacío en la represión de los delitos especiales propios cometidos al amparo o en favor de las actividades de entes colectivos. Los cuales, sobre todo en países como el nuestro, no siempre funcionan con todas las formalidades legales. Esta ausencia de claridad en la ley pretende ser corregida en el Anteproyecto de CP de 2009 previéndose que responderá como autor “el representante legal o de hecho de una persona jurídica, regular o irregular, o de una persona natural que realiza un hecho previsto como delito o falta”.

4. Realización del tipo legal

El art. 27 dispone, en realidad, una ampliación de los tipos legales de los 2387 delitos especiales, en la medida en que estatuye la aplicación de éstos aun a quien realiza uno de los comportamientos por ellos descritos y no cumple con la calidad personal del autor que prevén⁴⁵⁰. En consecuencia, es evidente que cuando, en el art. 27, se prevé que el agente realice el com-

⁴⁴⁸ TERRADILLOS, 1987, p. 71 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 178 ss.

⁴⁴⁹ MEINI, 1999a, p. 144 ss. Esta imprecisión en el texto vigente es corregido en la propuesta del Anteproyecto 20004, art. 27.

⁴⁵⁰ Al respecto, la jurisprudencia peruana, Cons. N° 3963-99-Ancash, del 24 de octubre de 1997, ha resuelto que: “La persona jurídica no posee capacidad de conducta, de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*, recayendo en todo caso dicho atributo solo a las personas naturales; no pudiéndose instaurar proceso penal contra el encausado y otros, debiendo identificarse, en todo caso, a la persona que actuó como órgano de su representación, o como socio representante autorizado de ella”, Cfr. CARO JOHN, 2007, p. 632. En el mismo sentido, las ejecutorias recaídas sobre el Exp. N° 1746-99, del 10 de septiembre de 1997, y el RN N° 3469-99-Santa; citados por IDEM, 2007, p. 633.

portamiento previsto en el tipo legal, se está aludiendo a la ejecución del comportamiento delictuoso y no a la realización completa del tipo legal (comprendida la calidad del agente). Esto sólo sería posible si se admitiese la responsabilidad penal de los entes colectivos; puesto que, en el caso analizado, es la persona jurídica o la sociedad la que es titular de la calidad especial exigida por el tipo legal. De modo que la agrupación sería autora de la infracción y el director o administrador implicado podría ser considerado como partícipe. Pero como los entes colectivos no son sujetos activos de delitos, el tercero debería permanecer impune. Para evitar esto, repitémoslo, se ha establecido el art. 27. Por lo tanto, quien ejecute la acción típica e ilícita será reprimido, a pesar de ser un *extraneus* “como” como autor del delito especial propio respectivo.

5. Participación en el actuar en lugar de otro.

- 2388 La ejecución del comportamiento delictivo que supone la aplicación del art. 27 puede ser la obra de uno o más individuos. En caso de pluralidad, cada uno de los que intervengan pueden estar implicados conforme a los presupuestos de esta disposición legal, pero también pueden ser personas que reúnan realmente la calidad exigida al autor por el tipo legal correspondiente. Por lo tanto, sus responsabilidades serán determinadas conforme a las reglas de la participación delictuosa.

§ 21 Concurso de leyes y de delitos

I. Introducción. II. Legislación nacional y sus fuentes. III. Unidad y pluralidad de acción. 1. Terminología y concepto de acción. 2. Criterios para determinar la unidad de acción. a. Acción en sentido natural. b. Acción en sentido jurídico. 3. Unidad de acción en caso de omisión y culpa. IV. Concurso ideal de delitos. 1. Introducción. 2. Concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos. 3. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas. 4. Concurso ideal homogéneo. 5. Fijación de la pena en caso de concurso ideal. a. Legislación y doctrina extranjeras. b. Legislación nacional. V. Concurso real de delitos. 1. Noción. 2. Pluralidad de acciones. 3. Concurso real homogéneo y heterogéneo. 4. Fijación de la pena. VI. Concurso real retrospectivo. 1. Noción. 2. Fijación de la pena. VII. Delito continuado. 1. Introducción. 2. Carácter normativo del delito continuado. 3. Regulación legislativa. 4. Elementos del delito continuado. a. Pluralidad de acciones. b. Pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza. c. Realización de las acciones en momentos diversos. d. Identidad de resolución criminal. 5. Fijación de la pena. VIII. Concurso aparente de leyes. 1. Definición. 2. Principios para resolver el concurso aparente. a. Principio de identidad. b. Principio de alternatividad. c. Principio de especialidad. d. Principio de subsidiaridad. e. Actos anteriores o posteriores impunes. f. Principio de consunción. 3. La jurisprudencia nacional sobre concurso de leyes y de delitos. IX. La jurisprudencia nacional sobre concurso de leyes y de delitos

I. Introducción

Los comportamientos incriminados son descritos en los tipos legales, como acciones autónomas e independientes. De modo que el juez no debería encontrar mayores dificultades para adecuar el hecho ejecutado a un tipo legal. Esta apariencia es engañosa porque, como lo ponen de manifiesto los diversos problemas analizados al estudiar la interpretación⁴⁵¹, el principio de la legalidad⁴⁵² y la tipicidad⁴⁵³, el determinar la disposición aplicable constituye una operación bastante ardua. La manera compleja en que se cometen 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 si hay que aplicarle una o diversas disposiciones. 2389

El legislador ha debido prever un conjunto de reglas para indicar al juez de qué manera debe resolver ese tipo de conflictos. En doctrina⁴⁵⁴, esta regulación es estudiada considerando, por un lado, los criterios para establecer si existe unidad o pluralidad de acción y, por otro, los denominados concursos ideal y real de delitos. El estudio de éstos es completado con la presentación del llamado concurso aparente de leyes. Sin embargo, algunas veces, este último es estudiado en el ámbito de la interpretación de la ley o como una cuestión relativa a la aplicabilidad de la norma penal⁴⁵⁵. 2390

En consideración a las importantes consecuencias que tienen estas circunstancias para la individualización de la pena, las reglas destinadas a 2391

⁴⁵¹ Cfr. *supra* N° 467 ss.

⁴⁵² Cfr. *supra* N° 357 ss.

⁴⁵³ Cfr. *supra* N° 1086 ss.

⁴⁵⁴ Como veremos al estudiar uno de estos casos, no existe unanimidad entre los autores en cuanto a la terminología empleada. Nosotros conservamos la utilizada, generalmente, en nuestro país.

⁴⁵⁵ PAGLIARO, 2000, p. 185 ss.

orientar al juez han sido previstas en el Capítulo II (arts. 48 a 51), intitulado Aplicación de la Pena, del Título III, De las Penas, del Libro Primero del Código. No obstante, esto no significa que el concurso de leyes y delitos sea materia referente a la pena y a su individualización en el caso concreto⁴⁵⁶. Cada una de las reglas establecidas supone la determinación de la unidad o pluralidad de acción, aspecto muy relacionado con la teoría del delito.

II. Legislación nacional y sus fuentes

- 2392 Para regular la versión original del concurso ideal previsto en el art. 48, el legislador retomó el texto del art. 105, inc. 1, del CP de 1924, el mismo que procede del CP holandés de 1881, art. 55, inc. 1. El texto consultado por nuestro legislador no es la versión original, sino una española que es citada por Angel Gustavo Cornejo⁴⁵⁷, sin dar la referencia bibliográfica. El inc. 2 es una transcripción literal del inc. 2 del art. 67 del Anteproyecto suizo de 1915. El párrafo inicial de esta disposición, conservada en la versión del año siguiente, no es fuente del art. 105, pf. 1; tampoco lo es el art. 65 del Proyecto suizo de 1918, en el que se regulan juntos los concursos ideal y real⁴⁵⁸. Al respecto, hay que tener en cuenta que el art. 105 del CP de 1924 reproducía el art. 79 del proyecto peruano de 1916.
- 2393 En los trabajos de reforma del CP de 1924, la manera de regular el concurso ideal no siempre obedeció a los mismos criterios. El art. 83 del Proyecto de 1984 (setiembre) era muy semejante a la regulación del Código derogado. En el Proyecto de 1984 (octubre), art. 36, se estableció una fórmula diferente: "El que con una sola acción u omisión comete dos o más delitos idénticos o no, será reprimido con la pena más grave y si son iguales con una de ellas". El inc. 2 contenía la misma disposición que el inc. 2 de la norma vigente. Los Proyectos de 1985 (art. 37) y 1986 (art. 37) preveían una disposición diferente: "El que con una sola acción u omisión comete dos o más hechos punibles, idénticos o no, será reprimido con la pena más grave y, si son iguales, con una de ellas". Por el contrario, el texto definitivo figura en los Proyectos de 1990, art. 54, y de 1991, art. 48.

⁴⁵⁶ De la misma manera ha procedido el legislador español (CP de 1995); mientras que el colombiano lo hace en el título en el que se regula el hecho punible (CP de 2000); Cfr. VELÁSQUEZ, 2009, p. 981 ss.

⁴⁵⁷ Cfr. 1926, p. 389, nota a pié de página; comparar con el texto del CP holandés.

⁴⁵⁸ Cfr. BRAMONT ARIAS, 1996, p. 227.

En cuanto al fondo, la idea de base era la misma: el concurso ideal no constituye una circunstancia agravante. La sanción debía imponerse de acuerdo a los márgenes penales señalados por la disposición que prevé la pena más grave sin tenerse en cuenta el resto de delitos. Resultan superfluo considerar como concurso ideal la hipótesis concerniente a varias disposiciones que estatuyan la misma sanción. Sin embargo, esta situación fue modificada con la emisión de la Ley N° 28726, del 09 de mayo de 2006, que dispuso que en estos casos serán reprimidos “hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda extenderse a treinta y cinco años”. Esta última situación está también propuesta en el Anteproyecto de CP de 2009, en el que si bien el concurso ideal es definido de la misma manera, no obstante, se establece que se escogerá la pena más grave y se le incrementará hasta un tercio del máximo legal (art. 29).

La regla original relativa al delito continuado del art. 49⁴⁵⁹, sigue la del art. 107⁴⁶⁰ del CP de 1924, la misma que procede del Código italiano de 1889, art. 107. En la regulación vigente, se suprimió el término “mismo” que se utilizaba en la fórmula “en el mismo momento de la acción”. Tal vez, así se creyó mejorar así la redacción; pero se olvidó que a veces la redundancia, en apariencia superflua, sirve para acentuar una afirmación. En el Proyecto de 1984, art. 85, se copió la norma del Código derogado. En los Proyectos de 1984 (octubre), art. 35, de 1985 (art. 36) y de 1986 (art. 36), se mantuvo la misma idea, pero se modificó la definición y se previó una excepción: “Tal regla no es aplicable a los delitos de homicidio o de lesiones de personas distintas, ni, en general, cuando se lesionan bienes jurídicos eminentemente personales”. Esta excepción fue suprimida en los Proyectos de 1990, art. 55, y 1991, art. 49. En estos artículos, se conservó la noción que fue adoptada en definitiva. Las modificaciones practicadas mediante la Ley N° 26683, del 11 de noviembre de 1996 conciernen, por un lado, a la misma definición del delito continuado y, por otro, a la agravación de la pena tanto cuando fueran varias las personas perjudicadas, como cuando fueran afectados bienes altamente personales pertenecientes a personas distintas. De esta manera, se comprenden casos que no conciernen al delito continuado, regulado en primer lugar⁴⁶¹. En el art. 50 del Anteproyecto de CP de 2009, se mantiene sin variaciones la disposición del Código vigente.

⁴⁵⁹ VELÁSQUEZ, 2003, p. 407.

⁴⁶⁰ Conforme al art. 81 del Proyecto peruano de 1916.

⁴⁶¹ VELÁSQUEZ, 2003, p. 414.

- 2396 En el CP de 1924, art. 108, se regulaba el concurso real de la misma manera que en el art. 50. La fuente de inspiración del legislador de 1924 fue el art. 57 del CP holandés. El CP de 1863 (art. 45) fue seguido para adoptar el criterio en virtud del cual se habría de imponer la pena más grave. No se ha reproducido el art. 109 del CP derogado, en el que, según el modelo helvético (art. 68, inc. 20, del Anteproyecto suizo de 1915⁴⁶²), se regulaba la imposición de la pena de multa, de las penas accesorias y de las medidas de seguridad en caso de concurso real.
- 2397 El texto definitivo del art. 50 aparece en los Proyectos de 1990 (art. 56) y 1991 (art. 50). La regla del Código derogado fue mantenida en el Proyecto de 1984 (setiembre), art. 86. De modo diferente, en el Proyecto de 1984 (octubre), art. 37, se disponía: “El que, con designios independientes, con uno o más hechos, comete dos o más violaciones de las disposiciones legales, será reprimido con la pena del delito más grave [...] conforme al art. 33, para fijar la más severa represión. Las multas son acumulables. Las otras penas accesorias y las medidas de seguridad son aplicables aun cuando estén previstas sólo en una de las infracciones en concurso”. En los Proyectos 1985 (art. 38) y 1986 (art. 38), se estatuyó una noción diferente: “El que, con más de una acción u omisión, comete más de dos hechos punibles, idénticos o no, será reprimido con la pena del hecho punible más grave, debiendo el juez tener en cuenta los otros para fijar la más severa represión”. A pesar que, en el art. 51 del Anteproyecto de CP de 2009, se sigue definiendo el concurso real del mismo modo, se modifica la pena. Se establece que “se sumarán las penas que fije el Juez para cada [uno de los delitos] hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave. Tratándose de penas privativas de libertad temporales, la pena resultante no podrá exceder de 35 (treinta y cinco) años. Si alguno de los delitos en concurso se encuentra reprimido con cadena perpetua, sólo se aplicará esta pena”.
- 2398 En el art. 51, el legislador ha reproducido lo dispuesto en el art. 110 del CP de 1924. La única modificación consiste en la substitución del término “juicio” por el de “proceso”. El texto del art. 88 del Proyecto de 1984 (setiembre) era idéntico al del art. 51. El Proyecto de 1984, por el contrario, no contenía un precepto similar al art. 51 vigente. En los Proyectos de 1985 (art. 39) y de 1986 (art. 39), se establecía: “las disposiciones de este capítulo [Unidad y concurrencia de hechos punibles] se aplicarán al caso en que, después

⁴⁶² El Proyecto peruano de 1916 contenía la misma regla en su art. 85. Cfr. BRAMONT ARIAS, 1966, p. 240.

de una sentencia condenatoria, haya de ser juzgado el mismo condenado por otro hecho punible cometido antes de la condena o después de ésta, pero mientras esté cumpliéndola. Si la pena se ha cumplido o extinguido la condena antes que sea ejecutable la nuevamente impuesta, se reprimirá el hecho punible cometido posteriormente con la pena que corresponda". El texto definitivo figuraba en los Proyectos de 1990, art. 57 y de 1991, art. 51. Mediante la Ley N° 26832, del 3 de junio de 1997, se modificó el art. 51, distinguiéndose entre los casos en que la pena por el delito cometido antes de la condena sea inferior a la pena impuesta y los casos en que sea superior. De acuerdo con el criterio adoptado para fijar la pena en caso de concurso real, se modifica la pena en el art. 52 del Anteproyecto de CP de 2009.

La diversidad de fuentes consultadas y el hecho de que no se hayan establecido las mismas escalas penales consagradas en los modelos en que se inspiró, dan al sistema peruano un aspecto particular. Por esto debe prestarse mucha atención cuando se recurre a criterios doctrinales elaborados sobre la base de legislaciones distintas a la nuestra para interpretar nuestras disposiciones. En el Anteproyecto de CP de 2004, se mantienen los mismos criterios, salvo en lo que se refiere a la penalidad (art. 50, 52, 53). 2399

III. Unidad y pluralidad de acción

1. Terminología y concepto de acción

El análisis de la problemática del concurso comienza por distinguir la unidad de acción de la pluralidad de acciones⁴⁶³. En esta distinción radica la determinación de las consecuencias penales. Esta cuestión se pone en evidencia cuando, en el art. 48, se alude a que "varias disposiciones son aplicables al mismo hecho" y, en el art. 50, a que "concurran varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes". 2400

La terminología utilizada no es la más apropiada. Hablar simplemente de "hecho", puede llevar a comprender que se hace referencia a un suceso concreto que existe con independencia de la regulación jurídica, como si se tratara de un acontecimiento natural que el legislador tiene que tener en cuenta. En cambio, la fórmula "hechos punibles" parece remitir al comportamiento calificado en la ley como delito; es decir, en el sentido dado a "hecho punible" al regularse las bases de la punibilidad (art. 11 ss.). 2401

⁴⁶³ SCHMITT, 1963, p. 46; ROXIN, 2003, § 33 N° 4 ss.; Cfr. VILLAVICENCIO, 2003, p. 312 ss.

- 2402 El término “hecho”, empleado en el art. 48, como en el art. 105 del CP de 1924, no tiene como objetivo diferenciar entre hecho y acción. Esta fue, por el contrario, la meta del legislador italiano de 1889, tal como se desprende de su decisión de hacer depender la unidad de la pena “de la unidad de hecho, de la unidad de efecto real criminoso”. Nuestro legislador, por el contrario, se inspiró en el Código holandés de 1881, a diferencia del argentino que siguió el modelo italiano⁴⁶⁴. El término “hecho”, por lo tanto, debe ser comprendido como sinónimo de “acción”.
- 2403 Distinguir entre unidad y pluralidad de acción depende, en todo caso, de la perspectiva que se adopte⁴⁶⁵. Conforme a un criterio hoy superado, debería tenerse en cuenta el número de resultados producidos por el autor. La experiencia muestra, sin embargo, que mediante un solo acto pueden producirse varios efectos. Por ejemplo, lanzando una granada se causa la muerte a varias personas y se lesiona a otras. Otro criterio invocado es el del número de tipos legales realizados; así, en el ejemplo citado, se darían varias acciones porque han sido materializados los comportamientos previstos en los tipos legales referentes a los delitos de homicidio y de lesiones. Este criterio es inaceptable por contradecir lo dispuesto de manera expresa en el art. 48. En esta disposición se plantea la hipótesis de que diversos tipos legales (“varias disposiciones”) sean realizados por un mismo acto (“mismo hecho”); por lo tanto, la realización de varios tipos legales no implica siempre la pluralidad de acciones. Por último, se propone tener en cuenta el número de acciones sin referencia alguna al número de resultados producidos o de tipos legales realizados. No obstante, esta perspectiva no resuelve por sí sola el problema porque no dice, precisamente, qué debe comprenderse por acción.
- 2404 En esta materia, la acción no es comprendida de la misma manera que en otros ámbitos del análisis del delito. De forma casi unánime, se admite que no puede ser comprendida en el sentido que se le da, por ejemplo, como elemento del delito⁴⁶⁶. Este concepto estatuye tan sólo las condiciones mínimas que debe cumplir en general el comportamiento de una persona para ser considerado por el derecho penal.
- 2405 En consideración a que el comportamiento humano es un “todo fluyente”, se trata de “aislar, separar o recortar” una fracción de la cual se pueda decir

⁴⁶⁴ Cfr. SOLER, 1976a, T. II, p. 294.

⁴⁶⁵ Cfr. JAKOBS, 1991, 32/1 ss.; GEPPERT, 1982, p. 360.

⁴⁶⁶ SAMSON/GÜNTHER, en SK, AT 2, Vor § 52 N° 15; Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 I 2.

que es una acción⁴⁶⁷. Sin duda, no hay un canon único que permita hacer esta delimitación. Un primer factor a considerar es de orden jurídico (normativo) y es proporcionado por el legislador mediante los tipos legales. Además, hay que tener en cuenta, en una perspectiva objetiva, la subjetividad del agente y el contexto temporal - espacial en que se desarrolla el comportamiento. Con razón, afirma Schmitt que, en general, se utiliza el término unidad de acción (*Handlungseinheit*) tanto en sentido objetivo como jurídico⁴⁶⁸. La noción de acción y, por lo tanto, la de unidad de acción son de orden normativo, puesto que no son concebidas como hechos socialmente anteriores al derecho⁴⁶⁹.

2. Criterios para determinar la unidad de acción

a. Acción en sentido natural

Debido a que el soporte real de la noción de acción es el movimiento corporal originado y controlado por un impulso voluntario, hay que admitir que, en ciertos casos, puede resultar evidente que el agente no ha cometido más que una sola acción. Por ejemplo, el hecho de lanzar una granada en un local concurrido por numerosas personas debe ser considerado como una sola acción, a pesar de que se producen diversos resultados (muertes y lesiones de personas) y, por lo tanto, se consuman diversos tipos legales (arts. 106, 121, 122). Este caso es presentado, en la doctrina, como acción en sentido natural (*Handlung im natürlichen Sinn*)⁴⁷⁰. Sin embargo, no se trata de un criterio puramente natural en la medida en que es indispensable tener presente la manera cómo la acción es descrita en el tipo legal.

b. Acción en sentido jurídico

El legislador puede prever que se considere como una unidad (jurídico social) la pluralidad de tales "sucesos naturales". De ahí que el marco normativo del tipo legal sea determinante⁴⁷¹. En este sentido, hay que afirmar que la unidad de acción existe siempre en el caso de cumplimiento de las

⁴⁶⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 I 3; SOLER, 1976a, T. II, p. 288 ss.

⁴⁶⁸ SCHMITT, 1963, p. 46; GEERDS, 1961, p. 263, 313 ss.; BRUNNER, 1932, p. 28 ss.. Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 483 ss.

⁴⁶⁹ SOLER, 1976a, T. II, p. 288 ss.

⁴⁷⁰ ROXIN, 2003, § 33 N° 17 ss., 29.

⁴⁷¹ BETTIOL 1969, p. 579; WELZEL, 1967, p. 217 ss.; ROXIN, 2003, § 33 N° 19 ss.; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss. N° 13 ss.

condiciones mínimas del tipo legal; aun cuando, desde un punto de vista fenomenológico, el comportamiento pueda ser fraccionado⁴⁷². Poco importa, además, el número de resultados ocasionados o el número de tipos legales posiblemente realizados⁴⁷³ (*Tatbestandliche Handlungseinheit*).

- 2408 Al respecto debemos tener presente que el legislador, al individualizar en los tipos legales los comportamientos punibles, ha tenido en cuenta un conjunto de acciones básicas, como las de causar la muerte a una persona o a un feto, practicar el acto sexual, apropiarse de una cosa mueble, perturbar la circulación pública, privar de la libertad a otro, amenazar a una persona, etc. Estas acciones pueden ser consideradas como unidades a partir de las cuales, el legislador describe los comportamientos socialmente dañinos, ya sea acumulando algunas de ellas o adjuntándoles alguna circunstancia particular. En todos esos casos, el comportamiento del delincuente constituye una unidad de acción en sentido jurídico.
- 2409 En los denominados delitos complejos⁴⁷⁴ existe unidad de acción jurídica en la medida en que los tipos legales prevén la comisión de varias unidades de acción (estén o no previstas en algún otro tipo legal), aun cuando una de ellas sea prevista como designio o motivo. En el delito de violación de la libertad sexual, por ejemplo, el agente debe, mediante violencia o amenaza, obligar una persona a practicar el acto sexual u otro análogo (art. 170); en el delito de robo, el autor debe violentar o amenazar una persona y apoderarse de un bien mueble total o parcialmente ajeno (art. 188); en el delito de secuestro agravado, el sujeto activo priva de la libertad al agraviado y fuera de ello abusa de él, lo corrompe, trata con crueldad o pone en peligro su vida o salud (art. 152, inc. 1).
- 2410 Así mismo, se da unidad de acción en sentido jurídico cuando en el tipo legal se consideran, globalmente, un conjunto de acciones como un todo. Por ejemplo, el delito de violación de la soberanía territorial extranjera es definido como el hecho de practicar “actos indebidos” en el territorio del Estado extranjero (art. 337); el delito de conspiración contra un estado extranjero, consistente en practicar, en el territorio nacional, “actos destinados a alterar por la violencia la organización política de un Estado extranjero...” (art. 338).

⁴⁷² JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 I N° 3.

⁴⁷³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 II.

⁴⁷⁴ Cfr. *supra* N° 1134.

Los delitos permanentes implican⁴⁷⁵, también, la unidad de acción jurídica: 2411
el agente produce y mantiene una situación antijurídica durante un cierto lapso. Por ejemplo, en el delito de violación de domicilio, el agente permanece en éste rehusando la intimación que le hace el titular para que se retire (art. 159); y en el delito de secuestro, consistente en privar a una persona de su libertad personal (art. 152).

Los delitos de hábito suponen también unidad de acción en sentido jurídico 2412
co, en la medida en que el tipo legal exige una pluralidad de acciones que demuestren la habitualidad del agente en la comisión de la acción reprimida; por ejemplo, el delito financiero previsto en el art. 246, se da cuando el delincuente, "por cuenta propia o ajena, se dedica directa o indirectamente a la captación habitual de recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad, sin contar con permiso de la autoridad competente".

Tratándose de tipos legales alternativos⁴⁷⁶, debe admitirse como unidad de 2413
acción la realización de las acciones equiparadas por el legislador respecto a la pena. Así por ejemplo, destruir o alterar los límites de un inmueble para apropiarse de todo o parte del mismo (usurpación, art. 202, inc. 1); dañar, destruir o inutilizar un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno (daños, art. 205).

Si el tipo legal no permite considerar, como en los casos hasta ahora cita- 2414
dos, la unidad de acción, es posible deducir a veces que la consumación del resultado típico puede tener lugar mediante actos progresivos (*sukzessive Begehung*). El acto de matar (homicidio, art. 106), por ejemplo, puede consistir en producir diversas lesiones a la víctima. Lo mismo sucede en el caso del ladrón que, en la misma ocasión y mediante sustracciones repetidas (*interaktive Begehung*), se apodera de bienes muebles ajenos. Aquí son determinantes tanto el contexto espacial y temporal como la intención del agente.

En este contexto, se considera otro criterio de marcado corte jurídico nor- 2415
mativo. Se trata de la denominada unidad de acciones naturales (*natürliche Handlungseinheit*) y según la cual debe considerarse como una sola acción el conjunto de acciones realizadas por una persona de acuerdo a una decisión y en un estrecho contexto físico y temporal, de modo que, observadas

⁴⁷⁵ Cfr. *supra* N° 1133.

⁴⁷⁶ Cfr. *supra* N° 1135.

de una manera natural por un tercero, aparezcan formando un todo unitario.

2416 Sin mayor dificultad, se puede admitir esta unidad de acción cuando, mediante la pluralidad de actos, se realiza el mismo tipo legal. En buena cuenta, no son casos diferentes a los que se han citado como circunstancias de consumación del tipo legal mediante un accionar progresivo o repetido. Las discrepancias surgen, sobre todo, cuando se trata de actos que realizan diversos tipos legales. Se cita, con frecuencia, el caso de quien al escapar de la policía causa lesiones dolosas, despoja de su vehículo a un chofer, pone en peligro a las personas al conducir a gran velocidad, etc. El hecho de que el fugitivo actúe impulsado por la misma voluntad de huir no justifica que se consideren sus diferentes comportamientos como una acción única⁴⁷⁷.

2417 La discusión sobre la admisión de la unidad de acción en caso de ejecución repetida del mismo tipo legal con un solo impulso criminal y en un estrecho marco temporal y espacial⁴⁷⁸, tiene poca relevancia en nuestro medio; debido a que en el Código -lo que no sucede, por ejemplo, en la legislación alemana- el delito continuado está regulado expresamente. El art. 49 del Código estatuye que "cuando varias violaciones de la misma ley o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el mismo momento de la acción, o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado..."⁴⁷⁹. Se trata, por lo tanto, de una unidad de acción en sentido jurídico.

La unidad de acciones naturales es admitida, generalmente, cuando se per-
2418 judica un bien jurídico altamente personal (vida, integridad corporal, salud, honor, etc.) a condición de que el titular sea la misma persona. Según el criterio predominante, por el contrario, hay pluralidad de acciones cuando los titulares de dichos bienes son personas diferentes. Por ejemplo, matar sucesivamente a varias personas disparándoles con un arma de fuego.

⁴⁷⁷ WESSELS/BEUKLE, 2001, N° 765; WARD, 1985, p. 241 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 III N° 3; JAKOBS, 1991, 32/35; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 22 ss.; cfr. LACKNER/KÜHL, 1999, Vor 52 N° 4 ss.; OTTO, 1998, § 23 N° 11.

⁴⁷⁸ Cfr. STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 22 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 II 3.

⁴⁷⁹ Ver *infra* N° 2426 ss.

3. Unidad de acción en caso de omisión y culpa

En los casos de comportamientos de omisión (propia o impropia) y de acciones culposas, deben tenerse presentes sus peculiaridades. En cuanto a los primeros, el deber de cumplir con las acciones esperadas y la posibilidad de realizarlas todas simultáneamente; y, respecto a las segundas, el deber de cuidado exigido. 2419

Respecto a la omisión, hay unidad de acción cuando el agente consuma la infracción al no ejecutar la acción esperada, a pesar de que tenía varias posibilidades para intervenir. Por ejemplo, el constructor que no instala los mecanismos de seguridad y provoca lesiones a varios obreros. Por el contrario, hay pluralidad de omisiones si el agente no realiza dos o más acciones esperadas, en caso de que le hubiese sido posible ejecutarlas al mismo tiempo o una después de otra. Por ejemplo, el chofer que atropella a tres personas y no las auxilia a pesar de que podía haberlo hecho de manera sucesiva⁴⁸⁰. 2420

En cuanto a los delitos imprudentes, existen varias acciones culposas si un conductor, por sucesivas imprudencias, ocasiona tres accidentes mortales⁴⁸¹. Sin embargo, hay que considerar que la misma imprudencia implica muchas veces la realización de una serie de actos por los que se evidencia que no se respetó el debido cuidado. Si este comportamiento imprudente causa un accidente del que resultan varias personas lesionadas, sólo existe una acción imprudente y no tiene mayor relevancia el hecho de que se hayan producido múltiples resultados. 2421

IV. Concurso ideal de delitos

1. Introducción

La constatación de que existe unidad de acción no implica, siempre, que una sola disposición legal será aplicada. Mediante su ejecución, pueden realizarse los elementos de dos o más tipos legales, e incluso puede suceder que ninguno de éstos logre abarcar en su totalidad la unidad de acción en cuestión. Así, sólo considerando todos los tipos legales concernidos se podrá aprehender en su integridad el carácter ilícito de la acción. La aplicación de las diversas disposiciones está en efecto condicionada por la 2422

⁴⁸⁰ WESSELS/BEUKLE, 2001, N° 762; ROXIN, 2003, § 33 N° 61 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 IV 2.

⁴⁸¹ Cfr. BLEI, 1975, p. 307; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 IV 2; MAIWALD, 1964, p. 72; GEERDS, 1961, p. 262.

complejidad de la acción. Estos casos constituyen el denominado concurso ideal de delitos⁴⁸².

- 2423 Según el art. 48, el concurso ideal existe “cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho”⁴⁸³. La base es la unidad de la acción; o según la terminología legal: “el mismo hecho”. Como es lógico advertir, éste tiene que reunir las exigencias de varios tipos que no se excluyan entre sí.

2. Concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos

- 2424 El concurso aparente de leyes y el concurso ideal tienen la unidad de acción como elemento común. Se diferencian en que, en el primero, la acción es comprendida plenamente por una de las disposiciones legales que parecen ser aplicables (tipicidad única); mientras que en el segundo la acción única requiere la aplicación simultánea de varias disposiciones (tipicidad plural). Por ejemplo, el concurso aparente se da cuando se mata a otro por lucro, puesto que si bien, en apariencia la acción puede ser subsumida en los tipos legales de homicidio (art. 106) y asesinato (art. 108), sólo el segundo es aplicable, ya que comprende en su integridad el supuesto de hecho: matar por lucro, mientras que el tipo legal de homicidio simple sólo comprende parte de él, en la medida en que no tiene en cuenta el móvil del agente. El concurso ideal de delitos se presenta, por ejemplo, cuando con la misma piedra que se lanza en un sólo intento, se rompe el vidrio de la vivienda de otro (art. 205, delito de daños) y se producen lesiones a uno de sus habitantes (art. 121, delito de lesiones graves dolosas).

- 2425 El concurso real de delitos, tal como se verá en detalle más adelante, se caracteriza, en cambio, por la pluralidad de acciones; las mismas que constituyen delitos independientes.

3. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas

- 2426 Quien con un solo disparo mata a una persona y lesiona a otra, comete una sola acción⁴⁸⁴; mas, es evidente, que ésta no puede ser del todo valorada sólo mediante la aplicación del art. 106 (homicidio) o del art. 121 (lesiones). Es

⁴⁸² ROXIN, 2003, § 33 N° 70 ss.

⁴⁸³ Cfr. BRAMONT ARIAS, 1966, p. 230. En su libro *La ley penal*, p. 130, este autor sostuvo, siguiendo a Jiménez de Asúa, que esta disposición parecía un caso de concurso aparente de leyes: el de la alternatividad. VILLAVICENCIO, 2003, p. 330 ss.

⁴⁸⁴ En contra, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 229.

necesario tener en cuenta ambas para formular un juicio negativo de valor completo. Lo mismo sucede en el caso en que el violador, al hacer uso de la violencia para vencer la resistencia de la víctima, la lesiona de manera intencional. Son de aplicación, en consecuencia, los arts. 170 y 121. Afirmar que sólo ha cometido el delito de violación sexual no es conforme a la realidad y, por lo tanto, no se pueden, simplemente, ignorar las lesiones que no forman parte del tipo legal de esta infracción. Es indispensable tenerlas en cuenta para valorar todo el comportamiento del agente. Por el contrario, resulta imposible sostener que existe concurso real de delitos puesto que no hay pluralidad de acciones (hechos punibles que, según el art. 50, "deben considerarse como otros tantos delitos independientes"). En el ejemplo dado, el cuadro normativo del tipo legal (violación sexual) determina que se considere la existencia de una acción, a pesar de que, desde un punto de vista fenomenológico, podría ser fraccionada en acciones parciales. El contexto tempo-espacial y la finalidad del agente son factores que coadyuvan para admitir tal conclusión.

Solucionar de manera conveniente las dificultades que presenta el concurso ideal supone interpretar correctamente los tipos legales y apreciar las relaciones existentes entre ellos. En primer lugar, la unidad de acción es definida en relación con el tipo legal (criterio normativo) y, en segundo lugar, la adecuación de esta acción a uno o varios tipos legales determina si se da o no el concurso ideal de delitos. El legislador no dice otra cosa cuando expresa que "varias disposiciones penales sean aplicables", puesto que éstas lo serán cuando el agente, mediante su acción, haya cumplido con los requisitos contenidos en sus preceptos (tipos legales). 2427

4. Concurso ideal homogéneo

En el art. 50 no se regula el denominado concurso ideal homogéneo, que consiste en la violación repetida de la misma norma legal, mediante una sola acción. Por ejemplo, lanzar una granada y lesionar gravemente a varias personas, circunstancia en la cual el art. 121 resulta aplicable varias veces (lesiones graves). Así, no existe una disposición que prevea la "pena más grave", que debería ser aplicada según el art. 48 para resolver el problema concerniente a la fijación de la pena única. De acuerdo con esta disposición, no sólo se trata de una pluralidad de preceptos aplicables, sino también de que sean diversos. El concurso ideal homogéneo ha de ser considerado en consecuencia, como un caso de unidad de acción, que no presenta problemas en cuanto a la ley con la que su autor debe ser reprimido. Según 2428

las circunstancias, podría admitirse la existencia de un delito continuado (art. 49), “varias violaciones de la misma ley penal”⁴⁸⁵.

- 2429 El punto de partida es que no existe problema alguno cuando una sola es la ley aplicable, circunstancia en la que el juez conoce, con precisión, los márgenes inferior y superior dentro de los cuales individualizará la pena. Por esta razón, en el art. 49 sólo se han considerado los casos en que, realmente, se da la posibilidad de reprimir al agente mediante dos o más disposiciones legales. Para no dejar en manos del juez un excesivo poder discrecional, señala, de manera expresa, la manera cómo debe resolver estos conflictos.

5. Fijación de la pena en caso de concurso ideal

a. Legislación y doctrina extranjeras

- 2430 En algunos códigos, se trata de la misma manera al concurso ideal y al concurso real. Por ejemplo, en Suiza, el art. 49 del CP federal estatuye: “cuando por un solo acto o por varios, un autor incurre en varias penas privativas de libertad, el juez le condenará a la pena de la infracción más grave, y aumentará la duración según las circunstancias, pero no sobrepasará esta pena aumentada en su mitad. El juez estará, además, limitado por el máximo legal de la clase de pena”.
- 2431 Este sistema es justificado, en particular, por razones prácticas. Así, se estima que siendo conveniente agravar la pena en caso de concurso ideal, sobre todo si el delincuente sabe o debe saber que su acto ha violado varias disposiciones, es superfluo complicar el código adoptando sistemas diferentes para ambos concursos⁴⁸⁶. Igualmente, se sostiene que si bien, en teoría, hay que distinguir entre ambos concursos, tratarlos de manera igual evita que se planteen cuestiones muy sutiles y explica la aplicación de la pena única (*Einheitstrafe*)⁴⁸⁷. En Alemania, donde diversos autores son partidarios de este criterio, se planteó su admisión al discutirse la reforma del viejo Código alemán, pero no fue aceptada, siendo, por el contrario, incorporada en el derecho penal de menores⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Ver *supra* N° 1133 ss.

⁴⁸⁶ Procès verbal de la deuxième Commission, T. I, p. 393. Estudiando el Código suizo vigente, GERMANN, 1942, p. 86, ha afirmado de que nada se deduce en favor del principio de la absorción de la existencia de un solo acto. Según él, se justifica una pena agravada porque “la voluntad criminal no es abarcada por una sola disposición”.

⁴⁸⁷ GEERDS, 1961, p. 483; SCHMITT, 1963, p. 593; NIESE, 1954, T. I., p. 159.

⁴⁸⁸ Ver: Jugendstrafgesetzbuch, §§ 31 y 66, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 56 IV A 4.

Esta clase de propuestas implica el abandono, en la práctica, de la distinción entre concurso ideal y real⁴⁸⁹. El principal argumento en favor es la imposibilidad de determinar un criterio certero para distinguir la unidad de la pluralidad de acción. En consecuencia, hay que aceptar que, desde la perspectiva de la política criminal, la distinción practicada es arbitraria y, por lo tanto, siempre insegura⁴⁹⁰. En Alemania, el rechazo a tratar de manera igual los concursos ha sido criticada en el sentido de representar la “conservación de un esquema conceptual arcaico”⁴⁹¹.

b. Legislación nacional

El art. 48 tiene como fuente inmediata el art. 105 del CP de 1924, el que tuvo como modelo el art. 55, inc. 1, del CP holandés. Parece que esta solución fue adoptada en vista de que también la habían admitido el legislador helvético (art. 67, Anteproyecto 1915), el italiano (art. 78 del CP de 1889) y el argentino (art. 54 del CP de 1921).

De acuerdo con el texto original del art. 48, una vez admitido que se trata de un concurso ideal de delitos, la cuestión era determinar la ley que prevé la pena más grave, dentro de cuyos márgenes se debía fijar la pena concreta.

Este sistema se basaba en el principio de la absorción⁴⁹², según el cual la pena más severa impuesta sirve al mismo tiempo de castigo por las otras infracciones más leves que se han cometido (*poena major absorbet minorem*⁴⁹³). El juez –en el momento de individualizar la pena– debe tener en cuenta las otras leyes en concurso para escoger la que prevé la pena más severa.

Sin embargo, esta situación ha cambiado según la modificación operada por la Ley N° 28726, del 09 de mayo de 2006. El nuevo texto establece que la pena “podrá incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que pueda extenderse a treinta y cinco años”. Esto se justificaría, en la medida en que

⁴⁸⁹ Este criterio primó entre los suizos; figuraba ya en el CP austriaco de 1852 (§§ 34, 35) y en el Código de instrucción criminal francés (art. 28) y en el art. 5 del CP frances. En el art. 132-2 nuevo CP de 1993, se dispone que hay concurso de infracciones cuando una infracción es cometida por una persona antes que ésta haya sido definitivamente condenada por otra infracción.

⁴⁹⁰ GEERDS, 1961, p. 495.

⁴⁹¹ COENDERS, 1921, p. 3.

⁴⁹² HURTADO POZO, 2005, p. 932 ss.

⁴⁹³ BLEI, 1975, p. 301; LEUKAUF/STEININGER, 1992, p. 212. En doctrina peruana, VILLAVICENCIO, 2006, p. 701 ss.

una sola de las disposiciones en conflicto no cubre toda la realidad del acto cometido.

- 2437 Por otro lado, antes de la modificación sustancial del art. 50, la pena, en el caso de concurso real de delitos, debía fijarse imponiéndose la pena del delito más grave, agravándola en consideración a las demás infracciones. Por tanto, a diferencia de lo previsto para el concurso ideal, se debían tomar en cuenta los demás delitos para agravar la pena, que debía fijarse dentro de los márgenes establecidos por la ley más severa. Debido a que en el art. 46 se señala, por un lado, que la pena será determinada según “la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido” y, por otro, que su aplicación es necesaria en todos los casos en que se impone una pena, resultaba un tanto utópica la distinción que, en relación a las consecuencias penales, el legislador establecía entre los dos concursos.
- 2438 En la jurisprudencia nacional, se evidenciaba que, en realidad, ambos concursos producen las mismas consecuencias. Esta situación resultaba de la conjunción de tres factores: la libertad concedida al juez para individualizar la pena, la amplitud de los márgenes penales señalados para cada delito y la técnica adoptada para resolver los casos de concurso. Además, hay que tener en cuenta que existe una relación directa entre la gravedad de los tipos legales, el bien jurídico que protegen y la pena prevista. En efecto, en la medida en que los tipos legales protegen bienes iguales, cuanto más importante sea el bien jurídico que se tutela, mayor será la pena que se impondrá. De ahí se sigue que cuando el art. 50 (concurso real de delitos) establecía que se reprimiría con la sanción del delito más grave, en la práctica se trataba, por lo general, de la pena más grave (que es la que el juez debe imponer en caso de concurso ideal). La situación ha cambiado porque para el concurso real, el texto modificado del art. 50 dispone la acumulación de penas.
- 2439 El trato unitario de ambos concursos a que se llega aplicando la regulación modificada no era satisfactorio. Sin embargo, el trato diferenciado también ha sido con frecuencia criticado desde un punto de vista de política criminal. Así, se afirma que “depende, muchas veces, del azar que un padre ahogue a sus dos hijos uno después de otro o que lo haga al mismo tiempo. En el primer caso, habrá concurso real y en el segundo, concurso ideal”⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss. N° 7. En relación con nuestro derecho, el ejemplo no es tan oportuno, ya que el art. 107 de nuestra ley fija la pena no menor de 15 años de privación de libertad para el parricidio. Si no se tratara de los hijos del agente, se aplicaría el art. 106, que reprime el homicidio con pena

Sin embargo, recordemos que en nuestra legislación este caso de concurso ideal homogéneo no se encuentra previsto por el art. 48 debido a que las normas aplicables a la acción única no son distintas.

V. Concurso real de delitos

1. Noción

Según el art. 50⁴⁹⁵, el concurso real de delitos se presenta “cuando concurren 2440 varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes”. Así, se reproduce la fórmula del art. 108 del CP de 1924, cuya fuente es el art. 57, inc. 1, del CP holandés y en el que se establecía con mayor claridad la pluralidad de acciones. Así, determinaba que los hechos punibles “deban considerarse como otros actos independientes y constituyendo varias infracciones...”. No obstante, la redacción del art. 50 no implica una modificación substancial del sentido de la regla holandesa⁴⁹⁶.

Las características específicas del concurso real son, por tanto, la pluralidad 2441 de acciones, la conformidad de éstas a ciertos tipos legales y su condición de delitos en sí mismas (independencia en cuanto a la tipicidad).

2. Pluralidad de acciones

Cada uno de los comportamientos cometidos por el agente debe ser con- 2442 siderado como una unidad de acción independiente. Pueden consistir en movimientos corporales voluntarios (p. ej., dos disparos que causan la muerte a otras tantas personas) o unidades jurídicas de acción (p. ej., dos delitos complejos o dos delitos permanentes). La autonomía de estas unidades de acción, determinada en función a los tipos legales respectivos, permite que puedan ser consideradas como delitos independientes.

La fórmula “varios hechos punibles” del art. 50 significa que varios tipos 2443 legales deban ser realizados mediante varias acciones. Se trata, por tanto, de delitos independientes porque cada uno supone una unidad de acción y no están vinculados de manera a constituir una unidad jurídica de acción.

privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 20 años; es decir, que el juez puede imponer hasta 20 años. En este caso, es imposible pensar que el juez no tenga en cuenta ambos resultados para fijar la pena, a pesar de ser cometido mediante una sola acción.

⁴⁹⁵ Cfr. VILLAVICENCIO, 2003, p. 337 ss.

⁴⁹⁶ La influencia holandesa era más acentuada en el Proyecto nacional de 1916, en el que el legislador distinguía, siguiendo al modelo holandés, entre penas de la misma o diferente naturaleza, para fijar la pena correspondiente.

En todo caso, hechos punibles no significa sólo pluralidad de resultados o de violaciones a la ley.

- 2444 El requisito de la pluralidad de las unidades de acción se percibe con mayor nitidez si se tiene en cuenta la definición del delito continuado del art. 49. En esta disposición, se hace referencia a “actos ejecutivos de la misma resolución criminal” que violen la misma ley penal. De donde se deduce que la regla del art. 50 presupone una pluralidad de actos independientes, a los que el modelo holandés hacía referencia expresa.

3. Concurso real homogéneo y heterogéneo

- 2445 Las acciones cometidas por separado pueden realizar el mismo tipo legal y constituir, por tanto, varios delitos de la misma especie. Por ejemplo, en ocasiones diferentes, el agente comete varios hurtos. En este caso se habla de concurso real homogéneo, en oposición al concurso real heterogéneo, consistente en la ejecución de varias acciones constitutivas de delitos diferentes (p. ej., un hurto, un homicidio, dos estafas).
- 2446 A diferencia de lo que sucede con el concurso ideal (art. 48), la regla del art. 50 permite considerar sin mayores problemas el concurso real homogéneo; pues dispone la acumulación de las penas impuestas por cada uno de los delitos.

4. Fijación de la pena

- 2447 El texto original del art. 50 no era bastante claro respecto a la manera de cómo debía fijarse la pena. Se establecía, una sola regla para todas las penas (privativas de la libertad y pecuniarias) y, por otro, si bien se decía que la pena será agravada en razón del resto de delitos cometidos, se reenviaba al art. 48 que no toma en cuenta a estos últimos. Salvo que se entendiera que la remisión concernía al art. 48, pf. 2, en el que se estatuyó que las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones. Sin embargo, a pesar de la redacción imprecisa, se establecía el principio de la absorción⁴⁹⁷ (*Asperationsprinzip*), según la cual el juez, luego de establecer la pena por el delito más grave, la agravará teniendo en cuenta los demás delitos perpetrados.

⁴⁹⁷ Ver *infra* N° 2435 ss.

Mediante la modificación introducida por la Ley N° 28730, del 13 de mayo 2448 de 2006, se abandona este principio en favor del de la acumulación de penas (“*quot delicta tot poenas*”). De acuerdo con la nueva versión, cuando “concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumaran las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta”. Esta modificación es inconveniente porque es contraria a los fines atribuidos a la pena (art. IX)⁴⁹⁸.

En la medida en que se prevé sólo la suma de las penas privativas de libertad, se plantea la cuestión de si las penas accesorias, no previstas en todas las disposiciones aplicables, se aplicarán cuando sólo estén previstas en una de ellas. La respuesta se obtiene considerando que, en razón de la misma índole del concurso real, todas las disposiciones son aplicables porque se trata de delitos independientes y, en consecuencia, el juez puede sin más tomar en consideración las penas accesorias de acuerdo con las reglas de la individualización de la pena. 2449

El Anteproyecto de CP 2009, no prevé modificaciones sustanciales a la individualización de la pena en caso de concurso real de delitos. En su art. 53, se mantiene como principio rector la acumulación de penas concretas parciales y también los mismos límites. 2450

VI. Concurso real retrospectivo

1. Noción

El art. 50 supone juzgar al responsable, al mismo tiempo, por todos los 2451 delitos en concurso. Lo que implica que los diversos delitos sean materia de un mismo proceso o que hayan sido acumulados. Esta acumulación es ordenada por el CdePP (art. 21, inc. 1) y por el el NCPP (art. 47), en razón a la conexión de delitos y de agentes. En el art. 51, en cambio, se estatuye cómo juzgar de nuevo a una persona, ya condenada por una infracción penal, por un delito (u otros delitos) que había cometido antes de la condena. En doctrina, se denomina a este caso concurso real retrospectivo.

⁴⁹⁸ Ver: GEERDS, 1961, p. 452 ss.; así mismo, la bibliografía por él citada.

- 2452 Según el art. 1 de la Ley N° 10124, del 29 de diciembre de 1944, “la acumulación tanto para la investigación como para el juzgamiento, en los casos de conexión⁴⁹⁹, se ordenará” cuando el agente es autor de uno o más delitos; cuando varios agentes aparecen inculcados de un solo delito como autores o cómplices; y, por último, en los casos de conexiones complejas (pluralidad de agentes y de delitos). La acumulación es obligatoria en el caso de participación y el de pluralidad de delitos, en la medida en que no se haya abierto instrucción contra el agente por uno de éstos. Si se ha iniciado la persecución penal por uno o se trata de un caso de conexión compleja, la acumulación es facultativa. De modo que el juzgamiento simultáneo de las infracciones en concurso tendrá lugar, con toda seguridad sólo si la instrucción se inicia contra el autor singular de todas ellas. En los restantes casos, la acumulación depende de lo que decida la autoridad competente, y sólo “cuando los procesos estén en el mismo estado, y siempre que la acumulación no redunde en la inútil postergación del juzgamiento de los que ya tuviesen mérito suficiente para ello” (inc. 2 del art. 1 de la Ley N° 10124). De no ordenarse la acumulación, surge la cuestión del concurso real retrospectivo y el nuevo juzgamiento será realizado de manera sucesiva.
- 2453 De acuerdo con el art. 31, inc. 1, del NCPP, existe conexión de procesos cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos. Caso en el que, conforme al art. 49 del mismo código, procede ordenar, de oficio o a petición de parte, la “acumulación para el Juzgamiento”. La acumulación es obligatoria en caso de pluralidad de autores y de partícipes del mismo hecho punible (arts. 31 y 47 del NCPP). En los demás casos de conexión, puede ser ordenada cuando “los procesos se encuentren en el mismo estado e instancia, y no ocasionen grave retardo en la administración de justicia. Sólo respecto a estos últimos casos se puede hablar de concurso retrospectivo.
- 2454 Estas reglas rigen en el campo procesal y sólo tienen efectos respecto al juzgamiento único o sucesivo del agente. Por tanto, ninguno de los criterios establecidos en ellas debe ser utilizado para resolver problemas propios a los concursos ideal y real.
- 2455 El principio de la absorción de penas previsto en el texto original del art. 51, fue sustituido, como en el caso del concurso real, por el de la acumulación de penas (Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006). Según el nuevo texto de dicho artículo, si “después de la sentencia condenatoria se descubriere otro

⁴⁹⁹ No se debe confundir esta “conexión” con la “conexión” en caso de delitos complejos.

hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito”.

2. Fijación de la pena

Para apreciar cómo se individualizará la pena en caso de concurso real retrospectivo, tengamos en cuenta el caso siguiente. X comete un robo en abril de 2002, utiliza, en marzo del año siguiente, una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Después, en junio de 2006, lesiona gravemente a su conviviente. Esta última lo denuncia, por lo que fue juzgado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando en prisión, fue reconocido por el agraviado del robo que cometió en el 2002, por lo que se le inició un nuevo proceso penal. Al iniciarse este juicio, se descubrió la utilización del documento falso, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública. Así, X es responsable de diversos delitos en forma de concurso real de delitos (robo, art. 188; falsedad documental, art. 427 y lesiones graves, art. 121-A). Pero, éstos no han sido objeto de un solo proceso, sino que han debido realizarse procesos sucesivos posteriores al primero y en el que fue condenado por lesiones graves. 2456

Para fijar la pena se debe partir de la regla que al agente no se le debe imponer una pena concreta final que resulte ser más severa que aquella que se le hubiere aplicado si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos en concurso. Esto ha sido tomado en cuenta en la modificación del art. 51, mediante la Ley N° 28730. Así, se ha establecido que la pena concreta será determinada como si se tratara del concurso real de delitos previsto en el art. 50. En consecuencia, se sumarán las penas concretas parciales que se impongan por cada delito. 2457

Al respecto, el Anteproyecto de CP 2009, tampoco postula cambios relevantes. En su art. 52, se señala que “tratándose de penas privativas de libertad temporales la pena resultante no podrá exceder de 35 años. Si alguno de los delitos en concurso se encuentra reprimido con cadena perpetua sólo se aplicará esta pena, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el delito posteriormente descubierto”. 2458

VII. Delito continuado

1. Introducción

- 2459 La noción de delito continuado o permanente ha sido considerada como el “concepto penal más confuso y anárquico”⁵⁰⁰. Los esfuerzos realizados en la legislación, doctrina y jurisprudencia para precisar sus elementos no han tenido el éxito deseado.
- 2460 La discusión no ha sido originada por falta de regulación legal; pues aún cuando lo ha sido, la interpretación del texto legal ha dado lugar a marcadas divergencias⁵⁰¹. En general, existe acuerdo entre los autores sobre cuáles son sus elementos; pero discrepan, con frecuencia, sobre la manera cómo deben ser concebidos. Así, respecto al art. 81 del CP italiano, los juristas y la jurisprudencia disienten sobre cómo comprender la fórmula “un mismo designio criminal” (*medesimo disegno criminoso*)⁵⁰². En Alemania, las discrepancias conciernen también el elemento subjetivo del delito continuado⁵⁰³.

2. Carácter normativo del delito continuado

- 2461 Se discute mucho sobre si el delito continuado es una ficción, una realidad natural o una realidad jurídica. El primer criterio estaría “de acuerdo con el origen histórico de la institución”⁵⁰⁴. Según Carrara, “el delito continuado es el fruto de una ficción legal. Y existe una ficción legal toda vez que el legislador asigna a ese hecho o conjunto de hechos diversos el mismo trato jurídico de un hecho o conjunto de hechos diversos, sabiendo que no existe entre ellos alguna relación”⁵⁰⁵. Según Bettiol, “cuando el legislador crea una ficción, es consciente de formular una reglamentación jurídica contraria a aquella que es la realidad sustancial de los hechos a regular. *Fictio iuris quam convenit cum veritate*”⁵⁰⁶.

⁵⁰⁰ NOVOA MONREAL, 1966, T. II, p. 269; VELÁSQUEZ, 2003, p. 381.

⁵⁰¹ Con relación a la insuficiencia de la reglamentación legislativa en la determinación precisa de los contornos del delito continuado, ver: GEERDS, 1961, p. 485.

⁵⁰² ANTOLISEI, 1969, p. 409; BETTIOL, 1969, p. 601; LEONE, 1976, p. 279; MARSICO, 1969, p. 248; MAGNO, T. I, N° 433. Respecto a la jurisprudencia, ver: LATTANZI, 1974, p. 202 ss.; FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 496 ss.

⁵⁰³ PUPPE, 1985, p. 246; JAKOBS, 1991, 32/50; SAMSON/GÜNTHER, en SK, AT 2, Vor § 52 N° 63 ss.

⁵⁰⁴ CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951, p. 33; FERNÁNDEZ, p. 307.

⁵⁰⁵ CARRARA, 1871, N° 520.

⁵⁰⁶ BETTIOL, 1969, p. 571; MANZINI, 1961, T. III, p. 418 ss.; LEONE, 1976, p. 972. Cfr. BRAMONT

Para Antolisei, por el contrario, concebir el delito continuado como una 2462
 ficción no es conveniente, porque “no se puede decir que la unidad entre
 las diversas acciones que constituyen el delito continuado, sea contrario a la
 verdad, en cuanto a las acciones mismas no son en la realidad del todo dife-
 rentes: ellas tienen un elemento común que las une”. En opinión de Massari,
 “al ente resultante no se le puede negar el carácter de realidad jurídica”⁵⁰⁷.
 En oposición a estos criterios, algunos autores han afirmado la unidad real
 y natural, tanto subjetiva como objetiva, del delito continuado⁵⁰⁸.

Se han planteado discrepancias también sobre la índole objetiva o subjetiva 2463
 del delito continuado. En el primer sentido, se da prioridad a la intención
 única del agente como factor que determina su existencia⁵⁰⁹. En el segun-
 do, se consideran determinantes los diversos aspectos objetivos que se le
 atribuyen (actos homogéneos, contexto físico y temporal). Así, Mezger
 consideró que “este punto de vista objetivo puro, es, en realidad, el único
 correcto”. En su opinión, “ha de exigirse unidad del tipo básico, unidad
 del bien jurídico lesionado, homogeneidad de la ejecución y una conexión
 temporal adecuada, y en los ataques personales también identidad de per-
 sona ofendida”⁵¹⁰. Un criterio mixto, preferido en la doctrina, sostiene que
 junto a ciertos fundamentos objetivos (unidad de bien jurídico violado,
 homogeneidad objetiva de las diversas acciones, vinculación temporal y
 local), se ha de considerar un factor subjetivo⁵¹¹.

También, en la jurisprudencia y en la legislación, se presentan discrepancias en 2464
 cuanto al fundamento para admitir el delito continuado. En sus orígenes, se ar-
 gumentó la necesidad de evitar que la reacción penal fuera severa en exceso⁵¹².

ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995, p. 235. En Alemania, es considerada, generalmente
 como una ficción, y los autores propugnan su desaparición, así, JESCHECK/WEIGEND, 1996,
 § 66 V 1. Para el derecho español, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 536; COBO DEL
 ROSAL/VIVES ANTÓN, 1984, p. 659; SAINZ CANTERO, 1990, p. 227 ss.

⁵⁰⁷ ANTOLISEI, 1969, p. 410.

⁵⁰⁸ ALIMENA, 1916, p. 492 ss.; FLORIÁN, 1929 (1934), T. II, p. 70; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR,
 2000, p. 826.

⁵⁰⁹ Cfr. BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 259.

⁵¹⁰ MEZGER, 1946, T. II, p. 373. Cfr. HAFTER, 1946, p. 347; VON LISZT/SCHMID, 1932, p. 352.

⁵¹¹ Como lo hemos indicado anteriormente, se debate mucho en torno a este elemento; que
 es designado de diferentes maneras: unidad de resolución, mismo designio, dolo global
 (*Gesamtvorsatz*), dolo continuado (*Forsetzungsvorsatz*).

⁵¹² SOLER, 1976a, T. II, p. 302 ss. Este autor afirma, correctamente, que la teoría del delito
 continuado ha sido por primera vez formulada por Farinacio y que su razón de ser
 proviene del propósito de recusar la aplicación de penas extraordinariamente severas, en

Uno de los más entusiastas defensores de este criterio fue Carrara⁵¹³. Hay que recordar que fue admitido en la legislación italiana⁵¹⁴.

- 2465 El Tribunal Supremo Federal alemán ha sostenido que existe una razón práctica de carácter procesal: imponer penas por cada uno de los delitos que constituyen el delito continuado sería un trabajo engorroso, superficial y demasiado superfluo. Además, esta labor debería culminar con la elaboración de una pena de conjunto. En consideración a estas dificultades, la doctrina alemana tiende a considerar que la noción de delito continuado presenta más desventajas que ventajas para la elaboración de una jurisprudencia racional. Uno de los argumentos principales en favor de su supresión es el que conduce a dictar sentencias sobre meras conjeturas⁵¹⁵.
- 2466 De la regulación en el Código, se desprende que el delito continuado es considerado como una ficción jurídica. En la versión primigenia del art. 49, su regulación comportaba una atenuación de la pena, en la medida que constituía una verdadera excepción al art. 50 (concurso real). El texto vigente lo ha convertido en agravante en ciertas circunstancias.

3. Regulación legislativa

- 2467 El texto original del art. 49⁵¹⁶ era una reproducción del art. 107 del CP de 1924. La fuente legal de esta disposición es el art. 78 del CP italiano de 1889, cuyo texto fue transcrito casi al pie de la letra, salvo en lo referente a la pena⁵¹⁷. La nueva versión del art. 49, establecida por la Ley N° 26683, no cambia lo esencial de la definición. Se le considera constituido por factores tanto de orden objetivo, como subjetivo. En el Anteproyecto de CP de 2009, art. 10, se propone volver a la versión original del Código (art. 49).

particular la de muerte, en ciertos casos de repetición del mismo hecho; MANTOVANI, 1979, p. 439 ss.; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951, p. 39; REYES ALVARADO, 1990, p. 158 ss.

⁵¹³ CARRARA, 1949, N° 514 y 519.

⁵¹⁴ Código toscano de 1883, art. 80; CP de 1889, art. 79 y CP de 1930, art. 81, inc. 2.

⁵¹⁵ SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 728. Consideran incorrecta su admisión desde un punto de vista político-criminal; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 2; SCHMITT, 1963, p. 61, la juzga como una ficción tendiente a evitar el concurso real y dice que es la "cruz más pesada" en la teoría del concurso.

⁵¹⁶ VELÁSQUEZ, 2004, p. 406 ss.; VILLAVICENCIO, 2003, p. 323 ss.; PRADO SILDARRIAGA, 1998, p. 203.

⁵¹⁷ De esta manera, el legislador nacional se alejó claramente del modelo holandés, al que recurrió con cierta frecuencia para elaborar los demás casos de concurso de "leyes penales" y "hechos punibles"; diferente, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 237.

Los factores objetivos son la pluralidad de acciones, la pluralidad de violaciones de la misma ley o de igual o semejante naturaleza y el contexto temporal de realización de las acciones. De carácter subjetivo es la unidad de resolución criminal. Esta estructura ha sido admitida en los diversos proyectos de reforma, aunque no de la misma manera. Así, en el Proyecto de 1984, art. 35: “de la misma disposición legal [...] en el mismo momento [...] de igual resolución delictuosa”. En el de 1985 (agosto), art. 36, se disponía que “cuando varias violaciones de una misma disposición legal son ejecutadas con acciones u omisiones homogéneas que obedecen a un mismo móvil y con identidad de ocasión, se consideran como un solo hecho punible continuado y se reprime con la pena correspondiente a éste”.

La unidad del delito continuado es ratificada por nuestro legislador cuando estatuye que la prescripción de la acción penal comenzará a contarse, “desde el día en que terminó la actividad delictuosa” (art. 82, inc. 3)⁵¹⁸.

4. Elementos del delito continuado

a. Pluralidad de acciones

La expresión “actos ejecutivos” se refiere a la pluralidad de acciones. Esta pluralidad debe ser determinada según los criterios que expusimos al inicio de este capítulo⁵¹⁹ y que tuvimos oportunidad de reiterar al tratar las formas de concurso. En consecuencia, debe recurrirse al criterio normativo de valoración que ofrecen los tipos legales, sin que esto signifique desconocer la base fáctica. La pluralidad de acciones típicas constituye una semejanza con el concurso real de delitos, en el que también debe existir esta diversidad de las mismas. En este concurso, tales acciones deben ser, de acuerdo con el art. 50, delitos independientes. Por el contrario, según el artículo que comentamos, las acciones cometidas están vinculadas, sobre todo, por proceder “de la misma resolución criminal”⁵²⁰.

⁵¹⁸ Respecto a la aplicación de la ley penal en el tiempo ver *supra* N° 786 ss. Sobre las consecuencias procesales, por ejemplo, las referentes al efecto de la cosa juzgada o a la competencia, Cfr. SÁNCHEZ, 2004, p. 331 ss.

⁵¹⁹ Ver *supra* N° 2458 ss.

⁵²⁰ Cfr. Rocco, 1930, T. V, parte I, N° 96, referente al Código de 1930, afirmó: “los hechos en continuación constituyen otras tantas acciones distintas; es decir, otras tantas manifestaciones de actividad, y es conforme a los resultados de la psicología deducir que cada una de las acciones, cada proceso ejecutivo sea el resultado de una sola resolución y volición correlativa, de modo que no puede hablarse de una resolución única que presida a todas las diversas acciones”; cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 410 ss.

- 2471 El término acción, empleado en el art. 49, no debe dar lugar a confusión. No significa que deba tratarse de una sola unidad de acción. Del contexto se deduce, con facilidad, que el legislador sólo ha recurrido a ella para referirse al marco temporal en que han “de tener lugar las exteriorizaciones de la resolución criminal”. Se comprende mejor en el sentido de actividad, la misma que es desarrollada en un determinado lapso (“en el momento de la acción”) o en “momentos diversos”. En este sentido se dice, al determinar cuando comienzan los plazos de prescripción de la acción penal en caso de delito continuado, “el día en que terminó la actividad delictuosa”.
- 2472 Es fácil admitir la pluralidad de acciones cuando, por ejemplo, el delincuente hurta en días diferentes diversos objetos; cuando hace sufrir a la víctima, contra su voluntad, el acto sexual, en repetidas ocasiones. No hay que olvidar que el delito continuado es considerado, en la doctrina, como un caso de unidad de acción en sentido jurídico⁵²¹.

b. Pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza

- 2473 Cuando con una acción se viola dos o más veces la misma ley penal⁵²², se trata de un concurso ideal homogéneo, en el que, tal como lo hemos establecido con anterioridad⁵²³, no hay dudas sobre la ley que debe aplicarse. Tampoco existe vacilación en relación con la pena porque según el art. 48, el juez la fija sin tener en cuenta la realización de los restantes tipos legales que se hallan en concurso con el que señala la pena más grave. Por el contrario, el delito continuado, además de la pluralidad de acciones, supone la pluralidad de violaciones de la ley. En el texto original del art. 49, así como en el art. 107 del CP de 1924, se exigía que debía violarse “la misma ley”. Y aquí, violaciones significa que las acciones se adecuen al tipo legal. El problema crucial estribaba en determinar lo que se debía comprender por “la misma ley”.
- 2474 Resulta interesante considerar cómo se interpretó, en Italia, la noción de “misma ley”, utilizada en el Código derogado y que sirvió de modelo a nuestro legislador. Se sostuvieron diversos criterios con la finalidad de admitir la existencia del delito continuado en casos en que las acciones consistan en tentativas y delitos consumados, o en delitos simples y calificados. Al

⁵²¹ Ver *supra* N° 2417.

⁵²² VELÁSQUEZ, 2003, p. 395 ss.;

⁵²³ Ver *supra* N° 2428 ss.

respecto, Antolisei afirmó que la determinación de lo que significa “misma ley”, “se refiere más a la fijación conceptual del requisito que a sus alcances prácticos”⁵²⁴. Bettiol sostuvo que debe comprenderse como “identidad del precepto jurídico, del mandato, que puede encontrarse especificado en una multiplicidad de diversas disposiciones legales”⁵²⁵. Por su parte, Manzini dijo que se trata de la “norma incriminadora principal, en la cual deben comprenderse todas las normas generales o especiales que tiene carácter integrativo o complementario”⁵²⁶. Por último, baste señalar que Antolisei precisó que es la misma “norma incriminadora, comprensiva de las normas que agravan o atenúan el delito por ella previsto, como de las que degradan el mismo delito de un delito consumado a uno tentado”⁵²⁷.

Esta discusión ha sido superada en Italia gracias a la modificación aportada al art. 81 del CP italiano en el sentido de que las violaciones pueden ser de “la misma o diversas disposiciones legales”. Lo mismo se puede sostener con respecto a nuestro derecho, desde que se agregó a la definición prevista en el art. 49 la frase “o una igual o semejante naturaleza”. Esta adición resulta poco afortunada en la medida en que no resulta claro si se refiere a la igualdad o semejanza de las “violaciones” o, por el contrario, si está referida a la “ley penal”.

En la doctrina alemana, que exige como requisito la violación del mismo tipo legal, se sostiene que debe comprenderse no en el sentido de que los hechos estén previstos en la misma disposición legal; sino más bien, que las diversas acciones violen la misma prohibición jurídico penal⁵²⁸.

Para interpretar el texto modificado del art. 49, resulta interesante tener en cuenta estos criterios. A diferencia de lo estatuido en el texto original, la nueva versión prevé que la pena a imponerse es la “correspondiente al [delito] más grave”. Esta expresión significa que debe escogerse, entre las diversas acciones, la que merece la pena más severa. Su calificación será la del delito continuado. Por lo tanto, no 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.

⁵²⁴ ANTOLISEI, 1969, p. 407.

⁵²⁵ BETTIOL, 1969, p. 598. Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 490.

⁵²⁶ MANZINI, 1961, T.II, p. 668.

⁵²⁷ ANTOLISEI, 1969, p. 408.

⁵²⁸ STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2001, Vorbem §§ 52 ss. N° 31 ss.; SAMSON/GÜNTHER, en SK, AT 2, Vor §. 52 N° 52; WELZEL, 1967, p. 221.

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 substancialmente homogéneas, a pesar de las particularidades que las pueden caracterizar individualmente⁵²⁹. Esta unidad en la calificación es el factor de carácter legal que vincula a las acciones que constituyen el delito continuado.

- 2478 Muy relacionado con la cuestión de la ley violada, se halla el tema de la identidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En doctrina, se distingue entre bienes altamente personales y los que no lo son. Por lo general, se admite el delito continuado en los segundos, por ejemplo, cuando se trata de atentados contra el patrimonio; se excluye, por el contrario, cuando concierne a bienes jurídicos altamente personales. Así, por ejemplo, si las acciones constituyen ataques contra la vida, la salud o la integridad corporal. Sin embargo, hay que recordar que la unidad de acción jurídica es admitida cuando el bien jurídico altamente personal que es atacado, varias veces, pertenece al mismo titular. En el lenguaje de Núñez, se trataría de saber si “en el caso de pluralidad de ofendidos, la naturaleza de los bienes lesionados admite esa unidad delictiva”⁵³⁰. Adoptando esta perspectiva, el legislador ha dispuesto, mediante la Ley N° 26683, que las reglas relativas al delito continuado, previstas en el art. 49, pf. 1, no sean aplicables “cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personales pertenecientes a sujetos distintos”. Este criterio había sido admitido, aunque de manera diferente, en el art. 36 del Proyecto de 1985 (agosto). En esta disposición se declaraba, aunque de modo menos clara, su no aplicación “a los delitos de homicidio o de lesiones de personas distintas, ni, en general, cuando se lesionan bienes jurídicos eminentemente personales”.
- 2479 En la práctica, no deben adoptarse reglas esquemáticas e inflexibles. El juez debe analizar con mucho cuidado los casos concretos que se le presenten. Ya Mezger señaló, refiriéndose, en general, a todo delito continuado, que sus características “no son susceptibles de ser fijadas de manera esquemática, sino que más bien la decisión última corresponde al razonable arbitrio”⁵³¹.

⁵²⁹ Esta semejanza en las acciones es admitida también en Alemania; pero de manera más amplia. Ver: JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 3 a. En el sentido expuesto por nosotros, NÚÑEZ, 1974, p. 313.

⁵³⁰ NÚÑEZ, 1974, p. 315. Ver JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 3 b; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 583.

⁵³¹ MEZGER, 1958, T. II, p. 373, esta afirmación es válida aun cuando fue expresada desde un punto de vista puramente objetivo.

c. *Realización de las acciones en momentos diversos*

Para delimitar 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 de la que podría deducirse que admite la posibilidad de que los “actos ejecutivos” se den simultánea o sucesivamente. 2480

Algunos autores, en Italia, aceptaron este criterio, en base a que el art. 81 dice “aunque en tiempos diversos”. Rechazándola por inexacta, Antolisei admite que en relación con las acciones de comisión, su ejecución debe tener lugar, siempre, en tiempos diversos, y que sólo en el caso de la omisión su realización puede ser simultánea⁵³². 2481

Estas opiniones deben ser consideradas teniendo en cuenta las expresiones utilizadas en el art. 49: “en el momento de la acción” y “en momentos diversos”⁵³³. Así, se alude a dos contextos temporales y se presupone una discontinuidad en la realización de los “actos ejecutivos”. 2482

“En el momento de acción” significa que el agente, en un estrecho contexto temporal, comete el delito mediante acciones físicamente independientes. Por esto, la acción debe ser comprendida como actividad desarrollada en un lapso determinado. Es el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad (la noche en que el propietario no se encuentra en casa), se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias sustracciones, exigidas por las circunstancias accidentales (el número o el peso de los bienes). Lo mismo, en el caso del delincuente que hace sufrir a la víctima el acto sexual varias veces y tantas como sus condiciones personales se lo permitan. 2483

La frase “en momentos diversos” debe ser comprendida en el sentido de contexto temporal amplio, cuya duración depende de la índole de las acciones y de las circunstancias particulares del caso. Si no se admitiese este criterio, se llegaría a excluir la aplicación de la noción de delito continuado a los supuestos para los que, precisamente, fue admitida. Por ejemplo, el de la cajera que se apodera, durante varios días o semanas, de una 2484

⁵³² ANTOLISEI, 1969, p. 407. Da como ejemplo el caso del funcionario de la policía judicial que se abstiene, con un mismo designio criminal, de ejecutar los diversos mandatos de captura que ha recibido; Cfr. PANNAIN, 1967, p. 679; VASSALLI, 1969, p. 114; FROSALI, 1937, p. 387.

⁵³³ En páginas anteriores, tuvimos oportunidad de señalar que el término “acción” había sido utilizado para indicar un contexto temporal y no para señalar la posibilidad de que el delito continuado se dé mediante una acción.

suma de dinero, sustrayéndola por partes; o del violador que hace sufrir el acto sexual a la víctima una vez por día, durante el tiempo que la tenga secuestrada.

2485 Los criterios utilizados para determinar la existencia de varias acciones en momentos diversos, se superponen total o parcialmente, lo que da lugar a cierta confusión. Basta recordar, por ejemplo, que en la doctrina italiana, algunos autores consideran como delitos simples y, por ende, rechazan que se trate de un caso de delito continuado, los casos en que los diversos actos ejecutivos se desarrollan en un estrecho marco temporal. En este sentido, Antolisei, sostiene que las acciones parciales serían, en buena cuenta, actos, fragmentos, de una sola acción⁵³⁴. El interés en sostener este criterio reside en evitar que el autor de un comportamiento de esas características sea reprimido con más severidad⁵³⁵. Como ya hemos señalado, en Alemania, estos casos son analizados como una de las formas de unidad jurídica de acción (*juristische Handlungseinheit*), consistente en la ejecución repetida del mismo tipo legal en un lapso breve. La unidad del delito continuado está determinada porque la violación del bien jurídico, mediante la repetición de la acción típica, significa un aumento sólo cuantitativo de la ilicitud (unidad de ilicitud) y porque, además, el hecho reposa en una motivación única (unidad de culpabilidad)⁵³⁶.

2486 Con respecto a la acción de omisión hay que tener en cuenta, sobre todo, que su unidad o pluralidad depende de si al agente podía evitar el incumplimiento del deber de actuar luego de haber omitido ejecutar una primera acción esperada. Una vez admitida la pluralidad de omisiones (p. ej., el funcionario de la Policía Judicial que se abstiene de ejecutar diversos mandatos de captura), se tendrá que constatar si ellas proceden de una misma resolución delictiva para admitir el delito continuado.

⁵³⁴ ANTOLISEI, 1969, p. 407.

⁵³⁵ El art. 81, inc. 2, CP italiano, dispone que el agente será castigado con la pena a imponerse por la violación más grave, aumentada hasta el triple. Este no es el caso de nuestra legislación. Al autor del delito continuado se le sancionará con la "pena correspondiente" al delito cometido "continuadamente".

⁵³⁶ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 3 b; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 32. La jurisprudencia alemana denomina a estos casos "unidad de acción natural". Ver: SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 724 ss. Según este autor, la jurisprudencia y la doctrina alemana llegan, de esta manera, a considerar como delito continuado un conjunto de acciones semejantes, las que constituirían así una única violación de la ley. La diferencia reside, conforme al mismo jurista, en que en el delito continuado falta esa estrecha vinculación local y temporal que caracteriza a la "unidad de acción jurídica".

d. *Identidad de resolución criminal*

El factor subjetivo determinante de la configuración del delito continuado, 2487 junto al factor legal unificador de las acciones (violación de la misma ley penal o una de similar índole), es la unidad de resolución criminal.

La expresión “misma resolución criminal” fue utilizada por el legislador 2488 italiano en el CP de 1889. La doctrina de este país la cuestionó bastante y, al mismo tiempo, junto con la jurisprudencia, trató de precisar su significado. En 1930, fue remplazada por la fórmula “el mismo designio criminal” (art. 81). Esta modificación, como era de esperar, no hizo desaparecer las dudas y fue, también, motivo de discusión.

En Alemania⁵³⁷, la doctrina y la jurisprudencia discrepan, así mismo, sobre 2489 la manera de definir este elemento subjetivo. Algunos autores, de acuerdo con la jurisprudencia, afirman que se trata de un “dolo de conjunto” y otros hablan de un “dolo continuado”⁵³⁸

Debido a que la legislación italiana (Código de Zanardelli) ha servido de 2490 fuente a nuestro legislador en la regulación del concurso, recordemos la opinión de algunos penalistas italianos. Alimena, comentando el art. 79, luego de afirmar que se trata “de unidad volitiva dirigida a un hecho delictuoso”, llega a identificar “resolución” con el dolo⁵³⁹. En la exposición de motivos del CP de 1930 (Código Rocco), se criticó la fórmula del Código derogado, diciendo que “no se puede hablar de una resolución única que presida a todas las diversas acciones”⁵⁴⁰. A partir del nuevo texto legal, Bettiol sostuvo que en el “concepto de designio criminoso es determinante el elemento intelectual, en cuanto éste debe ser entendido como un plan, un programa que el agente ha ideado y que realiza sucesivamente en tiempos y en lugares diversos, y aunque en daño de personas diversas”⁵⁴¹.

⁵³⁷ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 54 N° 78; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 3 c; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 770 ss.; GEPPERT, 1982, pp. 364 ss.

⁵³⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 3 c; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 727 ss.; SAMSON, en SK, AT 2, Vor § 52 N° 58; WELZEL, 1967, p. 222, trata también al delito continuado como unidad de conducción de vida punible. Welzel, después de optar por el “dolo global” (p. 220) y atendidas las mismas razones, dice que se debe acudir a las “circunstancias concomitantes externas”. Cfr. WESSELS/BEUKLE, 2001, N° 770; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 827.

⁵³⁹ ALIMENA, 1916, p. 498.

⁵⁴⁰ Relazione, T. V, parte I, N° 96.

⁵⁴¹ BETTIOL, 1969, p. 601. Cfr. ANTOLISEI, 1969, p. 409; MANZINI, 1961, T. II, p. 589.

- 2491 De acuerdo con nuestra regulación, en primer lugar, no hay que identificar el elemento subjetivo unificador de las acciones con el dolo. El agente debe cometer con intención cada una de las acciones; pero esto no basta para que se admita el delito continuado. Tampoco debe confundirse con el motivo o propósito que haya perseguido el agente. A esto se refería el art. 36 del Proyecto de 1985 (agosto), diciendo que las acciones u omisiones debían obedecer “a un mismo móvil”. Sería, también, equivocado creer que se trata del impulso voluntario en el que culmina el proceso de deliberación e ideación criminal (fase interna del *iter criminis*).
- 2492 De la explicación dada de los demás elementos del delito continuado, se desprende que ha concebido a las acciones (“actos ejecutivos”) como fases de la realización de una misma empresa delictiva. Por esto establece que “serán considerados [los actos ejecutivos] como un solo delito continuado”. El agente debe proponerse la ejecución de un delito mediante acciones que al ser realizadas constituyen exteriorizaciones de la misma determinación inicial. Un indicio de esta última es la homogeneidad de las acciones, la misma que, a su vez, está condicionada por la unidad del carácter ilícito (fundada en la violación de “la misma ley penal o una igual o semejante naturaleza”). Estas circunstancias ponen en evidencia la interrelación estrecha que vincula a los factores considerados por el legislador.
- 2493 La excepción prevista respecto a los bienes jurídicos altamente personales pertenecientes a personas distintas (art. 49, inc. 2) es justificada, en general, afirmando que en estos casos el agente, debido a la importancia del bien jurídico protegido y en consecuencia a la gravedad de su comportamiento, toma una nueva decisión o confirma la existente cada vez que inicia la ejecución de un nuevo acto ejecutivo. Sin embargo, dicha regla se explica mejor por el criterio de política criminal que considera que no es conveniente atenuar la pena a imponer. Lo que pone de manifiesto también que el delito continuado es una creación normativa. Esos casos dejan de ser tratados como unidad delictuosa. Fuera de esta circunstancia legal, la interrupción del factor subjetivo debe ser comprobada de acuerdo con las circunstancias en cada caso particular. Al respecto, es superfluo pretender fijar reglas generales. La variación esencial en la ejecución o en los medios empleados puede significar una solución de continuidad en el elemento subjetivo.
- 2494 Los actos ejecutivos mencionados en el art. 49 pueden consistir también en comportamientos de omisión propia o impropia. Sin embargo, para saber si constituyen una unidad o pluralidad de acciones, se deberán tener en cuenta las peculiaridades de este tipo de acciones.

5. Fijación de la pena

Consecuente con la manera como había concebido el delito continuado y 2495 en consideración al fundamento histórico de su admisión, el legislador nacional había establecido en el texto original del art. 49 que los actos consecutivos “serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente a éste”. No se presentaba pues el problema de saber qué disposición era aplicable porque mediante dichos actos debía ser violada “la misma ley penal”. Para individualizarla, el juez debía aplicar las reglas pertinentes (arts. 45 ss.) y, por lo tanto, tener en cuenta, por ejemplo, la responsabilidad del agente y la gravedad del hecho punible (es decir, el conjunto de la actividad delictiva). Esta regulación generaba que el trato de los concursos y del delito continuado fuera semejante.

De acuerdo con las modificaciones introducidas mediante la Ley N° 26683, 2496 es posible admitir el delito continuado, cuando las violaciones son de leyes de igual o de semejante naturaleza, y no ha de tratarse únicamente del mismo precepto penal. Por lo que, la pena que se ha de imponer es la correspondiente al delito más grave. Por ejemplo, Si la empleada doméstica de un artesano, con la misma resolución criminal y en el lapso de un mes, primero, se apodera de bienes que le han sido confiados (art. 190, apropiación ilícita) y segundo, subtrae herramientas del taller (art. 185, hurto), ella debería ser reprimida por delito continuado con la pena que, según las circunstancias materiales y personales concretas, corresponde al acto ejecutivo más grave. Los otros dos no deberían ser tenidos en cuenta; pero por mandato del art. 46 (como lo señalamos antes⁵⁴²) el juez no los ignorará al fijar dicha pena única.

Por razones de pura prevención general y de represión, así mismo, se prevé 2497 la agravación de la pena si con las “violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas”. De manera equívoca, se dispone que “la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave”; como si la pena fuera fijada aplicando la disposición que prevé la más severa represión. Así, se contradice lo dispuesto en el mismo precepto: “se sancionarán con la pena correspondiente al más grave [de los delitos cometidos]”. Por tanto, la pena debe ser aumentada en un tercio de la pena impuesta a título de delito continuado por corresponder a la acción más grave. En el ejemplo citado, si se impusiese, siempre según las circuns-

⁵⁴² Ver *supra* N° 1596 ss.

tancias del caso concreto, la pena de dos años por el delito de apropiación ilícita (ya que por el hurto se impondría pena menor), para determinar el límite superior de la pena en caso de víctimas diferentes habría que aumentar en un tercio la pena impuesta (dos años más ocho meses). De aplicarse literalmente el texto legal, se llegaría al absurdo de admitir que tendría que aumentarse en un tercio de cuatro años (“máxima prevista para el delito más grave”, en este caso, la apropiación ilícita).

- 2498 Por último, se abandona el criterio original del art. 49 respecto a los casos en que los bienes jurídicos perjudicados son de “naturaleza eminentemente personales” y sus titulares son personas distintas. Así, se deja de considerarlos como delitos continuados y, por tanto, las reglas previstas en el art. 49, pf. 1, no son más aplicables. Según el nuevo pf. 2 de esta disposición, la pena se fijará de acuerdo con las reglas generales y, si se dan las condiciones, la referente al concurso real de delitos. Como ejemplo de bienes eminentemente personales hay que citar la vida, la salud e integridad corporal y la libertad.

VIII. Concurso aparente de leyes

1. Definición

- 2499 El juez, como lo explicamos al tratar de la interpretación⁵⁴³ da sentido a las normas jurídicas y determina si la acción imputada al agente reúne las notas señaladas en los tipos legales. Es decir, estatuye cuál es la ley aplicable al caso *sub iudice*. Si concluye que sólo una disposición comprende toda la ilicitud de un hecho, se excluye el concurso ideal. En estos casos, con frecuencia, su decisión supone que ha debido escoger entre varias disposiciones legales, a las cuales parecía adecuarse la acción, aquella que la comprende plenamente⁵⁴⁴. Este proceder está condicionado por la manera particular, resultante de la técnica legislativa utilizada, como están relacionados los tipos legales. Así, se habla de concurso aparente de leyes cuando varias disposiciones convergen hacia el mismo hecho (acción), pero la aplicación de una de éstas excluye la de las demás. En doctrina, existe unanimidad en torno a esta definición⁵⁴⁵. Los criterios, no obstante, divergen respecto a si

⁵⁴³ Ver *supra* N° 467 ss.

⁵⁴⁴ VILLAVICENCIO, 2003, p. 346 ss.

⁵⁴⁵ KLUG, 1956, p. 399 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 I; LEUKAUF/STEININGER, 1992, p. 216; WELZEL, 1967, p. 226; BETTIOL 1969, p. 604; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 532;

es o no un verdadero concurso, al nombre que se le da y a los principios que se aplican para resolverlo.

Algunos consideran que se trata de un verdadero concurso, porque la acción cumple, en efecto y de manera sucesiva, con los tipos legales de diversas disposiciones; y que sólo, después, mediante un proceso mental, se llega a retener la aplicación de una y la exclusión de las demás⁵⁴⁶.

La opinión mayoritaria sostiene que se trata de un concurso aparente, en razón a que, mediante la interpretación, se llega a determinar que sólo es aplicable una única disposición: la que comprende en todos sus aspectos a la acción. Partiendo de este criterio, se estima preferible hablar de unidad de ley (*Gesetzeseinheit*)⁵⁴⁷.

Decantarse por una u otra postura depende de la perspectiva que se adopte. El problema puede ser considerado, por un lado, en relación con el momento en que se escoge la norma a aplicar y, por otro, con respecto al momento de su aplicación. No puede afirmarse que quién comete el delito de parricidio cumple primero con el tipo legal del delito de homicidio (art. 106) y en seguida con el del parricidio (art. 107). El agente, en este caso, realiza sólo el tipo legal previsto en la última disposición. En la práctica, el juez puede dudar mientras no logre comprobar la presencia de todos los elementos típicos del parricidio: el vínculo familiar entre agente y víctima, o el *animus necandi*. Otras veces, las dudas sobre la conformidad de la acción al tipo legal pueden provenir de la incertidumbre respecto a los alcances del texto legal, y no de una indeterminación en las características de la acción delictuosa. Por ejemplo, comprobado que el agente, al comenzar el alba, ha robado un bien mueble ajeno (art. 188), le resta decidir si debe aplicar el inc. 2 del art. 189 que agrava la represión cuando el crimen es cometido “durante la noche”. La solución depende de la interpretación que se haga de tales disposiciones y de las relaciones que se fijen entre ellas.

Se puede afirmar que “este tema corresponde, indudablemente, a la interpretación y a la aplicación de las normas jurídicas⁵⁴⁸. Así mismo que es preferible, como lo hace el legislador en el Código vigente, no prever reglas

NOVOA MONREAL, 1966, T. II, p. 284; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 121 ss.

⁵⁴⁶ SCHMITT, 1963, p. 45.

⁵⁴⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 I 1; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 730; WARDA, 1964, p. 81 ss.

⁵⁴⁸ BETTIOL 1969, p. 602. Según este mismo autor, el estudio del concurso aparente debe hacerse después de tratar el concurso de delitos, debido a que sin comprender éste no puede entenderse aquel.

sobre el concurso aparente. Al respecto, hay que considerar, primero, que es mediante la interpretación que se obtiene una respuesta a la pregunta de si se aplica una sola disposición y, segundo, que es imposible fijar en la ley las innumerables posibilidades que ofrece la actividad interpretativa⁵⁴⁹.

- 2504 Estos problemas no deben ser “magnificados”, pues no debería tener “otro contenido que una referencia a los tipos susceptibles de entrar en asociación con otros y un conjunto simple de reglas de interpretación que permitiera resolver las dificultades”⁵⁵⁰. En esta perspectiva, el concurso aparente podría ser planteado como las “relaciones de los tipos delictivos”⁵⁵¹.

2. Principios para resolver el concurso aparente, generalidades

- 2505 Diversos son los criterios referentes tanto a los principios aplicables para resolver los casos de concurso aparente, como al significado de cada uno de ellos⁵⁵². La mayor parte de los autores se refieren a los principios de alternatividad, de especialidad, de consunción y al relativo a los hechos anteriores o posteriores impunes⁵⁵³. Sin embargo, hay que reconocer que estos principios son, en realidad, reglas destinadas a ayudar al juez a interpretar y aplicar la ley. Las discrepancias existentes se deben, entonces, al afán de enmarcar en reglas rígidas las innumerables posibilidades que se presentan en la interpretación de las leyes, así como de establecer las relaciones existentes entre sus disposiciones.
- 2506 Según lo afirmado cuando explicamos la interpretación, debe recordarse que el intérprete recurre a diversos medios para determinar el sentido de las normas legales. Estos medios son de orden lógico y axiológico. Los criterios de valor son decisivos debido a que como todo proceso de interpretación culmina develando los posibles sentidos que pueden darse al texto legal, debe procederse a escoger aquel que se estime más justo. Sin embargo, los criterios lógicos constituyen una guía indispensable para el intérprete. Por esto hay que comenzar esclareciendo las posibles relaciones lógicas existentes entre las disposiciones y los conceptos⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 I; Cfr. STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 104.

⁵⁵⁰ NOVOA MONREAL, 1966, T. II, p. 282 ss.; Cfr. ETCHEBERRY, 1976, T. II, p. 121.

⁵⁵¹ NUÑEZ, 1974, p. 174 ss.

⁵⁵² RODRÍGUEZ RAMOS, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 4 ss.

⁵⁵³ Cfr. VILLA STEIN, 1998, p. 443 ss.; VELÁSQUEZ, 2009, p. 1006 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 382 ss.

⁵⁵⁴ KLUG, 1956, p. 403 ss.

Entre dichos criterios lógicos hay que tener en cuenta los siguientes: a) heterogeneidad: los casos que se subsumen dentro del concepto A no caen en el concepto B y viceversa (no se trata necesariamente de casos contradictorios); b) identidad: los casos que caen en A también caen B y viceversa; c) subordinación: los casos caen en A y B, pero no todos los casos que caen en B caen también en A; y d) interferencia: algunos casos que caen en A no caen en B. Al consultar la bibliografía extranjera, no debe olvidarse que los ejemplos con frecuencia discutidos pueden no ser útiles en nuestro medio, ya que es posible que nuestra ley describa de manera diferente los tipos legales que son analizados. 2507

a. Principio de identidad

En un mismo sistema legal, dos tipos legales no deberían encontrarse en relación lógica de identidad, porque es superfluo establecer el mismo hecho punible en dos disposiciones legales. Hacerlo constituye un error y es fuente de confusión. En el Código vigente, se ha corregido el error cometido en el CP de 1924 de prever, por un lado, el delito de violación de domicilio agravado por la calidad del agente, descrito en el art. 230, inc. 2, como el hecho del “funcionario público o agente de autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina” y, por otro, el delito de abuso de autoridad que, en los términos descritos, era previsto en el art. 339. El Tribunal Constitucional⁵⁵⁵ ha establecido que si el mismo hecho está regulado en los arts. 1 y 2 del DL N° 25659 y en los arts. 3 y 4 del DL N° 25475, poco importa que en un caso se hable de delito de traición a la patria y en el otro de delito de terrorismo. Por esta razón ha declarado inconstitucionales las disposiciones referentes a la traición a la patria. 2508

b. Principio de alternatividad

Este principio no es comprendido siempre de la misma manera. Algunos sostienen que hay alternatividad cuando los elementos de dos tipos legales son opuestos entre sí; por ejemplo, hurto y apropiación ilícita⁵⁵⁶. Sin embargo, en este sentido, la relación lógica es más bien de heterogeneidad⁵⁵⁷, por lo que no puede hablarse de concurso⁵⁵⁸. Nino afirma, con certeza, que lo 2509

⁵⁵⁵ STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, F.J. 38 ss.

⁵⁵⁶ LISZT/SCHMID, 1932, T. III, p. 157 ss.

⁵⁵⁷ KLUG, 1956, p. 404 ss.

⁵⁵⁸ KLUG, 1956, p. 402 ss.

“mínimo que puede exigirse para hablar de concurso entre dos leyes es que haya un ámbito en que ambas se puedan superponer; en la llamada alternatividad esa posibilidad está excluida por razones lógicas”⁵⁵⁹.

2510 Siguiendo a Binding⁵⁶⁰, otros autores estiman que el principio de alternatividad se aplica cuando se trata de casos en que la misma acción es contemplada desde diferentes puntos de vista, por diversas disposiciones legales, de las cuales una es aplicable en la medida en que la otra no estatuya una pena más grave⁵⁶¹. Según Jiménez de Asúa, los tipos legales se comportan, en este caso, como dos círculos secantes, y lo que interesa es saber cuál de ellos debe ser elegido para la subsunción. Este autor aceptó que se escogiera la disposición que estableciera la pena más grave; en caso de prever la misma pena, opinaba que debía determinarse por vía interpretativa cuál de ellas protegía el bien jurídico más importante⁵⁶². El penalista español, citó como ejemplo el concurso entre el inc. 2 del art. 197 del CP chileno, que prevé (según el texto de la época) como delito la falsificación de letras de cambio con perjuicio de tercero, y el art. 468, que regula el delito de defraudación. Según Jiménez de Asúa, “fuera del área secante está la falsificación como núcleo del tipo que lesiona el bien jurídico fe pública, de una parte, y de otra la defraudación, como rector, que se refiere al bien jurídico patrimonio; y en el área secante se hallan la falsificación de letra de cambio con perjuicio de tercero y la defraudación con falsificación de letra de cambio”⁵⁶³.

2511 Comprendido a la manera de Binding y sus seguidores, la estructura lógica del principio de la alternatividad, es la de la subordinación, propia del principio de especialidad. No puede tratarse de la estructura lógica de la

⁵⁵⁹ NINO, 1972, p. 64.

⁵⁶⁰ BINDING, 1885, p. 349.

⁵⁶¹ WELZEL, 1967, p. 226.

⁵⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 541; Cfr. FONTECILLA, 1946, p. 19; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 47.

⁵⁶³ En nuestro medio, BRAMONT ARIAS, 1950, p. 130, recurre al mismo ejemplo. Pero, es el caso que los delitos mencionados eran diferentemente tratados por nuestra ley (arts. 244, 364 del CP de 1924, ver arts. 427 y 433 del CP de 1991). Si bien los verbos típicos son los mismos “falsificar” y “defraudar”. El art. 364 (art. 427 del CP de 1991) no hace depender, a diferencia del art. 197 del CP chileno, la represión de la falsificación de la producción de un perjuicio a un tercero. Esta disposición requiere tan sólo que la falsificación “pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho”. De modo que en la zona secante no coinciden como es el caso en el derecho chileno. Si la acción de la falsificación culmina con la realización de una estafa, se trataría, en nuestro derecho, de un concurso ideal. Respecto al caso chileno Cfr. COUSIÑO, p. 5 y 90.

interferencia que corresponde al principio de la subsidiaridad o al concurso ideal.

Lógicamente, la regla general debería ceder el paso a la especial, pero, esto 2512 concluiría en un tratamiento favorable para el delincuente, a quien tendría que imponerse una pena leve. Tal razonamiento no es correcto, pues se olvida que los criterios de interpretación no son sólo lógicos, sino también valorativos. De allí que Klug sostenga que la diferencia entre especialidad y alternatividad (conforme a Binding) no se halla en la estructura lógica, sino en las consecuencias que de ellas se derivan de acuerdo con la naturaleza valorativa (teleológica) del sistema legal⁵⁶⁴.

En razón a su falta de autonomía lógica y de los inconvenientes que produ- 2513 ce, propone Klug que la noción de alternatividad sea excluida del estudio del concurso aparente de leyes⁵⁶⁵.

Los casos comprendidos por los penalistas que defienden el principio de 2514 alternatividad, son en realidad errores legislativos, que consisten, ya sea en “considerar simultáneamente una circunstancia particular como agravante y atenuante, lo que dentro de un mismo ordenamiento legal es contradictorio, o en establecer un tratamiento privilegiado a un caso calificado, lo que, desde un punto de vista teleológico, es improcedente”⁵⁶⁶.

Por su semejanza con un caso dado en ejemplo en la doctrina alemana⁵⁶⁷, 2515 recordemos el referente al art. 246, inc. 1, de nuestro CP de 1924. Esta disposición preveía, junto a otras, la defraudación consistente en incendiar o destruir una cosa o una nave asegurada, o cuya carga o flete estuvieran aseguradas, con el fin de procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador. Esta norma, se hallaba en relación lógica de subordinación con el art. 261 del mismo Código que reprimía el delito de incendio. Es evidente que quien ejecutaba el comportamiento descrito en el art. 246, inc. 1, cumplía igualmente con el tipo.

⁵⁶⁴ KLUG, 1956, p. 410 ss., 414 ss. Es interesante notar que COUSIÑO, 1944, p. 118 a 125, afirma, en relación con el ejemplo que comentamos, que las normas citadas por Jiménez de Asúa, como ejemplos de alternatividad, se hallan en relación de especialidad. Consultar también la opinión crítica de ETCHEBERRY, 1956, p. 59 ss.

⁵⁶⁵ KLUG, 1956, p. 415; Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 1; GEERDS, 1961, p. 224; SCHMITT, 1963, p. 52; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 133.

⁵⁶⁶ KLUG, 1956, p. 414; Cfr. MAYER, 1961, p. 414; NAGLER/JAGUSCH, Vorbem III, vor § 73, citados por el mismo KLUG, 1956, p. 403, nota 18.

⁵⁶⁷ BINDING, 1885, p. 349.

legal del art. 261, inc. 1: “El que causare un incendio...”. Por lo tanto, debía reprimirsele con una pena más grave. Sin embargo, nuestro legislador había previsto para el incendio simple la pena de penitenciaría no mayor de 10 años (por tanto, no menor de 1 año) y para la indicada forma de defraudación, prisión no menor de un año ni mayor de seis. Binding citó un ejemplo similar al tratar la alternatividad; pero, la mayoría de autores alemanes prefieren, en el presente, considerarlo un caso de concurso ideal de delitos⁵⁶⁸.

c. Principio de especialidad

- 2516 Sobre este principio existe casi unanimidad entre los autores. La claridad de su noción y estructura lógica ha llevado a algunos legisladores a incorporarlo en sus códigos penales⁵⁶⁹. Fue el caso de nuestro legislador, que en el art. 106 del CP de 1924 estatuyó que “si existiere una ley penal especial para un hecho que fuera aplicable una disposición general, sólo se aplica la especial”. La fuente legal inmediata de esta disposición era el art. 55, inc. 2, del CP holandés de 1881. El Proyecto argentino de 1891 regulaba, también, de manera parecida el principio de especialidad (art. 78). En nuestro Proyecto de 1985 (agosto), se estatuyó que “el precepto especial se aplica con preferencia al general” (art. 8, inc. 1).
- 2517 En el Código vigente no se prevé una disposición semejante. Esta solución es correcta en la medida en que el principio de especialidad, como los demás relativos al análisis de los casos de concurso aparente de leyes, constituye una regla de interpretación. De manera que su no previsión legislativa no comporta inconvenientes en la aplicación de la ley. Por esto afirmábamos⁵⁷⁰ respecto al CP de 1924, que la eliminación del art. 106 no tendría mayor efecto sobre la claridad o coherencia del Código. Regularlo en la ley, sin hacer referencia a los demás principios interpretativos, puede en cambio conducir a creer que es el único admisible⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem § 265, N° 16; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 55 I B 3.

⁵⁶⁹ Por ejemplo, el CP español, art. 8, cfr. BACIGALUPO, Arts. 8, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 43 ss.

⁵⁷⁰ Cfr. HURTADO POZO, 1987a, p. 616 ss.

⁵⁷¹ El hecho de que el CP italiano de 1930 sólo contemple este principio, art. 79, ha influido en el criterio de ANTOLISEI, 1969, p. 114 ss., un hecho determinante, para que considere que sólo tal principio debe ser conservado. Así por ejemplo, estima que no debe admitirse el principio de subsidiaridad porque no “existe disposición legal alguna que lo regule directa o indirectamente”. Cfr. PAGLIARO, 2000, p. 192.

Dos disposiciones están en relación de especialidad cuando una de las dos 2518 (la ley especial) describe una acción y la otra (la ley general) describe una más amplia que comprende a la primera. Por lo tanto, toda acción que sea comprendida por la ley especial lo es así mismo por la ley general, pero no lo contrario. Dicho de otra manera, todas las características típicas de un tipo legal (previsto en la ley general) están contenidas en otro tipo legal (previsto en la ley especial); el mismo que contiene además otra u otras especificaciones diferentes⁵⁷².

El legislador, a través de las normas especiales, busca mejorar la represión 2519 penal. No hay que olvidar que los tipos legales son siempre esquemáticos, generales; algunos de ellos son particularizados y tratados con independencia de los tipos que les sirven de base. Se trata de las figuras calificadas y privilegiadas. La técnica consiste en retomar el tipo legal general y agregarle una circunstancia agravante o atenuante, referente, por ejemplo, a la manera de cometer la acción, a las calidades personales de la víctima o del agente. Se encuentran en relación de especialidad los arts. 107 (parricidio), 108 (asesinato), 109 (homicidio por emoción violenta), 110 (infanticidio) respecto al art. 106 (homicidio simple); los arts. 186 (hurto agravado), 188 (robo) frente al art. 185 (hurto simple); el inc. 2 del art. 190 (apropiación ilícita cometida por el agente en calidad de curador, tutor...) respecto al inc. 1 de la misma disposición (apropiación ilícita simple).

La especialidad puede darse entre varios tipos legales. Esto se comprende 2520 si se tiene en cuenta que la estructura lógica de la especialidad es la subordinación (todo lo comprendido en el concepto A lo está también siempre en el concepto B, sin que todos los comprendidos en B lo estén igualmente en A); la misma que no excluye que un mismo concepto pueda estar en relación lógica de subordinación con otros varios. Así, el art. 200 (extorsión) está en relación de especialidad con los arts. 152 (secuestro) y 151 (coacción). La extorsión consiste en que el delincuente obliga a la víctima, mediante violencia o intimidación (coacción) o manteniendo como rehén a una persona (secuestro), a que le otorgue o conceda a un tercero una ventaja pecuniaria a la que no tiene derecho⁵⁷³. Lo mismo acontece en el caso del delito de robo⁵⁷⁴: toda acción calificada de robo según el art. 188, es

⁵⁷² PAGLIARO, 2000, p. 193; MEZGER, 1946, T. II, p. 381, siguiendo a Honig; Cfr. KLUG, 1956, p. 381; BLEI, 1975, p. 318; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 533; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 131; FONTECILLA, 1946, p. 99; ETCHEBERRY, 1956, p. 46.

⁵⁷³ BRAMONT ARIAS, 1966, p. 132; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 543 ss.

⁵⁷⁴ En relación con nuestra legislación, es de tener en consideración la limitación formulada anteriormente.

un hurto (art. 185), sin que lo contrario sea cierto; y que todo robo es una coacción (art. 151), sin que tampoco lo contrario sea exacto. Por lo que se puede concluir con Klug que “si en derecho penal se basa el concepto de especialidad en la estructura lógica de la subordinación, se da la posibilidad a partir de lo afirmado, que un mismo tipo legal se encuentre simultáneamente en relación de especialidad con dos o más tipos legales diferentes”⁵⁷⁵. Lo que no debemos olvidar es que el tipo especial debe ser ejecutado sólo mediante la acción y/o las acciones descritas en el tipo o los tipos generales; esto desde un punto de vista conceptual⁵⁷⁶.

- 2521 Si bien considerar la estructura lógica de la especialidad es fundamental, no es cierto, como lo pretende Mezger⁵⁷⁷, que la ley general sea abandonada en favor de la especial sólo por un fundamento lógico. Esto depende, como Larenz lo ha afirmado, de si, mediante la disposición especial, el legislador ha tratado de completar, de modificar la disposición general o de hacer que aquella tome el lugar de ésta. La respuesta ha de obtenerse mediante la interpretación teleológica y sistemática⁵⁷⁸.
- 2522 Cuando concurren una circunstancia atenuante y otra agravante⁵⁷⁹, los autores se dividen entre quienes sostienen que se da el concurso ideal y los que admiten el concurso aparente⁵⁸⁰. En realidad resulta muy difícil establecer reglas fijas, por lo que es mejor analizar cada caso concreto e interpretar correctamente las disposiciones en concurso. Con este fin, se tendrá en cuenta, sobre todo, en qué consisten las circunstancias invocadas para agravar o atenuar la figura básica. A veces, el mismo legislador resuelve, expresamente, el conflicto; así por ejemplo, el nuestro ha establecido una especial represión (art. 109, inc. 2) para el caso en que se presente simultáneamente la circunstancia agravante del vínculo familiar, propio del delito

⁵⁷⁵ KLUG, 1956, p. 400 ss.

⁵⁷⁶ BLEI, 1975, p. 318.

⁵⁷⁷ MEZGER, 1946, T. II, p. 380.

⁵⁷⁸ LARENZ, 1980, p. 191, nota 66, afirmó “no creer que el hecho de que en derecho penal la norma especial desplace sin excepción a la más general, se base, como opina Mezger, sólo en la lógica, sino en que la ley penal más limitada valora siempre el hecho como totalidad (en todo respecto), no dejando lugar, conforme al sentido, para una segunda valoración (la del supuesto de hecho más amplio)”. Con otros argumentos se pronuncia también contra la contemplación puramente lógica de la especialidad, HIRSCHBER, 1934, p. 30 ss.

⁵⁷⁹ En relación con el concurso de circunstancias agravantes y atenuantes, SOLER, 1976a, T. II, p. 187, señala con justeza que no se presenta problema, pues, “son reducibles a leyes complejas alternativas, cada una de las cuales lleva de por sí a una sola escala penal”.

⁵⁸⁰ Ver: STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 111.

de parricidio (art. 107) y el estado personal propio del homicidio por emoción violenta (art. 109, inc. 1)⁵⁸¹.

Si no existe disposición expresa, debe tenerse en cuenta el hecho particular. Cabe plantearse, por ejemplo, qué disposición ha de aplicarse a la madre que encontrándose bajo la influencia del estado puerperal (infanticidio, art. 110, caso atenuado de homicidio) mata a su hijo, recién nacido, mediante veneno (asesinato, art. 108, homicidio calificado por la naturaleza del medio utilizado). La respuesta sólo puede obtenerse analizando por qué se atenua o agrava la represión. La atenuación en caso del delito de infanticidio está fundada en el estado psicológico de la madre; estado que condiciona el comportamiento de ésta. El haber optado por el veneno para matar no puede primar sobre el estado excepcional en que se halla. Este mismo estado puede haberla decidido a escoger dicho medio.

d. Principio de subsidiaridad

Se presenta la relación de subsidiaridad cuando en dos o más disposiciones que regulan la misma acción, una de ellas reclama su aplicación en la medida en que la restante o las restantes, que prevén un comportamiento más grave, no son aplicables. Esa disposición desempeña el papel de auxiliar y se aplica sólo en la eventualidad de que no se apliquen las otras. Por esto Sauer denominó este caso como "*Eventualität*"⁵⁸². Sobre esta noción de subsidiaridad existe casi unanimidad; pero las divergencias reinan respecto a los casos que deben ser comprendidos⁵⁸³.

En el Proyecto de 1985, art. 8, inc. 2, se disponía que "el precepto subsidiario se aplica sólo en defecto del principal, ya sea que se declare expresamente dicha subsidiariedad o sea tácitamente deducible". Se trataba de una perogrullada. La sistemática del código que previera dicha disposición no sería en nada afectado si fuera suprimida. Por esto se justifica que no haya sido mantenida en el texto definitivo del Código.

La interferencia es la estructura lógica de este principio. Consiste en que al menos un caso que cabe en el concepto A, también cabe en B; y al menos uno de los comprendidos en A, no lo es simultáneamente en B⁵⁸⁴. Atribuir a una persona un hecho (haber cometido un delito) apropiado para perjudi-

⁵⁸¹ Para Soler, 1976a, T. II, p. 187, la solución legislativa es la única correcta.

⁵⁸² SAUER, 1956, p. 231. Cfr. STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 105 ss.

⁵⁸³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 2; BLEI, 1975, p. 318.

⁵⁸⁴ KLUG, 1956, p. 404 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 2.

car su honor constituye una injuria (art. 130) y hacer lo mismo en público es una difamación (art. 132); pero decir que es una indeseable (juicio de valor) sólo es una injuria. De modo que, según los casos, si no se puede aplicar el art. 132, queda la posibilidad de averiguar si no lo sería el art. 130 (norma subsidiaria). Esta subsidiaridad implícita se da también cuando el legislador ha descrito diversos grados de la violación del mismo bien jurídico⁵⁸⁵. Es el caso, por ejemplo de las formas culposas en relación con las dolosas; de las infracciones de peligro respecto a las de lesión; de la tentativa en referencia con la consumación; de la complicidad en cuanto a la instigación⁵⁸⁶.

e. Actos anteriores o posteriores impunes

- 2527 La expresión “actos anteriores o posteriores impunes” es incorrecta, por no tratarse de una impunidad real. Estos casos son punibles en la medida en que son típicos, ilícitos y su autor culpable. Pero no son reprimidos de manera separada porque, mediante la interpretación, se concluye en que la acción total del agente será reprimida desde la perspectiva de otra disposición que prevé otro tipo legal. Así por ejemplo, quien hurta un bien mueble ajeno (art. 185) y luego lo destruye (art. 205) (hecho posterior) sólo será reprimido con la pena fijada para el primer delito⁵⁸⁷, quien fabrique, importe o conserve en su poder instrumentos útiles a la falsificación de moneda (art. 255) (hecho anterior) y falsifique moneda (art. 252), sólo se le impondrá la pena correspondiente a este último delito.
- 2528 En estos supuestos de subsidiaridad existe una unidad de valoración. Es decir, “que el ataque a la esfera jurídica ajena tiene un resultado exclusivo en relación al desarrollo y profundización de la violación del interés jurídico”⁵⁸⁸. Por tanto, sólo debe admitirse la subsidiaridad cuando se viole un mismo bien jurídico⁵⁸⁹.
- 2529 Los casos arriba citados son analizados diferentemente por diversos autores, sin embargo no por las mismas razones⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ En este sentido define HONIG, 1925, p. 113, ver: KLUG, 1956, p. 401; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 732.

⁵⁸⁶ BLEI, 1975, p. 319; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 2 b.

⁵⁸⁷ Siempre y cuando la sustracción de la cosa no haya sido cometido para destruirla, ya que el art. 237 estatuye que el agente debe hacerlo con el fin de obtener provecho. Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 393 ss.

⁵⁸⁸ STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 20061, Vorbem § 52 ss. N° 107.

⁵⁸⁹ BAUMANN, 1973, § 36 12 ss.

⁵⁹⁰ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 2 a, b; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 36 N. 12 ss.;

f. Principio de consunción

Se discrepa mucho sobre el sentido que hay que dar a la consunción⁵⁹¹. No 2530
 acierta del todo Bettiol cuando afirma que el criterio de consunción, como
 el de subsidiaridad, han alcanzado un notable grado de cristalización, por
 lo que podrían ser acogidos con tranquilidad⁵⁹². Las controversias exis-
 tentes sobre su sentido y su negación por algunos prueban más bien lo
 contrario.

Mezger consideró, por ejemplo, que se da “cuando una ley, que confor- 2531
 me a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de la otra,
 no permite por ello la aplicación de esta última y la excluye”⁵⁹³. Los casos
 que comprende son los mismos que hemos agrupado bajo el principio de
 subsidiaridad, no reconocido por Mezger. Lo decisivo es que los casos dis-
 cutidos se hallan en relación lógica de interferencia, que es la estructura
 lógica de la subsidiaridad. Klug lo demuestra de manera exhaustiva en el
 trabajo con frecuencia citado por nosotros⁵⁹⁴. De modo que no habría base
 autónoma como para admitir la consunción como criterio independiente.
 Schmidhäuser opta por una solución intermedia, al tratar el acto posterior
 o anterior impune como consunción, caso particular de la “subsidiaridad
 implícita”⁵⁹⁵.

Como todos los demás principios, el de consunción no es sino una tenta- 2532
 tiva de sistematizar las innumerables posibilidades de relación que existen
 entre los tipos legales y de su interpretación debido, precisamente, a sus
 características propias, de aplicación de los mismos a los casos concretos.

La estructura lógica es indispensable para el estudio de los casos presenta- 2533
 dos, pero es evidente que su análisis no aporta la solución definitiva. Una
 apreciación de valor es indispensable. Así, señalemos, por último, que la es-
 tructura lógica de la subsidiaridad, la interferencia, corresponde, también,
 a los casos del denominado concurso ideal de delitos. Si se da el uno o el
 otro, lo determina de modo explícito el legislador (subsidiaridad expresa)
 o se decide mediante la apreciación de valor (interpretación teleológica)⁵⁹⁶.

GEERDS, 1961, p. 372; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 55 I B 3 a.

⁵⁹¹ Ver: JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 3 y la bibliografía que cita en la nota 17.

⁵⁹² BETTIOL, 1969, p. 607.

⁵⁹³ MEZGER, 1946, T. II, p. 382.

⁵⁹⁴ Ver: KLUG, 1956, p. 407 ss.

⁵⁹⁵ SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 735.

⁵⁹⁶ KLUG, 1956, p. 409.

De allí, la enorme importancia de la técnica legislativa que se emplee en la elaboración de los tipos legales y del correcto manejo de todos los criterios interpretativos que conducen a una adecuada aplicación de las normas legales al caso *in especie*.

IX. La jurisprudencia nacional sobre concurso de leyes y de delitos

- 2534 La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia que analizamos no es bastante clara. Dos son las razones fundamentales: en primer lugar, la ausencia de criterios claros y conformes con nuestra legislación respecto a la unidad y a la pluralidad de acciones; y, en segundo lugar, la inexactitud con que se procede a calificar las acciones juzgadas.
- 2535 Esta última deficiencia hace en particular difícil la determinación de si se consideró que se trataba de un concurso aparente de leyes, de un concurso ideal, de un delito continuado o de un concurso real. Basta como ejemplo la ES del 12 de mayo de 1952⁵⁹⁷. En ésta la Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia recurrida por la que se condenó al inculpado a dos años de prisión por el delito de estafa y se le absolvió por falsificación de moneda. El fiscal supremo sostuvo que no se había comprobado si el mismo inculpado había falsificado moneda, medio utilizado para cometer la estafa. El error se halla en que descartada la falsificación (art. 379, del CP de 1924) por falta de pruebas, aún quedaba pendiente la cuestión de si la acción del inculpado se hallaba o no comprendida en el art. 371 ó 372 del mismo Código (expendio o puesta en circulación de moneda falsificada), pues, si se le reconocía como autor de estafa, significaba que se había constatado que era consciente de que empleaba moneda falsificada en la adquisición de la mercancía. En realidad, estamos frente a un caso de concurso ideal de delitos. La acción del agente (comprar mercaderías mediante moneda falsa) se adecuaba a dos tipos legales (arts. 244 y 371 del CP de 1924), sin que ninguno de éstos la comprendiera en toda su extensión. De acuerdo con el art. 105 de este Código, la pena debería imponerse de acuerdo a la disposición que preveía la más severa, en este caso el art. 371; no obstante, esto no fue considerado por el juzgador.
- 2536 De manera más clara, se consideró que existía concurso aparente entre las disposiciones que reprimían las lesiones graves y el robo agravado. Se afir-

⁵⁹⁷ RJP 1952, p. 2322.

mó⁵⁹⁸ que “si bien la conducta desplegada por el agente puede encontrarse en más de un tipo-penal, debe ser de aplicación aquél que prevea el carácter pluriofensivo de su conducta, de modo que en aplicación del principio de especialidad, la figura típica de lesiones graves se encuentra subsumida dentro de los alcances del tipo penal que prevé el delito de robo agravado”.

En un caso juzgado ante un Tribunal de la Corte Superior de Lima⁵⁹⁹, se in- 2537
criminó al procesado el haberse resistido a cumplir el mandato judicial, no obstante haber sido requerido para que entregara las especies secuestradas recaídas en el proceso que se le siguió por el delito de usurpación y daños. Así mismo, se le atribuyó haberse apropiado ilícitamente de bienes que le fueron entregados en calidad de depositario judicial, los mismos que no entregó al juzgado, especies que eran de propiedad de la víctima, a pesar de haber sido requerido conforme a ley en reiteradas oportunidades. En primera instancia, fue condenado como autor de delito contra el patrimonio de apropiación ilícita y por delito contra la administración pública (violencia y resistencia a la autoridad). Esta sentencia fue revocada por el Tribunal en lo referente a la condena por esta última infracción. Con este objeto, los jueces admitieron que se trataba de un concurso aparente de leyes, en virtud del principio de especialidad, y, consideraron que era de aplicación el art. 190, incs. 1 y 2, en el que se reprime a quien, “en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente 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 [...], 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, dándose la *traditio*, que es requisito indispensable para la configuración del delito de apropiación ilícita, pues, el procesado recibió los bienes muebles en su condición de depositario judicial encontrándose en la obligación de devolverlos al requerimiento efectuado por la autoridad competente”.

Por no haberse explicado el modo de actuar del agente, la argumentación 2538
de la sentencia es confusa. Al respecto, vale señalar que si bien el delito contra el patrimonio se consuma con la apropiación, por el contrario, el delito contra la administración pública, con la simple desobediencia. Por lo

⁵⁹⁸ ES del 7 de octubre de 1999, Exp. N° 3274-Piura, en ROJAS, 2000, p. 107.

⁵⁹⁹ ES del 02 de noviembre de 1998, Exp. N° 4341-97 Lima. También se ha admitido el principio de especialidad en relación con los delitos de estafa, defraudación y fraude en la administración de personas jurídicas, en la ES del 31 de agosto de 1998, Exp. 1052-97 Lima.

tanto, la cuestión es saber si la conducta del procesado constituye o no una unidad de acción. Este no parece ser el caso, pues, con la venta de los objetos que recibió en depósito consumó la apropiación y la desobediencia se produjo en el momento en que fue requerido para que devolviera la mercadería. Siendo bienes fungibles podía haberlo hecho con otras mercaderías del mismo tipo. Además, hay que tener en cuenta que los bienes jurídicos perjudicados eran diferentes.

- 2539 La jurisprudencia no ha tratado debidamente el problema de la unidad o pluralidad de acción, debido a que no se parte del establecimiento de dicha distinción. Así, en la ES del 8 de noviembre de 1951, se sostiene “que no pueden considerarse como delitos independientes los cometidos para llegar al principal, como es la violación de domicilio para el robo”⁶⁰⁰. El criterio implícito empleado, es el de la vinculación de medio al fin existente entre las “infracciones”. Esto se percibe con claridad en diversas sentencias. Por ejemplo, en la del 25 de abril de 1961⁶⁰¹, se dice “que en el caso de autos la adulteración de los billetes de lotería practicada por los encausados a fin de hacerlos efectivos, constituye el medio para perpetrar el delito previo y sancionado por el art. 244” (estafa); y en la ES del 15 de noviembre de 1960⁶⁰², se sostiene “que el homicidio se ha perpetrado como medio para facilitar el robo, siendo de aplicación el art. 152” (asesinato). En el fondo, de lo que se trata en este tipo de resoluciones son casos de concurso ideal o de concurso aparente de leyes, que no son correctamente planteados, porque no se parte del sistema adoptado por nuestro legislador para resolver éste y los otros tipos de concurso. Mas bien, parece que se seguía aplicando la solución admitida en el CP de 1863, cuyo art. 10, inc. 9, estatúa como circunstancia agravante general la ejecución del “delito como medio de perpetrar otro”⁶⁰³. Esta disposición debía ser aplicada en concordancia con el art. 45, que establecía que al culpable de dos o más delitos se le debía imponer la pena correspondiente del delito más grave, considerándose los demás como circunstancias agravantes.
- 2540 Aplicar este criterio tanto en el marco de las reglas del derogado CP de 1924 como en el actual Código es fuente de error. De allí que con frecuencia se

⁶⁰⁰ En RJP 1952, p. 1730; Cfr. ES del 27 de agosto de 1996, Exp. N° 3741-1994-B Lima, referente a los delitos de usurpación y contra la fe pública.

⁶⁰¹ En AJ 1961, p. 167.

⁶⁰² En RJP 1961, p. 906.

⁶⁰³ Ver, por ejemplo, la ES del 13 de octubre de 1908, en AJ 1908, p. 445.

niegue la existencia de delitos independientes cuando existe relación de medio a fin; esto es, se afirma la presencia de un solo delito, pero, se condena por dos. Por ejemplo, en la ES del 28 de setiembre de 1971, se sostiene que el homicidio para cometer el robo no es un delito independiente, sino que se trata de un asesinato (art. 152 del CP de 1924). Sin embargo, se declara no haber nulidad en la sentencia que condena al inculcado por delito de homicidio y de robo en agravio del Estado⁶⁰⁴.

Un ejemplo de confusión extrema se encuentra en un dictamen del fiscal supremo⁶⁰⁵, en el que, opinando sobre la nulidad de la sentencia recurrida, afirma que “la inoperancia del art. 105 [del CP de 1924 e invocado por el Tribunal Correccional] es manifiesta toda vez que su regla rige para los casos en que varias disposiciones penales son aplicables al mismo hecho, lo que no ocurre en el caso *sub iudice* en que se han producido dos sucesos independientes y autónomos [...] no se trata de un concurso real de delitos, sino de un delito de tipo complejo o sea calificado a que se refiere la norma del art. 152 [CP de 1924], en el que el robo es absorbido por la figura principal, vale decir el homicidio”. Este tipo de razonamiento revela un desconocimiento no sólo de la doctrina sobre el concurso, sino también de las normas legales. El caso de homicidio cometido para robar, en el marco del CP de 1924, debía ser considerado como una sola acción a la cual podría pensarse que deberían ser aplicadas tres disposiciones: art. 150 (homicidio), art. 239 (hurto) y art. 152 (asesinato); pero, que al ser comprendida en todos sus aspectos por la última, su autor no podría ser reprimido sino según esta disposición. Toda referencia a las otras dos es inútil y equívoca. Vale decir, se trata de un concurso aparente de leyes resuelto de manera expresa por nuestro codificador en el art. 106 CP de 1924. 2541

Por el contrario, de manera más coherente se admite el concurso ideal cuando se producen lesiones y muerte con ocasión de un accidente provocado por un conductor imprudente⁶⁰⁶. Así mismo, se acepta cuando se desaloja violentamente a un inquilino moroso respecto a los delitos de usurpación y realización de justicia por propia mano. 2542

⁶⁰⁴ En RJP 1971, p. 1480.

⁶⁰⁵ RJP, p. 906.

⁶⁰⁶ ES del 25 de setiembre de 1998, Exp. N° 668-97 Lambayeque, en Consejo de Coordinación Judicial, Serie de jurisprudencia de materia penal, p. 148.

- 2543 En la mayor parte de las veces en que la Corte Suprema ha afirmado la existencia de un concurso real, es casi imposible controlar si se ha aplicado correctamente el art. 108 (CP de 1924) para determinar la pena. Esto se debe, primero, a que los datos mencionados no son suficientes, y, segundo, al sistema de márgenes penales bastante flexibles adoptado por nuestro legislador en la parte especial del Código. En una ES del 1 de setiembre de 1970⁶⁰⁷, se impusieron 7 años de penitenciaría al procesado por delitos de homicidio y de lesiones, en lugar de los 6 años fijados por el tribunal correccional. Con este fin, se invocó el art. 108 del CP de 1924; pero si se tiene en cuenta que el art. 150 fijaba como pena mínima 6 años de penitenciaría y que los lesionados eran varios, no se comprende cabalmente que se aumentara este mínimo en un solo año. Debemos anotar que la manera como se cometieron los delitos no fue descrita, lamentablemente, en la Ejecutoria⁶⁰⁸.
- 2544 La misma confusión persiste cuando la Corte Suprema⁶⁰⁹ admite el concurso real refiriéndose al delito de asalto (art. 189, incs. 3 y 4). La descripción de los hechos es confusa e incompleta, porque sólo se hace mención al robo cometido en banda, a mano armada y con ocasión del cual el delincuente causó la muerte del chofer del vehículo atacado. Por esto no aparece clara la referencia que se hace además del art. 427 (falsificación de documento público). Además, la sentencia es errónea en la medida en que no tiene en cuenta el delito de homicidio cometido en agravio del conductor. Por lo tanto, no aprecia la posible presencia de un concurso ideal entre el robo y el delito contra la vida, lo que hubiese determinado que el agente fuera condenado por el delito más grave.
- 2545 Por la corrección del argumento empleado para rechazar la aplicación del art. 108 del CP de 1924, merece citarse el dictamen del fiscal supremo que sirve de base a la ES del 11 de enero de 1946⁶¹⁰. Así, se afirma en dicho dictamen que el "Tribunal sentenciador ha incurrido, en primer lugar, en el error de considerar que existen dos delitos, cuando sólo se trata del de tentativa de homicidio, porque las lesiones que sufrió la agraviada no constituyen infracción distinta, ya que se infirieron en el mismo acto y con el

⁶⁰⁷ En RJP 1970, p. 1245.

⁶⁰⁸ Ver también ES del 5 de diciembre de 1968, en RJP 1968, p. 112; del 12 de julio de 1945, en RJP 1945, p. 612; del 11 de noviembre de 1921, en AJ 1921, p. 169.

⁶⁰⁹ ES del 25 de noviembre de 1997, Exp. N° 4932-1997, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 131.

⁶¹⁰ En RT 1947, p. 25.

propósito de victimarla". Así mismo, en otra decisión⁶¹¹, se afirma que se presenta concurso real porque "existen momentos delictivos independientes uno del otro, en el que la violación sexual es perpetrada en un primer momento, y en otro posterior, el homicidio, pero vinculado este último directamente al primer delito, por el móvil de ocultar la violación sexual precedente con la intención de procurar una impunidad".

La jurisprudencia sobre el delito continuado tampoco es del todo uniforme 2546 y correcta. En la ES del 31 de marzo de 1975, se sostiene que "el art. 107 [del CP de 1924] al calificar como delito continuado las varias violaciones de la ley penal en el mismo momento de acción o en momentos diversos ejecutivos de la misma resolución criminal, ha comprendido dentro de dicho concepto lo que en la doctrina se denomina delito de comisión permanente, esto es aquel, en el cual la situación antijurídica no cesa y persiste por actos posteriores del agente". Como hemos tenido oportunidad de indicarlo, este es un caso de unidad de acción determinada por la manera cómo el legislador ha elaborado cierta clase de tipos legales, por ejemplo, el de secuestro. Pero, no el caso del delito de uso de documentos falsificados, materia del proceso que culmina con la ejecutoria antes mencionada. El art. 107 fue útil, justamente, en los casos en que no existía tal unidad de acción.

Afirmar que "la violación definida y penada en el art. 199 del [CP de 1924] 2547 no es por su naturaleza delito continuado"⁶¹², induce a error, ya que parecería suponer la existencia de ciertos delitos que por naturaleza son continuados. Esto es falso, porque según el art. 107 del CP de 1924, en principio, todo delito podría ser cometido en forma continuada. El recurso o la negación del delito continuado en estos, como en otros, se debe sobre todo a razones de equidad o de oportunidad en cuanto a la represión. Justamente, en los casos citados se trata de saber si se debe considerar la acción prescrita o cuál es el juez competente.

La notoria divergencia que existe entre la ley y los criterios empleados por la Corte Suprema respecto al concurso de leyes y de delitos, justifica el que 2548 hayamos estudiado en forma separada las principales Ejecutorias referentes a esta materia. Si no se produjeron en la práctica judicial graves problemas debido a la incorrecta aplicación de las disposiciones del Código,

⁶¹¹ ES del 31 de marzo de 1998, Exp. N° 6407-97 Cuzco, en ROJAS /INFANTE, 2001, p. 131; ES del 17 de julio de 1998, Exp. N° 1774-98 Lima, en Dialogo con la jurisprudencia, año 7, N° 34, Lima, 2001, p. 169.

⁶¹² ES del 5 de agosto de 1946, en RJP 1946, p. 514.

se debió al sistema adoptado por nuestro legislador respecto a la fijación de la pena en los concursos ideal y real y en el delito continuado; así como también, a la forma en que ha fijado los márgenes penales en la parte especial del Código. Los problemas se presentaron y multiplicaron debido al cambio efectuado respecto a la manera de reprimir los casos de concurso real (acumulación de penas en lugar de la absorción de las penas por la pena más grave).

Cuarta parte
Consecuencias
jurídicas del delito

§ 22 Sistema de penas

I. Antecedentes. 1. Código Penal de 1863 y proyectos de reforma. 2. Código Penal de 1924. 3. Criterios constitucionales para la reforma del sistema de penas. 4. Innovaciones del Código Penal de 1991. 5. Sistema de penas en el Código Penal de 1991.

I. Antecedentes

1. Código Penal de 1863 y proyectos de reforma

La elaboración y la aprobación del CP de 1863 tuvo lugar bajo la influencia 2549 de las concepciones española y francesa. El CP español de 1848 sirvió de modelo al legislador nacional. Este Código a su vez había sido influenciado por el CP francés de Napoleón. El legislador del CP de 1863 estableció una sencilla escala de penas y suprimió las sanciones que consideró inoperantes. Así mismo, acentuó el aspecto represivo sin hacer concesiones a la prevención especial, a diferencia del CP español. Por tanto, la función atribuida a la pena era simplemente castigar a los delincuentes. En la medida que permitió la imposición de la pena por el simple hecho de que el comportamiento del agente había causado un daño, cabe pensar que admitió la responsabilidad objetiva¹.

En los proyectos de CP de 1879 y 1900/1902, no se previeron modificaciones 2550 importantes al sistema de sanciones. Así, los miembros de las comisiones reformadoras se mantuvieron bajo los criterios hispánicos adoptados en el CP de 1863. Sólo a partir del Proyecto de 1916, de inspiración suiza, se cambió de manera significativa la orientación del sistema de sanciones. De acuerdo con el Proyecto de Carl Stooss de 1893², completado y modificado por las diversas comisiones durante el proceso de unificación que culminó con el Proyecto de 1918, el legislador peruano adoptó el sistema dualista flexible de penas y medidas de seguridad³. Además de la influencia suiza, hay que señalar también la del CP italiano de 1889, respecto al sistema dife-

¹ HURTADO POZO, 1979, p. 45.

² STOOSS, 1893; cf. STRATENWERTH, AT II, § 1, pf. 36 ss. [Stratenwerth, Günter, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2a ed., Berna 2006]

³ STOOSS, 1893.

renciado de penas privativas de la libertad, y la del Proyecto Ferri de 1921, en cuanto al criterio de peligrosidad.

- 2551 Es de precisar que, según Stooss, la pena, primero, es un mal que se inflige al delincuente por los perjuicios causados a la víctima; segundo, constituye una retribución; tercero implica una valoración negativa -por parte de la comunidad jurídica- del injusto cometido por el delincuente; y, por último, tiene la finalidad de impedir la reincidencia⁴. En caso, fuera ineficaz o insuficiente, debía recurrirse a otros medios para proteger mejor los bienes jurídicos⁵. Esta concepción fue mantenida y completada, en lo esencial, hasta la elaboración definitiva del CP suizo de 1942⁶.

2. Código Penal de 1924

- 2552 Este nuevo Código, por su sistema dualista de penas y medidas de seguridad (sistema de la doble vía), fue un notable avance legislativo⁷. Como en todos los códigos de la época, se privilegió la pena privativa de libertad en cuatro modalidades: internamiento, penitenciaría, prisión y relegación⁸. De acuerdo con el sistema sueco del *dagsbot* (días-multa), se reformó la regulación tradicional de la pena pecuniaria, dejándose de lado la multa tasada, prevista en el CP de 1863⁹. Además, en lo que ahora podría denominarse medida sustitutiva de la pena privativa de libertad, se estipuló que la prisión resultante del no pago de la pena de multa, podía ser remplazada por el trabajo comunitario. Por el contrario, se mantuvo la pena de inhabilitación con la misma configuración hispánica que tenía en el CP de 1863.
- 2553 En la práctica, debido a la política marcadamente represiva del Estado, este sistema de sanciones fue desnaturalizado. Un ejemplo claro del abandono de los criterios adoptados en el CP de 1924, fue el desplazamiento del sistema de días-multa en favor de otros modelos de determinación del monto de la pena pecuniaria, como los que recurren al criterio *porcentual*¹⁰ o a los *sueldos mínimos vitales*¹¹.

⁴ STOOSS, 1904.

⁵ STOOSS, 1904.

⁶ HAFTER, 1926, p. 244.

⁷ HURTADO POZO, 1985, p. 1583 ss.

⁸ HURTADO POZO, 1985, p. 1585 ss.

⁹ Sobre las características de la pena de multa e inhabilitación en el Código Maúrtua, Cfr. PEÑA CABRERA, 1986, p. 379 ss.

¹⁰ Ley N° 16185, del 28 de junio de 1966, art. 13; DL N° 11005, del 28 de marzo de 1949, art. 5.

¹¹ DL N° 22095, del 21 de febrero de 1978, art. 61; DLeg N° 46, del 10 de marzo de 1981, art.

Algo que merece destacarse en el CP de 1924 es la incorporación de la 2554
condena condicional, en la versión franco-belga o de *sursis*¹², y la liberación
condicional, empleada como medio para flexibilizar la duración efectiva de
la ejecución de penas privativas de libertad. Sin embargo, un afán preven-
tivo general y de orientación sobrecriminalizadora distorsionó ambas me-
didas. Por ejemplo, en 1939, la Ley N° 9014 limitó la condena condicional
a los delitos culposos y, de manera incorrecta, a las infracciones cometidas
por inimputables peligrosos.

La aplicación del sistema de sanciones penales fue marcada por la política 2555
de ejecución penal. Así, se organizó el cumplimiento de las penas privativas
de libertad en base al régimen alburniano¹³. Sin embargo, las limitaciones
de la infraestructura carcelaria de la época impidieron la implementación
efectiva de los regímenes propios de cada modalidad de pena; razón por
la cual, en 1969, mediante el DL N° 17581, se estableció el denominado
sistema progresivo técnico¹⁴, como único régimen carcelario. Este sistema
fue mantenido al dictarse el CEP de 1985, en el que se unificó el régimen de
ejecución de las penas privativas de libertad. De esta manera, la distinción
entre cuatro clases de pena privativa de libertad, previstas en el CP de 1924,
perdió utilidad práctica y justificación político penitenciaria.

Las medidas de seguridad casi nunca fueron aplicadas, en particular, por 2556
falta de locales adecuados. De modo que se puede decir que el sistema era
formalmente dualista, pero que en la práctica era claramente monista (pe-
nas).

El CP de 1924 fue igualmente modificado con ocasión de las reformas de 2557
la legislación procesal y de la legislación de ejecución de penas, producién-
dose una incoherencia en los resultados. Así, por ejemplo, la rehabilitación
fue modificada con la promulgación del CdePP. Décadas después la libera-
ción condicional pasó a ser regulada por el CEP de 1985¹⁵.

Todos estos cambios sucesivos en el sistema de penas, y en otras conse- 2558
cuencias jurídicas del delito previstas en el CP de 1924, hicieron que mu-
chas de sus disposiciones devinieran en obsoletas e inoperantes. Por tanto,
resultó imperativo reformarlo y adecuarlo a las nuevas corrientes del dere-
cho penal y de la política criminal.

10 y el DLeg N° 123, del 12 de junio de 1981, arts. 1 al 4.

¹² HURTADO POZO, 1973, p. 64 ss.

¹³ SOLÍS, 1986, p. 246.

¹⁴ COOPER, 1972, p. 31 ss.

¹⁵ Arts. 339 a 344 del CdePP; y arts. 55 a 59 del CEP de 1985.

2559 El proceso de reforma comenzó en setiembre de 1984, durante el cual se elaboraron diversos proyectos. Este proceso culminó en abril de 1991 con la dación de un nuevo Código, en el que se previó un renovado catálogo de penas. Las principales orientaciones de los diferentes proyectos fueron:

- Abolición de la pena de muerte.
- Eliminación de las penas indeterminadas.
- Unificación de las penas privativas de libertad.
- Reformulación de la pena de multa.
- Modificación de la pena de inhabilitación.
- Incorporación de nuevas penas no privativas de libertad, como la de prestación de servicios a la comunidad y la de limitación de días libres.
- Modificación de la condena condicional e inclusión de nuevas medidas alternativas, como la reserva del fallo condenatorio, la exención y conversión de penas.

2560 De esta manera, el legislador de 1991 buscó reducir el recurso a la represión penal disminuyendo la severidad de las penas y derogando algunos delitos. Con este objetivo, trató de seguir importantes modelos legislativos extranjeros de la época, como el Proyecto Alternativo alemán de 1966 y los Anteproyectos españoles de 1980 y 1983 muy elogiados por los penalistas de aquel entonces¹⁶.

3. Criterios constitucionales para reformar el sistema de penas

2561 La reforma del CP de 1924 se orientó hacia un cambio completo del modelo vigente. En lugar del suizo, los redactores de los proyectos se inspiraron en una serie de fuentes legislativas extranjeras con el afán de encontrar la mejor regulación. Esto dio como resultado un texto legal heteróclito.

2562 Respecto al sistema de penas, la promulgación de la Constitución de 1979 jugó un papel importante, pues en ésta se reconoció a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado y, por tanto, de-

¹⁶ ROXIN, 1981a, p. 69 ss.

bía constituir el fundamento de la reacción penal. Cabe destacar más concretamente el papel desempeñado por determinadas disposiciones de la nueva Constitución, como las que proscriben las penas crueles o infamantes, fijan la resocialización como finalidad predominante de las penas privativas de libertad y prohíben la prisión por deudas. En esta perspectiva, resultó evidente el cuestionamiento de la pena de internamiento por su duración relativamente indeterminada. Sin embargo, paradójicamente, se acentuó el carácter represivo al prever, en su art. 235, que era posible aplicar la pena de muerte en caso de delito de traición a la patria.

4. Innovaciones del Código Penal de 1991

La reforma del sistema de penas reestructuró el catálogo de sanciones y revisó las penas conminadas en la Parte especial del Código. Esto implicó la modificación de sus márgenes legales, la ampliación de las clases de pena y de las modalidades de la pena privativa de libertad, así como la previsión de posibilidades de sustitución y flexibilización de su aplicación efectiva. 2563

Visto en su conjunto, el Código vigente acrecentó progresivamente la intensidad de la intervención penal, lo que significó una reacción en cascada, al menos, respecto a la criminalidad de pequeña y mediana gravedad y, en particular, en relación con la pena privativa de libertad. Así, se previó que procede: 2564

- Eximir de pena en caso de delitos conminados con pena privativa de libertad no mayor de dos años, en caso de culpabilidad mínima;
- Reservar el fallo condenatorio si el delito está sancionado con pena privativa de libertad menor de tres años;
- Suspender la ejecución de la pena si corresponde la aplicación de una pena privativa de libertad no mayor de cuatro años;
- Convertir la pena impuesta en otra menos severa, cuando no proceda la reserva del fallo condenatorio o la suspensión de la ejecución de la pena;
- Aplicar efectivamente la pena privativa de libertad si no se dan las condiciones para recurrir a los sustitutos penales, o el condenado incumple la ejecución de la pena convertida.

5. Sistema de penas en el Código Penal de 1991

- 2565 Los Proyectos de 1989 y 1990 constituyen los precedentes directos del texto legal vigente. Las penas estaban clasificadas en tres grupos: penas privativa de libertad, penas limitativas de derechos (inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres) y pena de multa. Un cuarto grupo fue integrado en el texto definitivo del Código: penas restrictivas de la libertad (expatriación de nacionales y expulsión de extranjeros).
- 2566 De acuerdo con el art. 28, el sistema de penas está constituido por:
- Penas privativas de libertad.
 - Pena de multa.
 - Penas limitativas de derechos.
 - Penas restrictivas de la libertad.
- 2567 Esta regulación del sistema de penas ha sido modificada en varias ocasiones. Así por ejemplo, mediante la Ley N° 29460, del 27 de noviembre de 2009, se eliminó la pena de expatriación. Y, por su parte, mediante la Ley N° 29499, del 19 de enero de 2010, se incorporó la pena de vigilancia electrónica personal.

§ 23 Penas

I. Penas privativas de libertad. 1. Introducción. 2. Clases. a. Pena privativa de libertad temporal. b. Pena privativa de libertad de cadena perpetua. II. Penas restrictivas de libertad. 1. Denominación y carácter jurídico. 2. Antecedentes y derecho comparado. 3. Política criminal. 4. Expulsión de extranjeros. III. Penas limitativas de derechos. 1. Antecedentes. 2. Denominación y concepto. 3. Política criminal. a. Introducción. b. Regulación. c. Condiciones político administrativas de aplicación. 4. Clases. a. Pena de prestación de servicios a la comunidad. a.1. Generalidades. a.1.1. Concepto, antecedentes y denominación. a.1.2. Diferencias con otras formas de prestación de servicios. a.1.3. Evaluación. a.1.4. Prestación de servicios y limitación de derechos. a.2. Características. a.2.1. Contenido de la prestación. a.2.2. Instituciones beneficiarias de la prestación. a.2.3. Elección de la pena y del contenido de la prestación. a.2.4. Consentimiento del condenado. a.2.5. Duración y modo de cumplimiento. a.2.6. Gratuidad de la prestación. a.3. Aplicación práctica. b. Pena de limitación de días libres. b.1. Generalidades. b.2. Concepto y denominación. b.3. Naturaleza jurídica. b.4. Antecedentes y fuente legal. b.5. Finalidad político criminal. b.6. Características. b.6.1. Destinatario. b.6.2. Contenido de la pena. b.6.3. Horario y duración de la pena. b.6.4. Lugar y modo de cumplimiento. b.7. Ejecución. c. Pena de inhabilitación. c.1. Generalidades. c.2. Clases de inhabilitación. c.3. Incapacidades impuestas al condenado. c.4. Inhabilitación principal y accesoria. c.5. Duración de la inhabilitación. c.6. Modo de ejecución de la pena. c.7. Comienzo de la ejecución de la pena e impugnación. IV. Pena de Multa. 1. Realidad socio-económica. 2. Evolución legislativa. 3. Dominio de aplicación de la multa. 4. Reglamentación de la multa. a. Fijación de la multa según la capacidad económica del delincuente. b. Conversión de la multa en pena privativa de la libertad. b.1. Trabajos legislativos. b.2. Ventajas del sistema. b.3. Inconvenientes. 5. Problemas específicos de la aplicación del sistema de días-multa a determinadas categorías de la población. V. Pena de vigilancia electrónica personal.

I. Penas privativas de libertad

1. Introducción

La idea del hombre y de su dignidad promovida por la Ilustración condicionó la evolución de la regulación y aplicación de las sanciones penales en particular de las penas privativas de libertad. Surge la necesidad ineludible de racionalizar la pena con el objeto de establecer un sistema punitivo acorde con el principio de humanidad y basado en la proporcionalidad entre delito y pena. En la encrucijada de los siglos XVIII y XIX una nueva legislación define al poder de castigar como una función general de la sociedad que se ejerce de la misma manera sobre sus miembros y en la que todos están igualmente representados¹⁷. 2568

La pena privativa de la libertad tiene un origen humanista, en la medida que su aplicación tuvo por objeto suprimir y erradicar las penas corporales. Este sentido humanitario estuvo acompañado del interés del Estado por regular, en beneficio del mercado de trabajo, la mano de obra marginal y desocupada. El efecto resocializador buscado era disciplinar a los campesinos y marginales para que trabajen en las fábricas¹⁸. 2569

Sin embargo, desde su origen fue muy cuestionada debido a los efectos negativos que tenía su aplicación. Las diferentes técnicas elaboradas para materializar sus supuestos fines positivos no dieron los resultados esperados. Su evolución pone de manifiesto su constante fracaso. Aún en los países altamente desarrollados y con medios para dotarse de los establecimientos y el personal necesarios, su aplicación es deficiente y se le utiliza como instrumento de una política criminal simbólica, efectista. En tal sentido, 2570

¹⁷ HURTADO POZO, 2007, p. 107.

¹⁸ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 176.

la crisis de la pena privativa de libertad se profundiza a tal punto que, en criterio de algunos autores, ésta pierde legitimidad por ser ineficaz e influir negativamente sobre los detenidos¹⁹.

- 2571 Los efectos perniciosos de la ejecución de las penas privativas de libertad constituyen un claro indicador de las carencias sociales y políticas que identifican su realidad. Los esfuerzos realizados para mejorar su regulación no han tenido los efectos esperados. A título de ejemplo, basta señalar que la promulgación del CP de 1863 y la construcción de una Penitenciaría Central en Lima no constituyeron pasos decisivos en la instauración de un sistema racional y eficaz de ejecución de penas, a pesar de que quizás fueron los más serios esfuerzos desplegados por el Estado peruano para organizar un sistema penitenciario eficiente²⁰.
- 2572 Lo acontecido con los establecimientos penales, en los años venideros se distingue por el desinterés y la improvisación coyuntural, lo cual ha determinado el deterioro e insuficiencia de su infraestructura, la ausencia de tratamiento especializado y las altas cuotas de reincidencia. Otro hecho que grafica esta situación crítica en nuestro país es el hacinamiento producido por el gran número de “presos sin condena” o de personas condenadas a penas privativas de libertad de larga duración o de cadena perpetua²¹.
- 2573 En la actualidad, pese a la regulación moderna del sistema penas y a la reglamentación humanista de la ejecución de penas, su cumplimiento tiene lugar en locales insalubres en los que reinan la anarquía, la promiscuidad, la explotación y el hambre. Realidad cruel que contradice la finalidad de reinserción social prevista en el art. 140, inc. 22, Const. y el art. II del CEP.
- 2574 Según una encuesta realizada en setiembre de 2008, la tasa nacional de sobrepoblación carcelaria era de 189 % y la de hacinamiento de 64 %, en consecuencia, los establecimientos penales no pueden albergar más detenidos y son inapropiados para reinsertarlos a la sociedad²².
- 2575 Éste es el resultado de la falta de voluntad política de los diversos gobiernos para implementar y desarrollar las condiciones materiales y personales para la ejecución de las penas privativas de libertad. Las denuncias y las

¹⁹ GARCÍA MÉNDEZ, 1986. En ese mismo sentido, JESCHECK, 1981b, p. 156 ss.

²⁰ HURTADO POZO, 1985, p. 1581; VEGA, 1973, p. 178 ss., MODESTO, 1927, p. 1 ss.

²¹ UGAZ, 1995, p. 85 ss.

²² MANZANO, 2009, p. 3 ss.

propuestas de reforma no han producido un cambio esencial en su aplicación²³.

La situación que impera en nuestro medio carcelario también se ha presentado en otros países latinoamericanos o europeos²⁴. Es el caso, por ejemplo de España, cuyo sistema penitenciario ha inspirado al nuestro. En este país, se ha afirmado que la cárcel tradicional, tal como existe y está regulada en la Ley General Penitenciaria, no es el local adecuado para la terapia social y el tratamiento. Por el contrario, “fomenta la delincuencia y desocializa a los detenidos”²⁵.

No obstante, las deficiencias inherentes a la pena privativa de libertad, agravadas por la manera como es aplicada, ésta sigue siendo el tipo de sanción penal predominante tanto en nuestro país como en el extranjero. Se la acepta como un “mal menor” por ser considerada como insustituible. Sin embargo, se hacen esfuerzos para reemplazarla (p. ej., en los países desarrollados, por la pena pecuniaria) o, al menos, circunscribir su aplicación a las formas de criminalidad más grave y violenta. Buscándose, por tanto, un “crecimiento cero de la prisión” y convertirla en el último recurso punitivo²⁶. Reconociéndose que ésta, en sociedades como la nuestra, “continúa siendo la sanción adecuada para reprimir la criminalidad más grave”²⁷.

Esta tendencia a disminuir sensiblemente la importancia de la pena privativa de libertad se percibe sobre todo en la lucha contra la pequeña y mediana delincuencia²⁸. En el derecho foráneo, un paso decisivo en este sentido fue dado al elaborarse el Proyecto alternativo de CP alemán de 1966 (§ 36), en el que se suprimieron las penas privativas de libertad inferiores a seis meses²⁹ y fueron substituidas por las llamadas penas intermedias o alternativas (forma de sanción penal intermedia entre la pena privativa de libertad no efectiva y la efectiva)³⁰. Las razones que han llevado a reducir al máximo posible su utilización son de diverso orden. Así, se cuestiona

²³ MODESTO, 1927, p. 6 ss.; LAHURA, 1942, p. 43 ss.; ALTMANN, 1962, p. 53 ss.; VEGA, 1973, p. 190 ss.

²⁴ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 1986.

²⁵ MUÑOZ CONDE, 1985, p. 116. En términos semejantes, BERGALLI, 1986, p. 584 ss.

²⁶ DE LA CUESTA, 1993, p. 321.

²⁷ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 691.

²⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 70 II b; ROXIN, 2006a, § 4 N. 30 ss.

²⁹ ARROYO, 1981, p. 309 ss.

³⁰ Sobre el contenido de esta noción, JUNGER-TAS, 1994, p. 1 ss.; HUBER, 1994, p. 161.

su presunta función resocializadora o de protección y los altos costos que requiere su aplicación.

2. Clases

- 2579 En la versión original del Código, el legislador innovó de manera importante la regulación de la pena privativa de libertad. Suprimió las categorías de penitenciaría, relegación y prisión, previstas en el CP de 1924. Así, abandonó los tradicionales criterios con que se las caracterizaba: la significación moral negativa que representaban, la duración prevista y la gravedad de las condiciones de ejecución. Paralelamente, incorporó la pena privativa de libertad de cadena perpetua junto a la pena privativa de libertad temporal (art. 29).
- 2580 La reforma de 1991 constituyó una victoria de los partidarios de la función resocializadora de la pena privativa de libertad, ya que se buscaba, precisamente, evitar la estigmatización, sobre todo, de los condenados a la pena de reclusión. La ejecución de la pena privativa de libertad debía depender sólo de las calidades personales del detenido y de las necesidades propias para progresar en su reintegración social³¹.
- 2581 La pena privativa de libertad supone la restricción de la libertad ambulatoria del condenado. Se restringe coactivamente su libertad de movimiento mediante el internamiento de éste en un establecimiento penal³².
- 2582 La duración de la pena privativa de libertad se encuentra regulada en el art. 29. Esta disposición fue derogada incorrectamente mediante el art. 4 de la Ley N° 27569, del 29 de noviembre de 2001, al confirmar la exclusión del DLeg N° 895³³, la cual ya había sido decretada, ese mismo año, por una sentencia del Tribunal Constitucional³⁴. Sin embargo fue posteriormente restablecida por el DLeg N° 982, del 22 de julio de 2007.

a. Pena privativa de libertad temporal

- 2583 La pena privativa de libertad temporal tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. En los Proyectos de 1984 y de 1985 su duración máxima fue fijada en 30 años³⁵. Sólo en el Proyecto Alternativo de

³¹ MIR PUIG, 1996, p. 705.

³² GARCÍA CAVERO, 2008, p. 691.

³³ ÁVALOS, 2006, p. 106 ss.

³⁴ STC del 15 de noviembre de 2001, Exp. N° 005-2001-AI/TC.

³⁵ Proyecto de octubre de 1984, art. 48; Proyecto de agosto de 1985, art. 51.

1989 se propuso reducir dicho límite a 20 años³⁶. Originalmente, su límite máximo estaba fijado en 25 años. El máximo actual de 35 años fue introducido en 1998 por el DLeg N° 895. Este límite, luego de continuas modificaciones, fue reestablecido por el DLeg N° 982, el año 2007.

Se ha cuestionado el elevado tiempo del límite máximo fijado en la ley por el promedio de vida existente en nuestro país y las condiciones en que son ejecutadas las penas. En efecto, el carácter temporal de la privación de la libertad desaparece cuando se impone una sanción por tantos años de duración. Esta constatación se confirma al tenerse en cuenta la frecuencia con que el legislador, simbólicamente, recurre a penas severas para reprimir un gran número de delitos. Al llevarse al extremo el criterio retributivo, el sistema deviene irracional e inhumano. 2584

También es criticable el mínimo de dos días establecido para la pena privativa de libertad temporal, pues resulta incoherente con la tendencia predominante dirigida a evitar la imposición y aplicación efectiva de penas privativas de libertad de corta duración, al considerarse tanto que éstas carecen de efectividad preventivo-general y especial, como promueven la estigmatización social. En el Proyecto de la Comisión Revisora Especial de 2008/2009, llamado Anteproyecto de CP de CP 2009, se ha elevado el mínimo de la pena privativa de libertad a dos años pero se ha mantenido el máximo en 35 años³⁷. 2585

Sin embargo, algunos autores reconocen utilidad político criminal a las penas privativas de libertad de corta duración, estimando que pueden cumplir con los fines de prevención general y especial³⁸. Se afirma que no deben ser desechadas de plano, toda vez que pueden resultar útiles en la medida que se respete el principio de la proporcionalidad y, respecto de su imposición a ciertos delincuentes, se podría restablecer la vigencia de la norma. Así mismo, pueden influenciar eficazmente a las personas socialmente integradas³⁹. 2586

Cabe destacar que los jueces nacionales, sobre todo respecto a los autores de delitos de corrupción administrativa o de altos funcionarios del Estado, se muestran poco favorables a la aplicación de penas privativas de libertad cor- 2587

³⁶ Proyecto Hurtado de 1989, art. 36: "La pena privativa de la libertad tendrá una duración mínima de dos días y máxima de veinte años".

³⁷ Conforme se desprende del art. 29.

³⁸ VILLA, 2008, p. 489.

³⁹ ÁVALOS, 2006, p. 105.

tas, prefiriendo recurrir a medidas de suspensión de la ejecución de la pena. Esto crea en la colectividad una sensación negativa de impunidad material.

b. Pena privativa de libertad de cadena perpetua

- 2588 La pena privativa de libertad de cadena perpetua es la pena más grave en nuestro sistema y tiene una duración indeterminada. Fue incorporada el año 1992 en el Código, siendo concebida como una privación de libertad de por vida.
- 2589 La terminología utilizada por el legislador nacional para denominarla difiere de la empleada en otros sistemas legales. Así, en el CP francés se la denomina “réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité” (art. 131, inc. 1); en el CP alemán, “lebenslange Freiheitsstrafe” (§ 38); en el CP italiano, “l’ergastolo” (art. 22); y en el CP suizo, “l’internement à vie” (art. 64, inc. 1).
- 2590 Teóricamente, esta pena dura a partir de la imposición de la condena tanto tiempo como su destinatario viva. Por tanto, la principal forma de extinción de su ejecución sería la muerte del condenado (art. 85, inc. 1). Siendo esto así, la causal de extinción de la ejecución de la pena prevista en el art. 85, inc. 2 (el cumplimiento de la pena) sería inaplicable. Inicialmente, nuestro legislador sólo la previó para las formas agravadas de terrorismo (DL N° 25475, del 06 de mayo de 1992, art. 3, inc. a). Luego, amplió su aplicación a los delitos de traición a la patria (DL N° 25659, del 16 de mayo de 1992), lavado de dinero (Ley N° 26223, del 02 de agosto de 1992), apología del terrorismo cometido por docentes (DL N° 25880, del 26 de noviembre de 1992), violación de menores agravada (Ley N° 26293, del 14 de febrero de 1994), a los actos de terrorismo cometidos por personas que se hayan acogido a la ley de arrepentimiento (Ley N° 26508, del 20 de julio de 1996), robo agravado y secuestro calificado por daños graves en el cuerpo o la salud o muerte (Ley N° 26630, del 21 de junio de 1996). Paulatinamente, y como reacción simbólica ante situaciones que aumentaban la inseguridad ciudadana, ha perdido su carácter excepcional y se ha convertido en un medio de lucha contra la criminalidad común⁴⁰.
- 2591 La expansión del ámbito de aplicación de la cadena perpetua también es cuestionable por los efectos negativos respecto a las futuras víctimas. En caso de secuestro, el autor puede ser incitado a pensar que más le conviene

⁴⁰ ÁVALOS, 2006, p. 100.

que el secuestrado fallezca para no ser identificado. Aún más, si se comparan la pena y la forma de regulación establecida en la citada Ley N° 26630 con las del delito de asesinato, se constata la incoherencia de la regulación. Si el secuestrador mata dolosamente a su víctima para ocultar su delito⁴¹, merecería una pena privativa de libertad no menor de quince años. Pero si la víctima muere “durante el secuestro o a consecuencia de dicho acto”, aun debido al azar, la pena aplicable sería la cadena perpetua.

En ocasión de la revisión de las disposiciones represoras del terrorismo, el 2592 Tribunal Constitucional rechazó la indeterminación de la pena por considerarla inconstitucional y, al mismo tiempo, buscó superar esta dificultad previendo que, periódicamente, debería comprobarse si procedía la excarcelación mediante beneficios penitenciarios⁴². De acuerdo con este criterio, se estableció, en el art. 4 del DLeg N° 921, del 18 de enero de 2003, un procedimiento para el otorgamiento de dichos beneficios a condición de que el condenado hubiese cumplido 35 años de la pena impuesta⁴³.

Tanto la decisión del Tribunal Constitucional como su implementación le- 2593 gislativa han sido fuertemente criticadas por algunos autores. Al respecto, un sector de la doctrina nacional estima que dicha decisión es ambigua, contradictoria y poco conforme con los principios establecidos por el mismo tribunal. Se sostiene, correctamente, que la pena de cadena perpetua sólo dejará de ser inconstitucional cuando pierda su carácter de perpetua. Para lo cual se debe establecer como obligación que se otorguen, sin restricciones, los beneficios penitenciarios previstos para las demás penas privativas de libertad; siendo obligación del juez, tanto de revisar la sentencia periódicamente como de excarcelar al detenido. Por consiguiente, no basta prever la simple probabilidad de conceder restrictivamente ciertos beneficios penitenciarios⁴⁴. Sin embargo, la solución, conforme a la Constitución y a una política criminal racional, es la derogatoria de la pena de cadena perpetua.

Esta no fue la orientación del Proyecto de la Comisión Revisora Especial 2594 de 2008/2009, en la medida en que adoptó la solución del Tribunal Constitucional haciendo sólo un cambio de terminología: en lugar de pena privativa de libertad perpetua, se habla de pena privativa de libertad in-

⁴¹ HURTADO POZO, 1994.

⁴² STC del 4 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC.

⁴³ Art. 59-A del CEP.

⁴⁴ MEINI, 2009a, p. 332 ss.

determinada. Según el art. 29 de dicho Proyecto: "La pena privativa de la libertad puede ser temporal o indeterminada. En el primer caso, tendrá una duración mínima de 2 (dos) años y una máxima de 35 (treinta y cinco) años. En el segundo caso, no será menor de 35 (treinta y cinco) años".

II. Penas restrictivas de libertad

1. Denominación y carácter jurídico

- 2595 Bajo el rótulo general de "penas restrictivas de libertad", el legislador previó en el actual Código las penas de expatriación de nacionales -hoy derogada- y expulsión de extranjeros. Con esta denominación, demasiado vaga, se trató de abarcar la característica común a ambas penas: limitación a la libertad de residir, permanecer y desplazarse por el territorio nacional.
- 2596 Toda pena, en realidad, implica una restricción a la libertad. En el caso de las penas de expatriación y de expulsión se trata, más precisamente, de una restricción a la libertad de residencia o establecimiento en sentido amplio, prevista en el art. 2, inc. 11, Const. Esta libertad se manifiesta de modo diverso en las posibilidades de ingresar, permanecer, residir, transitar y reingresar en el territorio nacional. Todas estas manifestaciones son igualmente restringidas por la privación de la libertad.
- 2597 Sin embargo, no afectan el mismo aspecto de la libertad de movimiento. Si bien las penas privativas de libertad limitan ciertamente la libertad de residencia o establecimiento, sus efectos recaen en todas las personas sin distinción de nacionalidad. Este último aspecto de la libertad está sujeto a las restricciones de la ley de extranjería tratándose de los extranjeros (DLeg N° 703, del 05 de noviembre de 1991).
- 2598 De acuerdo a cómo fueron reguladas la expatriación y la expulsión en el Código, es indudable que tienen el carácter jurídico de penas. No sólo por el criterio sistemático de estar previstas en el catálogo de penas (art. 28) y por su denominación, sino también por sus presupuestos. Su finalidad es evitar que el condenado vuelva a cometer un nuevo delito en el territorio nacional. Se trata de penas conjuntas a una pena privativa de libertad, en los casos previstos en la parte especial del Código, y de ejecución diferida hasta el cumplimiento de esta última.

2. Antecedentes y derecho comparado

En la legislación penal anterior al Código vigente, la pena de expatriación ya 2599 estaba prevista en el CP de 1924 para los delitos de traición a la patria (art. 289) y rebelión (art. 302). La pena de expulsión fue prevista para los extranjeros que cometieran el delito de tráfico ilícito de drogas (DL N° 22095, art. 63). Desacreditadas como penas inútiles, ilegítimas e impracticables, no fueron tomadas en cuenta en los proyectos de setiembre y octubre de 1984. Por el contrario, en los proyectos de 1985 y 1986, fueron consideradas bajo la denominación común de "expatriación" (arts. 55 y 49 respectivamente). En ambos proyectos esta sanción era definida como "la expulsión del territorio de la República con prohibición de regresar a él durante el tiempo de la condena". No obstante que la duración de la pena fue fijada en límites prudentes (6 meses a 3 años), los autores de los Proyectos de 1989 y 1990 la descartaron de manera absoluta del sistema de penas. Extrañamente, estas penas fueron reintroducidas, con las características actuales, en el Proyecto de enero de 1991. Sin mayor explicación sobre la utilidad político criminal de su aplicación, el legislador se limitó a regularlas dentro del capítulo relativo a los tipos de pena⁴⁵.

De esta manera, el legislador nacional se alejó de la tendencia predomi- 2600 nante en el derecho extranjero. La expatriación de nacionales está simplemente descartada en los principales ordenamientos penales europeos. Si bien el PIDCP no proscribe de manera absoluta la privación del derecho a entrar en su propio país (art. 12, inc. 4)⁴⁶, la expatriación de los nacionales resulta del todo incompatible con el respeto irrestricto de su derecho a la libertad de residencia y establecimiento. La expulsión del nacional de su propio territorio, tiene las mismas consecuencias jurídicas que la supresión de la nacionalidad e implica atentar contra el núcleo básico de los derechos fundamentales. Impedir que un nacional viva en el territorio de su país de origen implica anular la posibilidad de que desarrolle normalmente su personalidad. De manera más categórica, la CADH, en su art. 22, inc. 5, expresa claramente: "nadie puede ser expulsado del territorio de un Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo".

⁴⁵ Exposición de Motivos del Código. Referencia a las clases de penas, punto séptimo.

⁴⁶ El pacto sólo prohíbe la privación arbitraria de esta libertad.

- 2601 De ahí que resulte explicable que los ordenamientos penales en general sólo prevean como posible la expulsión de extranjeros. Así, en el CP francés de 1994, la expulsión de extranjeros (*interdiction de territoire*) está prevista como pena, de manera definitiva o por 10 años como máximo (art. 131, inc. 30). Sin embargo, su aplicación es limitada, pues no puede ser impuesta al extranjero que tenga residencia regular (de 15 años o más) o habite en Francia desde antes de los 10 años de edad, sea padre o madre de un niño francés o esté casado, antes de la comisión del delito, 6 meses o más con un persona de nacionalidad francesa. En España, la expulsión de extranjeros fue regulada como pena sustitutiva de la pena privativa de libertad menor de 6 meses, si el extranjero es ilegal, y como sucedánea de una pena privativa de libertad de 6 meses o más, una vez que se haya cumplido las tres cuartas partes de la pena (art. 89, inc. 1). En Italia (art. 215, inc. 4) y Portugal (art. 96) la expulsión es considerada como una medida de seguridad.

3. Política criminal

- 2602 La rápida revisión que venimos de hacer del panorama legislativo internacional nos permite mostrar la desacertada decisión del legislador de haber incluido estas penas dentro del actual Código. El mérito de la innovación verificable en otros ámbitos se desdibuja completamente con la regulación de las llamadas penas restrictivas de libertad. Sin razón, el legislador decidió a último momento incorporar la pena de expatriación de nacionales. Tampoco puede ser justificada su previsión por el hecho de disponer que su aplicación “sólo procede en delitos graves”⁴⁷.
- 2603 El carácter cuestionable de estas penas no sólo está vinculado a su legitimidad constitucional, sino a su inutilidad práctica. A pesar de las presuntas ventajas económicas (su aplicación no es costosa) y preventivas (la anulación de la posibilidad de reincidencia) que puedan señalarse, es difícil comprender qué sentido tiene con relación a su dependencia de la pena privativa de libertad. Resulta difícil conciliar la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad con la aplicación de penas marcadamente desocializadoras como la expulsión o expatriación. Por tales razones, aunque tardíamente, el Congreso de la República propuso, mediante dos Proyectos de ley unificados, suprimir la pena de expatriación (Proyecto de Ley N° 2102/2007-CR, del 5 de febrero de 2008, y Proyecto de Ley N° 244972007-C, del 27 de mayo de 2008). En la exposición de motivos se jus-

⁴⁷ Exposición de Motivos del Código, p. 9.

tificaba esta propuesta afirmando que: “La pena de expatriación, si bien se encuentra contemplada en el Código, deviene en incompatible con instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con rango constitucional. Es decir, la pena de expatriación es para el derecho peruano, una pena inconstitucional”. Fue así que mediante la Ley N° 29460, del 27 de noviembre de 2009, se eliminó la pena de expatriación de nacionales. Desafortunadamente no se ha hecho lo mismo en relación con la pena de expulsión. En el Anteproyecto de CP de 2009 se propone excluirla del catálogo punitivo nacional (art. 28).

4. Expulsión de extranjeros

Es una pena conjunta a la pena privativa de libertad que se impone a los condenados extranjeros. Su ejecución es diferida en la medida que se aplica subsecuentemente a la ejecución de una pena privativa de libertad. Consiste, pues, en la expulsión forzosa de condenado y en la prohibición permanente de reingresar al territorio nacional. 2604

Constituye por tanto una restricción absoluta a la libertad ambulatoria del condenado dentro del territorio nacional. Es diferente a la expulsión motivada por infracciones a la ley de extranjería, que es una medida administrativa. Tampoco es una medida de seguridad. 2605

Tratándose de una pena de duración perpetua (o indeterminada) su aplicación no tiene como finalidad la defensa o protección del orden jurídico. La aplicación de la pena privativa de libertad, a la que está asociada de manera complementaria, no tendría tampoco una finalidad de prevención especial; puesto que los objetivos de reeducación, readaptación y reinserción no tendrían sentido si es que deben ser ejecutables mediante la imposición de una pena y en un contexto diferente. Mediante esta pena, el Estado se salvaguarda de la presencia de extranjeros “indeseables” en su territorio. 2606

Resulta cuestionable que su imposición se aplique, inexorablemente, una vez cumplida la pena privativa de libertad, y que su duración sea de carácter perpetuo. Respecto a la primera cuestión, el Código no presenta la misma flexibilidad que con respecto a la imposición y ejecución de otras penas. La pena de expulsión no puede, por ejemplo, ser sustituida por otras penas. Tampoco es concebida como una pena alternativa a otra en los supuestos específicos de la parte especial. No cabe tampoco la reserva del fallo ni la suspensión de su ejecución. Y, finalmente, no es posible la exención de su 2607

imposición. El juez, en este sentido, no tiene la necesaria libertad para individualizar la pena.

- 2608 Con relación a su duración, la inexistencia de límites máximos va más allá de lo previsto en la legislación foránea. Esto es desproporcionado sobre todo porque puede tratarse de extranjeros que residen en el país durante un periodo más o menos largo, que tienen vínculos sociales, familiares, o económicos bien establecidos. En este caso, la expulsión constituye una pena marcadamente desocializadora, con potenciales efectos negativos incluso en el país de origen del condenado.
- 2609 Si bien es cierto el legislador ha previsto esta pena, como lo hizo anteriormente, sólo para determinados delitos como el tráfico ilícito de drogas (art. 303), el contrabando y la defraudación de rentas de aduana (art. 12 de la Ley N° 28008), su legitimidad, en tales condiciones, resulta cuestionable. El Estado no persigue en este caso más objetivo utilitario que el alejar físicamente al condenado de su territorio por razones de pura prevención especial negativa. Una manera de atenuar los excesos provenientes de la severidad de esta pena es la firma de Convenios bilaterales con otros países, por los que se dé al condenado la posibilidad de elegir el lugar de cumplimiento de la pena privativa de libertad y que bien puede ser su país de origen. De esta manera, los efectos infamantes y desocializadores de la expulsión podrían ser fuertemente atenuados.

III. Penas limitativas de derechos

1. Antecedentes

- 2610 Las penas limitativas de derechos comprenden las penas de prestación de servicios a la comunidad, de limitación de días libres y de inhabilitación (art. 31). Las dos primeras son nuevas en nuestro sistema penal. El CP de 1924 sólo preveía la inhabilitación (art. 27). La fuente de nuestra regulación es el CP brasileño de 1984⁴⁸.
- 2611 En los Proyectos de 1985 y 1986, la inhabilitación (art. 55) y la prestación de servicios a la comunidad (art. 56) fueron reguladas entre "las penas restrictivas de derechos". En el Proyecto de 1989, se creó la sección denomi-

⁴⁸ El art. 43 del CP brasileño establece que "As penas restritivas de direitos são: I. prestação de serviços à comunidades; II. Interdição temporária de direitos; III. Limitação de fim de semana".

nada “penas limitativas de derechos” y en la que se estatuyó, además de las dos ya mencionadas, la limitación de días libres (art. 35). Esta solución fue mantenida en el Proyecto de 1990 (art. 35) y se previó en el actual Código.

2. Denominación y concepto

La denominación escogida no da debida cuenta del contenido de la sección citada⁴⁹, por ello, con el objeto de esclarecer la índole de las tres penas en cuestión, se las debe confrontar con las penas autónomas de privación y de restricción de la libertad, que afectan ámbitos existenciales cualitativamente distintos⁵⁰. Empero, no hay una frontera clara, la privación o la restricción de la libertad (de movimiento), mediante la imposición de una pena, es igualmente una forma de privar o limitar el ejercicio de un derecho.

Todas las penas son limitativas o restrictivas de derechos. Por consiguiente, denominar a algunas de ellas como penas limitativas de derechos resulta tautológico. Mediante la denominación escogida, el legislador no alude a la restricción de la libertad de movimiento, sino a la restricción de derechos vinculados con el ejercicio de funciones, atribuciones o capacidades especiales del condenado, así como también a su disposición del tiempo libre. En razón de ello se ha dicho que las “penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos”⁵¹.

Definir de manera positiva la categoría “penas limitativas de derechos” es muy difícil por la amplitud, vaguedad y disimilitud de los derechos afectados por las tres penas previstas en el art. 31. No basta afirmar, por ejemplo, en razón a que el prototipo de las penas limitativas de derechos es la inhabilitación⁵², que son penas que afectan los derechos vinculados al ejercicio profesional o la participación en la vida política del país.

⁴⁹ En este sentido, Magalhaes Noronha define la pena restrictiva de derecho como la “inibição temporária de um ou mais direitos do condenado, imposta em substituição e cuja espécie escolhida tem relação direta com a infração cometida”. Cfr. MAGALHAES, 1987, p. 233.

⁵⁰ El legislador español también establece esta diferencia al crear en el CP español de 1995 una sección dedicada a las “penas privativas de derechos”. Criterio que ha sido igualmente señalado por la doctrina. Cfr. en este sentido, VAELLO, 1997, p. 33; MIR PUIG, 1996, p. 722. Sin embargo, en el art. 32 del CP español de 1995 se habla de penas “privativas de libertad, privativas de otros derechos y de multa”.

⁵¹ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 693.

⁵² PRADO, 2000, p. 78. En el mismo sentido, Peña Cabrera sostiene que estas penas se caracterizan “porque limitan al delincuente del goce de ciertos derechos civiles y políticos o del ejercicio de una arte profesión, v. gr., la inhabilitación”, Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 502.

- 2615 Del mismo modo es insatisfactorio sostener que las penas restrictivas de derechos se distinguen de las penas privativas de libertad porque éstas se ejecutan materialmente sobre la persona del condenado, mientras que aquéllas sólo privan al condenado de ciertos derechos, limitando su capacidad jurídica⁵³.
- 2616 En buena cuenta, sólo puede darse una definición negativa, en el sentido que estas penas no afectan directamente los derechos a la vida, a la libertad y al patrimonio⁵⁴. Sin embargo, esta definición no comprende del todo a la pena de limitación de días libres, la que puede ser también considerada como una forma de restricción de la libertad de movimiento⁵⁵.

3. Política criminal

a. Introducción

- 2617 La introducción de dos nuevas penas y la ampliación de los alcances de la inhabilitación, como tipos de penas limitativas de derechos, se orientan a disminuir la importancia de la pena privativa de libertad. Al respecto, los redactores de la ley afirmaron que “los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva”⁵⁶.
- 2618 Además de esta ventaja de orden financiero, se deben agregar otras inherentes a su ejecución no carcelaria: mantenimiento del condenado en la vida social (disminución de los riesgos de desocialización), utilidad de la prestación o actividad desarrolladas por el condenado (generación de beneficios sociales), disminución o neutralización de las condiciones generadoras del ilícito (prevención), concentración de esfuerzos en el tratamiento de los llamados delincuentes residuales (racionalización en el tratamiento de la criminalidad).
- 2619 En este sentido, sostenemos que estas penas contribuyen a evitar que se margine al condenado y que la sanción penal sea también utilitaria⁵⁷, en la medida en que es más adecuado a la sociedad, a la víctima y al propio

⁵³ ALVES, 1985, p. 145 ss.

⁵⁴ En el mismo sentido, TAMARIT, 1996, p. 341.

⁵⁵ Cfr. SILVA FRANCO, 1986, p. 133.

⁵⁶ Exposición de Motivos del Código Penal, p. 8.

⁵⁷ DOTTI, 1985, p. 53.

sentenciado cumplir con estas penas alternativas, antes que padecer un encierro de corta duración⁵⁸.

El desarrollo de estas penas, como alternativas a la privación de libertad, se inició en los EEUU y en Inglaterra en la década de los setenta. Su inserción en los países europeos fue favorecida por la Resolución 76 (10) sobre "*les mesures pénales de substitution aux peines privatives de liberté*" del Consejo de Europa⁵⁹. Esta resolución señalaba que es necesario estudiar alternativas nuevas a las penas privativas de libertad, en la perspectiva de su eventual integración a las legislaciones. Así mismo, destacaba la importancia de determinar las ventajas del trabajo de interés general. Así, en 1969, Alemania reformó su sistema de sanciones, limitando el alcance de las penas de corta duración e introduciendo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad a nivel del derecho penal juvenil. Francia adoptó esta sanción en 1983, incorporándola a su CP (art. 43-3-1). Italia, reformó su sistema de sanciones, estableciendo igualmente sanciones sustitutivas mediante la Ley N° 689/1981. Portugal lo hizo en el marco de la reforma del CP de 1982.

Estas experiencias en los países desarrollados han arrojado en general un balance positivo, pero el afianzamiento de un sistema penal sustentado en la restricción de otros derechos (no privativos de la libertad) está lógicamente sujeto a diversas condiciones. La concreción de una política penal en este ámbito está condicionada no sólo por previsiones legislativas, sino por la manera como funciona el sistema de control penal.

b. Regulación

Según el texto original del art. 32 "las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos del art. 31 (prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres), se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como sustitutivas de la pena privativa de libertad cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a tres años". De esta manera, el legislador amplía la función de estas penas, en la medida en que, como en el CP brasileño⁶⁰,

⁵⁸ VILLA, 2008, p.489.

⁵⁹ Resolución N° 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 09 de marzo de 1976, sobre medidas penales sustitutivas de las penas privativas de libertad, Cfr. CONSEJO DE EUROPA, 1992, p. 208.

⁶⁰ En efecto, el art. 44 del CP brasileño establece que: "As penas restritivas de direitos são autónomas e substituem as penas privativas de liberdade...". Este criterio era asumido

éstas sean autónomas. Ya que, por un lado, son aplicadas independientemente de que sean previstas en la Parte Especial del Código y, por otro, su característica es la de ser sustitutivas de la pena privativa de libertad⁶¹.

- 2623 En cuanto a la función y viabilidad de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres -como penas sustitutivas de la pena privativa de libertad-, cabe preguntarse si esta función es diferente de la prevista en el art. 52, que regula el sistema de conversiones en general o si, por el contrario, es complementaria. El art. 33, que remite al marco de equivalencias del art. 52 cuando estas penas sean sustitutivas, no aclara el problema. En efecto, cabe pensar *prima facie* que estas penas pueden sustituir la pena privativa de libertad, de acuerdo con el art. 32, pero también convertirla, según el art. 52.
- 2624 Para comprender esta dificultad es indispensable revisar los proyectos de reforma del código. La conversión de las penas privativas de libertad fue prevista desde el Proyecto de 1984 (art. 66), en que se incluía como pena susceptible de conversión la prestación de trabajo en beneficio del Estado. En los Proyectos de 1985 y 1986, a pesar de la influencia de la legislación brasileña, se mantuvo esta regulación. Lo mismo sucede en el Proyecto de 1989, en el que se dispuso que "las penas limitativas de derechos... pueden sustituir a la pena privativa de libertad cuando sea inferior a los tres años" (art. 36), manteniéndose así mismo el sistema de conversiones dentro de este límite (tres años). El Proyecto de enero de 1991, si bien no modificó la propuesta del Proyecto anterior, sin embargo, en el marco de las conversiones, redujo el límite superior de tres años a un año de pena privativa de libertad.
- 2625 De esta manera, se producía la situación paradójica de que, por un lado, estas penas podían sustituir penas privativas de libertad superiores a un año, sin mayor requisito de aplicación que el límite de la pena (establecida por el juzgador) y, por otro, servían también para convertir penas privativas de libertad no mayores de un año⁶². Esta incoherencia, por ejemplo, se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Código, cuando se señala que "el juzgador podrá convertir una pena privativa de libertad no mayor de tres años..."⁶³.

en el art. 36 del Proyecto de 1989 que prescribía: "Las penas limitativas de derechos son autónomas y pueden sustituir a la pena privativa de libertad..."

⁶¹ DORTI, 1988, p. 249.

⁶² En la actualidad, de acuerdo con la reforma reciente del art. 52, la conversión se aplica a penas no mayores de dos años de pena privativa de libertad.

⁶³ Exposición de Motivos, p. 9.

Las consecuencias de esta contradicción son diversas. Por ejemplo, que los jueces apliquen indiscriminadamente el art. 32, resultando inoperante el art. 52, por lo menos respecto a estas penas. Y como la aplicación del cuadro original de equivalencias del art. 52 daba lugar a penas limitativas de derechos desproporcionadas, podían presentarse dos efectos no deseados. Primero, las penas sustitutivas, al hacerse efectivas, serían sanciones más severas incluso que la pena privativa de libertad. Segundo, por ser imposible de controlar estas formas de sanción en un tiempo tan prolongado, se convertirían en simbólicas. Es decir, en uno u otro caso, resultaba posible el espejismo de un gran número de sanciones sustituidas, pero con efectos negativos como el desprestigio de las penas alternativas, la no modificación del comportamiento de los sancionados, etc.⁶⁴ Además, que los jueces las utilicen muy poco por no existir un marco legal de referencia que determine sus condiciones de aplicación.

Otra deficiencia de la regulación original de las penas limitativas de derechos consistía en la contradicción generada a la determinación de sus límites legales. Los arts. 34 y 35 establecían que las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres tendrían una “duración máxima” de 156 jornadas semanales (3 años). Sin embargo, la duración de estas penas como “sustitutivas” a la pena privativa de libertad podía alcanzar las 1095 jornadas semanales (21 años)⁶⁵. Este incoherente criterio fue establecido desde el Proyecto de 1989. En los Proyectos de 1985 y 1986 se atenuaba esta desproporción al regularse -en el cuadro de conversiones- que las penas sustitutivas debían computarse a razón de dos jornadas semanales por un día de privación de libertad. En Anteproyecto de CP de 2009, se eleva dicho estándar de sustitución a cinco años, en sus arts. 31 y 53.

c. Condiciones político administrativas de aplicación

En la evaluación de la viabilidad de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, no se puede caer en la visión simplista de sólo destacar los aspectos económicos. Esta percepción es contraproducente si es que no se consideran debidamente cuestiones tales como

⁶⁴ Este peligro está implícito en una reforma judicial que ponga énfasis, en el ámbito penal, en la producción cuantitativa de decisiones, descuidando por el contrario la calidad de las mismas.

⁶⁵ Este límite se explica por una simple operación matemática. El art. 52 original señalaba que para efectos de la conversión un día de pena privativa de libertad convertida equivalía a una jornada semanal de la pena a aplicar. Es decir, si el máximo de días de privación de libertad posible de convertir eran tres años (1095 días) y cada día de privación se transformaba en una jornada semanal, entonces el máximo de la pena sustitutiva alcanzaba 1095 jornadas semanales, las cuales divididas entre 52 semanas (que tiene un año) daban la cifra mencionada *ut supra*.

el costo real (por tanto, el ahorro real) de tales sanciones, la programación de su ejecución (estructura de un sistema de administración, control y supervisión) y los efectos globales de su aplicación en el sistema penal.

- 2629 Para reducir la exagerada importancia que el legislador dio al criterio económico, deberían también evaluarse la duración de las penas sustituidas, el tipo de establecimiento en el que tiene lugar la detención, el número de procesos a que da lugar la revocación de la sustitución o conversión, los costos marginales de la detención, los costos de gestión de las penas limitativas, la intensidad de la supervisión en la ejecución de estas penas, los costos de mantenimiento y ampliación de los establecimientos penitenciarios⁶⁶.
- 2630 La implementación del sistema de ejecución de estas penas implica evaluar, por un lado, los factores internos o propios del sistema penal y, por otro, los factores externos o ambientales que influyen en el funcionamiento del sistema penal.
- 2631 A diferencia de las penas privativas de libertad, las penas limitativas de derechos requieren una mayor participación de las instituciones sociales y económicas. Un sistema penal abierto necesita, por ende, una proyección permanente hacia el ambiente externo. De la manera cómo interactúen los actores del sistema penal con otras organizaciones del sistema económico y social, depende el éxito y el nivel de aceptación de las nuevas sanciones. En este sentido, el art. VI del CEP prevé "la participación de la sociedad, las instituciones y personas en el tratamiento... en las acciones de asistencia post-penitenciaria", debe ser interpretado en forma amplia. Esto significa, en principio, involucrar a las entidades asistenciales, de educación, los municipios y otras instituciones públicas que pueden no sólo ser beneficiarias de la aplicación de las penas limitativas de derechos, sino que pueden igualmente contribuir al control en la ejecución de las mismas. De este modo, el sistema de ejecución penal tendría una mayor transparencia externa. Uno de los factores de éxito en la aplicación de estas sanciones es, precisamente, la creación de un "partenariat public-privé". El cual, sin implicar una renuncia absoluta al rol del Estado en la ejecución de penas, permitirá otorgar mayores márgenes de control a la sociedad.
- 2632 La forma cómo debe concretarse este proceso de "socialización" en la ejecución de las penas limitativas de derechos, tendría que enmarcarse dentro los nuevos criterios de funcionamiento de la administración pública. Tendría

⁶⁶ JUNGER-TAS, 1994, p. 64 ss.

que superarse, por tanto, la visión vertical y paternalista implícita en el CEP. Según esta percepción, la Administración Penitenciaria asigna a las instituciones sociales la prestación de servicios en función de las necesidades de las mismas (art. 119) o gestiona la implementación de locales adecuados para la ejecución de la pena de limitación de días libres (art. 123), quedando la supervisión bajo su control absoluto (art. 121).

Se debe promover sinergias en la ejecución de ambas penas, para lograr, 2633 por ejemplo, que la “asignación” de servicios sea una prestación que tenga como contraprestación la implementación de los programas de ejecución de la pena de limitación de días libres. Así mismo, debe quebrarse el monopolio del control en la ejecución por parte de la Administración Penitenciaria, en favor de las instituciones sociales, quienes están en posibilidades de evaluar el cumplimiento de estas penas. Lo peor que puede ocurrir, burocratizando aún más el sistema de ejecución penal, es que se genere una nueva fuente de corrupción y se desprestigie socialmente estas nuevas penas cayéndose una vez más en el círculo vicioso del endurecimiento del sistema penal.

La aplicación de estas penas exige igualmente la conjunción de diferentes 2634 factores inherentes al sistema penal. La primera condición es el funcionamiento de un sistema de información fluido que permita al juez individualizar debidamente la pena a imponer. Fundamentalmente, porque la elección de una pena limitativa de derechos o la sustitución de una pena privativa de libertad requiere que aquél tenga un conocimiento previo de la personalidad del condenado y de las posibilidades de éxito.

La segunda condición concierne a la organización de la aplicación de estas 2635 penas. Las críticas a la ubicación de la ejecución de las penas limitativas de derechos en el CEP⁶⁷ dejarían de ser pertinentes si dicho código deja de ser comprendido sólo como un instrumento de regulación coercitiva de la vida en detención y se le considera como marco legal garantizador de los derechos de todo condenado⁶⁸.

Esta visión integradora es, además, compatible con “los procedimientos 2636 para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios” de la pena de prestación de servicios a la comunidad (art. 34); y para establecer “los procedimientos de supervisión y cumplimiento de la pena”,

⁶⁷ PRADO, 2000, p. 96 ss.

⁶⁸ TULKENS, 1987, p. 22; VAN VEEN, 1987, p. 35 ss.

tratándose de la pena de limitación de días libres (art. 35). Es, pues, esencial para el desarrollo de estas penas que sea una ley (en sentido formal) la que regule dichas funciones.

- 2637 Inicialmente esta condición fue obviada por la legislación nacional, la cual se limitó a dictar normas administrativas como la Res. Dir. N° 029-95-INPE-DGT, del 18 de abril de 1995, que estableció un Manual de procedimientos para la ejecución de las sentencias a penas limitativas de derechos. De este modo, la legalidad en la ejecución penal fue relativizada y se dejó sin base material la aplicación de estas penas en tanto no se introdujeran normas más concretas. Es decir, se generaron riesgos de dos tipos: primero, que los derechos del condenado podían ser objeto de violación⁶⁹, por no esclarescerse las garantías propias a la ejecución de estas penas. Y, en segundo lugar, porque este vacío en la regulación causaba un déficit en la ejecución. Recién con la promulgación de la Ley N° 27030, del 29 de diciembre de 1998, y sus normas reglamentarias (el DS N° 005-2000-JUS⁷⁰, del 28 de junio de 2000; y el vigente DS N° 015-2003-JUS, del 11 de septiembre de 2003, por el cual se aprobó el Reglamento del CEP), tales limitaciones y riesgos fueron, en gran medida, superados.
- 2638 La tercera condición concierne a la organización del sistema de gestión, control y vigilancia de estas penas. Ciertamente en las circunstancias actuales, es difícil aceptar que sea la Administración Penitenciaria la encargada de organizar dicho sistema. Las carencias de recursos, autonomía y los serios problemas de corrupción que ella afronta⁷¹, conspiran contra el grado de credibilidad que puedan adquirir estas penas.

4. Clases

a. Pena de prestación de servicios a la comunidad

a.1. Generalidades

- 2639 Esta pena limitativa de derechos es expresión de una concepción alternativa al tradicional sistema de penas, caracterizada por su índole represiva y su

⁶⁹ TULKENS, 1987, p. 29.

⁷⁰ El DS N° 005-2000-JUS, del 28 de junio de 2000 (que reglamentó la Ley N° 27030, Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, del 29 de diciembre de 1998), fue derogado por el art. 3 del DS N° 015-2003-JUS, del 11 de septiembre de 2003, por el cual se aprobó el reglamento del CEP.

⁷¹ PRADO, 2000, p. 97.

recurso a la pena privativa de la libertad. Sanciones como el trabajo comunitario exigen del condenado un compromiso activo, en lugar de la simple actitud de soportar las penas coercitivas estatales. En tal sentido, permiten que la comunidad perciba que el condenado hace esfuerzos para reintegrarse a la sociedad; por lo que es de admitir que su previsión y aplicación son apropiadas para lograr la reinserción del condenado⁷². Esto hace posible que sean previstas en muchas legislaciones modernas. Sin embargo, es de admitir que su aplicación efectiva depende de los recursos personales y materiales con que se cuenten⁷³.

La pena de prestación de servicios a la comunidad, como destaca la doctrina especializada, es una variante especial y renovada del trabajo correccional en libertad⁷⁴. En el derecho extranjero, se concede a esta modalidad punitiva hasta tres roles funcionales: primero, la de una pena autónoma y de conminación directa⁷⁵; segundo, la de pena sustitutiva de penas privativa de libertad⁷⁶ y, tercero, la de regla de conducta en los regímenes de *probation*⁷⁷. 2640

Su origen se encuentra en la superpoblación carcelaria existente en Inglaterra como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Entre construir nuevos centros penitenciarios o reducir el número de detenidos, el legislador inglés, de manera pragmática, optó por la segunda solución. Así, mediante la *Criminal Justice Act* de 1972, estableció la *Community Service Order*, como alternativa a la pena privativa de libertad. Los argumentos favorables a su creación fueron más económicos que humanitarios. 2641

Históricamente, en nuestra legislación penal no hay antecedentes directos de esta clase de penas. Quizá lo más cercano a sus características actuales podría ser el trabajo que, en obras del Estado o de instituciones de utilidad social, incluyó el Código Maúrtua como forma de sustituir la prisión convertida por el no pago de una multa (art. 24). En el Proyecto Hurtado, la pena de prestación de servicios a la comunidad figuró solamente como sanción sustitutiva (arts. 38 y 45). 2642

⁷² ROXIN, 2007, p. 86 ss.

⁷³ VILLA, 2008, p. 492.

⁷⁴ GARCÍA VALDÉS, 1986, p. 354 ss.; ASÚA BATARRITA, 1984, p. 307 ss.

⁷⁵ Arts. 43 y 44 del CP brasileño de 1984.

⁷⁶ Art. 49 del CP español de 1995.

⁷⁷ Art. 41, incs. 2 y 3 del Proyecto Alternativo Alemán de 1966.

a.1.1. Concepto, antecedentes y denominación

- 2643 Según la regulación del Código, la pena de prestación de servicios a la comunidad constituye una pena, autónoma o de sustitución, consistente en la realización “obligatoria” por parte del condenado de trabajos gratuitos en favor de instituciones estatales o privadas de utilidad pública.
- 2644 El legislador peruano, siguiendo la orientación asumida en el CP brasileño de 1984, ha preferido denominarla pena de “prestación de servicios a la comunidad”. El art. 43 del CP brasileño habla de “prestação de serviços à comunidade”, a diferencia de la denominación adoptada en el CP portugués de 1982: “prestação de trabalho a favor da comunidade” (art. 60). En el ámbito anglosajón, se le llama “Community Service”. En el CP español de 1995, “trabajos en beneficio de la comunidad” (art. 33); y en Alemania se habla de “Die gemeinnützige Arbeit” (§ 10). Todas estas denominaciones dan a entender que esta pena está destinada a favorecer la comunidad. Por esto, se ha creído que sería mejor considerarla como un servicio.
- 2645 Esta clase de pena afecta la disposición del tiempo libre del condenado, el cual será ocupado en la realización de trabajos o servicios gratuitos en beneficio de la comunidad. Cabe señalar que, conforme a las normas internacionales, las penas de prestación de servicios comunitarios no contravienen los convenios de la OIT⁷⁸, ni tampoco los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos⁷⁹. En ese sentido, el art. 8 del DS N°, del 28 de junio de 2000, precisa que: “se considera prestación de servicios a la comunidad todo trabajo voluntario, gratuito, personal, de utilidad pública y respetuoso de la dignidad de la persona realizado en cumplimiento de una pena legalmente impuesta”.
- 2646 La pena de prestación de servicios a la comunidad no ha alcanzado, aún, un rol relevante en la praxis judicial, en la medida que se la emplea, sobre todo, para reprimir las faltas⁸⁰. Su aceptación social también es todavía limitada. En ese contexto, pues, otros factores coyunturales como la crisis del mercado laboral, la desconfianza social en el condenado y la alta tasa de empleo informal, limitan, de modo considerable, su desarrollo y utilidad. Al respecto, es interesante el enfoque y las expectativas de la Administración Penitenciaria sobre la situación actual de la prestación de servicios a la co-

⁷⁸ Convenio N° 29 de la OIT Sobre el Trabajo Forzoso de 1930, art. 2, inc. 2-b.

⁷⁹ O'DONNELL, 1988, p. 111 ss.

⁸⁰ PRADO, 1999, p. 347 ss.

munidad. Se afirma que la problemática en torno a la ejecución de las penas limitativas de derechos consiste en que, a pesar de que éstas tienen varios años de vigencia, no han impactado a la ciudadanía. Indica, además, que en algunos casos ciertos magistrados prefieren imponer penas privativas de libertad en lugar de prestación de servicios comunitarios.

Respecto a las entidades que reciben condenados a esta pena, se señala 2647 que discriminan en cuanto a las plazas que proveen, aun cuando existen convenios suscritos con el INPE. Así, pese a que algunos sentenciados son profesionales, médicos, abogados, contadores, u otros, las plazas que se suministran normalmente son para actividades menores como la limpieza de servicios públicos y baños, mantenimiento de jardines, faenas que estas personas son reacias de cumplir⁸¹.

Sin embargo, el futuro de la pena de prestación de servicios a la comuni- 2648 dad está asegurado en nuestra legislación. Efectivamente, el Proyecto de la Comisión Revisora Especial le da mayor espacio conminatorio al excluir la pena privativa de libertad para delitos leves y autorizar su aplicación sustitutiva en caso de delitos de mediana gravedad (arts. 29, 31 y 53). Esta posición legislativa, por lo demás, concuerda con las recomendaciones de diferentes organismos internacionales que, como el Consejo de Europa o Reforma Penal Internacional, vienen sosteniendo, desde hace décadas, que deben agotarse los esfuerzos por promover y evaluar “las ventajas del servicio en favor de la comunidad; y, además, en particular, las posibilidades dadas al delincuente de expiar su pena realizando servicios a la comunidad; y que la comunidad contribuya aceptando su participación en el trabajo voluntario”⁸².

a.1.2. Diferencias con otras formas de prestación de servicios

Ante todo, esta sanción no debe ser confundida con el trabajo realizado 2649 (por el condenado a una pena privativa de libertad) en el marco del tratamiento penitenciario. Se diferencian porque: a) la pena de prestación de servicios a la comunidad se realiza en el medio libre; el trabajo como forma de tratamiento se ejecuta necesariamente dentro del recinto penitenciario; b) las tareas cumplidas por el penado son gratuitas; las cumplidas por

⁸¹ VÁSQUEZ, 2007, p. 89 ss.

⁸² Resolución N° 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 09 de marzo de 1976, sobre medidas penales sustitutivas de las penas privativas de libertad, Cfr. CONSEJO DE EUROPA, 1992, p. 208. Citada también por GONZÁLEZ TASCÓN, 2007, p. 32.

la persona sujeta a tratamiento son remuneradas; c) la beneficiaria de los servicios prestados por el penado es la comunidad en general; en el caso del trabajo penitenciario, el destinatario de la prestación puede ser cualquier persona o institución (pública o privada); d) la pena de prestación de servicios a la comunidad está sujeta a horarios y límites de ejecución más restringidos que el trabajo penitenciario; e) el correcto cumplimiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad genera únicamente como consecuencia su extinción, mientras que el trabajo penitenciario debidamente ejecutado hace posible el beneficio de la reducción de la pena privativa de libertad.

- 2650 También debe distinguirse de la reparación civil en favor de la víctima. Esta reparación es determinada conjuntamente con la pena (art. 92). Puede constituir, igualmente, una regla de conducta impuesta al suspenderse la ejecución de la pena o de reservarse el fallo condenatorio. La ejecución de la pena de prestación de servicios a la comunidad no exime al penado de la obligación de pagar la reparación civil.
- 2651 El trabajo al servicio de la comunidad no es igual al que realiza un condenado a pena privativa de libertad en uso del beneficio de la semilibertad. Las diferencias son las mismas que las señaladas con relación al trabajo penitenciario, salvo que el trabajo ejecutado en el marco de este beneficio sea efectuado fuera de la prisión.
- 2652 Finalmente, la pena de prestación de servicios a la comunidad se diferencia claramente de los servicios prestados por obligación cívica. Este sería el caso, del llamado servicio civil de graduandos. En el primer caso, se trata de cumplir una pena, en tanto que en el segundo caso se trata de asumir una carga administrativa.
- 2653 En buena cuenta hay que admitir que se trata de un trabajo forzado, que desde tiempos muy lejanos, fue impuesto como pena. Por esto, como dice Nuvolone⁸³ "el hecho de humanizarlo o de adornarlo con adjetivos socialmente adecuados, nada le quita a éste carácter originario y lógicamente irreductible".
- 2654 Sus características esenciales son las mismas que destaca y describe Valdir Sznick⁸⁴ del modo siguiente: "1) Naturaleza: La naturaleza jurídica de la prestación de servicios comunitarios es la misma que posee la pena pecu-

⁸³ NUVOLONE, 1980, p. 267.

⁸⁴ SZNICK, 1985, p. 69.

niaria o patrimonial. 2) Especie: La especie de la prestación de trabajo es de naturaleza pública, o sea trabajo público o de interés social o de interés de la comunidad. 3) Tiempo libre: Es realizado sin perjudicar las actividades laborales o estudiantiles, y es realizado en el horario de trabajo más conveniente con la capacidad del condenado, inclusive en los feriados y fines de semana aunque ello no coincida con el que realicen los restantes condenados. 4) Local: Los locales donde el trabajo puede ser realizado son numerosos: puede ser prestado junto a entidades asistenciales que trabajen con niños, huérfanos o incapaces, instituciones de asistencia hospitalaria”.

a.1.3. Evaluación

Como principales ventajas de esta pena, se suele realzar su alta potencia- 2655
lidad resocializadora y su nula efectividad estigmatizante⁸⁵. Y entre sus desventajas, se critica que los servicios o trabajos que prestan los condenados adolecen de escasa eficiencia y productividad, ya que son realizados por personas improvisadas e inexpertas; así mismo que esta pena puede generar una competencia negativa en el mercado laboral del ciudadano libre⁸⁶.

Como toda institución nueva, la pena de prestación de servicios a la comu- 2656
nidad no ha estado exenta de observaciones respecto de su legitimidad y de sus posibilidades de aplicación.

La primera de ellas cuestiona su naturaleza de pena, teniendo en cuenta la 2657
circunstancia, unánimemente aceptada, de la necesidad del asentimiento del condenado. Sin embargo, el consentimiento del condenado es útil para evitar la crítica de inconstitucionalidad de los trabajos impuestos. Lo cual no implica que deje de ser necesario comprobar la culpabilidad del procesado, todo lo contrario, además hace posible la realización de los fines de la pena. Así, esta sanción ejerce una función de prevención especial al familiarizar al condenado con determinados valores como la utilidad social de la prestación o la reparación del daño cometido, en la medida que es sometido a un “training social”. De esta manera, se logra neutralizar o atenuar la perturbación social causada por el delito.

También se ha objetado la legitimidad de esta pena por considerarse injusta 2658
la asignación de trabajos no remunerados a personas que han cometido un

⁸⁵ SZNICK, 1985, p. 69.

⁸⁶ SZNICK, 1985, p. 70.

delito, en un contexto en el que ciudadanos honrados tienen problemas de desempleo o de subempleo. Se trata, al decir de los críticos, no sólo de una competencia desleal respecto de las personas individuales, sino también con relación a las empresas del sector privado que deben competir con el Estado, receptor de mano de obra gratuita. En nuestro país, esta objeción puede adquirir más fuerza, teniendo en cuenta la precaria situación del mercado de trabajo. Sin embargo, este cuestionamiento no es sólido en la medida que los casos en que es impuesta son limitados, por lo que su influencia en el mercado libre del trabajo es ínfima. Además, si se admite, conforme al art. 45, cierta corresponsabilidad social por la comisión de delitos, la ejecución de las penas de prestación de servicios en favor de la comunidad es una carga que ésta debe asumir.

- 2659 Así mismo, se ha denunciado que esta pena tendría un carácter infamante porque se expone al condenado al público, llegándose a afirmar que “terminaría quizá por ser más castigo que la breve detención, en cuanto expondría al trabajador forzado al conocimiento por parte de todos aquellos que, en caso contrario, nada llegarían a saber de su condena”⁸⁷. Si bien es cierto que puede tener esa consecuencia, también es verdad que ella es propia a toda pena. En todo caso, dicho efecto puede ser limitado mediante una información discreta y sólo a los responsables de la institución donde se prestará el servicio. Además, su ejecución debe estar rodeada de garantías (proporcionalidad, respeto de la dignidad, prohibición de la arbitrariedad, entre otras).
- 2660 Con escepticismo, se señala la imposibilidad de aplicar esta pena de manera generalizada, en razón tanto de la capacidad laboral limitada de los condenados y de su personalidad, como de circunstancias de orden geográfico o estructural (dificultad de aplicar esta pena en los medios rurales o en lugares económicamente poco desarrollados).
- 2661 La personalidad del autor es ciertamente un criterio a tomar en cuenta por el juzgador en la elección de la pena, pero no debe prejuzgar de manera absoluta la imposibilidad de aplicarse a un círculo determinado de individuos. Es importante, por ende, la información necesaria sobre la aptitud del procesado para cumplir una eventual pena de prestación de servicios a la comunidad. No han faltado tampoco dudas sobre el nivel de acepta-

⁸⁷ NUVOLONE, 1980, p. 267.

ción social que pueda tener esta nueva pena. Los prejuicios sociales frente al delincuente, sobre todo respecto a determinado tipo de delitos, pueden constituir un obstáculo.

Como toda política pública, la programación e implementación de un instrumento político criminal requiere un plazo de prueba para insertarse en el sistema social. Si se dice que mediante la pena, en el sentido clásico, el Estado se apropió de la solución del conflicto generado por el delito, excluyendo a la víctima, la pena de prestación de servicios a la comunidad permite replantear la cuestión, restaurando la paz jurídica perturbada.

El éxito de su aplicación depende de la gestión y control de su ejecución. Debe recurrirse a ella de manera prudente, sobre todo, si no existen programas administrativos mínimos adecuados ni la cobertura financiera suficiente para su total implementación.

a.1.4. Prestación de servicios y limitación de derechos

La inclusión de la pena de prestación de servicios a la comunidad dentro de las llamadas penas limitativas de derechos deja un amplio margen a la interpretación, respecto a los derechos que resultan afectados por su aplicación. La cuestión no tendría mayores consecuencias prácticas, si no fuera por el hecho que su imposición y ejecución debe igualmente respetar los derechos no concernidos por la condena.

Las consecuencias limitativas de su aplicación son de diverso orden. En principio, se limita el derecho a la libertad de trabajo (art. 2, inc. 15, Const.) mediante la imposición de una actividad laboral, en cuya elección, modo de cumplimiento, duración, forma de control, está excluida la voluntad del condenado. Su asentimiento está limitado a la aceptación de la pena y está condicionado por la amenaza de la aplicación de una pena privativa de libertad sustitutiva. El Código no contempla, por ejemplo, la posibilidad de que el condenado no ejecute la obligación de prestar el servicio o extinga el contrato.

El hecho de que esta pena, por su propia índole, deba ser ejecutada sin beneficio pecuniario alguno para el condenado va contra el derecho a ser remunerado (art. 23, pf. 4, Const.), por lo que resulta indispensable su consentimiento.

- 2667 También se limita el derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso (art. 2, inc. 22, Const.), sobre todo si se tiene en cuenta que su ejecución se realiza fuera del horario de trabajo del condenado. De ahí que esta pena tenga normalmente lugar los fines de semana.
- 2668 Por último, la pena tiene otras repercusiones que conciernen otros derechos como los sociales y laborales (seguridad por enfermedad o accidente) o el de rechazar la prestación de servicios excepcionalmente peligrosos. Por esto es indispensable que la legislación sobre esta materia tenga mayor desarrollo debido a la parquedad con que se regula tanto en el Código como en el CEP.

a.2. Características

- 2669 Según el art. 34: “la pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas”.
- 2670 Los servicios serán asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados y domingos, de modo que no se perjudique la jornada normal de su trabajo habitual.
- 2671 El condenado puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días útiles semanales, computándosele la jornada correspondiente.

a.2.1. Contenido de la prestación

- 2672 El Código no enumera las prestaciones que el condenado pueda cumplir, ni precisa el carácter de los trabajos que pueden serle asignados. Puede tratarse de servicios de mano de obra cualificada o no. Al respecto, se ha señalado que debe tratarse de trabajos que sean efectuados en interés de la comunidad social en general, o de una comunidad en particular y que no entren en competencia con las actividades ejercidas a título oneroso por los profesionales, respecto de los cuales no sería equitativo privarles de su sustento. Estas restricciones son, sin embargo, incompatibles con nuestro contexto social.
- 2673 El criterio decisivo deben ser las condiciones personales del potencial prestatario de la actividad y no la calidad de la prestación en abstracto. Por lo tanto, la determinación del trabajo se hará caso por caso, de acuerdo con las particulares circunstancias materiales y personales.

a.2.2. Instituciones beneficiarias de la prestación

La pena de prestación de servicios a la comunidad tiene una clara proyección social, de modo que debe beneficiar a una colectividad, sea estatal o no (de utilidad pública). En ningún caso debe ser utilizada en beneficio de particulares o de empresas privadas con fines lucrativos. Esta condición fue expresamente considerada en el art. 9 del DS N° 005-2000-JUS, a la fecha derogado. En el Código, se mencionan a título de ejemplo las entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones similares, así como las obras públicas (art. 34). 2674

El funcionamiento de la pena requiere que se establezca, administrativamente, una lista de instituciones en las que se podría implementar programas de ejecución de esta pena. El servicio de programación y ejecución dispondría así de un instrumento de planificación que le permitiría asignar prestaciones con criterios amplios y objetivos. Se trataría, evidentemente, de un registro flexible y actualizable. 2675

Las instituciones beneficiarias no son únicamente receptoras de prestaciones, sino también garantes del cumplimiento de las mismas. Siendo imposible que el órgano de tratamiento penitenciario controle permanentemente a todos los condenados por esta pena, las instituciones beneficiarias deben informar del cumplimiento al órgano de ejecución. En este sentido, el DS N° 005-2000-JUS, estableció que era de competencia de las unidades receptoras⁸⁸ encargarse de llevar el registro y control laboral diario del penado, informando a la autoridad penitenciaria en caso de incumplimiento, así como de remitirle la constancia de trabajo, una vez cumplida la sentencia. A este efecto, la institución beneficiaria llevaría una hoja de control laboral en donde se consignan las fechas, horas de entrada y salida, la firma y la huella digital del condenado (arts. 22, 23 y 28). 2676

Faltan aún mecanismos de coordinación más directos y efectivos entre la administración penitenciaria y las instituciones beneficiarias. El DS N° 005-2000-JUS y el DS N° 022-2003-JUS⁸⁹ se limitaron a establecer la obligación de coordinar con las instituciones beneficiarias lo concerniente a sus necesidades para efecto de asignación de sentenciados. Dentro de este 2677

⁸⁸ Según el art. 2 de la Ley N° 27030, Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, del 19 de diciembre de 1998.

⁸⁹ DS N° 022-2003-JUS, del 07 de noviembre de 2003, por el cual aprobó el reglamento para la ejecución y supervisión de penas de protección de servicios a la comunidad y de limitación de días libres a cargo de Municipalidades y la PNP.

marco cabría pensarse, por ejemplo, en la preparación de contratos de prestaciones que garanticen un mínimo de calidad en los trabajos realizados, y de las condiciones en que debe trabajar el condenado.

a.2.3. Elección de la pena y del contenido de la prestación

- 2678 El Código, fuera de los pocos casos en que prevé esta sanción como pena autónoma, deja en manos del juez la elección de la pena que debe sustituir a la privativa de libertad. La elección de esta pena como sustitutiva de la pena privativa de libertad no está sujeta a un sistema que la privilegie frente a otras penas de sustitución, como la limitación de días libres o la multa. Esto significa que es el juez quien debe evaluar, de acuerdo a criterios de oportunidad, la conveniencia de imponer esta pena y no otra. Sin embargo, tanto el Código como el CEP no señalan cómo el juzgador puede formar su decisión, asegurando así un mínimo de posibilidades de eficacia del efecto preventivo especial de la pena. El juez dispondrá únicamente de los datos personales del condenado.
- 2679 En nuestro país, a diferencia de otros países en los cuales el servicio de ejecución y control actúa como un órgano consultivo e informa sobre la conveniencia de la imposición de la pena, la elección de la pena es materia sólo judicial. El juez decide, en muchos casos, intuitivamente.
- 2680 En el art. 120, pf. 1, del CEP se precisa que “se tienen en cuenta las aptitudes, ocupación u oficio, edad y estado de salud del penado”. Así mismo, la prestación de servicios debe realizarse de preferencia en el lugar del domicilio del penado (art. 120, pf. 2). La aptitud del condenado debe por tanto ser interpretada de manera amplia, no sólo como la capacidad laboral para el cumplimiento del servicio, sino como el conjunto de condiciones personales que lo hacen apto para el cumplimiento de una prestación específica: experiencia laboral, edad, sexo, nivel de calificación, estado de salud, disponibilidad, etc.
- 2681 Este requisito, sin embargo, no es de aplicación estricta, ya que no siempre es posible adaptar la asignación de servicios a las condiciones personales del condenado. En este sentido, en el art. 34, pf. 2, se establece que la asignación de los servicios se hará “en lo posible”, conforme a las aptitudes del condenado. Por su parte, en el art. 121 del CEP, se señala que estas condiciones deben “tenerse en cuenta” y que debe realizarse una evaluación.
- 2682 El Órgano penitenciario también debe enfrentar algunas dificultades objetivas para ubicar de modo óptimo al condenado en una institución. Por

ejemplo, el citado art. 120 del CEP señala como una limitación el domicilio del condenado, en función de factores como gastos de desplazamiento, posibilidades de control, facilidades para el condenado. Además, en la elección de la prestación a cumplir por el condenado debe apreciarse el tipo de infracción cometida para no atribuirle un servicio que pueda dar ocasión a la reiteración. En efecto, a un condenado por delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas no debe asignársele una prestación relacionada con esta actividad. Del mismo modo, el servidor público que comete un delito de comercialización de desechos sólidos, debe realizar labores cualitativamente diferente a su función anterior.

a.2.4. Consentimiento del condenado

El consentimiento del condenado es un requisito indispensable al momento de imponer la pena de prestación de servicios a la comunidad, muy a pesar de que la ley no lo prevea expresamente. Por tal razón, el art. 34 debe ser interpretado de conformidad con la Constitución y los convenios internacionales, sobre todo porque las disposiciones procesales y administrativas que complementan el art. 34, tampoco establecen reglas precisas sobre dicho requisito. 2683

En el art. 17 del citado DS N° 005-2000-JUS, por ejemplo, sólo establecía, con limitada claridad, que el consentimiento del condenado debía tomarse en cuenta para efectos complementarios, a fin que garantice el cumplimiento exitoso de la pena. Por tanto, el órgano de ejecución se limitaba únicamente a hacer cumplir lo ya dispuesto por el juez, sin considerar si éste obtuvo el consentimiento del condenado antes de decidir. 2684

Para completar el vacío detectado, hay que considerar, por ejemplo, la Convención 29 de la OIT de 1930, sobre el trabajo forzado y su abolición. Así mismo, la CADH y el PICDP. La primera convención define el trabajo forzado u obligatorio como todo trabajo de un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y con respecto al cual éste no se ha mostrado de acuerdo (art. 2, inc. 1). Sin embargo, en esta misma Convención se establece que este término no comprende todo trabajo o servicio exigido a un individuo como consecuencia de una condena pronunciada por una decisión judicial, a condición que este trabajo o servicio sea ejecutado bajo la vigilancia y el control de las autoridades públicas, y que dicho individuo no sea puesto a disposición de particulares, compañías o personas morales privadas (arts. 2, inc. 2, lit c). 2685

- 2686 Por su parte, tanto el PIDCP (art. 8, inc. 3, lit. c) como la CADH (art. 6, inc. 3) señalan que no constituye trabajo forzoso u obligatorio los trabajos o servicios que se exigen normalmente a una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por autoridad judicial competente.
- 2687 En la legislación extranjera y la doctrina, se ha considerado que el trabajo en favor de la comunidad deja de ser forzado u obligatorio desde el momento en que el condenado expresa su asentimiento. Pero hay más de ficción que de realidad en esta condición. La voluntad del condenado es más un eufemismo e influye poco frente a la amenaza de la pena privativa de libertad sustitutiva.
- 2688 La compatibilidad de esta pena con los instrumentos internacionales ha sido más o menos justificada con criterios de interpretación progresiva como el que formuló, en 1980, la CoEDH en el caso Guzzard. Interpretando la CEDH (que contiene una disposición similar a la CADH), la CoEDH señaló que ésta es un instrumento vivo que debe leerse "a la luz de las nociones corrientemente en vigor en los Estados democráticos". La necesidad de buscar alternativas a la pena privativa de libertad, llevó al Comité Europeo a decir que "se puede considerar anormal que estas Convenciones elaboradas teniendo en cuenta diferentes abusos puedan frenar el desarrollo de medidas no privativas de libertad cuando éstas no implican excepciones específicas que autoricen el trabajo obligatorio ejecutado por personas que cumplen una pena privativa de libertad; parece necesario precisar que las Convenciones no deben oponerse a las medidas no privativas de la libertad como el servicio en favor de la comunidad".
- 2689 En definitiva, el consentimiento del condenado permite adecuar mejor esta pena al fin preventivo especial que la orienta. Ya que siendo el trabajo una obligación personal, sólo ejecutable por el condenado, sería inconstitucional imponerlo mediante la fuerza física o la coacción. Así, el condenado debe ser consultado sólo respecto de la posibilidad de cumplir una prestación en favor de la comunidad, mas no sobre los detalles concretos de su ejecución (lugar de ejecución, duración de la pena). Estando dicha condición dentro de la competencia exclusiva del juzgador, mal podría el órgano de ejecución negociar su cumplimiento una vez dictada la sentencia. A la inversa, el juez no es el encargado de establecer las condiciones concretas de cumplimiento y, por tanto, no podría discutir con el condenado sobre las mismas.

Una vez que el condenado haya dado su consentimiento a la ejecución de un servicio en favor de la comunidad debe cumplirlo en las condiciones establecidas. En el Acta de Compromiso, que firma ante la autoridad penitenciaria, se compromete no sólo a ejecutar los servicios que le han sido asignados, sino también a respetar las normas internas de la institución donde va a ejecutar la prestación, así como las del órgano de ejecución. Dificilmente puede reconocérsele la facultad de revocar su consentimiento con posterioridad. 2690

Es de señalar, finalmente, que el consentimiento del condenado no es una confesión de culpabilidad ni tiende a la enmienda o arrepentimiento moral del condenado, es sólo una manifestación de voluntad de ejecutar la prestación del servicio. 2691

En razón a que resulta difícil imaginar que alguien pueda preferir la prisión que realizar un trabajo en favor de la comunidad, es que Vass ha considerado que esta visión "voluntarista" es un "respetable mito" que en la práctica no tiene significación alguna. Debemos, sin embargo, matizar esta afirmación en consideración de nuestro sistema de sanciones. Es verdad que el condenado puede tener cierto margen de maniobra en el marco de la conversión de esta pena, al existir como penas de sustitución la multa o la limitación de días libres. 2692

Así por ejemplo, un condenado solvente puede ser más proclive a pagar una multa que a realizar prestaciones en favor de la comunidad o sufrir limitaciones de días libres. La mayor visibilidad social a la que se expone el condenado en este caso es un criterio decisivo. Empero, este "poder de negociación" del condenado es más limitado si es insolvente. En el mismo Código, se establece que al condenado que devenga insolvente por causas ajenas a su voluntad deberá sustituirse la multa por una pena limitativa de derechos (art. 56, pf. 2). 2693

La misma situación se da en los casos en los que la pena de prestación de servicios es prevista como pena autónoma y alternativa. Salvo el caso del delito de conducción en estado de ebriedad (art. 274), en que se le considera como pena acumulativa a la inhabilitación, en el resto de supuestos aparece como alternativa a la pena privativa de libertad o a la multa. En países como Brasil, Portugal o España, la pena de prestación de servicios a la comunidad es considerada únicamente como pena de conversión o sustitutiva (y no como pena autónoma), por lo que el problema del asentimiento del condenado es menos importante. 2694

a.2.5. Duración y modo de cumplimiento

- 2695 El art. 34, pf. 4, establece que esta pena tendrá una duración entre 10 a 156 jornadas semanales de diez horas cada una, y que debe cumplirse normalmente los sábados y domingos. Sólo de manera excepcional se puede autorizar su cumplimiento en los días útiles. Calculada en términos absolutos, la pena de prestación de servicios a la comunidad deberá cumplirse en un plazo máximo de tres años y podrá alcanzar hasta 1560 horas de prestaciones. Esta duración difiere ligeramente de la establecida en los Proyectos de 1985 y 1986. En éstos, la duración era entre 12 y 144 jornadas de ocho horas cada una, salvo en el caso de conversiones. De *lege ferenda* cabe recordar que en el Proyecto Hurtado, se consideró la remisión de parte de la pena de prestación de servicios a la comunidad impuesta al condenado, atendiendo a lo óptimo de su desempeño (art. 46).
- 2696 La legislación extranjera presenta una duración ostensiblemente menor. En Inglaterra, la "community service" puede durar hasta 240 horas como máximo para un delincuente mayor de 17 años. En Portugal, la pena no puede sobrepasar las 180 horas (art. 60, inc. 3). En Francia, se fija el baremo en 240 horas (art. 131, inc. 8). En Italia, el máximo de horas, tratándose de una conversión simple de una multa, es de 60 horas y, en caso de reemplazar simultáneamente varias multas, la duración puede ser de hasta 480 horas.
- 2697 La opción adoptada por el legislador nacional no parece ser la más adecuada a los fines que se persiguen con esta pena. Fijar el máximo de duración en 1560 horas de trabajo gratuito es excesivo y contraproducente. Si la pena de prestación de servicios a la comunidad está destinada a sustituir las penas privativas de libertad de corta duración, su alcance temporal debe mantenerse igualmente dentro de los límites de una pena limitativa de derechos de corta duración. Al igual que en la pena privativa de libertad, la fuerza simbólica o instrumental de la pena de prestación de servicios a la comunidad no es directamente proporcional a su duración sino a su efectividad. A su vez, la efectividad depende de la capacidad de gestión, control y vigilancia en su cumplimiento.
- 2698 La fijación en 10 horas de cada jornada semanal es demasiado rígida. Hubiera sido mejor fijar como márgenes horarios más flexibles, dentro de los cuales el juez pudiera decidir. Esto permitiría una mejor individualización de la pena. Los días en que debe cumplirse la prestación son, por regla general, los sábados y domingos. Sólo excepcionalmente, como se

ha señalado, podrá autorizarse el cumplimiento de esta pena durante los días útiles.

El DS N° 011-97-JUS, del 29 de octubre de 1997⁹⁰, mantuvo tácitamente dicho criterio al señalar que el trabajo puede realizarse “dentro de los 7 días de la semana” (art. 5, inc. 4).

La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede aplicarse como sustitutiva de penas privativas de libertad no mayores de cuatro años (arts. 32 y 52). La equivalencia es de siete días de pena privativa de libertad por una jornada semanal de prestación de servicios. Esta equivalencia fue introducida mediante la Ley N° 27186, del 20 de octubre de 1999, ya que originalmente la conmutación procedía sólo respecto a penas privativas de libertad de hasta tres años. Un día de pena privativa de libertad equivalía a una jornada semanal de prestación de servicios, lo que daba resultados desproporcionados e incompatibles con los fines de estas penas.

Mediante esta ley, no sólo se racionalizó el régimen de la sustitución, sino que se dio coherencia a los rangos fijados por el art. 53, para el supuesto de una revocación por incumplimiento injustificado de la pena convertida de prestación de servicios a la comunidad. En efecto, para estos casos, la citada disposición estatuye que el retorno a la pena privativa de libertad, originalmente impuesta, se haga descontando a los condenados siete días de privación de libertad por cada jornada de prestación de servicios a la comunidad cumplida antes de decretarse la revocación.

a.2.6. Gratuidad de la prestación

Tratándose de una pena, los servicios realizados por el condenado son gratuitos. Sería inadmisibles que el delincuente obtuviese un beneficio institucionalmente aceptado a través del cumplimiento de una pena. A diferencia del trabajo penitenciario, en el que las labores del condenado son remuneradas, en la prestación de servicios a favor de la comunidad el contenido aflictivo se relaciona no sólo con la privación del tiempo libre, sino con el hecho de tener que ejecutar trabajos sin la obtención de una contraprestación.

⁹⁰ El DS N° 011-97-JUS, del 29 de octubre de 1997 (Manual de procedimientos para la ejecución de las sentencias a penas limitativas de derechos), fue derogado por la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 27030, del 19 de diciembre de 1998.

- 2703 La compatibilidad de la pena de prestación de servicios a la comunidad con el postulado constitucional que prescribe que “nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución”, se funda en las consideraciones señaladas anteriormente con relación al consentimiento del condenado. Es decir, el asentimiento del condenado en cumplir la pena supone la aceptación de las condiciones de su ejecución, entre ellas, la de realizar el servicio sin ser remunerado. Por tanto, en la medida en que el condenado sea informado de esta característica de la pena y acepte, “se obliga” a realizar el trabajo sin retribución.
- 2704 La gratuidad de la prestación no implica que el condenado deba asumir el gasto por desplazamiento al lugar en que debe efectuar el servicio. El condenado sólo aporta gratuitamente su fuerza de trabajo. Lo contrario es contraproducente para la efectividad de la pena. El condenado podría argumentar la falta de medios para desplazarse a efecto de incumplir el servicio.

a.3. Aplicación práctica

- 2705 La aplicación de esta pena en nuestro país evoluciona favorablemente. En el periodo de 1994 a junio de 1997, las estadísticas muestran un primera fase de aplicación incipiente (1994: 34 penas), luego una fase de aparente consolidación (1995 y 1996: 117 y 177 penas, respectivamente) para finalmente percibirse una disminución de su nivel de aplicación (1997: 39 penas). Sin embargo, en la década siguiente las cifras reflejan un notable incremento tanto en el registro de unidades receptoras (2007: 998) como en penas aplicadas (2007: 2539).
- 2706 Las instituciones beneficiadas son principalmente los colegios y municipalidades. Los comedores populares, las asociaciones de madres, los centros de salud, la división de menores de la Policía Nacional, o los hospitales, se han beneficiado en menor proporción. Un primer balance sobre estos datos permite afirmar que se debe ampliar la lista de instituciones y desconcentrar las prestaciones.
- 2707 Las prestaciones que mayormente se asignan a los condenados son, por ejemplo, las de mantenimiento y de limpieza, jardinería, cocina. En menor medida, se cuentan labores de administración, de seguridad y guardianía, de auxiliar, albañilería, mecánica, etc. Un grupo mínimo está constituido por profesiones, como las de médico, ingeniero, abogado, trabajador social o profesor.

Cabe señalar, finalmente, que según la Directiva N° 04-2007-INPE, la organización, asignación y supervisión de la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad corresponde a la Oficina de Medio Libre y Penas Limitativas de derechos de la Oficina General de Tratamiento del INPE. 2708

b. Pena de limitación de días libres

b.1. Generalidades

En el derecho extranjero ha sido frecuente la regulación de penas privativas de libertad de ejecución fraccionada como el arresto de fin de semana. Esta modalidad punitiva determinaba el internamiento y la permanencia discontinua del condenado en un centro carcelario por periodos breves que tenían lugar los días sábados, domingos o feriados. Según la doctrina, esta sanción podía imponerse como pena autónoma para delitos leves o culposos y, también, como pena sustitutiva de las penas privativas de libertad de corta duración o las impuestas por el incumplimiento del pago de la pena de multa⁹¹. La primera modalidad fue seguida en el Proyecto de CP español de 1983 (arts. 34 y 36), la segunda, en el CP portugués de 1982 (art. 44) y en el CP colombiano de 2000 (art. 40). 2709

A pesar de constituir una privación de libertad, presenta efectos positivos. En especial porque “no obliga al delincuente ni a abandonar su familia ni a dejar su trabajo”⁹². En la experiencia nacional, sólo en el Proyecto Alternativo se consideró la aplicación de una pena de arresto de fin de semana. Sin embargo, ella fue concebida como forma alterna de ejecución de la pena privativa de libertad que sustituía a una pena de multa no pagada (art. 39). 2710

El Código no reguló la pena de arresto de fin de semana. Siguiendo el CP brasileño de 1984, se incluyó la *pena de limitación de días libres*, cuya principal característica es ser ajena, en su diseño y organización, a todo régimen institucionalizado o cerrado propio de un centro penal. Por el contrario, su régimen de ejecución es flexible, variado y tiende a la autorregulación. 2711

b.2. Concepto y denominación

La pena de limitación de días libres restringe el derecho al tiempo libre, y consiste en obligar al condenado a permanecer entre 10 y 16 horas, los días sábados, domingos y feriados, en un establecimiento no carcelario. 2712

⁹¹ SAINZ CANTERO, 1978, p. 235 ss.; GARCÍA VALDÉZ, 1986, p. 352 ss.

⁹² GIMBERNAT, 1979, p. 582.

- 2713 Si bien en el Código se encuentra prevista como una pena limitativa de derechos (diferente, por tanto, de la pena privativa de libertad y de las restrictivas de libertad), lo cierto es que su aplicación restringe también la libertad ambulatoria del condenado. Por esto, se le considera a veces como una variante de la privación de libertad⁹³. De modo que para designar a esta pena, en la doctrina, se utilizan diversas denominaciones. Por ejemplo, “arresto de fin de semana”⁹⁴, “*prisão por dias livres*”⁹⁵, “*arresto saltuario*”⁹⁶, “*prisão de fim de semana*”⁹⁷. En el CP brasileño, se le llama *limitação de fim de semana*. Respecto a esta legislación, Da Costa, señala que el legislador ha seguido una técnica legislativa imperfecta, pues tanto esta pena como la prestación de servicios a la comunidad no tienen nada que ver con la restricción de derechos. Propone denominarla “pena alternativa”⁹⁸. Esta denominación es, sin embargo, inconveniente por ser demasiado general, ya que la multa u otras penas pueden considerarse también como penas alternativas.
- 2714 La formulación “limitación de días libres”, adoptada ya en el Proyecto de 1989 y mantenida en el Código vigente, es preferible a las demás. Con esta designación se comprende no sólo los fines de semana, sino también los días feriados.

b.3. Naturaleza jurídica

- 2715 Diferenciar esta pena de las demás es tarea ardua. Si se toma al pie de la letra la expresión utilizada para denominarla, se puede pensar que es una pena privativa de libertad de ejecución fraccionada⁹⁹. Esta falsa apariencia desaparece cuando se tiene en cuenta que es ejecutada en un centro que no debe ser un establecimiento carcelario. Por tanto, no debe ser confundida, por ejemplo, con el arresto de fin semana que regulaba el CP español de 1995¹⁰⁰, pues en su art. 37, inc. 2, se estableció que el cumplimiento de dicha

⁹³ En este sentido: PRADO, 2000, p. 90; MANTOVANI, 1980, p. 735; LOPEZ ROCHA, 1986, p. 38; FIGUEIREDO, 1985, p. 391.

⁹⁴ Esta es la denominación asumida tanto en el CP español de 1995 (art. 35) como en la doctrina en general.

⁹⁵ FIGUEIREDO, 1985, p. 390; GONÇALVES, 1996, p. 301.

⁹⁶ MANTOVANI, 1980, p. 735.

⁹⁷ FRAGOSO, 1986, p. 324.

⁹⁸ DA COSTA JR., 2007, p. 281.

⁹⁹ PRADO, 2000, p. 90.

¹⁰⁰ Identifican esta pena al arresto de fin de semana: PEÑA CABRERA, 1995, p. 517 ss.; BRAMONT ARIAS, 1995, p. 210. Por el contrario establece la distinción: PRADO, 2000, p. 92.

pena “tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos en el *establecimiento penitenciario* más próximo al domicilio del arrestado”¹⁰¹.

Esta pena es, a su vez, diferente de otras sanciones similares como la semi-detención del CP portugués de 1982 (art. 45), la pena de localización permanente que preveía el CP español de 1995 (art. 37) o la prisión domiciliaria del CP colombiano de 2000 (art. 38). No es correcto, entonces, calificar a la pena de limitación de días libres como una forma de arresto¹⁰². También es erróneo, según nuestra ley, afirmar que dicha pena implica una privación de libertad “fraccionada, interrumpida o discontinua con el consiguiente ingreso de la persona a un centro carcelario”¹⁰³. A diferencia de la pena de prestación de servicios a la comunidad, la pena de limitación de días libres no puede ejecutarse durante los días útiles de la semana.

b.4. Antecedentes y fuente legal

Prevista por primera vez en el Proyecto de 1989 (art. 39), fue conservada, con ligeras modificaciones de forma, en el Proyecto de 1989; luego fue mantenida tanto en el Proyecto de 1990 (art. 39) como en el actual Código (art. 35).

El modelo seguido por el legislador es el previsto en el art. 48 del CP brasileño, en el que se estatuye que la “limitación de fin de semana consiste en la obligación de permanecer, los sábados y domingos, por cinco horas diarias, en casa del albergado o en otro establecimiento adecuado. Durante la permanencia se podrá suministrar al condenado cursos y conferencias o asignársele tareas educativas”.

Las diferencias con el modelo seguido radican en la duración de la pena por cada fin de semana (duración de diez a dieciséis horas por jornada), en los días en que puede ser aplicada (inclusión de los días feriados) y en el carácter imperativo y no potestativo de las actividades educativas a realizar durante su ejecución.

b.5. Finalidad político criminal

Se busca limitar los inconvenientes propios a la ejecución discontinua de la pena de limitación de días libres y superar los efectos derivados de la

¹⁰¹ Esta descripción de la pena determina que exista unanimidad en la doctrina española en catalogarla como una pena privativa de libertad de corta duración. Cfr. en este sentido: CEREZO, 1996, p. 21; SOBREMONTÉ, 1982, p. 562; PRATS, 1996, p. 33; GIMBERNAT, 1980, p. 182.

¹⁰² VILLA, 2008, p. 494.

¹⁰³ VELÁSQUEZ, 2009, p. 1054.

ejecución discontinua de la pena privativa de libertad¹⁰⁴. Así mismo, no desarraigar de su entorno social y familiar al condenado. De esta manera, el Estado interviene para lograr integrarlo socialmente. Por tanto, esta pena se encuentra conforme con los objetivos de prevención especial positiva reconocidos en la Constitución.

- 2721 No obstante, el éxito de su aplicación depende de diversos factores, como por ejemplo, la debida elección de sus destinatarios, la adecuada selección y administración de los cursos a impartir, la disponibilidad de locales idóneos para su ejecución, la existencia de personal docente debidamente preparado para esta tarea, su razonable duración y, claro está, el debido control que debe ejercer el órgano a cargo de su supervisión.

b.6. Características

b.6.1. Destinatario

- 2722 La pena de limitación de días libres está destinada a ser impuesta por la comisión de delitos de poca gravedad. En general, es recomendable aplicarla a delincuentes juveniles (entre dieciocho y veinticinco años). Puede ser impuesta también a delincuentes primarios, incurso en la comisión de determinados infracciones como los delitos de tráfico, contra la familia, contra el orden económico o infracciones cometidas con ocasión de manifestaciones deportivas.
- 2723 En el caso de los delitos de tráfico, la índole de la infracción se presta para que el condenado reciba orientaciones destinadas a evitar la comisión de futuras infracciones del mismo tipo. Tratándose del delito de omisión de asistencia familiar, su aplicación depende de que el condenado pueda pagar la pensión alimenticia y reciba orientaciones sobre sus responsabilidades familiares. Con relación a jóvenes violentos en los espectáculos deportivos, esta pena puede funcionar como una medida de seguridad.
- 2724 Según la escala de conversiones del art. 52, se puede aplicar esta pena en lugar de una pena privativa de libertad no mayor a cuatro años. El juzgador deberá tener en cuenta, aunque el Código no establezca expresamente este requisito, la personalidad del condenado a efectos de determinar si su aplicación resulta idónea desde la perspectiva de su finalidad político criminal. Es posible, por ejemplo, imponerla a un reincidente que acaba de cumplir una pena privativa de libertad y ha cometido un delito leve.

¹⁰⁴ SAINZ, 1978, p. 235 ss.; GARCÍA VALDÉZ, 1986, p. 352 ss.

Cabe anotar que para poder imponer esta pena a través de la conversión, 2725 debe comprobarse que no es posible imponer la reserva de fallo condenatorio o la suspensión de la ejecución de la pena.

b.6.2. Contenido de la pena

Su contenido no está determinado por el hecho de la permanencia física 2726 del condenado en un establecimiento cerrado, sino por su participación en actividades educativas. El condenado debe recibir orientaciones tendentes a su rehabilitación. Por esto, se le puede calificar como pena-tratamiento.

Tanto en el CEP (art. 122) como en las disposiciones complementarias, se 2727 repite lo establecido en el Código (art. 35). El sentenciado debe ser evaluado por los profesionales del equipo de tratamiento a efecto de determinar las orientaciones psicológicas o las tareas educativas que resulten pertinentes. Esta evaluación permitirá adaptar el tratamiento a las necesidades del condenado. La determinación de las tareas educativas debe contemplar programas de atención integral al condenado, por parte de la asistente social y del psicólogo. Este régimen fue ratificado por el derogado DS N° 005-2000-JUS (art. 16) y Ley N° 27030 (arts. 9, lit. e, 10 y 16¹⁰⁵).

La identificación de los programas educativos, así como la modalidad de 2728 enseñanza deben ser objeto de una discusión multidisciplinaria. Siendo los destinatarios personas adultas y que han cometido un delito, el contenido de la pena debe ser especializado. Las decisiones al respecto estarán ciertamente condicionadas por los costos y la duración promedio de la condena.

b.6.3. Horario y duración de la pena

Los horarios deben ser reglamentados de tal manera que faciliten su cum- 2729 plimiento efectivo. El Código se limita a señalar que las jornadas deben durar en general entre 10 y 16 horas. En el art. 5, inc. 4, del derogado DS N° 011-97-JUS, se estableció que la pena se cumpliría los días sábados, domingos y feriados "a razón de cinco horas diarias". Si bien la Ley N° 27030 no hace mención expresa a los días del cumplimiento de esta pena, sí se ha hecho mención a que será el Jefe del Órgano Técnico quien deberá presentar

¹⁰⁵ El art. 16 de la citada Ley N° 27030, Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, fue introducido por el art. 2 de la Ley N° 27935, del 12 de febrero de 2003.

al sentenciado ante la correspondiente unidad receptora, mediante un oficio en la cual constará el horario que éste habrá de cumplir (art. 9, inc. d.2).

b.6.4. Lugar y modo de cumplimiento

- 2730 Las penas de limitación de días libres se deben cumplir en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario. Estos establecimientos estarán a cargo de la administración penitenciaria. En particular, bajo la dirección de la Oficina de Medio Libre y Penas Limitativas de Derechos de la Oficina General de Tratamiento del INPE, según se dispone en el art. 31 del Reglamento de Organización y Funciones del INPE (Res. Min. N° 040-2001-JUS, del 02 de febrero de 2001).
- 2731 A este órgano corresponde disponer la evaluación del sentenciado para la asignación de tareas educativas, así como el control de la asistencia del mismo. Para tal efecto, los condenados deben registrar su concurrencia en un libro de control y firmar y estampar su firma o huella digital en una planilla individual en la que se consigna la fecha y actividad realizada, así como la hora de entrada y salida (según se disponía en el art. 22 del DS N° 005-2000-JUS).
- 2732 Las normas complementarias no especifican cómo están constituidos los equipos encargados de orientar a los penados. El CEP sólo establece que los establecimientos de ejecución contarán con los profesionales necesarios para orientar al penado a efectos de su rehabilitación (art. 123, *in fine*). Por su parte, el art. 4 del DS N° 011-97-JUS, y luego la Ley N° 27030, señalaron qué especialistas en asistencia social y psicología serían los encargados de evaluar al sentenciado y emitir opinión sobre el tratamiento a aplicar, así como de brindarle atención integral.

b.7. Ejecución

- 2733 A pesar del relativo optimismo existente en la doctrina respecto a las posibilidades de aplicación de esta pena¹⁰⁶, la realidad nos muestra una situación diferente. De acuerdo con los datos estadísticos del INPE, ésta no ha sido aplicada en igual proporción que la prestación de servicios a la comunidad. Las razones que explican esta lamentable constatación son de

¹⁰⁶ PRADO, 2000, p. 94.

distinto orden. Sin embargo, entre ellas destacan la falta de establecimientos especializados y la apatía judicial por su aplicación.

Desde el punto de vista técnico-legislativo, la imposición de penas de limitación de días libres está sujeta a algunas dificultades. Entre ellas, la elección y determinación del *quantum* de la pena. Como ya lo señalamos, en el caso de pena de prestación de servicios a la comunidad, el juez no cuenta con ningún tipo de ayuda para decidir sobre el particular en la sentencia. Además, la decisión de aplicar una pena de limitación de días libres, como sustitutiva de penas privativas de la libertad, implica necesariamente un análisis de riesgo respecto a las probabilidades de reincidencia, que se adiciona a las exigencias y valoraciones propias de la individualización de la pena. El juez, en estos casos, debe tener en cuenta los siguientes indicadores de riesgo:

- El número e índole de los delitos anteriormente cometidos;
- El número de sentencias condenatorias a penas privativas de libertad;
- La edad en que el condenado cometió la primera infracción y en que sufrió la primera privación de libertad;
- El abuso de drogas y alcohol;
- La necesidad de una terapia contra el alcohol o la droga;
- El record laboral;
- La necesidad de educación¹⁰⁷.

Estos criterios permiten clasificar en categorías, de acuerdo con el nivel de riesgo, a los condenados e individualizar correctamente la pena de limitación de días libres que se aplique como pena sustitutiva. 2734

c. *Pena de inhabilitación*

c.1. *Generalidades*

Se discute mucho sobre la índole jurídica de la inhabilitación. Para algunos se trata de una pena y para otros de una medida de seguridad¹⁰⁸. En nuestra legislación, siempre ha sido considerada como una pena¹⁰⁹. 2735

¹⁰⁷ JUNGER-TAS, 1994, p. 46.

¹⁰⁸ MANZANARES, 1981, p. 41 ss.

¹⁰⁹ PEÑA CABRERA, 1995, p. 383 ss. Es de anotar que en el Proyecto de la Comisión Revisora Especial

- 2736 Privar a una persona del ejercicio de uno o varios derechos políticos, civiles o económicos; así como de funciones, profesiones, artes u oficios, tiene un sentido fuertemente punitivo, aunque menos grave que otras penas.
- 2737 En ese sentido, la inhabilitación impone la privación o suspensión del goce de uno o más derechos, pero de forma diferente a como se hace con la pena privativa de libertad o la pecuniaria¹¹⁰. Así por ejemplo, con la pena de inhabilitación se sancionan, sobre todo, actos que violan deberes especiales o que implican el abuso de posiciones de poder, de capacidades o de habilidades técnicas. Por ejemplo, en el caso de la comisión de delitos por funcionarios o servidores públicos, el art. 36, inc. 4, prevé la inhabilitación profesional, por la cual se incapacita para ejercer actividades de comercio, arte o industria¹¹¹.

c.2. Clases de inhabilitación

- 2738 La utilidad político criminal de la pena de inhabilitación es innegable, pero son discutibles su oportunidad y alcances. En particular, respecto a los sistemas que, como el peruano prevén, según el modelo español, las formas absoluta y perpetua. Las consecuencias graves y amplias de carácter retributivo que tiene sobre los derechos del condenado pueden tener efectos estigmatizadores e infamantes¹¹².
- 2739 Con el objeto de contrarrestar el carácter altamente represivo de esta pena, en el Código se reformó su estructura, previéndose las formas de inhabilitación especial y temporal, y los tipos de inhabilitación impuestas como pena principal o accesoria.

c.3. Incapacidades impuestas al condenado

- 2740 En el art. 36, se establece el tipo de inhabilitación que puede imponerse al condenado (incapacidades, suspensiones o restricciones):
- Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.

de 2008/2009, se incluye una nueva medida de seguridad denominada *restricción de derechos y facultades*; la misma que consiste en imponer, con fines de control y vigilancia, limitaciones o prohibiciones a imputables o imputables relativos que lo requieran según el art. 79.

¹¹⁰ ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR, 2000, p. 931 ss.; VELÁSQUEZ, 2009, p. 1061.

¹¹¹ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 694.

¹¹² INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 1986, p. 79 ss.

- Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
- Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.
- Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.
- Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
- Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego.
- Incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia condenatoria por delito doloso con pena privativa de libertad superior a cuatro años; medida que debe ser impuesta en forma obligatoria en la sentencia.
- Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.
- Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

Corresponde al juez seleccionar e imponer en la sentencia condenatoria el tipo de inhabilitación que resulte adecuada a las características del delito cometido y a la condición o *modus operandi* de su autor. Al respecto, es pertinente destacar que en el AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008¹¹³, se afirma que en “la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incs 3, 4 y 8 del art. 36, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena”.

¹¹³ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, F.J. 8.

c.4. Tipología: inhabilitación principal y accesoria

- 2742 En el art. 37 se estipula que la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria. Es principal cuando la inhabilitación está prevista en el mismo tipo penal de la parte especial del Código (o en sus leyes penales complementarias o accesorias). Sobre esta problemática, el citado AP N° 2-2008/CJ-116¹¹⁴, añadió que, aún cuando algunos tipos legales (p. ej., los arts. 177, 181-B y 398), señalen que la inhabilitación conminada es accesoria, en realidad, por su propia ubicación sistemática, debe entenderse que es principal.
- 2743 El Código estatuye la pena de inhabilitación accesoria en dos casos. Primero, según el art. 39, cuando el delito cometido por el agente, el cual no teniendo previsto una pena de inhabilitación principal, representa por su naturaleza o modo de ejecución la infracción de un deber especial del autor o el manifiesto abuso de una atribución o facultad que aquél posee por razón de su cargo, profesión o industria. En segundo término, conforme al art. 40, estaremos frente a una pena de inhabilitación accesoria cuando el agente ha realizado un delito culposos de tránsito, previéndose la “suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo” (art. 36, inc. 7)¹¹⁵
- 2744 En la ES del 22 de enero de 1993, Exp. N° 1982-92-A Lima, por ejemplo, la inhabilitación accesoria fue aplicada de manera correcta. Se trata del caso de un padre, quien infringiendo los deberes especiales derivados de dicha condición familiar, atentó contra la libertad sexual de sus hijas. Los jueces argumentaron que “de la revisión de la sentencia recurrida se aprecia que el Colegiado no ha impuesto ninguna pena accesoria al encausado, no obstante que el art. 39 señala expresamente que es procedente la imposición de la pena de inhabilitación como accesoria, cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye violación de un deber inherente a la patria potestad; que conforme a lo preceptuado por los arts. 418 y 419 del CC, los padres tienen el deber de cuidar la persona y bienes de sus menores hijos y el ejercicio de la patria potestad les es conferido conjuntamente a ambos, los mismos que se constituyen en los representantes legales de los

¹¹⁴ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, FJ. 7.

¹¹⁵ Sin embargo, en los casos de los delitos de homicidio culposos (art. 111) o de lesiones culposas (art. 124), se ha previsto la imposición de la pena de inhabilitación principal cuando éstos han sido cometidos mediante la conducción de vehículos bajo efectos del alcohol o drogas, o inobservando reglas técnicas de tránsito.

menores; que, con la actitud tomada por el acusado (...), cuya culpabilidad ha quedado acreditada, se ha vulnerado el referido deber y derecho de padre, por lo que se debe hacer acreedor a la pena accesoria de inhabilitación contemplada en el numeral anteriormente señalado”¹¹⁶.

También fue correcta la decisión adoptada en el caso de un delito culposos 2745 ocasionado al conducir un vehículo a motor sin respetar el deber objetivo de cuidado¹¹⁷. Se trató de la ES del 19 de noviembre de 1998, Exp. N° 2571-97, la cual afirmó que “conforme a lo establecido en el art. 40, la pena de inhabilitación puede imponerse como accesoria para la comisión de los delitos culposos de tránsito, por lo que no habiéndose aplicado al presente caso, y en concordancia con el art. 36 del mismo texto legal, cabe integrar la sentencia venida en grado y aplicar dicha pena accesoria”.

c.5. Duración de la inhabilitación

Conforme al art. 38, la duración de la pena de inhabilitación principal es 2746 de seis meses como mínimo y de cinco años como máximo. Sólo según el Proyecto de 1986, su duración era hasta 10 años (art. 59). En algunas leyes penales complementarias, se han establecido límites máximos superiores. Por ejemplo, en la Ley N° 27765, Ley penal contra el lavado de activos, su límite máximo es de hasta seis años (art. 4), y en el DLeg N° 813, Ley de delitos tributarios, es de hasta siete años (art. 6).

En cuanto a la duración de la pena de inhabilitación accesoria, se ha plan- 2747 teado un problema interpretativo. El art. 39, *in fine*, sostiene que ésta se “extiende por igual tiempo que la pena principal”. Un sector de la doctrina ha entendido que la duración de esta pena depende de la duración de la pena privativa de libertad principal. Sin embargo, otro sector, ha rechazado este criterio por la incoherencia que supone el que la pena de inhabilitación accesoria, de menor rango, podría durar más que la pena de inhabilitación principal.

Esta cuestión fue resuelta en el referido AP N° 2-2008/CJ-116¹¹⁸, precisán- 2748 dose que “en el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el art. 39 debe interpretarse

¹¹⁶ ES del 22 de enero de 1993, Exp. N° 1982-92-A Lima.

¹¹⁷ ESUP del 19 de noviembre de 1998, Exp. N° 2571-97, emitida por la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

¹¹⁸ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, F.J. 9.

sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el art. 38. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años”.

- 2749 La pena de inhabilitación principal o accesoria se cumplirá simultáneamente a la pena privativa de libertad efectiva impuesta conjuntamente. No cabe, por tanto, la ejecución posterior de las penas de inhabilitación.
- 2750 La pena de inhabilitación tampoco ha sido aplicada correctamente, aunque no en la medida en que ha sucedido con la pena de multa. Por ejemplo, los jueces han omitido reiteradamente imponer la pena de inhabilitación conjunta conforme lo prevé el art. 426 para los delitos contra la administración pública (Capítulos II y III del Título XVIII del Código). Así mismo, corrigiendo los errores derivados del no requerimiento de la imposición de esta pena en la acusación, por parte de algunos fiscales, al respecto, el AP citado¹¹⁹ afirmó que “es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta –en el presente caso la inhabilitación– está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas”.
- 2751 Se ha incurrido también en el error de aplicar la pena de inhabilitación accesoria a pesar de que la ley impone la inhabilitación principal. Por ejemplo, en la ES del 23 de octubre de 1997, Exp. N° 4794-96 Huánuco¹²⁰, se impuso pena de inhabilitación accesoria al médico culpable de realizar maniobras abortivas, en lugar de inhabilitación principal y conjunta, según el art. 117.

¹¹⁹ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, F.J. 12, pfs. C y D.

¹²⁰ ES del 23 de octubre de 1997, Exp. N° 4794-96, Huanuco.

Otra incorrección consiste en calificar a la pena de inhabilitación principal y conjunta del art. 426 como pena de inhabilitación accesoria. En la ES del 6 de marzo de 1998, Exp. N° 5833-97-Lima¹²¹, se llega, incluso, a afirmar que “según lo dispuesto por el art. 426, los delitos comprendidos en los capítulos segundo y tercero del Título XVIII del Código tendrán como pena accesoria inhabilitación de uno a tres años conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36”.

En igual error se incurre en la ES del 21 de julio de 1997, Exp. N° 5833-97-Lima¹²². En ésta, no sólo se considera que se trata de una pena de inhabilitación accesoria, sino que, además, aplicando erróneamente lo dispuesto en el art. 39, se dispone que el término de duración de la inhabilitación en un delito de abuso de autoridad deberá ser el mismo de la pena principal (privativa de libertad), desconociendo así los límites legales fijados en el art. 426. Se sostuvo que “nuestro Código, en sus arts. 37, 38 y 39, la inhabilitación es establecida como pena principal o accesoria, extendiéndose en el primer caso de seis meses a cinco años, mientras que en el segundo caso se extiende por igual tiempo de la pena principal; que en el caso de autos, se tiene que al acusado (...) se le ha impuesto además de la pena privativa de la libertad, la pena accesoria de inhabilitación, por lo que la misma debe extenderse por el plazo de la pena principal; que, no obstante ello, el Colegiado ha fijado un término menor fijado para la pena principal”. Con estos fundamentos, se anuló la sentencia en la parte que inhabilita al sentenciado por el término de tres años, reemplazándola por una pena accesoria de inhabilitación por el término de cuatro años, conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36¹²³.

c.6. Modo de ejecución de la pena

Un aspecto no abordado por el Código ni por las normas procesales vigentes, es el concerniente al modo de ejecución de las penas de inhabilitación. Ello ha motivado que en su imposición resulte intrascendente sus efectos de suspensión o restricción de derechos y facultades. Por esto la Corte Suprema¹²⁴, mediante el AP N° 2-2008/CJ-116 señaló que “la ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena

¹²¹ ES del 6 de marzo de 1998, Exp. N° 5833-97, Lima.

¹²² ES del 21 de julio de 1997, Exp. N° 2588-97, Lima Norte.

¹²³ ES del 16 de julio de 1997, Exp. N° 3753-96, Huaura.

¹²⁴ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008.

principal o accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria, el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el art. 332 del CdePP. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al INPE y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al juez penal competente para dar inicio al proceso de ejecución”.

- 2755 Será, pues el juez penal quien proceda con el siguiente procedimiento: “notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (art. 368). Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los arts. 2030 y 2032 del CC. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (art. 36, incs. 1 y 2), remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectados. Si la privación o la incapacitación se refieren a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (art. 36, incs. 1, 2 y 3), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.
- 2756 Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al colegio profesional respectivo o a la Federación de colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.
- 2757 Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio pertinente o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.
- 2758 Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como –si correspondiere– a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogida.

miento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó. 2759

El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al juez penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente –nacional, regional o municipal– y, en todo caso, a la policía. Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión –claro está– de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente¹²⁵. 2760

El Anteproyecto de CP de 2009 conserva en lo esencial la actual regulación de la pena de inhabilitación. Entre los pocos cambios que se proponen cabe destacar la ampliación de los límites de duración de las penas de inhabilitación principal y accesoria: de un año hasta 10 años (art. 37). Así mismo, se prevén nuevas restricciones y prohibiciones, como las de no residir o no frecuentar determinados lugares, no aproximarse a la víctima, a sus familiares o a otras personas que indique el juez; o de no comunicarse con ellas (art. 35). 2761

c.7. Comienzo de la ejecución de la pena e impugnación

Uno de los aspectos no resueltos por el AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, pero sí discutido en el AP N° 10-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009¹²⁶, ha sido el referente al comienzo de la ejecución de la pena de inhabilitación en el supuesto que la sentencia que la impuso haya sido objeto de impugnación. Así mismo, su relación con la vigencia paralela de dos sistemas procesales en los diferentes distritos judiciales del país. 2762

Este no es un minúsculo problema en razón de la vigencia paralela del CdePP y el NCPP, cuyas reglas de ejecución de sentencia y de efectos de la impugnación, divergen. Por tanto, el problema se presenta en la ejecución 2763

¹²⁵ AP N° 2-2008/CJ-116, Fs.Js. 15 y 16.

¹²⁶ V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema, del 13 de noviembre de 2009.

de la pena de inhabilitación impuesta en primera instancia, esto es, si ésta debe ser ejecutada inmediatamente a dicha condena independientemente que exista un recurso impugnatorio pendiente de ser resuelto.

- 2764 El art. 402, inc. 1, NCPP, señala: “La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos”. Así mismo, el art. 412, inc. 1 se dispone: “Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere”. En consecuencia, conforme a esta última norma, se advierte que por disposición expresa de la ley (art. 402, inc. 1) la pena de inhabilitación no puede ser ejecutada provisionalmente si existiese un recurso de apelación de sentencia en vigor. Siendo así, queda claro que en los procesos penales donde se aplica el NCPP rige un sistema de ejecución suspendida, por ello, un recurso de apelación de sentencia que cuestione el extremo de la imposición de una pena de inhabilitación, *tiene efecto suspensivo*, por lo que será el tribunal de segunda instancia quien, mediante sentencia de apelación, levante la suspensión y disponga la ejecución de esta pena.
- 2765 En cuanto a los procesos penales tramitados conforme el CdePP, rige lo previsto en su art. 330. Según esta disposición la: “sentencia condenatoria se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad”. Por tanto, en el sistema del CdePP rige el sistema de ejecución provisional de la pena de inhabilitación, esto es, que ésta debe ser ejecutada a pesar de la eventual existencia de una apelación de sentencia (en procesos sumarios) o un recurso de nulidad de sentencia (en procesos ordinarios). Será el órgano jurisdiccional superior quien decida si confirma la ejecución o si la revoca.
- 2766 Así por ejemplo, frente a una sentencia condenatoria por el delito de usurpación de funciones, previsto en el art. 361, el cual conmina una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años y una pena de inhabilitación principal de entre uno a dos años, conforme este sistema divergente en materia de impugnación de la pena de inhabilitación, se tiene, por un lado, que de acuerdo con el NCPP la ejecución de esta pena impuesta –en el delito de usurpación de funciones– se suspende hasta que el Tribunal de Apelaciones emita un pronunciamiento que disponga su inmediata ejecución. Por otro, en los procesos regidos por el trámite previsto en el CdePP, corresponde la ejecución inmediata (o provisional) de la pena de inhabilitación impuesta en la sentencia condenatoria de primera instancia,

a pesar que ésta no haya adquirido firmeza, en aplicación de lo dispuesto en su art. 330.

IV. Pena de multa

1. Realidad socio-económica

En muchos países desarrollados, la pena de multa constituye, actualmente, 2767 junto a la pena privativa de la libertad, uno de los medios más importantes del sistema punitivo¹²⁷. El objetivo buscado con la previsión de la pena de multa es el de evitar la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración¹²⁸.

Respecto a su evolución en las sociedades desarrolladas, se ha afirmado 2768 que: “la revolución francesa recurrió a la pena privativa de la libertad porque, como Montesquieu lo había formulado, la libertad es el bien que permite gozar de todos los demás”. Esta función clave es actualmente asumida por el dinero que se consolida como una especie de libertad materializada.

La multa aparece como una sanción de innegable carácter económico que 2769 no ha estado exenta de cuestionamientos¹²⁹. Así, Franz von Liszt¹³⁰ afirmó que esta clase de pena: “no sólo es inútil, sino que provoca prejuicios más graves que los que produciría la impunidad completa del delincuente”. Esta inutilidad tendría su razón de ser, según sostiene este sector doctrinario, en que no serviría para reeducar al detenido; perjudicando, además, tanto al desarrollo de la vida familiar y profesional del condenado, como afectándolo económicamente por los costos excesivos de la multa.

2. Evolución legislativa

Los autores del proyecto del CP de 1924 estimaron, expresamente, que: “la 2770 principal dificultad de esta pena ha consistido en la desigualdad que entra-

¹²⁷ Cfr. Cf. DOLGE, BK, art. 34, p. 1 ss. [DOLGE Annette, ART. 34, IN NIGGLI, Marcel/ WIPRÄCHTIGER Hans, Strafrecht I. Basler Kommentar, 2a ed. Berna 2007]; JESCHECK/ WEIGEND, § 73 I.

¹²⁸ VON LISZT, 1883, p. 1; BONNEVILLE, 1864; STOOS, 1878.

¹²⁹ HURTADO POZO, 1979. El sistema días-multa fue previsto en diversos códigos penales de Latinoamérica: Perú (1924), El Salvador (1973), Cuba (1936), Costa Rica (1971), Bolivia (1973), Brasil (1969), Panamá (Proyecto de CP de 1969), Argentina (Proyecto de CP de 1974-75), CP Tipo para Latinoamérica.

¹³⁰ VON LISZT, 1905, p. 347.

ñaba cuando se imponía el pago de cantidades determinadas a personas de diferente condición económica”¹³¹ e, implícitamente, que el inconveniente mayor era el de su conversión automática en pena de prisión cuando no era cancelada. Sin embargo, consideraron esta conversión como un medio “ventajoso” y además su posible reemplazo por “la prestación obligatoria de trabajo diurno”¹³².

- 2771 Para combatir los defectos de la multa tradicional se recurrió al modelo de los días-multa¹³³. Este modelo presenta una doble naturaleza: a) *principal*, cuando es prevista como pena única o alternativa para reprimir al responsable de una infracción; y, b) *accessoria*, cuando su aplicación está supeditada a la imposición de otra pena aplicada como principal (como en el caso en que el agente hubiere actuado con fines de “lucro o por codicia”) o cuando no estuviere establecida para el delito cometido (art. 25 del CP de 1924).
- 2772 A pesar de las mejoras que significó la nueva regulación legislativa, no se lograron los efectos esperados. El sistema de días-multa, defectuosamente regulado, nunca fue realmente comprendido por los órganos judiciales. En el momento de la determinación de la multa, no se distinguió entre la etapa de la determinación de la renta del procesado (para precisar la unidad punitiva o día-multa), y la etapa consistente en la fijación del número de estas unidades, de acuerdo con la índole del delito y la culpabilidad del agente.
- 2773 Otro problema que se presentó fue que las penas de multa impuestas no fueron generalmente ejecutadas, debido a la falta de un sistema administrativo destinado a hacer efectivo su pago. Esto último quedó evidenciado por el hecho que la Caja de indemnizaciones de las víctimas, donde debía depositarse el producto de la ejecución de las multas (art. 47 del CP de 1924), nunca se hizo realidad, pese a que inclusive se había previsto la existencia de un órgano encargado de su administración (el Concejo local de patronato, según los arts. 403 y 404 del CP de 1924).
- 2774 Durante el proceso de reforma que culminó con la promulgación del Código vigente, se ha perfeccionado la regulación de la multa, sin embargo,

¹³¹ Exposición de motivos del Código Penal peruano, Cfr. ESPINO, 1982, p. 22.

¹³² Exposición de motivos, Cfr. ESPINO, 1982, p. 22.

¹³³ Sistema que fue definitivamente concretizado por Carlo Thorp (Proyecto de CP noruego de 1917) y Johan Thyren (Proyecto sueco de 1916). El primero había formulado, ya en 1900, una proposición concreta. En América Latina, los antecedentes de este sistema se encuentran en el CP brasileño de 1830.

no se han tomado las medidas necesarias para hacer efectiva su aplicación. Siguiendo, sobre todo, las normas del CP Tipo para Latinoamérica (arts. 45, 48 y 80), nuestro legislador ha precisado el sistema de días-multa, ampliando la aplicación de la multa y, en cierta medida, flexibilizando tanto su ejecución como su conversión en caso de no cancelación.

3. Dominio de aplicación de la multa

El art. 52 sostiene que: “en los casos que no fuera procedente la condena 2775 condicional o la reserva del fallo condenatorio, el Juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres”. De esta manera, nuestro legislador dispone un sistema de cascada que le permite al juez convertir la pena de privación de libertad en la pena de multa, cuando llegue a la conclusión que el agente, en primer lugar, no merece una pena superior a dos años de privación de la libertad; en segundo, cuando compruebe que no se han reunido las condiciones para reservar el fallo (art. 62) o suspender la ejecución de la sanción (art. 57); y, finalmente, deberá decidir si es o no conveniente sustituir la pena de privación de libertad por la pena de multa, y no por la de prestación de servicios a la comunidad (art. 34) o la limitación de días libres (art. 35).

4. Reglamentación de la multa

a. *Fijación de la multa según la capacidad económica del delincuente*

En el sistema de los días-multa, la sanción pecuniaria es fijada en un número de unidades (días-multa) cuyo monto es determinado según la situación económica de cada condenado¹³⁴. Al respecto, Thyren¹³⁵ afirmó que: “mientras las penas pecuniarias sean infligidas sin considerar de manera efectiva la capacidad económica del condenado, la misma pena será para una persona muy grave, para otra en cambio insignificante”.

El procedimiento establecido para la fijación de la multa consiste en dos 2777 etapas. En la primera, el juez debe precisar la gravedad tanto del acto ilícito así como de la culpabilidad del autor y evaluarla en un cierto número de unidades penales (días-multa). A este nivel, no tendrá en cuenta la capa-

¹³⁴ JESCHECK/WEIGEND, § 73 II; STRATENWERTH, 2006, p. 64 s.

¹³⁵ THYREN, 1910, p. 73.

cidad económica del delincuente. La segunda etapa, consiste en establecer, considerando la solvencia del condenado, el monto del día-multa¹³⁶.

- 2778 Así se logra establecer la igualdad ante la ley. Por ejemplo, dos coautores, culpables en el mismo grado de una infracción, serán castigados con la misma pena: se les impondrá el mismo número de días-multa. En seguida, se establecerá "la igualdad en el sacrificio" considerando las diferentes capacidades económicas de los delincuentes, pudiéndose fijar montos proporcionales a su condición económica.
- 2779 Este sistema permite individualizar con más precisión la sanción. La segunda operación, efectuada independientemente de la primera, facilita la búsqueda de una equivalencia entre el sufrimiento que debe siempre producir la pena y la situación personal del delincuente. Así mismo, se garantiza la estimación real de la solvencia del condenado y obliga a las autoridades judiciales a demostrar en qué medida han tenido en cuenta dicha solvencia¹³⁷ al momento de fijar los días-multa. De esta manera, se logra dar a la sanción pecuniaria una "base social", y respetar mejor el principio de la "igualdad de sufrimiento"¹³⁸.
- 2780 Otro aspecto positivo del modelo días-multa está relacionado con la conversión de la multa en pena privativa de la libertad, en caso de no haber sido pagada. Las dificultades propias a esta operación de sustitución son sensiblemente reducidas, debido a que la conversión se hace en relación con el número de unidades fijadas inicialmente por el juez.
- 2781 En doctrina, se considera como ingreso neto¹³⁹ al conjunto de recursos pecuniarios cotidianos de un individuo, deducido tanto los impuestos, los seguros sociales y privados, como el monto de los gastos indispensables para el ejercicio de un trabajo, profesión u oficio. Los autores del proyecto alternativo alemán adoptaron el criterio del principio del ingreso factible de ser embargado: el monto de cada día-multa es igual al ingreso cotidiano del condenado que supera el mínimo vital calculado en función de los bienes embargables.
- 2782 En el Código, se distinguen dos grupos de personas: por un lado, quien viven "exclusivamente de su trabajo" (art. 43) y, por otro, quienes sin trabajar

¹³⁶ STRAHL, 1951, p. 60.

¹³⁷ STRAHL, 1951, p. 67.

¹³⁸ GREBING, 1978, p. 88.

¹³⁹ GREBING, 1978, p. 101.

viven de sus rentas, u otros quienes además de las remuneraciones obtenidas por su trabajo que realizan, poseen patrimonio, rentas, etc. En cuanto a este segundo grupo, el importe del día-multa es “equivalente al ingreso promedio diario” (art. 41, inc. 2). No se fija, en este caso, ni el mínimo ni el máximo; en razón tal vez a que se haya pensado que se trata de personas pudientes (en el inciso citado, se dice “y demás signos de riqueza”). Por el contrario, respecto al primer grupo, se ha previsto que el monto del día-multa “no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado” (art. 43). Además, en caso de que el pago se efectúe mediante el descuento de la remuneración, éste no “debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia” (art. 44, inc. 3). Pero, en la gran mayoría de casos, descontar del salario de un trabajador el veinticinco por ciento, ya significa privarlo de los medios indispensables para sobrevivir. Este aspecto debe ser puntualmente evaluado, caso contrario, el sistema de días-multa fracasará¹⁴⁰.

b. Conversión de la multa en pena privativa de la libertad

b.1. Trabajos legislativos

El Código ha adoptado por un sistema flexible. El punto de partida es que el juez imponga una pena de multa conforme a la culpabilidad del agente y adecuada a su situación económica (art. 41). Lo cual supone que el multado sea una persona solvente, capaz de disponer de una parte de su patrimonio sin afectar “los recursos indispensables” para su sustento y el de su familia (art. 44, *in fine*). 2783

Si ese es el caso, el condenado podrá pagar la multa dentro de los diez días de dictada la sentencia (art. 44, *ab initio*). Según el citado dispositivo, según las circunstancias y a pedido del condenado, el juez podrá autorizar a pagar la multa en cuotas mensuales. De esta manera, se busca una mejor adecuación de la pena a la situación personal del condenado y, en lo posible, asegurar el pago de la multa. La ejecución de la sanción gana en eficacia resocializadora, en la medida que dicha forma de pago supone la buena voluntad del condenado para cumplir con lo dispuesto en la sentencia. Este acuerdo es indispensable para que el pago se efectúe mediante el descuento de la remuneración del condenado. Así, el art. 44, inc. 2, no establece ex- 2784

¹⁴⁰ PRADO, 1999, p. 213 ss.

presamente esta condición, como lo hizo con relación al pago por cuotas, sin embargo se deduce del hecho que el condenado podría pagarla de una sola vez.

- 2785 Cuando la multa no se paga dentro de los diez días o se frustra su cancelación, el juez ejecutará la multa en los bienes del condenado solvente o la convertirá en pena privativa de libertad. Antes de practicar esta conversión, el condenado será requerido judicialmente. La equivalencia es de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado.
- 2786 Según esta medida de conversión, cuando el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad, la multa deberá convertirse en una pena de limitación de días libres (la ley dice equivocadamente "limitativa de derechos") o de prestación de servicios a la comunidad. Debido a la ausencia de mala voluntad, se establece una equivalencia favorable al condenado "de una jornada por cada siete días-multa".
- 2787 Esta regulación contrasta con la ausencia de disposición referente a los condenados insolventes al momento de dictarse la sentencia. Insolventes porque sólo ganan lo suficiente para sobrevivir o porque carecen de toda fuente de recursos (p. ej., desocupados). Parecería que se ha partido de la idea que toda persona, puesto que vive en sociedad, cuenta necesariamente con alguna fuente de ingresos. De allí que tampoco se haya establecido criterio alguno para determinar, en los casos indicados, el monto del día-multa.

b.2. Ventajas del sistema

- 2788 A pesar de la constatación de los efectos nefastos de las penas privativas de libertad de corta duración, la conversión de la pena de multa no pagada en detención ha subsistido en todas las legislaciones¹⁴¹. Se pretende un efecto disuasivo para el deudor reacio a pagar la multa, y se espera que la conversión se colme el vacío existente por la inejecución de la sanción pecuniaria, evitando que una infracción permanezca impune. Hoy en día, casi no existen partidarios de la eliminación total de la conversión¹⁴².

¹⁴¹ TRÖNDLE, 1975, p. 597.

¹⁴² GREBING, 1978, p. 147.

b.3. Inconvenientes

La pena privativa de libertad que substituye la pena de multa constituye una verdadera sanción penal. No se trata, en este caso, de la prisión por deuda según el modelo francés "contraínte par corps"¹⁴³. Sin embargo, se sostiene que la conversión tiene como efecto el reintroducir la criticada ejecución de penas privativas de corta duración. 2789

5. Problemas específicos de la aplicación del sistema de días-multa a determinadas categorías de la población

La aplicación de una sanción pecuniaria moderna (de acuerdo con el modelo escandinavo) a grupos de personas sin ingresos o con ingresos bajos constituye un problema específico. No se trata de grupos marginales sino antes bien de personas integradas en la vida social: amas de casa, estudiantes, pequeños artesanos, desocupados, entre otros. Aquí dos aspectos deben ser distinguidos. 2790

El primero, es relativo a la fijación del monto de los días-multa conforme a la capacidad económica del procesado. Constituye, por ejemplo, una violación de este principio, el tomar en consideración la capacidad económica del cónyuge que no ha cometido el hecho o el nivel de vida de la familia. La mayor parte de estos casos están vinculados a la comisión de infracciones a la ley de tránsito y de infracciones benignas contra el patrimonio. Para resolver este problema, se ha planteado en qué medida sería necesario tener en cuenta las fuentes potenciales de ingreso del procesado. Así, el CP alemán prevé que el juez debe, al momento de fijar el monto del día-multa, considerar el ingreso neto medio diario del cual dispone el autor "o del que podría disponer". 2791

No existe una solución explícita de este problema en la legislación extranjera. Se observa que los legisladores no han fijado el límite inferior o que lo han hecho en un nivel muy bajo (p. ej., cinco días-multa en Alemania; ningún límite en Austria y Francia), dejando así al juez un amplio margen de apreciación. El § 40, inc. 3 del CP alemán, señala que "los ingresos del autor, su fortuna y los otros elementos necesarios a la determinación del 2792

¹⁴³ El art. 131-25, del CP francés señala: "Le défaut total ou partiel de paiement de ce montant entraîne l'incarcération du condamné pour une durée correspondant à la moitié du nombre de jours-amendes impayés; il est procédé comme en matière de contrainte par corps. La détention ainsi subie est soumise au régime des peines d'emprisonnement".

día-multa pueden ser el objeto de una estimación". Si bien el Anteproyecto de CP de 2009 adopta una opción pragmática, no obstante, no excluye riesgos de arbitrariedad y excesos. Según su art. 41: "Cuando el condenado carezca de ingresos, el importe del día multa será equivalente a un treintavo de la remuneración mínima vital que fije la autoridad competente".

V. Pena de vigilancia electrónica personal

- 2793 Mediante el art. 4 de la Ley N° 29499, del 19 de enero de 2010, fue incorporado el art. 29-A, previéndose la pena de vigilancia electrónica personal. Esta presenta las características de una pena alternativa a la privación de libertad de mediana duración, siendo aplicable mediante el régimen de la conversión¹⁴⁴.
- 2794 Según el art. 29-A, entre los requisitos especiales para que sea aplicable esta pena, destacan que el condenado no haya sido sujeto de previa sentencia condenatoria por delito doloso; que acredite con un informe técnico aspectos de su vida familiar, laboral y social que resulten compatibles con su condición de pena no privativa de libertad; y que se fije su domicilio –u otro lugar afín– como el lugar de ejecución de este tipo de pena. Así mismo, se prevé que esta pena es principalmente aplicable, entre otros, a personas mayores de 65 años, o a quienes padezcan de enfermedades graves, a mujeres gestantes, y discapacitados.
- 2795 La norma establece, a su vez, que el juez deberá fijarle al condenado las reglas de conducta correspondientes que permitan asegurar el control eficaz del cumplimiento de la sanción.
- 2796 Por su parte, el art. 5 de la Ley N° 29499, modificó el art. 52, correspondiente a las reglas de conversión de la pena privativa de libertad. Conforme a la nueva redacción de esta norma, el juez –de oficio o a petición de parte– puede convertir, a razón de un día de pena privativa de libertad, un día de pena de vigilancia electrónica personal.

¹⁴⁴ En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 3683/2009-PE (presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, el 19 de noviembre de 2009) se destaca expresamente su condición de pena alternativa, aplicable por conversión, al señalarse que no conduce a la privación de la libertad del sentenciado, sino antes bien al cumplimiento de la condena impuesta en su contra, en condiciones libertad. Según el art. 1, pf. 3, de la Ley N° 29499: "Para el caso de condenados, la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena, aplicable por conversión luego de impuesta una sentencia de pena privativa de la libertad, que será dispuesta por el juez, a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado".

Sin embargo, ni el art. 52 ni el art. 29-A permiten determinar cuál es el límite de privación de libertad que puede dar lugar a la conversión. Para ello es necesario recurrir al art. 3, inc. b, de la Ley N° 29499, que señala que la vigilancia electrónica personal procede para el caso de los condenados “que tengan impuesta una sentencia condenatoria de pena privativa de libertad efectiva no mayor a seis años”. 2797

Por su parte, el art. 10 de la ley citada, regula los presupuestos y efectos de la revocación de la conversión. La norma establece que si el condenado, cuya pena de privación de libertad ha sido convertida a pena de vigilancia electrónica personal, incumple alguna de las restricciones impuestas como obligaciones propias de la conversión, el juez –de oficio o a petición del fiscal– ordenará su internamiento en un establecimiento penitenciario. 2798

§ 24 Determinación judicial de la pena

I. Definición. II. Etapas de la determinación judicial de la pena. 1. La identificación de la pena conminada. 2. La individualización de la pena concreta. III. Particularidades. 1. Determinación judicial de la pena de multa. 2. Clasificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. a. Índole de las circunstancias. b. Efectos de las circunstancias. c. Relación de las circunstancias con la pena conminada. 3. Concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. IV. Circunstancias genéricas (art. 46). 1. Naturaleza de la acción. 2. Medios empleados. 3. Importancia de los deberes infringidos. 4. Extensión del daño o peligros causados. 5. Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. 6. Móviles y fines. 7. Unidad o pluralidad de agentes. 8. Edad, educación, situación económica y medio social. 9. Reparación espontánea que hubiere hecho del daño. 10. Confesión sincera antes de haber sido descubierto. 11. Condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente. V. Reincidencia, habitualidad y determinación judicial de la pena. VI. Determinación judicial de la pena y concursos de delitos. 1. Concurso ideal de delitos. 2. Concurso real de delitos. 3. Concurso real retrospectivo de delitos. 4. Concurso real de faltas. VII. Determinación judicial de la pena en el NCPP y el Anteproyecto de CP de 2009. 1. Sentencia penal y determinación judicial de la pena en el NCPP. 2. Determinación judicial de la pena en el Anteproyecto de CP de 2009.

I. Definición

En las sentencias penales se tipifica la conducta atribuida al acusado, a través del juicio de subsunción, determinándose si es inocente o culpable. En los casos donde el juez concluya en una sentencia condenatoria, deberá determinar la clase e intensidad de las consecuencias jurídicas que va imponer al condenado, individualizando la sanción¹⁴⁵. 2799

Para fundamentar el tipo de pena y su extensión, el juez debe apreciar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, las cuales condicionarán la antijuridicidad del hecho imputado y servirán para fundamentar y limitar la culpabilidad del agente. La fijación de la pena debe realizarse dentro los márgenes previstos en la disposición legal correspondiente, empleando, entre otros, los principios de proporcionalidad¹⁴⁶, legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (arts. II, IV, V, VII y VIII). Así también, las reglas previstas en el Código sobre la individualización y determinación de la pena. 2800

Por un lado, según el art. 45, se deben considerar las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. De otro lado, de conformidad con los arts. 46, 46-A, 46-B y 46-C, se debe tener en cuenta las circunstancias que modifican la responsabilidad penal; de cuya valoración, el juez determinará la mayor o menor gravedad del injusto, así como el mayor o menor grado de culpabilidad del autor o partícipe que lo cometió. 2801

¹⁴⁵ BRUNS, 1985, p. 16 ss.; ZIPF, 1969, p. 161 ss.

¹⁴⁶ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 709 ss.

II. Etapas de la determinación judicial de la pena

2802 Tradicionalmente, se distingue entre la identificación de la pena conminada por la ley –llamada también pena abstracta– y la individualización de la pena concreta.

1. Identificación de la pena conminada

2803 El primer paso en el proceso de determinación judicial de la pena es precisar los límites de la pena o penas aplicables, en función de los límites mínimos y máximos que la ley prevé como pena conminada por la comisión del delito. Por ejemplo, en el caso del homicidio simple (art. 106), la pena básica o aplicable se extiende de seis años a veinte años.

2. Individualización de la pena concreta

2804 Una vez determinado el tipo de pena y su extensión mínima y máxima, el juez individualizará la pena concreta teniendo en cuenta las circunstancias legalmente relevantes que pudiesen concurrir en el caso. Con esta pena individualizada que se impone al acusado declarado culpable, se materializa el *jus puniendi* del Estado.

III. Particularidades

1. Determinación judicial de la pena de multa

2805 Según el art. 41, que prevé la pena de multa, el juez debe seguir diversas etapas para fijar el monto de dinero que deberá abonar el condenado. Primero, debe establecer el número concreto de días-multa a imponerse, según el grado de culpabilidad del imputado y la gravedad del delito cometido. Luego, debe fijar el importe en dinero del día-multa o cuota diaria dineraria, atendiendo a la capacidad económica del condenado, la misma que es establecida de acuerdo al promedio de su renta diaria de ingresos, deducidos los gastos de manutención, educación, pago de impuestos, etc. Por último, el juez, para obtener el importe total de la multa, deberá multiplicar el número de días-multa por el monto de la cuota diaria dineraria. La multa fijada deberá ser cancelada dentro de los 10 días siguientes de emitida la condena.

2. Clasificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

Se trata de indicadores, objetivos o subjetivos, de cuya utilización se permite valorar tanto el nivel de gravedad del hecho punible cometido. (antijuridicidad del hecho) como la mayor o menor intensidad del reproche personal que se realiza contra quien lo cometió (culpabilidad del agente). De esta manera, se establece su nivel de responsabilidad penal, y se fija el *quantum* concreto de pena que se le debe imponer. 2806

Atendiendo a las características de nuestra legislación penal, consideramos que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal pueden ser clasificadas según su índole, sus efectos y su relación con la pena conminada. 2807

a. *Índole de las circunstancias*

Las circunstancias comunes o genéricas están reguladas en el art. 46 y sirven para determinar la pena concreta de cualquier tipo de delito. Por otro lado, las circunstancias especiales o específicas se encuentran previstas en la parte especial del Código y conciernen sólo a determinados delitos. Por ejemplo, se tienen las previstas en el art. 186, que regula las agravantes del delito de hurto (art. 185), y en el art. 297, que prevé las del delito de tráfico ilícito de drogas (art. 296). 2808

Así mismo, en ciertas ocasiones el legislador ha recurrido a tipificar algunas circunstancias con el objeto de calificar de modo particular un tipo básico. Por ejemplo, el tipo legal de parricidio (art. 107) está constituido por el tipo legal del homicidio simple y por la circunstancia agravante referida a la relación familiar existente entre el sujeto activo y la víctima. 2809

b. *Efectos de las circunstancias.*

La concurrencia de circunstancias atenuantes disminuye la intensidad del hecho delictivo cometido, reduciendo la intensidad del reproche penal. Esto determina que la pena a imponerse sea menos grave. Por ejemplo, conforme al art. 146, la concurrencia del móvil de honor, en los delitos contra el estado civil, determina una reducción de la culpabilidad del agente, atenuando la pena. 2810

Por su parte, las circunstancias agravantes acentúan el injusto del hecho cometido e intensifican el reproche de culpabilidad. Su efecto es aumentar 2811

la severidad de la pena. Así, el hecho de cometer un hurto en el interior de una casa habitada (art. 186, inc. 1), constituye una agravante del delito de hurto simple (art. 185).

- 2812 De otro lado, las circunstancias denominadas mixtas pueden tener efectos agravantes, atenuantes o eximentes, según el tipo de hecho delictivo o los sujetos participantes en el hecho delictivo. Así por ejemplo, la circunstancia de parentesco entre agente y víctima tiene un efecto agravante tratándose del delito de promoción y favorecimiento de la prostitución (inc. 4 del art. 179), pero constituye una circunstancia eximente tratándose de delitos patrimoniales como el hurto o los daños (art. 208).

c. Relación de las circunstancias con la pena conminada

- 2813 Las circunstancias cualificadas o privilegiadas crean un nuevo marco de conminación penal, al modificar los límites legales, mínimos o máximos, de la pena prevista para el delito. Estas circunstancias cualificadas agravan la pena por encima del máximo legal previsto para el delito simple. Así, por ejemplo, según el art. 46-B, la reincidencia agrava la pena al preverse que el límite máximo será "...una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal". Las circunstancias privilegiadas, por el contrario, sustituyen el mínimo legal original por uno nuevo e inferior. Por ejemplo, el art. 22 faculta al juez a imponer una pena inferior al mínimo legal previsto, cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiuno.

3. Concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

- 2814 Es frecuente en los casos penales complejos, por ejemplo por la pluralidad de delitos o de agentes, que concurren diversas circunstancias de igual o distinta índole. En estos casos, la determinación de la pena concreta demanda una apreciación analítica compleja. El juez debe valorarlas en cada caso concreto para determinar la pena concreta.
- 2815 Así, por ejemplo, cuando concurren varias circunstancias agravantes, deberá imponerse un *quantum* de pena cercano al extremo máximo conminado en la ley o, de ser el caso, la pena máxima. En el mismo sentido, la concurrencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes deberá permitir aplicar un *quantum* de pena cercano al límite mínimo fijado por ley.

Si concurren simultáneamente circunstancias agravantes y atenuantes en un solo caso, el proceso de determinación de la pena impone ejercer una valoración correspondiente a la compensación entre los factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo fijarse la penalidad concreta en el espacio intermedio entre el límite mínimo y máximo de la pena conminada por la ley. Este proceso de valoración debe encontrarse debidamente fundamentado en la sentencia, conforme a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales. La violación de esta obligación puede dar lugar a que la decisión sea recurrida o anulada¹⁴⁷. 2816

Los efectos de las circunstancias concurrentes están limitados por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo factor de agravación o atenuación. Son, por tanto, aplicables los principios rectores o garantías procesales como el *ne bis in idem*. 2817

En este sentido, cuando las circunstancias concurrentes resultan incompatibles entre sí, su condición de agravación debe excluirse en función de su especialidad. Esto es, la circunstancia específica excluye a la genérica. Un ejemplo evidente es la incompatibilidad de la circunstancia genérica del art. 46-A, frente a la primacía de la circunstancia específica prevista en el art. 297, inc. 1. Si bien en ambas disposiciones el factor agravante se identifica con la condición de funcionario público del agente, lo específico del delito de tráfico ilícito de drogas cometido por aquél, excluye la consideración complementaria de los efectos de la citada agravante genérica, para decidir sobre la pena concreta. 2818

Un problema adicional se produce en los casos de concurrencia de circunstancias agravantes específicas compatibles pero de distinto grado o nivel. Esto ocurre cuando en la realización de un delito se presentan simultáneamente circunstancias agravantes que tienen diferente grado y, por tanto, distinta escala de pena conminada. Por ejemplo, cuando el agente ha cometido el delito de robo en *casa habitada* (art. 189, inc. 1, pf. 1), apoderándose de un *bien de valor científico* (art. 189, inc. 4, pf. 2) y causando *lesiones graves* (art. 189, pf. 3). 2819

En estos supuestos la circunstancia de mayor grado absorberá a las de grado inferior. Por consiguiente, la pena concreta se deberá determinar sólo entre los límites de la penalidad conminada que corresponda a la escala punitiva de dicha agravante de mayor nivel (en el ejemplo las lesiones graves 2820

¹⁴⁷ GONZÁLEZ, 1988, p. 222.

inferidas a la víctima tiene como escala punitiva la pena de cadena perpetua). Esta alternativa dogmática, que se basa en el principio de absorción, si bien carece de regulación legal propia en el Código, ha sido acogida recientemente por el AP N° 2-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, que en su F.J. 12 señala: “En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta en base a la escala punitiva del agravante específica de mayor grado o nivel”¹⁴⁸.

IV. Circunstancias genéricas (art. 46)

- 2821 Esta disposición contiene un amplio catálogo de circunstancias genéricas, ya previstas en el art. 51 del CP de 1924. Sin embargo, en éste código el legislador no distinguió entre agravantes y atenuantes, como sí se había hecho en el CP de 1863 (arts. 9 y 10).
- 2822 La concurrencia de las agravantes genéricas impone al juez la necesidad de determinar en cada caso, si los efectos de éstas radican en aumentar o atenuar la penalidad. Estas circunstancias se refieren, en buena cuenta, al grado del injusto o de culpabilidad del agente¹⁴⁹. Por cuestiones metodológicas, la doctrina ha clasificado estas circunstancias según estén vinculadas a la “gravedad del hecho punible” o a la “personalidad del autor”.
- 2823 Así, se consideran entre las primeras: la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes infringidos, la extensión del daño o del peligro causados, y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. En el segundo grupo, se reúnen los móviles y fines, la unidad o pluralidad de agentes, la edad, educación, costumbres, situación económica y medio social, la conducta anterior y posterior al hecho, la reparación espontánea que hubiera hecho del daño, la confesión sincera antes de haber sido descubierto, y los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de la personalidad del infractor.
- 2824 La misma clasificación fue empleada en los proyectos de octubre 1984 (art. 60), de 1985 (art. 71) y de 1986 (art. 70). Sin embargo, fue abando-

¹⁴⁸ Acuerdo Plenario emitido en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, del 16 de noviembre de 2010, F.J. 12.

¹⁴⁹ BRAMONT ARIAS, 2003, p. 249.

nada en los proyectos de 1989 (art.51), de 1990 (art. 52) y de enero de 1991 (art. 46). El Código vigente conserva el mismo sistema general de circunstancias del CP de 1924, aunque con un número menor de circunstancias genéricas.

1. Naturaleza de la acción

El juez debe apreciar el tipo de delito cometido o el *modus operandi* empleado por el agente, esto es, la “forma cómo se ha manifestado el hecho”¹⁵⁰. Así mismo, debe tener en cuenta el efecto psíquico y social que el hecho produce. De allí, por ejemplo, que, respecto al delito de hurto, constituye una agravante específica “la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas” (art. 186, pf. 2, inc. 3).

2. Medios empleados

La realización del delito puede ser favorecida por el empleo de medios idóneos, cuyo uso puede comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos. Por ello, se sostiene que esta circunstancia influye tanto en la ilicitud del hecho¹⁵¹ como en la peligrosidad del agente¹⁵². Un ejemplo de este tipo de circunstancia se prevé en el delito de homicidio calificado, esto es, cuando el agente mata a la víctima empleando “fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas” (art. 108, inc. 4).

3. Importancia de los deberes infringidos

Es una circunstancia relacionada tanto con el injusto, como con la condición personal y social del agente. Mediante ésta se desvalora la violación por el agente de los deberes especiales (de orden funcional, profesional o familiar). Esta circunstancia está prevista con frecuencia tanto en la parte especial del Código como en diferentes leyes complementarias. Por ejemplo, la condición de “agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil” del autor de lavado de activos (art. 3, inc. a, de la Ley N° 27765).

¹⁵⁰ ZIFFER, 1996, p. 130 ss.

¹⁵¹ VILLAVICENCIO, 1992, p. 199.

¹⁵² PEÑA CABRERA, 1987, p. 259.

4. Extensión del daño o peligros causados

2828 Esta circunstancia se refiere a la magnitud del injusto en cuanto a su efecto material sobre el bien jurídico tutelado¹⁵³. No obstante, como bien destacaba Cornejo¹⁵⁴, en relación con el CP de 1924, esta valoración corresponde sobre todo a la conminación de la pena en cada delito y no a un nivel de circunstancia genérica. Por esto resulta más adecuado incluirla como circunstancia agravante específica, tal como se le considera en el delito de robo: “colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica” (art. 189, inc. 3, pf. 2).

5. Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión

2829 Estas circunstancias conciernen al injusto, en la medida que el agente se aprovecha de éstas (tiempo, lugar, modo y ocasión) para facilitar la ejecución del delito. Por ejemplo, en los delitos de hurto y robo, se considera agravante que el delito se ejecute con “ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular de agraviado” (art. 186, inc. 4) o “durante la noche o en lugar desolado” (art. 189, inc. 2). En otros casos estos factores expresan también una actitud inescrupulosa, desafiante y audaz de parte del infractor frente a la ley y los sistemas de control penal. Este es el caso en el delito de tráfico ilícito de drogas cuando el “hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión” (art. 297, inc. 4).

6. Móviles y fines

2830 La motivación y los fines que determinan, inducen o guían la acción delictiva del agente, influyen, de modo determinante, en la mayor o menor intensidad de su culpabilidad. Es decir, coadyuvan a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su índole subjetiva se manifiesta en lo fútil, altruista o egoísta del móvil o finalidad. En tal sentido, la instigación o ayuda al suicidio, por ejemplo, es reprimida “si el agente actuó por un móvil egoísta” (art. 113, *in fine*). En cambio, en el art. 146, se atenúa la pena de los delitos contra el estado civil, cuando son cometidos “por un móvil de honor”.

¹⁵³ BRAMONT ARIAS, 2003, p. 249.

¹⁵⁴ CORNEJO, 1936, p. 250.

7. Unidad o pluralidad de agentes

La doctrina nacional, desde la vigencia del CP de 1924, ha considerado que 2831 la circunstancia de pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima; precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos¹⁵⁵. Esta circunstancia genérica fundamenta la agravación tanto en el caso de que sean coautores como frente actos de participación de inductores o cómplices primarios. Sin embargo, toda vez que el propio legislador ha decidido que en la actividad del cómplice secundario de antemano concurre una circunstancia específica de atenuación (art. 25, pf. 2), la presente circunstancia, por interpretación sistemática, no es aplicable a éste último.

8. Edad, educación, situación económica y medio social

Se trata de circunstancias vinculadas a la culpabilidad del imputado y a 2832 su mayor o menor posibilidad para interiorizar el mandato normativo, así como para motivarse de acuerdo con éste y sus exigencias sociales. Estas circunstancias influyen en el grado de culpabilidad del agente. Sin embargo, hay que prestar atención al hecho que pueden ocultar rezagos de las superadas concepciones del positivismo criminológico y pueden ser, por tanto, incompatibles con la preeminencia de un derecho penal del acto sobre un derecho penal de autor¹⁵⁶. Cabe anotar que el art. 45, inc. 1, también prevé como fundamento para determinar la pena “las carencias sociales que hubiere sufrido el agente”. Por tanto, el juez debe incluir también en la valoración de estas circunstancias las posibilidades reales de interacción e integración que ha tenido el agente con su entorno social y con los patrones de conducta positiva imperantes en él.

9. Reparación espontánea que hubiere hecho del daño

Esta circunstancia esta referida a la conducta posterior al delito que realiza 2833 el agente. Así por ejemplo, la reparación del daño ocasionado por aquél revela una actitud positiva que debe apreciarse favorablemente con el objeto de atenuar la pena. La reparación debe ser espontánea y realizada con anterioridad a la emisión de la correspondiente sentencia. Así mismo, debe ser obra del autor y no de terceros¹⁵⁷.

¹⁵⁵ CORNEJO, 1936, p. 248.

¹⁵⁶ VILLAVICENCIO, 1992, p. 198.

¹⁵⁷ PEÑA CABRERA, 1987, p. 264.

10. Confesión sincera antes de haber sido descubierto

- 2834 Esta circunstancia se fundamenta en un acto de arrepentimiento posterior al hecho delictivo, y se expresa en la voluntad del agente de hacerse responsable de haberlo cometido y de asumir plenamente sus consecuencias jurídicas. En tal sentido, esta actitud es valorada como circunstancia atenuante toda vez que el agente demuestra no pretender asegurarse con las ventajas obtenidas por la comisión del delito ni lograr su impunidad, todo lo contrario. Al respecto, la doctrina, desde la vigencia del CP de 1924, sostiene que existe diferencia notable entre el hecho de huir después de consumado el delito y el de denunciarse ante las autoridades. Esto último pone de manifiesto que el agente asume su responsabilidad y, en consecuencia, demuestra que no está dispuesto a reiterar la comisión de similares hechos¹⁵⁸.
- 2835 Debe, pues, diferenciarse el efecto de la confesión sincera como circunstancia atenuante, prevista en el Código (art. 46), respecto de los efectos procesales de la confesión sincera que se rinde en sede judicial o fiscal (art. 136 CdePP y art. 160 NCPP). La concurrencia de la primera determina su valoración positiva como circunstancia genérica atenuante, y no es indispensable para su configuración la preexistencia de una investigación de carácter penal, por tanto, puede ser equivalente a una autodenuncia. Sin embargo, en la segunda es imprescindible la preexistencia de una pretensión persecutoria iniciada por los órganos de investigación de delito; por ello su fundamento no radica solo en la aceptación de cargos imputados o de las consecuencias jurídicas derivadas, sino en el aporte probatorio y la utilidad que debe tener la confesión para los fines de la investigación que se lleve a cabo, tan es así, que si la confesión carece de aporte o utilidad probatoria, no es aplicable el beneficio procesal previsto en el art. 136 CdePP y art. 161 del NCPP, esto es la disminución facultativa de la pena por debajo del mínimo legal.

11. Condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente

- 2836 Esta referencia constituye una cláusula general que reenvía a otras circunstancias distintas de las mencionadas expresamente en el texto legal. Así, con el objeto de evitar contradicciones con el principio de legalidad o

¹⁵⁸ PEÑA CABRERA, 1987, p. 264.

riesgos de arbitrariedad, el juez debe especificar en concreto la circunstancia que invoca y su equivalencia con las reguladas legalmente. Sobre todo, debe fundamentar razonablemente por qué tal o cual circunstancia resulta idónea para conocer mejor la personalidad del agente. Así, se evitará una vuelta a criterios del positivismo criminológico¹⁵⁹.

V. Reincidencia, habitualidad y determinación judicial de la pena

No son pocas las reformas hechas a la legislación penal nacional que aportan más problemas que soluciones. Un ejemplo de esta deficiencia político criminal es la reincorporación de las agravantes de *reincidencia* y *habitualidad*, mediante la Ley N° 28726, del 9 de mayo de 2006, que introdujo los arts. 46-B y 46-C. La imperfección legislativa se manifiesta en las sucesivas modificaciones realizadas a estas disposiciones (Ley N° 29407, del 18 de setiembre de 2009; Ley N° 29570, del 25 de agosto de 2010; y Ley N° 29604, del 22 de octubre de 2010)¹⁶⁰. 2837

Efectivamente, mediante la emisión de las citadas disposiciones, el legislador ha creado graves problemas de interpretación debido a las confusas reglas de determinación de la pena que éstas prevén. Así por ejemplo, en el art. 46-C, se reguló la habitualidad de acuerdo a presupuestos relacionados con la sucesión de delitos, los cuales debían ser realizados por el agente dentro de un plazo de cinco años. Además, se previó “aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”. Paralelamente, en la Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006, se modificó el régimen punitivo del concurso real de delitos, adoptándose el criterio de la acumulación de penas. 2838

Con la reincidencia, prevista por el art. 46-B, también se suscitaron controversias en torno a su regulación y a la efectividad de su condición de circunstancia agravante. Al respecto, el AP N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, estableció, en sus Fs.Js. 12 y 13, algunos criterios hermenéuticos vinculantes para superar los problemas y dudas derivados de las normas sobre reincidencia y habitualidad. Aprobándose, entre otros, los siguientes acuerdos: 2839

¹⁵⁹ VILLAVICENCIO, 1992, p. 200.

¹⁶⁰ Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de las disposiciones referentes a dichas circunstancias agravantes mediante la STC del 19 de enero de 2007, Exp. N° 0014-2006-AI/TC.

- 2840 *Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos.* El primero, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva –que establece la fecha exacta de la excarcelación–; en defecto de uno o ambos documentos, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El segundo, dado que la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación. Por tanto, ésta no puede establecerse de oficio sin el debate procesal correspondiente, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción.
- 2841 Sobre la operatividad de la agravante cualificada del art. 46-C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos. Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada, se deberá aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años, y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los arts. 50 y 51 (la pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicara esta sanción excluyéndose las demás).
- 2842 *Sobre los elementos de las agravantes cualificadas previstas en los arts. 46-B y 46-C.* Se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el art. 111 del CP de 1924. Además, resulta similar al considerado por el art. 46-C para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente.
- 2843 En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. También la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiteración delictiva indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de 2844 las circunstancias cualificadas del art. 46-A y las previstas en los arts. 46-B ó 46-C. Si concurrieran las agravantes cualificadas del art. 46-A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las agravantes de reincidencia o habitualidad, se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el art. 46-A (de treinta y cinco años de privación de libertad).

Límites de la penalidad derivada de las agravantes previstas en los arts. 46-B 2845 y 46-C. En coherencia con los límites punitivos fijados en los arts. 29, 46-A, 50 y 51, en ningún caso la pena concreta –que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad– será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicará dicha pena.

Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia 2846 según los arts. 46-B y 69 in fine. La reforma del art. 69, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley N° 28730, del 15 de mayo de 2006. Esto es, cuatro días después de emitida ésta, por la cual se introdujo el art. 46-B al Código (la agravante de reincidencia). Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así, el párrafo *in fine* del nuevo texto del art. 69, donde se dispone que “La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena”, derogó el párrafo final del art. 48-B que establecía que “A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”. De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la citada Ley N° 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Dicha excepción sólo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto 2847 y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del art. 69. En todo caso, cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia -acordado en cinco años posteriores a la excarcelación- operará definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por dicha condena.

- 2848 Como puede deducirse de estos criterios, los problemas de aplicación de las agravantes cualificadas por reincidencia y habitualidad han sido suficientemente esclarecidos. Por interpretación, se han explicado y completado las disposiciones legales. Por ejemplo, se incorporó un plazo de prescripción para la reincidencia de cinco años y se logró compatibilizar la cancelación de los antecedentes penales dispuesta en el art. 69 con dicho plazo. Ambos aportes fueron luego formalizados por la citada Ley N° 29407, al modificar los arts. 46-B y 69.
- 2849 Ahora bien, el marco punitivo que actualmente rige para las agravantes de reincidencia y habitualidad deviene en complejo e incoherente. En efecto, luego de las reformas introducidas por la citada Ley N° 29604 se han configurado los siguientes estándares de agravación:
- 2850 En caso de reincidencia se incrementará la pena conminada hasta en una mitad por encima del máximo legal previsto para el nuevo delito cometido. De modo innecesario se precisa que si el reincidente hubiera sido beneficiado con indulto o conmutación de pena también se elevará la penalidad en igual proporción. Sin embargo, cuando se trate de los delitos graves señalados en el pf. 2 del art. 46-B, la pena se aumentará en no menos de dos tercios por encima del máximo legal correspondiente. En estos casos no serán procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.
- 2851 En la habitualidad, se deberá elevar la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal previsto para el delito que configura el agravante (tercer delito) y que debe ser cometido en un lapso no mayor de cinco años. No obstante, cuando se trate de los delitos señalados en la segunda parte del pf. 1, del art. 46-C, la penalidad se aumenta hasta una mitad por encima del máximo legal. Además para la habitualidad en esta clase delitos no rige el plazo de cinco años ni le serán aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.
- 2852 Por su parte, en el AP N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, en su F.J. 22, ha aportado también criterios de esclarecimiento en torno a los presupuestos y efectos legales de la reincidencia en faltas. Al respecto se ha sostenido lo siguiente: “Es en el art. 46-B, en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: *Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas*”.

El acuerdo plenario citado desarrolló los siguientes criterios de interpretación: 2853

- La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurra en la comisión de una nueva falta, luego de que la condena adquiere firmeza. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.
- La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena –establecido por la ley– se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo, que el será equivalente a la mitad por encima del máximo original.

Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena, estipulados en la segunda parte del art. 440, inc. 5.

VI. Determinación judicial de la pena y concursos de delitos

Cada delito cometido en concurso con otras infracciones, contiene una sanción penal propia, por lo surge el problema de definir cuál es la pena 2854 que corresponde aplicarle al agente. Esto justifica que algunas reglas sobre los concursos se encuentren ubicadas en el acápite de la aplicación de la pena. Sin embargo, habiéndose tratado ampliamente sobre las clases, definiciones y resoluciones de concursos en el marco de la teoría del delito, nos limitaremos a presentar sus consecuencias respecto a la determinación concreta de la pena.

1. Concurso ideal de delitos

En el art. 48, modificado mediante la citada Ley N° 28726, se conserva 2855 la pena de la infracción más grave como base de determinación, pero se dispone sea aumentada hasta en una cuarta parte por encima del máximo fijado por la ley. Así mismo que no deberá superar, en ningún supuesto, el límite máximo de treinta y cinco años de la pena privativa de libertad temporal. No se consideró, en cambio, el caso en que concurren infraccio-

nes reprimidas con pena de cadena perpetua. De presentarse tal situación, debido al carácter indeterminado de esta sanción, no procede incremento alguno.

- 2856 En el Anteproyecto de CP de 2009, se propone cambiar el límite máximo de la pena agravada. Así, el incremento se fija en el tercio de la pena básica en lugar del cuarto y no se reitera el límite general de 35 años en caso de penas privativas de libertad (art. 51). De este modo, se sigue combinando los principios de absorción y de asperación. Tampoco la regla propuesta se refiere al caso de delitos sancionados con pena de cadena perpetua.

2. Concurso real de delitos

- 2857 El texto original del art. 50 consideraba el denominado principio de absorción¹⁶¹. Conforme al cual, la pena básica es la más grave de las conminadas para los delitos en concurso, la misma que debía ser aumentada tomando en cuenta los demás delitos de menor gravedad (circunstancias agravantes).
- 2858 Esta regulación fue modificada mediante la citada Ley N° 28730, considerándose el principio de acumulación de las penas. Así, en primer lugar, debe determinarse la pena concreta de cada uno de los delitos en concurso; y, luego, acumular estas penas para obtener la pena concreta total que debería cumplir el sentenciado. Esta pena no podrá sobrepasar el límite de 35 años de pena privativa de libertad. Así mismo, tampoco deberá superar el doble de la pena concreta parcial impuesta por el delito más grave. Si uno de los delitos resulta sancionado con pena de cadena perpetua, no se tendrán en cuenta las demás penas concretas parciales. Este procedimiento ha sido tomado en cuenta en el AP N° 4-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009¹⁶².

3. Concurso real retrospectivo de delitos

- 2859 Existe particular dificultad en la determinación de la pena cuando existen delitos en concurso que no son juzgados simultáneamente en un solo proceso. Esto se debe a que el autor de las diversas infracciones es juzgado y sentenciado, primero, por una o algunas de éstas, y sólo con posterioridad

¹⁶¹ BRAMONT ARIAS, 2003, p. 263.

¹⁶² Cfr. Fs.Js. 7 al 9.

es sometido a nuevo proceso por las demás. Este caso ha sido regulado en el art. 51, modificado por la Ley N° 26832, del 03 de julio de 1997.

Para la imposición de la pena en esta forma de concurso real se debe tener como criterio rector que al agente no se le debe imponer una pena concreta final que resulte ser más severa que aquella que se le hubiere aplicado si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos en concurso. Esto ha sido tomado en cuenta en la modificación del art. 51, mediante la Ley N° 28730. Así, se ha establecido que la pena concreta será determinada como si se tratara del concurso real de delitos previsto en el art. 50. En consecuencia, se sumarán las penas concretas parciales que se impongan por cada delito.

4. Concurso real de faltas

Mediante la citada Ley N° 29407, se incorporó el art. 50-A que regula el concurso real de faltas. Sistemáticamente, esta nueva regla debió insertarse en el Libro Tercero, dedicado a las reglas generales y especiales aplicables a esta clase de infracciones. Su contenido es deficiente en la medida en que no permite deducir cuales son los presupuestos, requisitos, modalidades y efectos del concurso real de faltas. En todo caso, hay que reconocer que los caracteres esenciales de esta nueva forma de concurso son, precisamente, la pluralidad de acciones, la concurrencia de faltas independientes, de personas perjudicadas y la unidad de autor.

Sin embargo, el mayor problema hermenéutico se relaciona con las reglas de determinación de la pena establecidas por el párrafo final del art. 50-A: “será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”. Teniendo en cuenta los criterios asumidos para el caso del concurso real de delitos (arts. 50 y 51), una primera opción interpretativa sería que la penalidad concreta se determine por la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta en concurso. Pero, el problema subsiste cuando el legislador hace referencia a la “pena privativa de libertad prevista”, la cual no es conminada respecto a ninguna de las faltas previstas en el Libro Tercero del Código. Tampoco resuelve el problema, que en el modificado art. 440, inc. 3, se prevea que una pena privativa de libertad sólo puede ser consecuencia de una conversión en caso reincidencia en faltas contra la persona (art. 441) o contra el patrimonio (art. 444).

- 2863 Al parecer toda esta confusión se debe al hecho de haberse utilizado, en lo esencial, la errada propuesta contenida en el Proyecto Parlamentario definitivo que antecedió a la Ley N° 29407. Según esa propuesta: “Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”.
- 2864 Como se puede observar la redacción propuesta se refería a un “delito” y no una falta –como lo corroboró luego una fe de erratas publicada el 29 de setiembre de 2009– por lo que en ese contexto era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad. Por consiguiente, pues, de *lege lata* sugerimos que la pena concreta será la correspondiente al resultado acumulado de todas las faltas cometidas por el agente. Y, de *lege ferenda*, planteamos que se modifique la regla y sea prevista en el art. 440, inc. 8, en el sentido siguiente: “Cuando concurren varias faltas independientes cometidas por un mismo autor, se sumarán las penas correspondientes que fije el juez para cada una de ellas, hasta un máximo del doble de la pena de la falta más grave”. Este criterio también ha sido asumido por el AP antes citado¹⁶³.

VII. Determinación judicial de la pena en el NCPP y el Anteproyecto de CP de 2009

1. Sentencia penal y determinación judicial de la pena en el NCPP

- 2865 A pesar de la gran importancia práctica de la cuestión, no se ha reflexionado de manera seria y profunda acerca de la relación que debe existir entre la sentencia y el procedimiento de la determinación judicial de la pena¹⁶⁴. La misma laguna se observa en los esfuerzos dirigidos a establecer pautas o guías metodológicas para la elaboración de sentencias penales¹⁶⁵. Lo cual parece indicar que aún para los especialistas nacionales, las pautas normativas, así como las precisiones teóricas sobre el particular, deben ser planteadas y debatidas exclusivamente en el ámbito del derecho penal sustantivo.

¹⁶³ AP N° 4-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, FJ. 11.

¹⁶⁴ Cfr. TALAVERA, 2004, p. 83 ss.; MAVILA, 2005, p.200.

¹⁶⁵ Cfr. SANTA CRUZ, 2004, p. 42 ss.

En gran medida tal omisión y percepción resultan coherentes con el estilo restrictivo y lacónico mediante el cual legislador ha diseñado la determinación judicial de la pena, al regular los contenidos y formas de construcción de una sentencia condenatoria. Así, en el CdePP no se establecieron reglas detalladas para la configuración o el resultado de las decisiones que debía adoptar el juez al emitir una sentencia condenatoria. Sin embargo, en el art. 282, con bastante pragmatismo, se establecieron algunas reglas para facilitar la elección judicial de la pena concreta, cuando entre los magistrados a cargo del fallo se plantearan posturas discrepantes en torno a la índole y extensión de dicha sanción. 2866

Al respecto, la norma citada señalaba: “Cuando hubiere disconformidad entre los tres miembros del Tribunal respecto de la pena, se volverán a discutir y votar los puntos en que se haya disentido. Si en esta segunda votación continua la disconformidad, se impondrá la pena intermedia, esto es, la pena por la que voto el miembro del Tribunal en disentimiento con los que votaron por pena superior o inferior”. Según la exposición de motivos, esto era lo más razonable ya que aseguraba, cuando menos, el acuerdo tácito de dos votos por dicha pena intermedia. Así, se estimaba que “más fundado es aplicar la pena intermedia, respecto a la cual puede afirmarse que hay mayoría”¹⁶⁶. 2867

Cabe reconocer que la misma técnica legislativa ha sido utilizada por otros legisladores latinoamericanos. Por ejemplo, la regulación prevista en el CdePP colombiano de 2000, es similar a la nuestra. Tampoco se dan mayores detalles sobre las reglas para determinar la pena a imponer (arts. 410 a 412). Esto se debe, quizás, a que en el CP colombiano del mismo año (arts. 60 y 61) se prevén reglas más completas que en el nuestro. 2868

En cambio, otros sistemas procesales han optado por un patrón diferente, en el cual se fijan criterios específicos de determinación judicial de la pena. Así, por ejemplo, en el CPP chileno de 2001 se desarrollan pautas para los casos de delito continuado o concurso real de delitos. En su art. 351, sobre “reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie”, se establece que: “en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diferentes infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados”. Además, se dispone, por un lado, que si por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren considerarse como un solo delito, el juez 2869

¹⁶⁶ Cfr. GUZMÁN, p. 481.

aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, según las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos. Y, por otro, que podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el art. 74 del citado código, si de seguirse este procedimiento hubiere de corresponder al condenado una pena menor. Por último, se dice que para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.

- 2870 El NCPP mantuvo la misma orientación legislativa que el CdePP. Lo cual se advierte al realizar un análisis de los once artículos que integran el Título VI sobre “La deliberación y la sentencia” (arts. 392 a 403) del Libro Tercero que regula el proceso común. De estas disposiciones sólo tres guardan relación directa con la deliberación y determinación de la pena en una sentencia condenatoria (arts. 392, 393 y 397).
- 2871 En relación con el art. 392, lo relevante se encuentra en el inc. 4. En éste, se ratifica la elección del “término medio” ante la discordia que tengan los jueces al pronunciarse sobre la extensión de la pena concreta a imponer.
- 2872 En el art. 393, inc. 3, lit. e, se precisa que una cuestión específica sobre la que deben deliberar y votar los jueces, al elaborar un fallo de condena, tiene que ser “la individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella”. En esta regla existe un error técnico, pues conforme al Código ninguna medida de seguridad, sea el internamiento o el tratamiento ambulatorio, pueden sustituir penas. Pero al margen de este yerro, lo interesante es que la ley obliga al juez a determinar la pena aplicable en atención a las circunstancias del caso, sin que esto implique afectar el criterio de conciencia que le reconoce la ley. No obstante, la norma ha omitido indicar cuál debe ser el procedimiento a seguir, dejando un vacío legal que debe ser oportunamente cubierto.
- 2873 En este dominio, en cambio, resultó oportuna e inédita, para la experiencia procesal penal nacional, la propuesta que sobre esta materia hizo el denominado “Proyecto Huanchaco”. Esta interesante y poco difundida iniciativa legislativa, elaborada por juristas nacionales y argentinos, incorporó la posibilidad de realizar un juicio sobre la pena. El cual, junto al denominado juicio de culpabilidad, sería también una base y finalidad fundamentales del desarrollo operativo de la audiencia o juzgamiento según el modelo adoptado por dicha propuesta legislativa. En tal sentido, el art. 255 de dicho Proyecto señala: “El juicio sobre la pena comenzará con la recepción de la

prueba que se haya ofrecido para individualizarla, hasta antes del inicio de la segunda parte del juicio, prosiguiendo de allí en adelante, según las normas comunes. Al finalizar el debate, el juzgador mencionará oralmente la pena y demás consecuencias jurídicas del delito que corresponde aplicar al caso concreto, lo que constará en el acta de cierre de la audiencia”¹⁶⁷.

Por último, el art. 397, inc. 3 del NCPP, respetando la primacía del principio acusatorio, aplicable también al ámbito de las circunstancias, prohíbe al juez “aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación”. Debemos entender que la parte final de dicha disposición alude, entre otros supuestos, a una falta de circunstancias atenuantes privilegiadas o de aquellas causales imperfectas de justificación o exculpación regulada en el art. 21.

2. Determinación de la pena en el Anteproyecto de CP de 2009

Al parecer las oportunidades para dar mejor operatividad a la determinación judicial de la pena, se encuentran vinculadas a la revisión oficial del Código vigente. Esto se debe a que durante el proceso de implementación del NCPP, actualmente en ejecución, no conviene realizar, por ahora, modificaciones sustanciales a las normas relacionadas con la deliberación punitiva de una sentencia condenatoria.

La Comisión Especial Revisora del Código, creada por Ley N° 29153, aprobó en noviembre de 2008, un nuevo modelo regulador del procedimiento de determinación de la pena. El texto aprobado comporta la modificación sustancial del modelo previsto por los arts. 45 y 46 del Código. Además, se incluyen otras innovaciones puntuales. Sistemáticamente, el sistema regulador de la determinación judicial de la pena, propuesto por la referida Comisión, tiene la siguiente estructura:

En el art. 43, referente a los presupuestos de fundamentación y determinación de la pena, se incorpora como contenido adicional al texto original del inc. 1: “la posición preeminente que ocupe en la sociedad”. De esta manera, se incluye este nuevo criterio de fundamentación y determinación de la pena como alterno al ya existente, que sólo se refiere a las “carencias que hubiere sufrido del agente”. Con esto se pretende que el juez tenga en

¹⁶⁷ Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad - CERJUDEL, 2005, p. 346.

cuenta para su decisión punitiva la situación del criminal que delinque manipulando su posición de privilegio.

- 2878 También la reforma del citado artículo modifica el inc. 3, sustituyendo el término “intereses” por el de “derechos”, por estimarse más amplio, pues comprende tanto aspectos patrimoniales como no patrimoniales.
- 2879 El art. 44, relacionado con el procedimiento judicial de individualización de la pena, es objeto de cambios más trascendentes. En primer lugar, se dispone expresamente que toda condena debe fundamentar de modo suficiente y explícito los “motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”. De esta manera se impone expresamente, al juez el deber de justificar su decisión punitiva y, por ende, de desarrollar un procedimiento coherente y técnico para individualizar la sanción aplicable al caso.
- 2880 En segundo lugar, se describen con precisión las etapas que deberá seguir el juez para determinar la pena. Al respecto, en el citado artículo se ratifica lo ya previsto en el texto original del Código, en el sentido de que los factores centrales para la individualización de la pena se relacionan con el grado de reproche que cabe hacer al agente por su actuar antijurídico (culpabilidad del agente), ello respecto del grado de desvalor que merece la conducta antijurídica realizada (antijuridicidad del hecho).
- 2881 Se esquematiza el procedimiento operativo que debe seguir el juez. Este debe identificar la pena básica, como espacio punitivo considerando la pena fijada en la ley para el delito (pena conminada); determinar la pena concreta, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes; dividir el espacio punitivo de la pena básica en tres partes. Estas consisten en las hipótesis siguientes: si no se presentan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio inferior; si concurren agravantes y atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio intermedio; y cuando concurren únicamente circunstancias agravantes la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio superior.
- 2882 También en el art. 44, inc. 3, se describe un procedimiento operativo especial, para el caso de presencia de circunstancias atenuantes o agravantes “cualificadas”. En tales supuestos, se procederá del modo siguiente: tratándose sólo de circunstancias atenuantes la pena concreta se establecerá por debajo del tercio inferior, si sólo se trata de circunstancias agravantes la pena concreta se determinará por encima del tercio superior y en caso de

conurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes la pena concreta se fijará dentro de los límites de la pena básica.

El art. 45 reproduce el catálogo de circunstancias atenuantes genéricas. Se han considerado la carencia de antecedentes penales, obrar por móviles nobles o altruistas, actuar en estado de emoción, pasión o temor excusables, la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares, procurar voluntariamente la disminución de las consecuencias del delito, reparar espontáneamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado, presentarse voluntariamente a las autoridades admitiendo responsabilidad y, por último, la edad del imputado si ello influyó en su conducta. 2883

En el art. 46, se han insertado 13 circunstancias agravantes genéricas: que la acción recaiga sobre bienes de utilidad social o recursos necesarios para la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad; la acción incida sobre bienes o recursos públicos, concurren móviles abyectos o fútiles o mediando precio, recompensa o promesa remuneratoria; concurren móviles de intolerancia y discriminación social, étnica, ideológica, religiosa; se empleen medios cuyo uso puede generar peligro común; se actúe con prevalimiento, alevosía o de modo subrepticio; se intensifique innecesariamente las consecuencias nocivas del delito; se abuse del cargo, posición económica, formación, poder, oficio o profesión; haya pluralidad de agentes; valerse de inimputables; se dirija o ejecute total o parcialmente el delito, desde un centro carcelario o desde fuera del territorio nacional; se afecte gravemente el equilibrio de los ecosistemas naturales; se emplee explosión, veneno u otro medio de similar eficacia destructiva. 2884

Finalmente el art. 47 regula las circunstancias privilegiadas de atenuación y cualificadas de agravación y se precisan cuales son sus efectos punitivos. El pf. 1 describe como circunstancia privilegiada atenuante la afectación leve del bien jurídico. Para este caso la pena se atenuará hasta una mitad por debajo del mínimo legal. 2885

En el pf. 2, se definen dos circunstancias agravantes: la calidad de funcionario público y el abuso de tal condición para la comisión del delito; y la reincidencia. Para ambos supuestos la pena se incrementará hasta un tercio por encima del máximo legal del delito cometido, pero sin exceder del límite temporal máximo de 35 años de pena privativa de libertad. Se mantienen, pues, las circunstancias que actualmente contienen los arts. 46-A y 46-B, pero se suprime la relativa a la habitualidad del art. 46-C. La agravante 2886

cualificada de la reincidencia, prevista en el art. 49, inc. 2, se configura: “cuando después de haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad efectiva se incurre en nuevo delito doloso dentro de los 5 años siguientes”.

2887 Como se puede inferir el nuevo modelo de determinación judicial de la pena, que se ha previsto en el Anteproyecto de CP de 2009, se pretende hacer menos complejo este proceso decisorio. Además, promueve la fundamentación y justificación del resultado punitivo, a la vez que orienta al juez hacia la solución de casos límite, como los que regula el art. 43.

§ 25 Medidas alternativas a la pena privativa de libertad

I. Introducción. II. Concepto y función. III. Clasificación. IV. Medidas alternativas en el Perú. 1. Antecedentes. 2. Clases. a. Sustitución de penas. b. Conversión de penas. c. Suspensión de la ejecución de la pena. d. Reserva del fallo condenatorio. e. Exención de pena. V. Anteproyecto de CP de 2009. VI. Jurisprudencia vinculante.

I. Introducción

Desde mediados del siglo pasado, las reformas penales fueron influenciadas 2888 por una política tendiente a promover medios y procedimientos dirigidos a reducir y humanizar la aplicación de las penas privativas de libertad. Como bien ha señalado Gómez Grillo, es evidente que "así como el siglo XIX fue el de la consagración de la prisión como fórmula ideal para intimidar y reformar al hombre delincuente, el siglo XX ha sido el de la anticárcel"¹⁶⁸. En este sentido, se ha intentado estandarizar límites temporales racionales respecto a la tipificación y ejecución de las penas privativas de libertad. Estas iniciativas se basaron en el criterio de que, cuando el límite máximo de estas penas era superior a veinte años, producían daños psíquicos y físicos en el condenado, los mismos que fueron calificados, genéricamente, como riesgos latentes de desocialización.

De manera simultánea, se planteó un amplio conjunto de medidas apropiadas para bloquear la imposición o el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Cabe anotar, sin embargo, que todos estos planteamientos implicaron el cuestionamiento ideológico y social de la cárcel como centro de ejecución de penas privativas de libertad¹⁶⁹. 2889

Las tendencias doctrinales y legislativas de este periodo se caracterizaron, 2890 pues, por denunciar que la prisión no constituía un régimen y sistema de cumplimiento de penas privativas de libertad compatible con los fines de resocialización y prevención especial. Los mismos que eran invocados políticamente para legitimar estas penas. Este fracaso de la cárcel, como medio para mejorar psicológica y socialmente los delincuentes, ha develado

¹⁶⁸ GÓMEZ GRILLO, 1980, p. 696.

¹⁶⁹ PAVARINI, 1992, p. 197 ss.

el verdadero rol funcional e histórico de la estructura y naturaleza de las penas privativas de libertad. Aislar forzosamente una persona, un ser eminentemente gregario y libre, de su entorno y de la vida social dinámica de interacción, para recluirlo e insertarlo en un ambiente hostil, estigmatizador y autoritario como el sistema penitenciario sólo alcanzaba el objetivo, declarado o encubierto, de castigar, mas no el positivo de resocializar¹⁷⁰.

2891 Pero a pesar de la constatación empírica de los efectos perjudiciales de la cárcel, la respuesta política del Estado siguió siendo la de la aplicación de la pena privativa de libertad como principal herramienta de control social. Lo cual, paradójicamente, ha encontrado un manifiesto respaldo social debido al incremento de la inseguridad ciudadana. En ese contexto, pues, las posiciones críticas y abolicionistas de la pena privativa de libertad se fueron relativizando o diluyendo en planteamientos intermedios. En éstos, se recomienda la utilización residual de las penas privativas de libertad, a las que debería asignárseles la condición de *última ratio* en el sistema punitivo. Así mismo, se insiste en las ventajas de las penas y medidas alternativas. Al respecto, la doctrina ha señalado que esta crisis de la pena privativa de libertad, así como la tendencia a buscar penas sustitutivas, ha tenido como característica principal “su falta de adecuación a los fines del estado moderno”¹⁷¹.

2892 En la actualidad, pues, como consecuencia de todo este proceso, coexisten diversas medidas legales, cuya finalidad es impedir la ejecución material de penas privativas de libertad de corta e incluso mediana duración. En efecto, hoy en día, es posible identificar en el derecho penal extranjero un número considerable de penas o medidas alternativas. Todas ellas constituyen opciones para sustituir o conmutar penas privativas de libertad no superiores a cuatro o cinco años.

¹⁷⁰ ZAFFARONI, 1991, p. 61 ss., al respecto, señala este autor que: “La filosofía del tratamiento pasó por varias etapas sin que ninguna de ellas permitiera cambiar las características estructuralmente deteriorantes de la prisión. Resocialización es una expresión que, fuera del marco sistémico carece de contenido semántico y su uso equívoco se confunde en una multiplicidad de ideologías “re” (Re-adaptación; re-inserción; re-educación; re-personalización, etc.) que, en definitiva, pretenden que la prisión puede mejorar algo. Teniendo en cuenta que el encierro institucional, conforme a todas las investigaciones contemporáneas, es siempre deteriorante, especialmente si es prolongado, resulta claro que las ideologías “re” no son utopías sino absurdos. El efecto deteriorante de la prisionalización en concreto tiende a la reproducción del delito por introyección de los roles vinculados a los estereotipos que rigen a la selección criminalizante”.

¹⁷¹ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 189.

Estas sanciones alternativas están fundamentadas en la existencia de bienes jurídicos distintos a la libertad ambulatoria, que el poder estatal puede restringir o suprimir. La amenaza de aplicarlas cumple una función similar a la que cumple la pena de prisión. Por esto, las medidas alternativas a la prisión tienen como ventajas principales facilitar la individualización de la sanción, atendiendo a las circunstancias personales del delincuente; cumplir la finalidad readaptadora, en oposición de los efectos desocializadores de la pena de prisión, y a su vez requerir costes menores en comparación al encarcelamiento¹⁷². 2893

II. Concepto y función

En doctrina y legislación extranjeras, se denominan medidas alternativas, sustitutivos penales o subrogados penales a los diversos procedimientos y mecanismos normativos, que se han previsto para eludir o limitar la aplicación o el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Penas a las que, como ya hemos dicho, se les critica por no tener efectos de prevención general o especial y por influenciar negativamente al condenado¹⁷³. Su función es la de impedir definitiva o provisionalmente la ejecución efectiva de la privación de libertad. 2894

El origen y la evolución de estos procedimientos despenalizadores no han sido homogéneos. En las legislaciones nacionales no se prevén siempre las mismas medidas alternativas. Las que corresponden a la modalidad denominada de *régimen de prueba*, como la suspensión de la ejecución de la pena, la condena condicional o la *probation*, son las de mayor antigüedad y presencia en el derecho penal contemporáneo. Las demás fueron diseñadas y promovidas sobre todo en la segunda mitad del siglo XX por los movimientos de la política criminal que siguieron a la redacción de los Proyectos alemanes de la década del sesenta, otorgándose prioridad principal a las medidas de *conmutación o reemplazo*, por ejemplo, la sustitución o conversión de penas¹⁷⁴. 2895

Al margen de sus auspiciosos orígenes y desarrollos, las medidas alternativas también han sido seriamente criticadas. En particular, por quienes promueven la utilidad preventiva de un *efecto shock* de las penas privativas de 2896

¹⁷² GARCÍA VALDEZ, 1995, p. 190 ss.

¹⁷³ COBO/VIVES, 1987, p. 633.

¹⁷⁴ DE LA CUESTA, 1993, p. 322.

libertad cortas para los responsables de delitos económicos o de función. Por el mal uso judicial de las medidas alternativas, éstas han sido desprestigiadas en el seno de la comunidad, llegándose a estimar que éstas son formas encubiertas de impunidad o de benevolencia indebida¹⁷⁵.

- 2897 Otra consecuencia disfuncional que se atribuye a las medidas alternativas concierne el aspecto psicosocial. La amplitud con la que son previstas en las leyes es percibida negativamente por algunos sectores sociales, los cuales las consideran causas de la agudización de la inseguridad ciudadana o del sentimiento de impunidad de parte de la víctima, particularmente cuando las medidas alternativas son aplicadas a ciertas formas de criminalidad caracterizadas por su frecuencia. Ante esta situación, la respuesta política del Estado ha consistido, generalmente, en adoptar una decisión sobrecriminalizadora.
- 2898 Sin embargo, muchas de las críticas han sido respondidas por quienes defienden los efectos favorables de las medidas alternativas. Por un lado, se ha dejado en claro que el objetivo de éstas no es la abolición de las penas privativas de libertad. Por otro, se ha confirmado que, a pesar de sus disfunciones, estos sustitutivos son un medio de control penal menos dañino que dichas penas¹⁷⁶. De allí, pues, que no debe estimarse como negativo que se siga incorporando en las leyes sustitutivos penales en mayor o menor proporción.
- 2899 Encontramos medidas alternativas o sustitutivos penales en el CP portugués de 1982, el CP brasileño de 1984, el CP cubano de 1987, el CP peruano de 1991, el CP francés de 1992 y el CP español de 1995. Además, el volumen y la diversidad de los subrogados penales que se incluyen en estas leyes son mucho más amplios, que los que fueron incorporados al influjo del movimiento contra el encarcelamiento de los años sesenta (Proyecto Alternativo Alemán de 1966, el CP austriaco de 1974, el CP alemán de 1975), y en los códigos sudamericanos y centroamericanos que se elaboraron en base a los lineamientos del CP Tipo para Latinoamérica, sobre todo el CP costarricense y el CP colombiano.
- 2900 Resulta atinado y coherente para una política criminal garantista, el seguir favoreciendo las medidas alternativas. Eliminarlas o reducirlas, frente a lo que representa la prisión comporta rechazar de manera inconsecuente uno

¹⁷⁵ VILLA STEIN, 2008, p. 489.

¹⁷⁶ MUÑOZ/GARCÍA, 1993, p. 496 ss.

de los pocos medios que permiten compatibilizar el castigo penal con la dignidad humana y facilitar la prevención especial¹⁷⁷.

III. Clasificación

Según la manera como las penas alternativas operan, pueden distinguirse 2901 diversas categorías: La primera agrupa las medidas que sirven para una atenuar, suavizar, moderar la ejecución de la privación de libertad. La segunda está constituida por las que, en razón a que es innecesario imponer una pena grave al condenado, son útiles para sustituirla y evitar así perjuicios contra aquél. La tercera reúne aquellas que, por la probable falta absoluta de necesidad de pena, buscan evitar la privación de libertad mediante la instauración de un periodo de prueba que el condenado debe superar a fin que se le excluya la ejecución de la pena impuesta¹⁷⁸.

El listado de medidas alternativas o sustitutivos penales que actualmente 2902 encontramos en el derecho penal extranjero, es muy extenso y variado en tipos y características. En todo caso, para alcanzar una clasificación más o menos exhaustiva de sus diversas manifestaciones, conviene recurrir, en primer lugar, al Informe de la Secretaría General de las Naciones Unidas, presentado en agosto de 1960 en Londres, en el marco del Segundo Congreso sobre "Prevención del delito y tratamiento del delincuente". Según este documento, pueden operar como sustitutivos de la pena privativa de libertad los mecanismos y procedimientos que a continuación se detallan:

- Suspensión condicional de la pena.
- Aplicación de libertad vigilada en régimen de prueba.
- Multa.
- Arresto domiciliario.
- Prestación de trabajos o servicios al Estado o instituciones oficiales o semioficiales.
- Reparación de los daños causados.
- Asistencia obligatoria a centros de educación.
- Promesa, con fianza o sin ella, de observar buena conducta en un periodo de tiempo.

¹⁷⁷ MUÑOZ/GARCÍA, 1993, p. 497.

¹⁷⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1993, p. 322 ss.

- Amonestación o represión judicial o administrativa, a puerta cerrada o en sesión pública.
- Obligación de comparecer durante un corto tiempo ante una autoridad determinada.
- El perdón judicial.
- La revocación temporal o definitiva del permiso de conducir.
- Prohibición de ausentarse del país durante un tiempo no mayor de seis meses, sin previa autorización judicial o administrativa.
- Obligación de someterse al cuidado o asistencia de un servicio social, con el fin de seguir un tratamiento como paciente externo durante cierto periodo.

2903 En segundo lugar, a las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad” o “Reglas de Tokio”, aprobadas por la Asamblea General en diciembre de 1990. Según su numeral 8.1, se califican como medidas alternativas las siguientes:

- Sanciones verbales, como la amonestación, la represión y la advertencia.
- Liberación condicional.
- Penas privativas de derechos o inhabilitaciones.
- Sanciones económicas y penas de dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días.
- Incautación o confiscación.
- Mandamientos de restitución a la víctima o de indemnización.
- Suspensión de la sentencia o condena diferida.
- Régimen de prueba y vigilancia judicial.
- Imposición de servicios a la comunidad.
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado.
- Arresto domiciliario.
- Cualquier otro régimen que no entrañe internamiento.
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

2904 Debido al carácter complejo y heterogéneo de la tipología de estas medidas, se ha sostenido que se pueden distinguir hasta cuatro modalidades: prime-

ro, las formas especiales de privación de libertad de corta y mediana duración (el arresto de fin de semana y la semidetención). Segundo, la suspensión condicional de la pena y otras instituciones de prueba (la *probation*, la condena condicional y demás medidas semejantes que exigen periodos de prueba y reglas de conducta, como el aplazamiento del pronunciamiento de pena). Tercero, la pena de multa (tanto la multa de aplicación global y el sistema de días-multa). Cuarto, los otros sustitutivos de la pena privativa de libertad (la indemnización del ofendido, la dispensa de pena, la reprensión pública, la inhabilitación, el trabajo al servicio de la comunidad).

De manera más simple, se ha propuesto clasificar las medidas alternativas en dos categorías, por un lado, las clásicas de tratamiento en libertad en régimen de prueba (suspensión del fallo, la suspensión de la ejecución de la pena). Por otro, las alternativas de la privación de libertad (el arresto de fin de semana, el trabajo en provecho de la comunidad, la dispensa de pena o el perdón judicial, los procedimientos de diversión, y las distintas formas de la pena de multa). 2905

IV. Medidas alternativas en el Perú

1. Antecedentes

Uno de los principales rasgos característicos del proceso de reforma penal que tuvo lugar en el Perú, entre 1984 y 1991, fue la clara vocación despenalizadora que guió al legislador. Esta posición político criminal favoreció la inclusión sucesiva de nuevas medidas alternativas a la pena privativa de libertad, diferentes a la condena condicional prevista ya en el CP de 1924¹⁷⁹. En el vigente Código, se incluyen cinco modalidades de medidas alternativas: 2906

- Sustitución de penas privativas de libertad.
- Conversión de penas privativas de libertad.

¹⁷⁹ Sobre esta actitud del legislador nacional, la exposición de motivos del Código Penal refiere lo siguiente: "La Comisión Revisora, a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. Por otro lado, los elevados gastos que demandan la construcción y el sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva".

- Suspensión de la ejecución de la pena.
- Reserva del fallo condenatorio.
- Exención de pena.

- 2907 Las dos primeras substituyen la pena privativa de libertad por penas de otra índole, las dos siguientes son medidas de régimen de prueba y la quinta constituye el perdón judicial.
- 2908 De todas ellas, sólo la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva de fallo condenatorio y la conversión de penas han sido aplicadas con regularidad y son de gran utilidad en la praxis judicial. Las otras dos no han sido aplicadas por factores relacionados, sobre todo, con su deficiente regulación legal¹⁸⁰.

2. Clases

a. *Sustitución de penas*

- 2909 Esta medida se encuentra regulada en los arts. 32 y 33. La sustitución de penas es un auténtico substitutivo penal, ya que su efecto esencial es reemplazar una pena privativa de libertad por otra de naturaleza distinta, que no afecta la libertad ambulatoria del condenado¹⁸¹. A través de éstas, se substituyen las penas privativas de libertad por las limitativas de derechos, como es el caso de la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres. Su fuente legal es el art. 44 *in fine* del CP brasileño de 1984.
- 2910 En el CP español de 1995, la sustitución de penas privativas de libertad se encontraba regulada en los arts. 88 y 89. El legislador hispano previó cuatro penas substitutas: el arresto de fin de semana, la multa, los trabajos en beneficio de la comunidad y la expulsión. Esta última sanción, en realidad, es una medida de seguridad substituta, ya que en el art. 96, inc. 3, pf. 5, se consideraba a la "expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España", como una medida de seguridad no privativa de libertad.
- 2911 Para aplicar la sustitución de penas que autoriza el art. 89, inc. 1, el juez debía escuchar a las partes antes de adoptar su decisión substitutiva. Y en cuanto a la hipótesis del inc. 2, que se refiere al reemplazo del arresto de fin

¹⁸⁰ PEÑA CABRERA, 1994, p. 531 ss.; VILLAVICENCIO, 1992, p. 213 ss.; BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, 1995, p. 242 ss.; ZARZOSA, 1993, p. 80 ss.

¹⁸¹ COBO/VIVES, 1987, p. 633.

de semana, la norma disponía que el condenado haya expresado su conformidad para que opere la sustitución.

El CP portugués de 1982, en sus arts. 43 y 44, incluyó también un régimen 2912 de sustitución de penas privativas de libertad en dos casos. Primero, cuando la pena de prisión no exceda de tres meses, ella puede ser sustituida por una pena de *prisión por días libres* que viene a ser una sanción parecida al arresto de fin de semana. La equivalencia que se emplea para este supuesto es de cuatro días de prisión por un fin de semana. El segundo caso de sustitución se presenta cuando la pena de prisión no fuera superior a seis meses. En este supuesto se puede sustituir la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una pena equivalente, pero fijada en días-multa a razón de un día-multa por cada día de prisión.

Conforme a la regulación nacional, la sustitución de penas es una medida 2913 alternativa cuya aplicación queda librada al absoluto arbitrio judicial. En efecto, como único presupuesto para su aplicación, sólo se exige que la pena privativa de libertad sustituible no sea superior a cuatro años ("...cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a cuatro años"). En la medida en que el juez considere, en atención a la pena conminada para el delito y a las circunstancias de su comisión, que el sentenciado no merece una pena privativa de la libertad por encima de dicho límite, podrá disponer su sustitución, consignando en la sentencia el tipo y extensión de la pena sustitutiva. Sin embargo, el juez debe sopesar también otros factores justificantes, como la no necesidad o inconveniencia de la reclusión por razones prevención general o especial¹⁸².

Las penas sustitutas son la prestación de servicios a la comunidad y la li- 2914 mitación de días libres. Su aplicación no acarrea la imposición de reglas de conducta u obligaciones complementarias al condenado, quien sólo está obligado a cumplir con la pena sustituta. Si bien la ley no prevé criterios que orienten la elección judicial de alguna de estas penas, el órgano jurisdiccional deberá decidir, atendiendo a las condiciones personales del condenado y el tipo de delito cometido.

La deficiente regulación legal de estas medidas alternativas ha restringido 2915 su aplicación. Sobre todo, la falta de reglas de revocación de la sustitución en caso de incumplimiento de la pena sustituta. Este vacío legal impide que el juez restablezca la pena privativa de libertad cuando el condenado in-

¹⁸² BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS - TORRES, 1995, p. 207 ss.

cumple injustificadamente las obligaciones propias de la pena sustituta que le fue impuesta. El respeto al principio de legalidad (arts. II y III) imposibilita que, en caso de incumplimiento, se aplique el régimen de reconversión de penas que estatuye el art. 53. Por igual razón, tampoco se puede aplicar por analogía la conversión prevista en el art. 55, pues dicha disposición prevé sólo el caso en que las penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres son impuestas como penas principales y autónomas.

- 2916 Esta laguna puede ser superada, de *lege ferenda*, mediante la aplicación del régimen de revocación de la pena sustituta, que prevé el art. 53. Esto es, restituir la pena privativa de libertad, previo apercibimiento judicial, en razón de siete días de pena privativa de libertad por cada jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. Esta solución es propuesta en el art. 32 del Anteproyecto de CP de 2009, en el que se dispone: “si el condenado no cumple injustificadamente la pena sustituta se revocará la sustitución, debiendo ejecutarse la pena privativa de libertad fijada en la sentencia. Revocada la sustitución, la pena sustituta cumplida con anterioridad será descontada de acuerdo con la equivalencia siguiente: una jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres cumplida por cada siete días de pena privativa de libertad”.
- 2917 En el art. 31 del mismo anteproyecto, se prevé, como condición de la sustitución, que se pueda formular un pronóstico favorable de que, conforme a la “modalidad del hecho punible así como la personalidad del agente”, la medida le impedirá cometer nuevo delito.

b. Conversión de penas

- 2918 Se rige por lo dispuesto en los arts. 52 a 54, cuya fuente legal son los arts. 80 y 81 del CP Tipo para Latinoamérica. Al igual que la sustitución de penas, la conversión de penas es una medida que corresponde a las de reemplazo o conmutación¹⁸³. Consiste en conmutar la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una sanción de distinta naturaleza.
- 2919 La pena privativa de libertad puede ser convertida: en pena de multa, de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. En el derecho extranjero, es frecuente que sólo se prevea la conmutación respec-

¹⁸³ BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, 1995, 242. Estos autores señalan como fuente al Proyecto Peruano de 1991, pese a que la conversión de penas preexistió a dicho documento en el art. 65 del Proyecto de 1985.

to a las penas de multa (p. ej., en el art. 69 del CP costarricense y en el art. 50 del CP guatemalteco).

Contrariamente a la sustitución de la pena, la conversión es de índole subsidiaria. Así mismo, a diferencia de la simplicidad de la regulación de la primera, la referente a la conversión prevé los presupuestos y requisitos que deben darse para aplicarla. Según el art. 52, para que proceda la conversión se deben cumplir dos condiciones: primero, que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; y que, en el caso concreto, no sea posible aplicar al sentenciado medidas de suspensión de la ejecución de la pena (art. 57) o de reserva de fallo condenatorio (art. 62).

Tales requisitos otorgan a la conversión de penas una aplicación excepcional y subsidiaria frente a otras medidas alternativas. Las equivalencias para la conversión de penas privativas de libertad en penas de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres están previstas en el art. 52: un día de privación de libertad equivale un día-multa y siete días de pena privativa de libertad corresponden a una jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

Las penas privativas de libertad efectivas de hasta dos años son convertibles en multa. En cambio, la conversión en penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres es posible respecto a la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Conforme a los arts. 53 y 54, procede la *revocatoria de la conversión* por dos causales. En primer lugar, por el incumplimiento injustificado de las penas convertidas y previo requerimiento judicial y, en segundo lugar, por la comisión, dentro del plazo de ejecución de la pena convertida, de un nuevo delito doloso, siempre que la pena conminada sea no menor de tres años de pena privativa de libertad.

El efecto de la revocatoria de la conversión es la *reconversión de penas*, que consiste en hacer efectiva la pena privativa de libertad que fue inicialmente impuesta en la sentencia condenatoria. El art. 53, fija las reglas y equivalencias: un día multa descontará un día de pena privativa de libertad y una jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres descontarán siete días de pena privativa de libertad.

Cabe precisar que la revocatoria por la comisión de un nuevo delito doloso genera para el condenado la acumulación de la pena privativa de libertad

que le resta cumplir con la correspondiente a la nueva infracción penal. En estos casos no será posible aplicar a la nueva condena los efectos agravantes cualificados de la reincidencia por no haberse cumplido antes “en todo o en parte una condena privativa de libertad” (art. 46-B).

- 2926 En un inicio, la utilización judicial de la conversión de penas privativas de libertad fue muy limitada. Esto ha cambiado luego de las reformas introducidas por la Ley N° 27186, del 20 de octubre de 1999. Su aplicación se ha incrementado notablemente y ha mejorado su aceptación social en comparación con la de la imposición de medidas de régimen de prueba. Actualmente, se encuentra en tercer lugar en el índice de frecuencias del uso jurisdiccional de medidas alternativas en el país. De allí que resulte alentador que el Anteproyecto de CP de 2009 eleve las posibilidades de la conversión de penas a tres años de pena privativa de libertad para la conmutación por pena de multa y a cinco años de pena privativa de libertad para su reemplazo por penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.
- 2927 Merece un comentario especial la inclusión en nuestra legislación de una nueva pena convertible. Se trata de la *pena de vigilancia electrónica personal*, actualmente prevista en el art. 29-A, incorporado mediante la Ley N° 29499, del 19 de enero de 2010. Conforme a la modificación que dicha ley realizó sobre el art. 52, el juez de oficio o a petición de parte puede convertir, a razón de un día, las condenas de pena privativa de libertad efectiva –no mayores de seis años–, en penas de vigilancia electrónica personal.

c. *Suspensión de la ejecución de la pena*

- 2928 Según la doctrina, sus orígenes se encuentran, hacia finales del siglo XIX, en los procedimientos de *sursis* aplicados en Francia y Bélgica, así como en la *probation* norteamericana e inglesa¹⁸⁴. Se trata de uno de los procedimientos más tradicionales desarrollados por la doctrina con el objetivo de limitar el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Corresponde a las medidas alternativas de *régimen de prueba*. Consiste en intercambiar la ejecución de la pena privativa de libertad por un periodo de prueba, durante el cual el condenado queda sujeto a un régimen de restricciones o reglas de conducta.

¹⁸⁴ HURTADO POZO, 1999, p. 238 ss.; FRAGOSO, 1993, p. 361 ss.

Se le denomina *condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena*. 2929 Designaciones que, en las legislaciones, son utilizadas como sinónimas; este es el caso de nuestro Código (arts. 57 y 58). Pero, no se trata de medidas iguales, ya que se diferencian conceptual y formalmente, sobre todo respecto a sus presupuestos y efectos. En el CP español de 1995 (arts. 80 a 87), se encontraba prevista como “suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”. En el CP brasileño, esta medida es denominada “suspensão condicional da pena”, y en el CP colombiano de 1980 “condena de ejecución condicional”.

En estas leyes, la suspensión de la ejecución de la pena no es regulada de 2930 la misma manera. Se dan notorias diferencias en cuanto a la extensión de la pena privativa de libertad que se suspende, así como a los límites que corresponden al periodo de prueba. En España, por ejemplo, el condenado debe haber satisfecho las responsabilidades civiles que le alcanzan y ser un reo primario. Según el CP brasileño (art. 77), sólo procede para penas privativas de libertad no mayores de dos años y el plazo de prueba puede extenderse hasta cuatro años. De acuerdo con el CP colombiano de 1980 (art. 68), era aplicable cuando la pena privativa de libertad impuesta no excedía a tres años de prisión y el periodo de prueba podía extenderse hasta por cinco años.

En el derecho penal peruano, esta medida fue prevista, en el CP de 1924, 2931 bajo el nombre de condena condicional. Inicialmente, se disponía su aplicación para el caso de delitos culposos. Con posterioridad, debido a reformas en el CdePP, se amplió su aplicación a toda condena a penas privativas de libertad no superiores a dos años y siempre que el condenado no fuera reincidente¹⁸⁵.

Un sector de la doctrina nacional considera más adecuado hablar de “sus- 2932 pensión de la ejecución de la pena”, como se hace en el actual Código. Se argumenta que esta sólo suspende la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad que se impuso al condenado y no condiciona ni suspende los efectos accesorios e indemnizatorios de la condena¹⁸⁶. Sin embargo, para otro sector, la denominación “condena condicional” era la más coherente con la fuente helvética y con la modalidad del régimen de prueba que adop-

¹⁸⁵ HURTADO POZO, 1973, p. 64.

¹⁸⁶ VILLAVICENCIO, 1992, p. 233. En España también se ha preferido dicha denominación, Cfr. MUÑOZ/GARCÍA, 1993, p. 498.

tó en legislador nacional en aquel entonces¹⁸⁷. Además, se sostiene que se trata de una discusión terminológica, la cual pierde importancia cuando se precisa la perspectiva que se adopta.

- 2933 Si se tiene en cuenta en qué consiste la medida y su efecto inmediato, resulta mejor hablar de suspensión condicional de la ejecución de la pena. Pero, si se considera su efecto mediato y decisivo (la condena se tiene por no pronunciada), no es del todo desacertado denominarla condena condicional. La ventaja de la primera fórmula es que comprende todos los casos, mientras que la segunda se refiere sólo a casos exitosos¹⁸⁸.
- 2934 Cabe destacar que se trata de una medida de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y no de sustitución de dicha pena, efecto propio de las medidas alternativas que se han analizado anteriormente. Sustituir es cambiar una cosa por otra y no es eso lo que sucede en la suspensión¹⁸⁹. Así, la simple suspensión de la condena no constituye un mecanismo de sustitución de la pena, sino, en todo caso, una renuncia provisional al pronunciamiento o ejecución de la misma que, en su momento, puede convertirse en definitiva. La suspensión de la ejecución de la pena implica también una forma de tratamiento en régimen de libertad¹⁹⁰, consistente en suspender la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria. De esta manera el sentenciado no es internado en un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, si no que permanece en libertad, pero sometido a un régimen de reglas de conducta y a la obligación de no delinquir.
- 2935 Las reglas de conducta son obligaciones o restricciones que el juez impone al condenado, quien debe observarlas durante un periodo de prueba, fijado en la ley o en la sentencia. En ese sentido, si durante este periodo, el condenado ha cumplido con las reglas de conducta y no ha cometido un nuevo delito doloso, se da por extinguida la pena y se cancela su inscripción en los registros judiciales correspondientes. Por este efecto extintivo de la pena aplicada al condenado, se ha considerado esta medida como un procedimiento especial de cumplimiento de penas privativas de libertad de corta o mediana duración.

¹⁸⁷ HURTADO POZO, 1973, p. 62 ss.

¹⁸⁸ HURTADO POZO, 1999, p. 234 ss.

¹⁸⁹ COBO/VIVES, 1987, p. 705.

¹⁹⁰ GARCÍA VÁLDEZ, 1995, p. 200.

Por el contrario, cuando durante el periodo de prueba el condenado viola 2936 las reglas de conducta o comete un nuevo delito doloso, se le impondrán mayores restricciones o sanciones y, en última instancia, se revocará la suspensión, disponiéndose el cumplimiento efectivo y total de la pena privativa de libertad que se suspendió.

En el Código, la suspensión de la ejecución de la pena se encuentra re- 2937 gulada en el Capítulo IV, del Título III, de la Parte General, arts. 57 a 61. Su aplicación supone dos requisitos: Por un lado, que la pena privativa de libertad impuesta al condenado no sea superior a cuatro años. Por tanto, no es aplicable a otro tipo de penas, aun cuando se apliquen conjuntamente. Los efectos suspensivos pueden concernir sin embargo a todas las penas accesorias impuestas (p. ej., la inhabilitación). Por otro, que el juez emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado. Esto es, que en atención a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones personales del condenado, estime que éste no volverá a delinquir, por lo que la suspensión de la efectividad de la pena privativa de la libertad es pertinente. No basta, en consecuencia, que el juez intuya o confíe que el condenado se comportará bien. En caso de duda, no puede aplicarse el principio *in dubio pro reo*¹⁹¹.

Las reformas introducidas mediante la Ley N° 28726, del 9 de mayo de 2938 2006 –por la cual se reincorporaron en el Código las agravantes de reincidencia y habitualidad– modificaron las reglas sobre la suspensión de la ejecución de la pena, al prever expresamente que dicha medida “no procederá si el agente es reincidente o habitual”.

Como sucede en las demás medidas alternativas que regula el Código, la 2939 suspensión de la ejecución de la pena es de aplicación facultativa. El juez debe motivar debidamente su decisión de concederla o denegarla. También, tendrá en cuenta otros aspectos, como la condición de primario del infractor y la escasa gravedad de la conducta delictiva cometida o su adecuado comportamiento procesal.

La duración del periodo de prueba es de uno a tres años. Dentro de es- 2940 tos límites, el juez señala la duración concreta e individualizada, a la que considera como idónea y prudente para convalidar la corrección del pronóstico favorable de conducta futura del condenado. Al respecto, debe decirse que nuestro legislador ha preferido dejar cierta libertad al juez para

¹⁹¹ HURTADO POZO, 1999, p. 244.

que determine la duración del plazo en consideración a las circunstancias particulares del caso y entre las cuales es decisivo el aspecto personal del condenado¹⁹².

- 2941 En principio, no cabe equivalencia entre la magnitud de la pena impuesta y el periodo de prueba que corresponda al caso. Ahora bien, tratándose de un imperativo legal el plazo del periodo de prueba no puede ser inferior a un año, aún cuando la pena impuesta sea de menor duración.
- 2942 El art. 58 dispone la imposición obligatoria de reglas de conducta. Dicha norma, además, señala de modo enunciativo un conjunto de obligaciones o restricciones. El juez deberá elegir las pertinentes al caso y, además, puede integrar otras que estime adecuadas a los fines de prevención especial. La ley estatuye como único límite que las reglas que se fijen en la sentencia no afecten "la dignidad del condenado". Por consiguiente, las reglas de conducta deben guardar conexión con las circunstancias particulares del delito y con la personalidad del imputado.
- 2943 La reparación del daño ocasionado o reparación civil puede incluirse como regla de conducta. En este caso, es necesario especificar un plazo determinado para su cumplimiento. La ley establece como límite el hecho que el condenado haya acreditado, debidamente, que le es imposible cumplir con dicha obligación.
- 2944 El incumplimiento injustificado de las reglas de conducta, da lugar a la aplicación de tres tipos de sanciones que se especifican en el art. 59. Se aplican de manera gradual y según un orden de prelación que comienza por la menos severa. Las sanciones aplicables son las siguientes:
 - 2945 - La amonestación del infractor. La amonestación debe ser expresada de manera formal y clara para que tenga el efecto de intimar al condenado a cumplir con los deberes que se le han impuesto¹⁹³.
 - 2946 - La prórroga del plazo de prueba, que tiene la finalidad de modificar el primer plazo en base a un mejor conocimiento de la personalidad del agente (rebelada por el incumplimiento de las reglas) y a darle una nueva oportunidad para que colabore en su reinserción¹⁹⁴. La determinación de la prórroga debe ser establecida teniendo en cuenta las necesidades y características de cada caso.

¹⁹² HURTADO POZO, 1999, p. 251.

¹⁹³ HURTADO POZO, 1999, p. 251 ss.

¹⁹⁴ HURTADO POZO, 1999, p. 252.

- La revocación de la suspensión es la sanción más severa, por lo que debe ser aplicada de manera excepcional y luego de haberse recurrido a las sanciones de amonestación o de prórroga. Representa una “constatación de fracaso y, en consecuencia, un mandato para que se haga efectiva la privación de la libertad”¹⁹⁵. En todo caso, su aplicación debe limitarse, en lo posible, al hecho de que el sentenciado haya cometido un nuevo delito doloso mereciendo, por ello, otra condena a pena privativa de libertad efectiva. Es, por tanto, incorrecto y desproporcionado revocar el régimen de suspensión por el mero incumplimiento del pago de la reparación civil, lo cual ha ocurrido con cierta frecuencia en la praxis judicial. 2947

Al respecto, es de advertir que la ley sólo regula un supuesto de revocación directa e inmediata del régimen de suspensión de la ejecución de la pena. Según el art. 60, se impone esta sanción sólo si el condenado es nuevamente reprimido (con pena privativa de libertad superior a tres años) por un delito doloso, realizado dentro del periodo de prueba. Además, conforme el citado artículo, el efecto de la revocatoria significa el cumplimiento total, acumulado y continuo de la pena inicialmente suspendida y de la correspondiente al “segundo hecho punible”. 2948

De acuerdo con el art. 61: “la condena se considera como no pronunciada”, si no se ha revocado la medida por incumplimiento reiterado de las reglas de conducta o por comisión de nuevo delito doloso. Esta regla es incoherente, respecto a la suspensión de la ejecución de la pena, pues corresponde más bien a la condena condicional regulada en el CP de 1924. La consecuencia debe ser declarar extinguida (cumplida) la pena. En este sentido, en el art. 62 del Anteproyecto de CP de 2009, se prescribe que la pena “se considera extinguida 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”. Así, resulta claro que el éxito de la suspensión de la ejecución de la pena conlleva la anulación directa y “espontánea” de los antecedentes penales del condenado. 2949

d. Reserva del fallo condenatorio

La reserva del fallo condenatorio fue otra de las innovaciones que incorporó el actual Código (arts. 62 a 67) en el ámbito de las medidas alternativas. 2950

¹⁹⁵ HURTADO POZO, 1999, p. 252.

El legislador siguió el modelo español del Anteproyecto de CP de 1983 (art. 71 ss.). De esta manera, conforme a la orientación escogida por los autores de este anteproyecto, se apartó de la *probation* anglosajona, al prescindir del pronunciamiento de la condena y por ende de la pena¹⁹⁶. Esto significó, también, que no tuvo en cuenta la regulación del CP alemán (art. 59), según la cual el juez individualiza la pena correspondiente, pero suspende el pronunciamiento de la condena.

- 2951 La reserva del fallo condenatorio, según nuestro Código, constituye una declaración formal de culpabilidad que se hace al imputado. Éste no es condenado y, por tanto, tampoco se le ejecuta la pena, bajo la condición de que se comporte debidamente durante un periodo de prueba. Si el periodo de prueba concluye exitosamente (sin infracción de las reglas impuestas, ni comisión de nuevo delito), el juzgamiento se deja sin efecto. Por el contrario, si el sentenciado infringe de manera reiterada las reglas de conducta o vuelve a delinquir, el juez puede revocar la medida, pronunciando el fallo condenatorio en la cual había fijado la pena, ordenando su ejecución aplicación efectiva.
- 2952 Las reglas de conducta incluyen, como en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, obligaciones y restricciones específicas, además del mandato implícito de no cometer un nuevo delito.
- 2953 En el derecho penal extranjero, encontramos un régimen similar al de la reserva del fallo condenatorio en el CP portugués de 1982, bajo la denominación de “régimen de prueba” (arts. 53 a 58). Según este modelo, cabe aplicar un régimen de prueba cuando el procesado es culpable de un delito sancionado con pena de prisión no superior a tres años y si la suspensión de la ejecución de la pena no se muestra adecuada “para su recuperación social”. Durante el periodo de prueba, que según nuestro Código puede tener una extensión de uno a tres años, el sentenciado recibe la supervisión - colaboración de un trabajador social.
- 2954 Conforme al art. 62 la reserva del fallo condenatorio procede cuando se cumplan los siguientes requisitos: Primero, el delito esté sancionado con una pena no superior a tres años de pena privativa de libertad, una pena de multa, de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a 90 jornadas, o de inhabilitación no superior a dos años.

¹⁹⁶ MIR PUIG, 1987, p. 55 ss.

Y, en segundo lugar, el pronóstico favorable de conducta futura. Como en 2955
 el caso de la suspensión de la ejecución de la pena; el juez, en atención a
 las circunstancias del hecho y a la personalidad del agente, debe estar con-
 vencido que el sentenciado no volverá a delinquir¹⁹⁷. Es indispensable que
 el juez use de manera responsable su facultad discrecional para "evitar que
 el delincuente, permeable o receptivo a los mandatos del orden jurídico,
 no vuelva a delinquir, evitando el estigma de la condena y dándole ocasión
 para que se rehabilite el mismo"¹⁹⁸.

El régimen de prueba en la reserva del fallo condenatorio es similar al que 2956
 rige en la suspensión de la ejecución de la pena. Por consiguiente, tanto el
 plazo del periodo de prueba como el catálogo de reglas de conducta y las
 sanciones por incumplimiento mantienen iguales características:

El plazo de prueba puede extenderse entre uno y tres años. Pero en caso de 2957
 infracción de las reglas de conducta puede ser prorrogado hasta por una
 mitad del plazo inicialmente fijado.

Las reglas de conducta deben adecuarse a los fines de rehabilitación del 2958
 procesado. Es posible considerar como regla de conducta el cumplimiento
 del pago de la reparación civil. Además, el juez puede adicionar otras reglas
 de conducta, distintas de aquellas que se definen enunciativamente en el
 art. 64, si resultan pertinentes al caso y convenientes para los fines preven-
 tivo-especiales de la medida. Sin embargo estas reglas adicionales no deben
 atentar contra la dignidad personal del sentenciado.

El incumplimiento injustificado y reiterado de las reglas de conducta moti- 2959
 va una sanción. En estos supuestos el juez puede disponer la amonestación
 del sentenciado (severa advertencia), la prórroga del plazo de prueba hasta
 en una mitad del inicialmente fijado; o la revocatoria de la reserva.

La revocatoria de la reserva del fallo condenatorio por comisión de nue- 2960
 vo delito doloso presenta algunas particularidades. En primer lugar, el art.
 66 regula dos supuestos: primero, se refiere a una revocatoria facultativa
 cuando por el nuevo delito cometido se imponga pena privativa de libertad
 superior a tres años. Segundo, la norma prevé una revocatoria obligatoria
 e inmediata, si el nuevo delito cometido merece una pena superior a tres
 años. No resulta coherente ni explicable esta distinción. Es preferible man-
 tener la revocatoria condicionada únicamente a la extensión de la pena im-

¹⁹⁷ PEÑA CABRERA, 1994, p. 550.

¹⁹⁸ HURTADO POZO, 1999, p. 247.

puesta en la nueva condena, pues vincular tal consecuencia con la sanción conminada del delito puede generar situaciones de absurda inequidad. Por ejemplo, cuando el nuevo sea el delito de homicidio por emoción violenta (art. 109) y la presencia de circunstancias atenuantes (legítima defensa imperfecta o imputabilidad restringida) afecten el mínimo de la pena legal, por lo que la pena a imponerse sea inferior a tres años de pena privativa de libertad, la revocatoria facultativa no sería posible, pero sí la obligatoria porque la pena prevista en el art. 109 es pena privativa de libertad no mayor de cinco años. El Anteproyecto de CP de 2009, al establecer como base única de la revocatoria que la pena impuesta por el nuevo delito sea superior a tres años de privación de libertad, resuelve este problema.

- 2961 La reserva del fallo condenatorio ha tenido una evolución interesante en la praxis judicial. Por fuerza de la costumbre y falta de información, esta importante medida alternativa fue inicialmente relegada por la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, con el transcurso del tiempo, se le aplica con más frecuencia, sobre todo, en caso de delitos de escasa relevancia como la usurpación de inmuebles, la violación de la libertad de trabajo, el abuso de autoridad innominado, la receptación simple y en las faltas. Actualmente, esta en el segundo lugar de las más aplicadas.

e. Exención de pena

- 2962 Esta medida alternativa se relaciona con los criterios generales del llamado perdón judicial. Esto es, con la facultad conferida por la ley al órgano jurisdiccional para dispensar de toda sanción al autor de un hecho delictivo.
- 2963 El fundamento de la exención de pena comparte objetivos de prevención especial con consideraciones de oportunidad o merecimiento de pena. En tal sentido, las circunstancias del hecho punible cometido, las condiciones personales del autor o partícipe y la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, determinan, en el caso concreto, que la respuesta resulte innecesaria o desproporcionada.
- 2964 En el derecho extranjero existe singular predilección por procedimientos de renuncia a la pena. Por ejemplo, el art. 169 del CP italiano autoriza al juez a *perdonar la pena*, declarándola extinguida, si el autor del delito es menor de dieciocho años y siempre que la sanción que correspondería aplicarle no exceda a dos años de pena privativa de libertad¹⁹⁹. Por su parte, el

¹⁹⁹ MARINUCCI/DOLCINI, p. 323 s.

CP alemán, en su § 60, permite renunciar a la pena cuando la que debería imponerse es inferior a un año de pena privativa de libertad y las consecuencias del hecho ilícito han afectado de modo relevante a su autor (pena natural). Sin embargo, impone evaluar si la decisión de dispensar la pena puede o no generar riesgos para la defensa del orden jurídico, o perjudicar objetivos de prevención general²⁰⁰.

En Iberoamérica, el art. 64 del CP boliviano regula el perdón judicial y prevé su aplicación cuando el agente es primario, el delito cometido no tenga pena conminada privativa de libertad mayor de un año y siempre que pueda deducirse de la levedad del hecho o de los motivos que impulsaron a su autor, que no volverá a delinquir. Además en su art. 65, dispone que el perdón judicial no afecta el pago de la reparación civil.

El Código regula la exención de pena en el art. 68. Este único dispositivo tuvo por fuente legislativa extranjera al art. 75, inc. I, del CP portugués de 1982. Su incorporación en el proceso de reforma tuvo lugar a través del Proyecto de CP de setiembre de 1989 (art. 71).

La denominación dada por el legislador nacional resulta equívoca y poco afortunada. Fundamentalmente porque el término exención de pena en nuestra legislación es polisémico. En efecto, en el Código también se le utiliza para identificar otras consecuencias jurídicas del delito distintas, por su naturaleza y función, de la medida regulada en el art. 68. Así, por ejemplo, en el art. 406 designa a una causal de exclusión de pena o excusa absoluta (exención de pena en caso de encubrimiento real o personal). En otros casos, con dicha expresión se alude a medidas premiales por colaboración eficaz, como ocurre en la Ley N° 27378²⁰¹, del 21 de diciembre de 2000 (art. 4, inc. 1) y en el DLeg N° 824²⁰², del 24 de abril de 1996 (art. 19, lit. a).

Por consiguiente, quizás hubiera sido preferible designar a esta modalidad de perdón judicial penal con otra denominación, por ejemplo *dispensa de pena o renuncia de pena*.

La legislación peruana establece dos requisitos para la procedencia de la exención de pena. El primero, está en función del tipo de pena conminada

²⁰⁰ STREE, § 60, pf. 1 ss. [SCHÖNKE Adolf/SCHÖDER, Horst; Strafgesetzbuch Kommentar, 27a ed., Munich 2006]

²⁰¹ Ley N° 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, del 21 de diciembre de 2000.

²⁰² DLeg N° 824, normativa de lucha contra el narcotráfico, del 24 de abril de 1996.

en la ley para el delito cometido (no debe tratarse de una pena privativa de libertad mayor de dos años, ni pena de multa o limitativa de derechos). El segundo, toma en cuenta el grado de culpabilidad del responsable, que debe ser mínimo y que es determinado teniendo en cuenta las circunstancias que aminoren o disminuyan su intensidad (imputabilidad relativa, error de prohibición vencible, estado de necesidad exculpante imperfecto o miedo superable).

- 2970 La sentencia condenatoria donde se aplique la exención de pena no debe ser inscrita en el registro judicial, lo que se deduce de la propia función que corresponde a la inscripción, la cual es dar testimonio de la pena impuesta al condenado²⁰³.

V. Anteproyecto de CP de 2009

- 2971 En el Anteproyecto de CP de 2009, se plantean algunas propuestas de cierta importancia. Por ejemplo, la previsión del sólo límite máximo de cinco años de privación de libertad para la aplicación de medidas alternativas. La medida alternativa de sustitución de penas es reformulada a fin de darle autonomía operativa y diferenciar su oportunidad de aplicación frente a la conversión de penas.
- 2972 De todas estas reformas, la que merece un comentario especial es la relacionada con la unificación del requisito cuantitativo de procedencia de las medidas alternativas y que es fijado en cinco años. El Anteproyecto, además, permite que el juez tenga un espacio homogéneo de discreción para elegir la medida más adecuada al caso y a las características del imputado. De otro lado, también deviene en pertinente la reformulación de la medida de sustitución de pena a la cual se le incorpora el requisito valorativo del pronóstico favorable de conducta futura y se le fijan causales de revocación por incumplimiento de la pena sustituta.

VI. Jurisprudencia vinculante

- 2973 En relación con las medias alternativas, se han emitido dos ejecutorias supremas de eficacia vinculante. La ES del 27 de mayo de 2005, RN N° 3332-2004 Junín, define los presupuestos de aplicación de la reserva del fallo

²⁰³ VILLAVICENCIO, 1992, p. 238.

condenatorio. En lo esencial, se detallan los requisitos y la operatividad de dicha medida alternativa, corrigiéndose el error en que incurrió la Sala Penal Superior al aplicar una reserva de fallo para un delito cometido por funcionarios públicos que, conforme al art. 426, conlleva la pena conjunta de inhabilitación hasta por tres años. Por último, se destaca la reserva de fallo, limitando su aplicación a un máximo de dos años.

La ES del 20 de abril de 2006, RN N° 2476-2005 Lambayeque, trata sobre el vencimiento del periodo de prueba en el régimen de la suspensión de la ejecución de la pena y el incumplimiento de reglas de conducta dispuestas en la sentencia condenatoria. En lo fundamental, se describe la función del periodo de prueba y se señala que, si se omitió el pago de la reparación civil considerada como regla de conducta, no cabe aplicar el efecto cancelatorio o de *remisión de la pena* que se regula en el art. 61, siendo improcedente en estos casos la rehabilitación.

VII. Rehabilitación

La rehabilitación permite restablecer jurídicamente el prestigio social de un condenado dentro de la comunidad²⁰⁴. Con ella se busca restituirle la situación jurídica en que se encontraba antes de emitirse la sentencia condenatoria²⁰⁵.

La rehabilitación tiene como principal función eliminar los efectos penales de *iure* que afectan al condenado y que son diferentes a las penas y de las medidas de seguridad. Tales efectos consisten en la imposibilidad de obtener la condena condicional si se comete otro delito, la posibilidad de que se aplique la agravación por reincidencia o de que se califique al autor como habitual, la incapacidad para participar en determinados concursos públicos o ejercer ciertas profesiones, así como toda una serie de restricciones en orden al ejercicio de actividades que necesiten permiso o licencia de algún organismo público²⁰⁶.

Se trata, por tanto, de un remedio legal que permite anular las consecuencias colaterales de índole penal que produce una sentencia condenatoria en la persona del sentenciado. La rehabilitación sólo puede operar después de

²⁰⁴ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 70 II 6.

²⁰⁵ VELÁSQUEZ, 2009, p. 1207.

²⁰⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1987, p. 726.

cumplida o extinguida la sanción impuesta en la sentencia. Por consiguiente, es correcto afirmar que no anula la pena (ésta ya se cumplió o extinguió) sino la condena; dicho de otra manera, elimina la condición de condenado. Según se ha sostenido es “un verdadero derecho subjetivo del penado y no una concesión más o menos generosa del Estado”²⁰⁷. De allí que su declaración sea con frecuente automática y de oficio.

- 2978 Durante mucho tiempo, se discutió sobre si pertenecía al derecho penal sustantivo o al derecho procesal. En la actualidad hay consenso en admitir que es de índole mixta. Si bien su regulación corresponde al derecho penal material, la realización de sus efectos -como derecho subjetivo del sentenciado- demanda siempre una vía procesal que le asegure su reconocimiento judicial²⁰⁸.
- 2979 La regulación legal de la rehabilitación ha pasado por tres etapas. Primero, fue prevista sólo como vía formal de reposición en el ejercicio de los derechos que fueron suspendidos al autor o partícipe de un hecho punible, mediante una sentencia condenatoria que imponía, junto a la pena principal, también la de inhabilitación. Posteriormente, fue regulada sólo como un procedimiento especial para la cancelación de los antecedentes o registros oficiales de las condenas impuestas a un sentenciado, como consecuencia del vencimiento exitoso de un periodo de prueba. Por último, actualmente, se le prevé de manera tal que se comprende ambas funciones. Esto es, se rehabilita al inhabilitado y se anulan también los antecedentes penales que surgieron por la inscripción de su condena en los registros correspondientes²⁰⁹.
- 2980 Desde la vigencia del CP de 1924 (arts. 130 y 131), se asignó a la rehabilitación aquellas dos funciones. De modo que es correcto destacar su capacidad para eliminar “los antecedentes del condenado del registro respectivo” y para posibilitar también que el condenado recupere “el ejercicio de sus facultades jurídicas, justamente, privadas por la pena accesoria de inhabilitación e interdicción”²¹⁰. El mismo criterio se mantiene en el Anteproyecto de CP de 2009 (art. 70).
- 2981 Sin embargo, cabe recordar que, en el CdePP (arts. 343 y 344), la rehabilitación fue tratada sólo como cancelación de los registros penales del

²⁰⁷ MORILLAS, 1991, p. 213.

²⁰⁸ BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 264.

²⁰⁹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1987, p. 725.

²¹⁰ PEÑA CABRERA, 1987, p. 418.

condenado. Por lo que García Rada señaló que las consecuencias de esta institución procesal eran “importantes, porque impiden la reincidencia y la habitualidad y, en todo caso, desaparecen los antecedentes penales o judiciales”²¹¹. Los arts. 69 y 70 tienen como fuente el CP Tipo para Latinoamérica (arts. 87, 88 y 90).

Según nuestra legislación, la rehabilitación extiende sus efectos sobre penas 2982 o medidas de seguridad. Comprende tanto la restitución en el ejercicio de los derechos suspendidos con la condena, así como la cancelación de los antecedentes por ella generados. Pero, la rehabilitación no repone al sentenciado en los cargos o funciones que le fueron suprimidos por la condena a una pena de inhabilitación principal o accesoria.

Ahora bien, el cambio más importante que introdujo la reforma penal de 2983 1991 fue la eliminación de todo plazo de prueba posterior al cumplimiento o extinción de la sanción impuesta. La rehabilitación, por tanto, debía de operar desde el preciso momento en que se cumplía la pena o medida de seguridad impuestas; o en cuanto las primeras fueran suprimidas por alguna causal de extinción como el indulto, la amnistía o la prescripción. Al respecto el art. 69 *ab initio*, en su redacción original señalaba de modo expreso que quien “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”. Cabe mencionar que en el derecho extranjero todavía es frecuente requerir aquellos plazos, como sucede en el art. 136, incs. 2 y 3 del CP español de 1995.

La reincorporación al derecho penal nacional del agravante cualificada de 2984 la reincidencia (art. 46-B), a través de la Ley N° 28726, del 9 de mayo de 2006, modificó indirectamente la estructura normativa original del art. 69, en el sentido que tal circunstancia agravante no se podría configurar en caso de cancelación de antecedentes. Esta consecuencia jurídica fue modificada por la Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006, la cual de manera confusa reformuló el párrafo final del aludido artículo precisando que la “reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena”.

Con esta reforma, la reincidencia generaba una excepción a la regla gene- 2985 ral de la rehabilitación absoluta e inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta al condenado. Para esclarecer los alcances

²¹¹ GARCÍA RADA, 1984, p. 360.

de dicha modificación legal, la Corte Suprema²¹² interpretó que la rehabilitación, como cancelación de antecedentes penales, sería provisional o transitoria por un periodo de cinco años posteriores al cumplimiento de la pena. Sólo al vencimiento de dicho plazo y sin que mediara reincidencia, la cancelación de los registros penales se convertiría en definitiva. Este criterio ha sido aceptado en el Anteproyecto de CP de 2009 y, posteriormente, previsto en la Ley N° 29407, del 18 de setiembre de 2009. Así, se estableció el actual texto del art. 69: “Tratándose de una pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia la cancelación será definitiva”.

- 2986 En el art. 70, se prohíbe comunicar a cualquier entidad o persona todo registro o antecedente vinculado a una condena que ya fue objeto de rehabilitación. Esta obligación de silencio y confidencialidad es imperativa y resulta funcional al objetivo legal de cancelar para siempre, y ante la sociedad en pleno, todo signo o rezago de marca penal²¹³.
- 2987 La aplicación de la rehabilitación no ha provocado controversias a nivel jurisprudencial. Las principales dudas surgidas se refieren a su aplicación en casos de incumplimiento de penas de multa impuestas conjuntamente con penas privativas de libertad, o de no pago de la reparación civil fijada en la sentencia. Con relación a lo primero, se ha resuelto, de manera acertada, que la rehabilitación no opera, ya que requiere el cumplimiento de todas las penas impuestas en la condena. De manera coherente, en la ESUP del 10 de agosto de 1995, Exp. N° 163-92²¹⁴, se destacó que si “al sentenciado se le impuso conjuntamente con una pena privativa de libertad una pena de multa, la cual no tiene la condición de sanción accesoria sino de principal, la rehabilitación no es procedente mientras no se haya pagado dicha pena pecuniaria”.
- 2988 En principio, el problema central que afronta la rehabilitación en el Perú no es ni normativo ni jurisprudencial. Se trata más bien de un problema práctico consistente en que no se le declara de oficio, pese a que así lo dispone la ley penal vigente. Lo cual genera que se pueda seguir ostentando la calidad negativa de “condenado”, pese a que se haya cumplido la sanción

²¹² AP N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008.

²¹³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 87 IV.

²¹⁴ ESUP de la Décimo Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Lima del 10 de agosto de 1995, Exp. N° 163-92.

impuesta en la sentencia. Esta disfunción también se detecta en los casos de condenas a penas privativas de libertad con suspensión de la ejecución de la pena, cuyo plazo de prueba feneció exitosamente (art. 61). Resulta, por tanto, necesario e impostergable agotar los esfuerzos administrativos que sean pertinentes para revertir esta endémica situación de incertidumbre judicial frente a los efectos materiales de la rehabilitación, así como ante la eficacia del derecho del condenado que cumplió su pena a ser "rehabilitado sin más trámite".

§ 26 Medidas de seguridad

I. Origen de las medidas de seguridad. II. Concepto, naturaleza y función. III. Medidas de seguridad en el derecho penal peruano. IV. Medidas de seguridad en el Código Penal de 1991. V. Clases de medidas. 1. Internación. 2. Tratamiento ambulatorio. a. Reglas de aplicación. b. Aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad. VI. Problemas en la aplicación de las medidas de seguridad. VII. Medida de internación y reforma en el Anteproyecto de CP de 2009. VIII. Aspectos procesales de la medida de internación. 1. Finalidad procesal y denominación. 2. Fuente legal. 3. Ubicación. IX. Análisis del proceso de seguridad. 1. Incoación del proceso de seguridad. 2. Acusación fiscal y requerimiento de una medida de internación. 3. Desacumulación de los cargos a procesados inimputables. 4. Reglas especiales del procedimiento. 5. Transformación en un proceso común.

I. Origen de las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad son el resultado de un proceso de crisis y de 2989 cambio en el paradigma de las ciencias penales. Esto significó la consolidación de la influencia de las doctrinas etiológicas de la criminalidad y del positivismo, tanto naturalista como sociológico, en la legislaciones penales. Concepciones que predominaron desde finales del siglo XIX hasta inicios del siglo XX²¹⁵. La culpabilidad basada en el libre albedrío es sustituida, como fundamento de la legitimidad del control penal, por la peligrosidad preexistente o adquirida del sujeto. Este criterio fue promovido por el positivismo criminológico italiano, inspirándose en la concepción determinista. El comportamiento humano es percibido como un producto resultante de un proceso condicionado por la personalidad del autor y las circunstancias exteriores. De donde se concluye que la pena, considerada inútil, debe ser reemplazada por medidas de seguridad. Los objetivos buscados eran neutralizar al delincuente, tratarle mediante la educación y la medicina o colocarle bajo tutela o asistencia. De modo que eliminando o disminuyendo la peligrosidad del delincuente, se reforzaba la prevención general²¹⁶.

Para superar este conflicto respecto al fundamento y fines del control pe- 2990 nal, los partidarios de la denominada Escuela de la Política Criminal propusieron una solución de compromiso²¹⁷ y plantearon integrar, junto a las penas, las medidas de seguridad para mejorar la respuesta estatal ante la criminalidad. De esta manera, se buscó superar las evidentes limitaciones y excesos de las tendencias penales inspiradas en los criterios del libre albedrío y del determinismo.

²¹⁵ BORJA MAPELLI/TERRADILLOS, 1996, p. 200.

²¹⁶ HURTADO POZO, 2005, p. 43.

²¹⁷ GARCÍA-PABLOS, 2009, p. 307.

- 2991 Fue en el Anteproyecto de CP suizo de 1893, elaborado por Carl Stooss, que se incluyó, por primera vez, un sistema dualista de sanciones. En la propuesta de Stooss era indispensable prever sanciones diferentes para prevenir y neutralizar el peligro de los delincuentes. Esta propuesta fue bien acogida y su influencia se generalizó, durante la primera mitad del siglo XX²¹⁸. Los códigos modernos se caracterizaron, desde entonces, por prever un régimen dualista de sanciones o de doble vía: penas para los delincuentes capaces de culpabilidad y medidas de seguridad para los peligrosos²¹⁹.
- 2992 Sin embargo, esta iniciativa de Stooss no constituía del todo una primicia, toda vez que ya existían algunos antecedentes, como la Ley belga de 1891 sobre los vagabundos peligrosos, el CP italiano de 1889 (Código Zanardelli) y la Ley francesa de 1885 que instauró la relegación de los reincidentes múltiples²²⁰. La originalidad de Stooss consistió, en especial, en permitir que se sustituya la pena por la medida de seguridad, cuando la infracción ponía en evidencia el carácter peligroso del delincuente. Esto suponía admitir que no era factible distinguir, de manera nítida, las penas de las medidas, ya que éstas podían conllevar también una privación de la libertad²²¹. Conforme a este sistema dualista, podía pronunciarse, llegado el caso en la misma sentencia, una pena fijada en función de la culpabilidad del delincuente y una medida de seguridad fundada sobre la personalidad del mismo. Su flexibilidad consistía en dar la prioridad a la ejecución de la medida y otorgar al juez la facultad de renunciar, total o parcialmente, a la ejecución de la pena (*vikariendes System*)²²².

II. Concepto, naturaleza y función

- 2993 Las medidas de seguridad son sanciones penales que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible y existe el peligro de que puedan volver a cometer actos similares. Su presupuesto fundamental es la peligrosidad del agente y su objetivo principal es evitar que éste reitere su conducta antijurídica²²³.

²¹⁸ BORJA JIMÉNEZ, 2003, p.26.

²¹⁹ JORGE BARREIRO, 1993, p. 726.

²²⁰ ANCEL, 1956, p. 5 ss.

²²¹ HAFTER, 1904, p. 211 ss.

²²² GERMANN, 1958a, p. 55; FREY, 1951, p. 302; RUSCA, 1981, p. 51 ss.

²²³ VILLAVICENCIO, 2006, p.77.

En la doctrina y en la legislación foránea, estas sanciones han sido denominadas de diferentes maneras: “medidas de seguridad y reinserción social”²²⁴ o “medidas de seguridad criminales”²²⁵. En Alemania, se les llama “medidas de corrección y seguridad”²²⁶. Entre nosotros, siguiendo la tradicional terminología del CP de 1924, se ha preferido llamarlas “medidas de seguridad”²²⁷.

Esta terminología ha sido criticada en el sentido de que es paternalista y equívoca en tanto encubre una práctica negativa, caracterizada por su finalidad retributiva basada en el abuso y la arbitrariedad²²⁸. Esta objeción fue justificada, al tenerse en cuenta, como ha sido comprobado en diversos estudios²²⁹, la inhumanidad con que generalmente se han aplicado las medidas de seguridad.

Según el art. IX, las medidas de seguridad tienen funciones asistenciales o de aseguramiento²³⁰. Esto implica atribuirles efectos funcionales benéficos que, en la práctica, son inalcanzables. En la actualidad, más bien, la naturaleza punitiva de las medidas de seguridad es plenamente aceptada, en razón a que consisten siempre en una privación o restricción de bienes jurídicos. Ellas producen, en particular, graves restricciones de la libertad. De allí que se afirme que el sistema, en la práctica, es monista y que, por lo tanto, debe ser mejor regulado adoptando una actitud cautelosa frente a las medidas de seguridad²³¹.

El carácter sancionador común a las penas y medidas de seguridad, exige que sean sometidas a todas las garantías y principios que rigen el ejercicio del *ius puniendi*. Es decir, “la protección de bienes jurídicos, la autonomía de la persona y su indemnidad personal y, por tanto, también a los presupuestos para su imposición: delito (tipicidad y antijuridicidad), sujeto responsable y determinación de la sanción”²³².

²²⁴ GRACIA MARTÍN, 1998, p. 306 ss.

²²⁵ JORGE BARREIRO, 1993, p. 725 ss.

²²⁶ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 77 I; KINDHÄUSER, 2006, § 61 pf. 1 ss. [Kindhäuser Urs, Strafrecht. Lehr- und Praxiskommentar, Baden-Baden 2006]

²²⁷ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 735; VILLA, 2008, p. 521; HURTADO POZO, 1999, p. 106 ss; VILLAVICENCIO, 2006, p. 79.

²²⁸ VELÁSQUEZ, 2009, p. 270.

²²⁹ PRADO, 1993, p. 96 ss.

²³⁰ Art. IX del Título Preliminar del Código.

²³¹ MUÑOZ, 1985, p. 51 ss.

²³² BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 213 ss.

- 2998 Los esfuerzos teóricos para diferenciar materialmente entre penas y medidas de seguridad han perdido relevancia y credibilidad. El discurso dogmático se limita con frecuencia a reiterar que las penas se basan en la culpabilidad y que las medidas de seguridad en la peligrosidad, que las primeras buscan la retribución, en tanto que las segundas se orientan sólo por un objetivo-utilitarista de prevención²³³.
- 2999 En cuanto a la función preventiva especial, consistente en evitar que el agente vuelva a cometer actos delictivos, se puede afirmar que “el fin de la pena y de las medidas de seguridad” no se diferencia en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamental preventiva es la misma²³⁴. Sin embargo, en la práctica, estos fines han sido desnaturalizados. Por ejemplo, a inicios del siglo XX, los promotores de las corrientes positivistas, propusieron medidas de seguridad predelictuales. Con este fin, se basaron en consideraciones criminológicas deterministas y etiológicas, apriorísticas y estereotipadas, que destacaban la existencia activa o potencial de estados peligrosos como la inmigración ilegal, la prostitución, el alcoholismo, la toxicomanía o la mendicidad. En el Perú la Ley de Vagancia²³⁵, vigente hasta 1987, fue un claro exponente de esta tendencia.
- 3000 Finalmente, un segundo factor de perversión de las medidas de seguridad fue de índole ideológica. Hasta la segunda mitad del siglo pasado, mediante un discurso pseudocientífico sobre el tratamiento, se difundió y aceptó socialmente, un falso mensaje que aseguraba que las medidas de seguridad privativas de libertad podían alcanzar efectos positivos e irreversibles, especialmente en los delincuentes sicópatas. La consecuencia fue que las medidas de seguridad se aplicaron y ejecutaron, durante mucho tiempo, con graves excesos y arbitrariedades. En ese contexto, fue práctica común que las medidas de internamiento psiquiátrico fueran de duración indeterminada y se ejecutaran sin mayor supervisión o bajo el arbitrio de los sistemas administrativos.
- 3001 De allí que, en la actualidad, resulte poco convincente todo discurso legitimador de la indeterminación de las medidas de seguridad privativas de

²³³ VILLA, 2008, p. 521 ss.

²³⁴ ROXIN, 2006a, § 3 N. 63 ss.

²³⁵ Ley N° 4891, del 18 de enero de 1924.

libertad que confunda fines curativos con el control o la estabilización de la peligrosidad subjetiva de la persona concernida²³⁶.

III. Medidas de seguridad en el derecho penal peruano

La Ley sobre la vagancia, citada anteriormente y promulgada meses antes del CP de 1924, incluyó en los arts. 5 y 6, con un notorio sesgo defensorista, varias medidas de seguridad predelictuales que eran aplicables a nueve estados peligrosos previstos en los arts. 1 y 3. Entre ellas figuraban medidas privativas de libertad (el arresto con trabajo obligatorio), así como no privativas de la libertad (expulsión de extranjeros, ocupación en obras públicas).

Otro antecedente importante de las medidas de seguridad en el Perú es el Anteproyecto de CP de 1927, redactado por los Parlamentarios Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez²³⁷. En su Título IV, trataba "Del estado peligroso o capacidad para el delito". Según su art. 128, se debía considerar peligroso a la persona que comete o "está en aptitud de cometer delitos", a causa, primero, de anomalías o deficiencias de su personalidad que las predispongan hacia la delincuencia; segundo, de carencia o perversión del sentido moral, revelada por actos contrarios a los sentimientos de piedad, honestidad o probidad. En su párrafo final, estatuyó que el grado de peligrosidad se vincula a la calidad constitucional, adquirida u ocasional, de sus causas.

La Sección Séptima de este Anteproyecto de 1927 (arts. 169 y 170) enumeraba las medidas de seguridad y señalaba a quienes se les aplicaban. En la Sección Novena, conforme a la ideología de defensa social, se regulaban las medidas preventivas predelictuales, "para los efectos de la prevención contra la criminalidad". Estas medidas debían ser impuestas en caso de que se presente uno de los estados peligrosos, previstos en la lista extensa, contenida en el art. 263.

La previsión de las medidas de seguridad incorporadas en el CP de 1924 fue influenciada por los proyectos de unificación de la legislación penal suiza. Con esta regulación propuesta por Maúrtua, autor del proyecto peruano,

²³⁶ GRACIA MARTÍN, 1998, p. 317.

²³⁷ CÓDIGO PENAL, Primer Anteproyecto de la Comisión Parlamentaria nombrada conforme a la Ley N° 5168, Lima, 1927.

nuestro país se convirtió en uno de los primeros que, en Latinoamérica, adoptó el sistema dualista o de doble vía. La influencia del Proyecto Ferri, de orientación positivista, se revela en la previsión de las medidas de seguridad para los delincuentes habituales, multireincidentes.

- 3006 La originalidad de Maúrtua se manifestó en la instauración de una medida de seguridad para los habitantes originarios de la Amazonía y los aborígenes de las zonas rurales andinas que incurrieran en delitos (arts. 44 y 45). Con una actitud etnocentrista, propia de la época, se refería a “salvajes” e “indígenas semi-civilizados”²³⁸. La medida de seguridad consistía en la colocación en una colonia penal agrícola. Esta medida reemplazaba la pena que merecía el autor del delito y tenía el objetivo de integrarlo “en la civilización”. Esto implicaba la aculturación de los condenados.
- 3007 El CP de 1924 (art. 38) amplió la imposición de la caución de buena conducta, al prever que “el juez podrá exigir garantía suficiente de no delinquir al que hubiese amenazado a otro con un delito e hiciere temer fundadamente su perpetración, o al que habiendo sido condenado antes por delito contra la vida, el cuerpo y la salud y que manifestara formalmente la intención de reincidir”. Se trataba, en cuenta de una modalidad de medida de seguridad no privativa de libertad.
- 3008 Si bien el catálogo de medidas de seguridad del Código Maúrtua era bastante completo, su sistemática era defectuosa, en la medida en que se encontraban “diseminadas en diferentes artículos”²³⁹.
- 3009 La aplicación de las medidas de seguridad, durante la vigencia del CP de 1924, fue muy limitada y deficiente.
- 3010 Esto se explica, en primer lugar, por que la adopción del CdePP distorsionó el carácter sancionador de las medidas de seguridad, al extremo de autorizar, en el art. 191, su imposición sin juicio previo y sin que se declarara procesalmente la vinculación del inimputable con el delito que se le atribuía. Según esta disposición: “Si... el juez instructor se persuade de que el inculpado padece de enajenación mental, previo dictamen del agente fiscal, ordenará su ingreso al asilo de insanos...”.
- 3011 La doctrina nacional tardó mucho en cuestionar esta flagrante violación del derecho a la presunción de inocencia. Recién en 1997, San Martín

²³⁸ HURTADO POZO, 2005, p. 99.

²³⁹ PEÑA CABRERA, 1987, p. 423.

criticó de modo irrefutable este error. En su opinión, “no es posible imponer una medida de seguridad, que al igual que la pena también es una sanción penal, obviando la celebración de un juicio, en el cual se pueda discutir al amparo de los principios del contradictorio, inmediación, oralidad, igualdad de armas y publicidad que puede ser relativa, primero, si el imputado realmente cometió el delito que se le incrimina, y, segundo, si cabe imponer una medida de seguridad (juicio de peligrosidad delictual del sujeto)”²⁴⁰.

En segundo lugar, hay que considerar el uso arbitrario de las medidas de seguridad privativas de libertad, debido a la falta de control judicial sobre su ejecución y efectos. En este dominio, todas las iniciativas para corregir esta deficiencia quedaron siempre en el ámbito de las competencias y de las decisiones de las autoridades administrativas y sanitarias.

Por último, es de destacar la falta de establecimientos especiales para ejecutar las medidas o las carencias materiales y de personal respecto a los pocos centros de tratamiento existentes. La consecuencia lamentable fue que las medidas de seguridad privativas de libertad terminaran “ejecutándose” en las cárceles²⁴¹.

Durante el proceso de reforma del Código Maúrtua, entre 1984 y 1991, se siguieron varios modelos de regulación. Por ejemplo, en los Proyectos iniciales de 1984 se mantuvo la estructura del CP de 1924, pero se incluyeron algunos criterios del CP Tipo para Latinoamérica. Así, en el Proyecto de septiembre, se ratificó la aplicación sucesiva de penas y medidas de seguridad para los delincuentes habituales o los alcohólicos. Además, se preservó la medida de seguridad para los delincuentes calificados de “salvajes” o “indígenas degradados por el alcohol o la servidumbre” (arts. 91, 109, 112 y 113). Se plantearon además algunos cambios significativos, como el clasificar a las medidas de seguridad, por sus potenciales efectos, en “curativas, de vigilancia y de internación” (arts. 103 a 105); establecer sanciones para los casos de quebrantamiento de la medida de seguridad impuesta (art. 106); y excluir la extinción de las medidas de seguridad por la amnistía y el indulto (art. 108).

En el Proyecto de octubre de 1984, lo importante fue reconocer que las medidas de seguridad, al igual que las penas, constituyen una privación o

²⁴⁰ SAN MARTÍN CASTRO, 1997, p. 40.

²⁴¹ PRADO, 1993, p. 114 ss.

restricción de derechos por lo que “sólo pueden ser impuestas en virtud de una sentencia firme”.

- 3016 Los Proyectos de 1985 y 1986, fueron influenciados por las legislaciones colombiana y brasileña. De la primera, se adoptó el principio rector, de notorio corte neopositivista, de que las medidas de seguridad persiguen fines de curación y rehabilitación²⁴². De la segunda, se recogió la restringida clasificación bipartita de las medidas de seguridad en medidas de internación y medidas de tratamiento ambulatorio²⁴³. Pero, el principal aporte de ambos proyectos fue la previsión de criterios sobre la determinación y aplicación de las medidas de seguridad. Los arts. 81 (Proyecto de 1985) y 80 (Proyecto de 1986) establecían que para “la aplicación de las medidas de seguridad el juez tomará en cuenta, además de las circunstancias del hecho punible, el examen pericial practicado sobre el imputado atendiendo al peligro que éste pueda representar para la seguridad o el orden público”.
- 3017 Los Proyectos de 1989, 1990 y 1991 fueron, principalmente, influenciados por el Anteproyecto de CP español de 1983. En especial, respecto a las reglas de aplicación de las medidas de seguridad. Esta influencia es evidente en el art. 75 del Proyecto de 1989, en el que se prevén los mismos presupuestos de aplicación que los contenidos en la propuesta ibérica. Según este artículo, debían concurrir las circunstancias siguientes: primero, la comisión de un delito; segundo, el pronóstico de, conforme al hecho y a la personalidad del agente, comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos.
- 3018 En el Proyecto de 1990, la influencia española es también notoria en su art. 77, donde se establecía, como límite formal y material, que las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometería si no fuese tratado (el criterio de proporcionalidad).
- 3019 Finalmente, el Proyecto de enero de 1991 (arts. 74 y 75) reguló diferentes presupuestos y garantías para la aplicación de la medida de seguridad de internación. Se exigía constatar la existencia de un pronóstico de peligrosidad subjetiva (“Sólo se podrá disponer la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves”). Así mismo, se preveía tanto un límite de duración: “no podrá exceder el tiem-

²⁴² Proyecto de 1985, Título Preliminar, art. VIII.

²⁴³ Proyecto de 1986, art. 76.

po de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido”), como la periodicidad de su control judicial: “cada seis meses”.

El aspecto más relevante de la etapa final de la reforma penal, en lo referente a las medidas de seguridad, fue la asimilación, siguiendo siempre el modelo español, del sistema vicarial para la aplicación conjunta de medidas de seguridad de internación y penas privativas de libertad, tanto en cuanto a los imputables relativos como a los alcohólicos o toxicómanos imputables. 3020

En el art. 77 del Proyecto de enero de 1991, se estableció que en tales casos 3021 la medida de internación se aplicaría primero y, luego, la pena privativa de libertad, pero que su duración debería descontarse como tiempo de cumplimiento de la pena impuesta. Además, se autorizaba al juez a reducir o extinguir la pena privativa de libertad restante en atención al éxito alcanzado por la medida de internación aplicada. De esta manera, se abandonaba una larga tradición dualista pura, que incluso había trascendido a leyes complementarias al Código Maúrtua como el DL N° 22095, del año 1978, que reprimía el tráfico ilícito de drogas. En efecto, el art. 29 de este decreto ley permitía la aplicación acumulativa de medidas de seguridad y penas privativas de libertad en los términos siguientes: “cuando un drogadicto haya sido procesado como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, el Tribunal podrá disponer su internamiento en un Centro Estatal de Rehabilitación para Fármaco-Dependientes, a cuyo término será puesto a disposición del Tribunal para que le imponga la condena penal compatible con el delito”.

En exposición de motivos del Anteproyecto de CP de 2004 (p. 41)²⁴⁴, se 3022 justifica mantener la regulación del Código vigente, diciendo que, “desde el Código de 1924, se vienen incluyendo las medidas de seguridad en el texto punitivo y que, a la fecha, el criterio seguido por el Código, que le sirvió de base para estructurar el presente título, no ha variado”. Pero, se prevé como novedad la substitución de “la internación por el tratamiento ambulatorio u otras reglas que neutralicen la posibilidad del interno de cometer acciones delictivas (art. 77)”. La afirmación de que el criterio aplicado es el mismo que el del Código de 1924 sólo es acertada en la medida en que se refiere a la dualidad de sanciones; no así en cuanto a al tipo de medidas

²⁴⁴ Art. 73 ss., del Anteproyecto de CP 2004.

y a su índole. En el Anteproyecto de CP de 2009, art. 72, se prevén como medidas de seguridad, “la internación, el tratamiento ambulatorio y la restricción de derechos o facultades”.

IV. Medidas de seguridad en el Código Penal de 1991

- 3023 Las disposiciones sobre medidas de seguridad del Código tienen tres fuentes legislativas extranjeras. La regulación de la función de las medidas, en el art. IX, tiene como modelo al CP colombiano de 1980 (art. 12). Las reglas relativas a las clases de medidas siguen el modelo del CP brasileño de 1984 (arts. 96 a 98). Las disposiciones concernientes a la aplicación de las medidas, por último, provienen del Anteproyecto de CP español de 1983 (arts. 87 a 89).
- 3024 Esta pluralidad de influencias es trascendente para comprender las características y modalidades de dichas medidas. Pero, también es fuente de importantes problemas de comprensión de la función que se atribuye a las medidas de seguridad. El criterio adoptado es muy cercano a los patrones positivistas tradicionales. Lo que no es del todo compatible con las garantías previstas en relación con la determinación y el control de las mismas medidas, en especial para el caso de la internación que es privativa de libertad.

V. Clases de medidas

- 3025 El Código, siguiendo la fuente brasileña, prevé sólo dos tipos de medidas de seguridad: la internación y el tratamiento ambulatorio.

1. Internación

- 3026 La medida de internación se encuentra prevista en el art. 74. Es una medida de seguridad privativa de libertad, en la medida que restringe la libertad ambulatoria del sentenciado, quien debe permanecer en un centro “hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia”. Por tanto, su función es eminentemente curativa y aseguradora. Se aplica, por regla general, a los inimputables que cometan un hecho que la ley considera delito. Excepcionalmente, puede aplicarse a imputables relativos o a imputables que delinquieron como consecuencia de su dependencia a las bebidas alcohólicas o drogas.

Por su índole y sus efectos sobre el interno, constituye una medida grave. 3027
 Por esto, se restringe su aplicación a los casos en que exista peligro de que el sentenciado vuelva a cometer otros delitos considerablemente graves (p. ej., homicidio, lesiones, violación).

No se trata de una medida de duración indeterminada. Según el art. 75, 3028 *ab initio*, en ningún caso, "podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido".

La duda que puede surgir es si el legislador alude a la pena legal o conmi- 3029
 nada en la disposición que prevé el delito cometido o a la pena impuesta por el juez en el caso concreto. La ambigüedad desaparece si se diferencia entre el agente inimputable y el imputable. En este último caso, el límite es la pena que se le impone según su culpabilidad. Por el contrario, si se trata de un incapaz de culpabilidad y, por tanto, no puede imponérsele una pena, el límite es la hipotética pena que se le hubiera impuesto de haber sido imputable. La dificultad está en cómo determinar esta pena probable, en la medida en que ésta debe ser individualizada conforme al grado de culpabilidad. Se trata, entonces de una suposición y, por tanto, un criterio inseguro, pero al menos es una referencia que impide la indeterminación de la internación.

La duración de la medida fijada en la sentencia puede ser modificada du- 3030
 rante su ejecución. En el art. XX, se dispone que cada seis meses y, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional lo requiera, "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". De constatarse dicho resultado exitoso, "el Juez hará cesar la medida de internación impuesta". Como el éxito de la medida radica en el control que se logre obtener sobre la peligrosidad subjetiva del inimputable, no es cuestión, entonces, de la curación de la patología mental que desencadena el estado peligroso; además, por lo general los cuadros de enfermedad mental son irreversibles y crónicos.

2. Tratamiento ambulatorio.

Esta medida es regulada en el art. 76. Se trata de una medida de seguridad 3031
 no privativa de libertad y que tiene una función predominantemente de rehabilitación. Consiste en someter al sentenciado a un régimen de atenciones de carácter médico, psicológico o de otra índole que su estado personal

requiera. Se aplica exclusivamente a los imputables relativos. Sin embargo, en el art. 178-A, se estatuyen también formas especiales de tratamiento ambulatorio para los delincuentes sexuales imputables.

- 3032 La ley no estipula un límite temporal para la realización del tratamiento ambulatorio. En todo caso, su duración no puede exceder el plazo del cumplimiento de la pena impuesta. Se le ejecuta paralelamente al cumplimiento de la pena. Una opinión diferente sostiene que “la aplicación conjunta de la medida de seguridad terapéutica y rehabilitadora se realiza de modo accesorio a una pena, la cual será de aplicación principal”²⁴⁵.

a. Reglas de aplicación

- 3033 Según la ley, la aplicación de las medidas de seguridad supone el respeto de las siguientes reglas:

- 3034 - Legalidad: Sólo se pueden imponer las medidas de seguridad que se encuentran establecidas en la ley y con ocasión de la comisión de un hecho punible. El art. II, conforme con el art. V, inc. 2, del NCPP, prevé que nadie será sometido a “medida de seguridad que no se encuentren establecidas”. En los arts. III y 6, se prohíbe aplicarlas por analogía o retroactivamente, si son desfavorables al agente del delito. Están, por tanto, absolutamente proscritas las medidas de seguridad *ante delictum*²⁴⁶.

- 3035 - Jurisdiccionalidad: El juez penal competente es la única autoridad estatal que, mediante sentencia, puede imponer medidas de seguridad. Es decir, previo proceso debido y, por tanto, con prueba que acredite con suficiencia y racionalidad tanto que el imputado fue quien cometió el hecho punible²⁴⁷, como que carecía de capacidad de culpabilidad al momento de cometerlo.

- 3036 A partir de la garantía de jurisdiccionalidad y del principio de legalidad, se deduce que la internación no puede aplicarse como medida coercitiva personal durante el proceso. Efectivamente, el CdePP no regula ni autoriza tal posibilidad. Esto ha llevado a que, en casos extremos, los jueces hayan ordenado la detención del inimputable y su internamiento en un centro carcelario, lo cual resulta inadecuado y arbitrario dada la calidad y estado

²⁴⁵ PÉREZ ARROYO, 1997, p. 142.

²⁴⁶ VILLAVICENCIO, 2006, p. 78.

²⁴⁷ PEÑA CABRERA, 1995, p. 556.

personales del imputado. Por ello, cubriendo dicho vacío legal, el NCPP, en su art. 293, ha previsto, como medida cautelar, la internación preventiva, el cual se encuentra sujeto a los siguientes principios:

- Necesidad: Las medidas de seguridad se imponen cuando resultan in- 3037
dispensables e insustituibles para controlar y prevenir que el agente vuelva a cometer hechos punibles. Esto supone un pronóstico sobre su peligrosidad. No basta, por tanto, que el agente inimputable o imputable relativo haya cometido un delito, es necesario que se considere como probable que volverá a delinquir. En el caso de internación, como se indico, el pronóstico de peligrosidad debe referirse a la probabilidad de comisión de delitos "considerablemente graves". El art. VIII, establece en este sentido una medida de seguridad sólo puede "ser ordenada por intereses públicos predominantes". El juez debe probar y argumentar debidamente la existencia de estos intereses, así como fijar claramente el objeto público que se va a proteger.

Sin embargo, el legislador no ha señalado los factores concretos que el juez 3038
debe valorar para determinar la peligrosidad y la necesidad de una medida de seguridad. Tampoco ha previsto las circunstancias que el órgano jurisdiccional debe considerar para decidir y fundamentar la calidad y extensión de la medida de seguridad que debe aplicarse al caso concreto. En este contexto, con el objeto de respetar el principio de legalidad, hubiera sido indispensable establecer la regla propuesta en el art. 81 del Proyecto de 1985, y en el art. 80 del Proyecto de 1986. En esta última disposición, por ejemplo, se establecía que: "Para la aplicación de las medidas de seguridad el juez tomará en cuenta, además de las circunstancias del hecho punible, el examen pericial practicado sobre el imputado atendiendo al peligro que éste pueda representar para la seguridad o el orden públicos".

Esta laguna legal no ha sido colmada por la jurisprudencia. En la praxis 3039
judicial imperante, las decisiones respecto a esta cuestión son tomadas y justificadas sobre la base de lo que se describe y analiza en las pericias psiquiátricas. La manera como valoran los jueces de estos informes tiende a ser parcial y se limitan a confirmar lo afirmado sobre la salud mental que padece el sujeto imputado. Muy rara vez, exigen de los especialistas un pronunciamiento expreso y específico sobre su peligrosidad o sobre la índole y la duración del posible tratamiento. Tampoco, en la doctrina nacional se han elaborado criterios de interpretación útiles para replantear y superar la praxis descrita.

- 3040 Para determinar la peligrosidad del agente y justificar la necesidad de imponerle una medida de seguridad, el pronóstico de peligrosidad debe: implicar un pronóstico integral sobre la peligrosidad del delincuente, formulado sobre la base del delito cometido, la modalidad de ejecución y la evaluación psicológica y psiquiátrica del agente. Además, referirse a la probabilidad relevante de la comisión de nuevos hechos punibles, siendo insuficiente afirmar la mera posibilidad de que esto pueda acontecer. Finalmente, fundarse en los resultados de las evaluaciones realizadas por los peritos sobre la persona del infractor. Sin embargo, el pronóstico es siempre un acto judicial y, por tanto, también requiere ser fundamentado jurídicamente.
- 3041 - Proporcionalidad: La medida de seguridad debe ser adecuada a la peligrosidad del agente. En la doctrina española, se ha cuestionado que la peligrosidad, referida al comportamiento futuro del imputado, pueda servir para determinar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. Así, por ejemplo, se ha señalado que la proporcionalidad refleja un sentido retributivo propio de la culpabilidad y que resulta contradictorio con el efecto preventivo que demanda la peligrosidad del infractor.
- 3042 Esta observación no es acertada porque la exigencia de proporcionalidad es un límite necesario a toda sanción sea pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria. Además, porque a través de ella, en el caso de las medidas de seguridad, no se persigue retribuir el daño causado por la comisión del hecho sino, antes bien, lograr equilibrar la propia capacidad punitiva de la reacción estatal. De allí que, en el art. 73, siguiendo su fuente hispánica, se exige que el juez evalúe la naturaleza del delito cometido y la de aquellos que se pronostica que cometerá el agente de no ser sometido a la medida de seguridad.
- 3043 - Control judicial: El juez competente está obligado a controlar la ejecución de las medidas de seguridad que imponga. Esto se justifica por la relación inmediata que tiene con el caso y la persona concernida a quien le ha impuesto dicha medida. El cumplimiento de esta obligación no debe caer, como desafortunadamente ha ocurrido con frecuencia, en la rutina, la improvisación o la falta de diligencia. El juez debe de planificar y programar adecuadamente sus visitas a los centros de internación o donde se ejecuten medidas de tratamiento ambulatorio. De esta manera, podrá recibir oportunamente y valorar debidamente los informes correspondientes.

El Código no prevé normas, al menos generales, sobre cómo deberían proceder los magistrados para la ejecución y supervisión de las medidas de seguridad. Esta carencia tampoco fue superada al dictarse el CEP y su Reglamento. En consecuencia, todo lo concerniente a este delicado dominio ha permanecido de facto a la discreción del servicio psiquiátrico del centro de tratamiento a donde es remitido, por disposición de la autoridad judicial, el inimputable o semi-imputable que fue declarado autor de un delito. 3044

Por el contrario, en el NCPP, art. 492, incs. 2 y 3, se precisa que el juez penal examinará, periódicamente la situación de quien sufre una medida de internación. Fijará un plazo no mayor de seis meses entre cada examen, y decidirá previa audiencia teniendo a la vista el informe médico del establecimiento y del perito. La decisión versará sobre la cesación o continuación de la medida y, en este último caso, podrá ordenar la modificación del tratamiento. Así mismo, que cuando tenga conocimiento, por informe fundado, de que desaparecieron las causas que motivaron la internación, procederá a su sustitución o cancelación. 3045

b. Aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad

Bajo la influencia del Anteproyecto de CP español de 1983, el legislador se alejó de un modelo dualista puro, consistente en la aplicación sucesiva de penas y medidas de seguridad a delincuentes imputables o con imputabilidad restringida. Adoptó, más bien, el modelo vicarial que permite imponer conjuntamente ambas sanciones, pero no ejecutarlas cumulativamente. 3046

Es aplicable cuando se impongan penas privativas de libertad y medidas de seguridad que comporten esta misma privación. Es el caso de los condenados imputables especialmente peligrosos (delincuentes habituales y profesionales), así como también el de los imputables relativos²⁴⁸. Para decidir, el juez debe tener en cuenta tanto de la personalidad del sujeto peligroso como de la necesidad de un tratamiento especial y de las exigencias de la defensa de la comunidad. En cuanto a la ejecución, según el art. 77, él ordenará que, en primer lugar, se ejecute la medida de seguridad y, si ésta es cumplida exitosamente, puede decidir si da por extinguida la pena o si debe ser ejecutada parcialmente. De esta manera, imputa el tiempo que ha durado la medida de seguridad a la pena a ejecutarse. 3047

²⁴⁸ JORGE BARREIRO, 1993, p. 733 ss.

- 3048 Esta facultad también era prevista en el art. 92 del CP de 1924, al menos para los imputables relativos. Según esta disposición: "Si la causa que había hecho suspender la ejecución de la pena de un condenado de responsabilidad restringida, llega a desaparecer, el juez decidirá si la pena debe ser aún ejecutada y en qué medida, previo dictamen de peritos".
- 3049 Este sistema también debió ser previsto para los jóvenes delincuentes primarios o adultos que padecen anomalías de comportamiento, como en el caso de los cleptómanos, en su condición de personas propensas a la comisión de delitos patrimoniales no violentos.
- 3050 La adopción del modelo vicarial constituyó uno de los más notables avances de la reforma penal peruana de 1991. Sin embargo, no ha sido aplicado y, por lo tanto, no hay sentencias en las que se esclarezcan sus alcances y consecuencias.

VI. Problemas en la aplicación de las medidas de seguridad

- 3051 Una evaluación de la manera como las medidas de seguridad han sido impuestas por los jueces permite constatar que se han incurrido en diversas omisiones y distorsiones legales. A modo de ilustración, señalamos a continuación algunos de los principales problemas:
- Aplicación de las medidas de internación sobre la base de disposiciones derogadas del CdePP y la no implementación del NCPP en algunos distritos judiciales del país.
 - Las medidas de seguridad de internación han sido aplicadas sólo en atención a la verificación de un estado de enfermedad mental. Los jueces, en general, no se han preocupado de establecer la vinculación del procesado inimputable con el hecho delictivo que se le atribuye, ni tampoco de determinar y justificar la presencia del estado peligroso que requiere tratamiento.
 - La duración de la medida de seguridad de internación no es fijada en la sentencia, o se considera que su extensión debe corresponder con la aplicación del máximo de la pena conminada al delito atribuido al inimputable. De esa manera se convierte a la internación en una sanción indeterminada o se le adjudica una duración excesiva, incompatible con su fundamento terapéutico o de custodia. Esta situación debe ser mejorada mediante la aplicación del art. 399, inc. 2, del NCPP que exige la fijación provisional de la finalización de la condena.

- En general, se considera que la sentencia por la que se impone una medida de seguridad de internación es un fallo absolutorio: Esta errada percepción desconoce la condición sancionadora de las medidas de seguridad, fundamentalmente en el caso de la internación, precisamente, por su carácter privativo de libertad. La condición de inimputable no anula la presunción de inocencia, por lo que la aplicación de una medida de internación presupone la eliminación de dicha presunción. Un efecto de considerar erróneamente como absolución la imposición de la internación es la imposibilidad de fijar la reparación civil, con lo que se frustra ilegalmente el derecho de la víctima a ser indemnizada. A pesar que el fundamento de la reparación civil es la constatación de un daño indemnizable derivado de un "hecho antijurídico".

- El Ministerio Público no solicita, en sus requisitorias escritas, la medida de internación ni objeta las distorsiones legales de su aplicación. Este proceder es consecuencia evidente de la falta de información de los fiscales sobre este tipo de sanciones. De allí que, en muchas ocasiones, se haya ordenado la internación antes del juicio o que se aplique pese a no coincidir con los términos de la acusación y del requerimiento punitivo.

Es de esperar que tales prácticas negativas sean superadas mediante la aplicación de las prescripciones sobre control judicial de la internación, previstas en el art. 492 del NCPP.

VII. Medida de internación en el Anteproyecto de CP de 2009

En el Anteproyecto de CP 2009, se han introducido propuestas importantes para mejorar la aplicación de las medidas de seguridad a inimputables por enfermedad mental y, en particular, de la medida de internación. Se ratifica, como presupuesto para imponer estas medidas privativas de libertad, que exista el riesgo de la comisión futura de delitos graves. En tal sentido, el art. 75, párrafo *in fine*, precisa que: "Sólo podrá disponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente pueda cometer nuevos delitos considerablemente graves". 3052

Pero la innovación más relevante radica en la posibilidad de aplicar, cuando no proceda la internación, el tratamiento ambulatorio "al inimputable que lo requiera siempre que, según la pericia médica correspondiente, no sea necesario aplicar una medida de internación" (art. 78). 3053

- 3054 Por último, en cuanto a la supervisión judicial de la aplicación del tratamiento en régimen de internación, se autoriza el reemplazo de dicha medida por la de tratamiento ambulatorio. Así, el art. 76, párrafos finales, estatuye lo que, sin perjuicio “de que el Juez lo constate cada seis meses, la autoridad del centro de internación deberá remitir al juez una pericia médica informándole si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han sido controladas o han desaparecido”. Además, se establece que, en tales casos, el juez hará cesar la medida de internación impuesta o la sustituirá por un tratamiento ambulatorio por el tiempo que resulte pertinente.

VIII. Aspectos procesales de la medida de internación

1. Finalidad procesal y denominación

- 3055 El proceso de seguridad contiene normas especiales de procedimiento para el juzgamiento de procesados inimputables susceptibles de ser sancionados con medidas de seguridad de internación y a los que no se puede imponer penas por carecer de capacidad de culpabilidad²⁴⁹.
- 3056 Este procedimiento especial no comprende a los imputables relativos ni a los imputables dependientes del alcohol o drogas que también pueden ser sometidos a medidas de seguridad de internación. A esta clase de procesados se les aplicará siempre las reglas procedimentales del proceso común.
- 3057 Cabe aclarar que la denominación proceso de seguridad no corresponde a su finalidad y contenidos, en la medida en que no se trata de un proceso destinado a la seguridad de personas o bienes o a su aseguramiento procesal, sino al juzgamiento de inimputables por enfermedad mental a los cuales eventualmente se les aplicaría medidas de seguridad de internación. En el CPP chileno un procedimiento, análogo al nuestro, es denominado “Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad”.

2. Fuente legal

- 3058 Ninguno de los códigos procesales penales del Perú, anteriores al de 2004, preveía un procedimiento especial similar al de seguridad. Por consiguiente, carecemos de antecedentes normativos nacionales en este dominio. La fuente legal de todas las normas sobre el proceso de seguridad y sobre la

²⁴⁹ SÁNCHEZ, 2009, p. 378.

internación preventiva, ha sido tomada del CPP chileno, promulgado por la Ley N° 19696, del 12 de octubre de 2000.

La legislación chilena, con mejor técnica legislativa y sentido sistemático, 3059 prevé en un mismo título todas las normas procesales relativas a la medida de seguridad de internación. De esta manera, se logra dar una autonomía especializada a esta clase de disposiciones procesales. En el Título VII del Libro Cuarto, arts. 455 a 465, (Procedimientos Especiales y Ejecución) el Código chileno se regula dicho procedimiento. Los arts. 456 a 458 de nuestro NCPP han sido elaborados siguiendo este modelo. Es más, el art. 464 del CP chileno es la fuente legal del art. 293 del NCPP, relativo a la internación preventiva.

3. Ubicación

En el Libro Quinto del NCPP, dedicado a los Procesos Especiales (arts. 456, 3060 457 y 458) está regulado el proceso de seguridad. En el art. 456, se indican las vías de acceso procesal a este procedimiento. Los actos procesales especiales y las excepciones al proceso común, son precisados en el art. 457. En el art. 458, se prevé en qué circunstancia particular el procedimiento especial vuelve a ser común, lo que representa un incidente especial que da lugar a un trámite propio.

Esta regulación es completada por otras disposiciones del mismo Código. 3061 Se trata de los arts. 294 (medida del internamiento previo como una necesidad operativa complementaria de la realización de exámenes periciales), 293 (medida coercitiva personal de la internación preventiva), 492 (régimen de ejecución de medidas de seguridad de internación), 545 y 546 (ejecución de medidas de seguridad como actos de cooperación judicial internacional en materia penal).

IX. Análisis del proceso de seguridad

1. Incoación del proceso de seguridad

En el art. 456 se plantea la justificación y la oportunidad procesal de in- 3062 coar un proceso de seguridad. Se consideran en su estructura tres aspectos esenciales:

- La evaluación de la inimputabilidad.
- La acusación fiscal y el requerimiento de la imposición de una medida de seguridad de internación.

- La desacumulación de cargos en caso de concurrencia de procesados inimputables con procesados imputables.

- 3063 Estas exigencias procesales son conexas a lo previsto en el art. 75, por la cual se precisa la facultad que tiene el juez de la investigación preparatoria (o el juez penal) de ordenar el examen pericial del procesado, si hay dudas sobre su inimputabilidad al momento de comisión del delito imputado.
- 3064 Practicada la pericia y recibido el informe, el juez, para pronunciarse al respecto, llevará a cabo una audiencia con concurrencia de las partes procesales y de los peritos. Si, una vez efectuada la audiencia, el juez considera, conforme al art. 75 del NCPP-, que concurren “indicios suficientes” para estimar acreditado el estado de inimputabilidad del procesado, emitirá una resolución ordenando se instaure el proceso de seguridad. Por consiguiente, la primera vía de acceso a este tipo de proceso depende de una iniciativa y decisión jurisdiccionales.

2. Acusación fiscal y requerimiento de una medida de internación.

- 3065 Este segundo supuesto tiene lugar al terminar la etapa de la investigación preparatoria. Si el Fiscal considera que al procesado sólo se le aplicará una medida de seguridad de internación, dispondrá la realización de las diligencias imprescindibles para el tipo de delito investigado, así como de aquellas de carácter pericial que permitan consolidar y sustentar su posición. Posteriormente, al requerir la apertura de juicio oral, formalizará también su requerimiento de aplicación de la medida de seguridad de internación precisando su duración. El Fiscal debe cumplir con los mismos requisitos que se exigen para la redacción de la acusación y el pedido sobre la índole y duración de la pena.
- 3066 La segunda vía para aplicar el proceso de seguridad es competencia específica del Fiscal, ya que si sólo solicita la imposición de la medida de internación para el procesado, debe pedir también la habilitación del procedimiento especial.

3. Desacumulación de los cargos a procesados inimputables.

- 3067 Si en un proceso se encuentran implicados varios imputados y uno o más son inimputables, se dispondrá la desacumulación de los cargos contra ellos y se les juzgará separadamente conforme a las reglas del proceso de

seguridad. Esta alternativa legal es coherente con los distintos objetivos procesales y de sanción que deben concretarse respecto a cada tipo de procesado.

La ley no regula la competencia sobre cada procesado y procedimiento. 3068 Por consiguiente, es de asumir que será el mismo juez penal el que realizará ambos juzgamientos de manera paralela o secuencial. Esto se justifica porque el objeto de prueba es el mismo hecho punible que fue materia de la investigación preparatoria y del requerimiento fiscal.

4. Reglas especiales del procedimiento

En el art. 457, el legislador ha incluido un conjunto de reglas especiales que 3069 deben observarse en la realización de un proceso de seguridad. Al respecto cabe destacar las siguientes:

- En principio se deben cumplir los ritos y etapas procesales que corresponden al juzgamiento en el proceso común.
- La representación procesal del inimputable y, por ende, el ejercicio de sus facultades y derechos serán asumidos por su curador. Con éste se deberán de tratar las actuaciones judiciales que se programen, siempre que no sean de carácter personal como los interrogatorios o reconocimientos.
- En el inc. b del art. 457, se ha incurrido en un error de redacción. Se hace referencia a un imputado que “se encuentre en la situación prevista en el art. 20, inc. 2”. Sin embargo, esta disposición no concierne al inimputable por anomalía psicopatológica, sino al “menor de 18 años”, quien no puede ser procesado por la justicia penal ordinaria. Si fuera involucrado en un proceso de este tipo, se le debe excluir conforme a lo dispuesto en el art. 18 del CdePP. Además, el propio NCPP, en su art. 18, inc. 2, excluye que los hechos punibles cometidos por adolescentes sean sometidos a la justicia ordinaria.
- Si el estado del procesado inimputable no lo permite, no será sometido a interrogatorio.
- El juicio en el proceso de seguridad se debe desarrollar sin la presencia de público. Esta excepción al principio y garantía de la publicidad del juicio oral, se justifica plenamente por la calidad del procesado y la necesidad de no afectar su dignidad de persona. La presencia obligatoria de su representante procesal y de su abogado defensor compensa esta

restricción. Regulación similar se encuentra en el derecho procesal penal extranjero, por ejemplo, en el art. 463, inc. b, del CPP chileno, se dispone que: “El juicio se realizará a puerta cerrada”.

- También el juzgamiento puede tener lugar sin la presencia del propio procesado inimputable. Sin embargo, esta nueva particularidad sólo se justifica por razones específicas que impiden que el imputado concurra a su juicio. La norma señala tres causales: el estado de salud del procesado, razones de orden y razones de seguridad. Sea cual fuere la causal invocada, ésta debe ser acreditada debidamente. En cualquier caso, el procesado será representado en el juicio por su curador.
- Cuando el procesado no concurra por las causales indicadas al juzgamiento, se le podrá interrogar con anterioridad y con el auxilio de peritos. Este interrogatorio previo sólo tendrá lugar si los peritos estiman que es posible dado el estado del procesado.
- Si no es posible que el procesado esté presente en el juicio, se deberán leer todas sus declaraciones sobre el *thema probandum* anteriores al juzgamiento.
- En el proceso de seguridad, el interrogatorio del perito en el juicio es imprescindible. Se trata, claro está, del perito que examinó y emitió dictamen sobre el estado de inimputabilidad o enfermedad mental del procesado. Al respecto, cabe señalar, primero, que en el juicio se puede disponer, a resultas del interrogatorio practicado al perito, que se amplíe el examen practicado al procesado por un nuevo perito. Segundo, que el interrogatorio, pese a que no lo dice la ley, deberá centrarse en la peligrosidad potencial del procesado (probabilidad de que cometa en el futuro nuevos actos de carácter delictivo y considerablemente graves) y sobre la duración probable de su tratamiento (necesidad mínima y máxima del régimen de internación).
- El juez de la investigación preparatoria puede rechazar la aplicación de la medida de seguridad de internación que postule el Fiscal, si estima que se debe imponer una pena al procesado. Esta decisión de control, que ejecuta el órgano jurisdiccional sobre el requerimiento del fiscal, debe ser debidamente fundamentada.

3070 Así, este caso se presenta cuando la autoridad judicial llega a la convicción que por los antecedentes del procesado la consecuencia jurídica que corresponde es una pena. Por ejemplo, el rechazo puede justificarse en la condición de imputable dependiente del alcohol o drogas; o por la inimputabilidad

relativa del procesado y que impiden que sea sancionado únicamente con la medida de seguridad de internación (art. 77). Queda claro que el efecto derivado de este rechazo es la imposibilidad de acceder a un juzgamiento conforme al proceso de seguridad. La mencionada decisión judicial puede ser apelada con efecto suspensivo.

Por último, las reglas especiales del art. 457 se ocupan también del contenido y de la forma de las sentencias que deben pronunciarse en los juicios sujetos al proceso de seguridad. Dada su novedad en nuestro medio, se debieron establecer, en dicha disposición, pautas más detalladas; por ejemplo, en relación con el contenido y los fundamentos del fallo de aplicación de la medida de seguridad de internación. 3071

Al respecto, en la sentencia de aplicación el juez penal debería establecer fundamentos específicos sobre: la realización probada del hecho imputado; la vinculación directa o indirecta del procesado con la realización del hecho imputado; la condición acreditada de inimputabilidad del procesado al momento de realización del hecho punible; el pronóstico de peligrosidad subjetiva futura del procesado; la necesidad del tratamiento, así como de sus características y duración para el caso concreto. 3072

Cabe recordar que la necesidad de que se aplique una medida de seguridad de internación impone, además, que el juez penal se pronuncie sobre la naturaleza grave del delito que el procesado inimputable podría cometer, en caso no sea sometido al tratamiento en régimen de internación. Esto último es un requerimiento esencial para la aplicación de esta clase de medida de seguridad, según lo expresamente estipulado en el art. 74, último párrafo. 3073

5. Transformación en un proceso común

La posibilidad de transformar un proceso de seguridad en un proceso común está regulada en el art. 458 del NCPP. 3074

El citado artículo prevé varios criterios: en primer lugar, se establece la causal por la cual procedería la transformación del proceso de seguridad en un proceso común. De manera escueta, se limita a señalar que dicha transformación procede cuando de los debates e interrogatorios realizados en el juicio oral, se advierta que no corresponde el proceso de seguridad porque el procesado debe ser sancionado con una pena. Se trata de un caso análogo al contemplado en el art. 457, inc. 4. La diferencia está en que el 3075

art. 458, se vincula con un hecho que sobreviniere mientras se desarrolla un juicio oral conforme a las reglas del proceso de seguridad. Esto es, como consecuencia de los debates, el juez penal admite que el procesado no es un inimputable, sino imputable o imputable relativo.

- 3076 En segundo lugar, en la disposición se trata de conciliar la facultad judicial con el derecho de defensa del procesado. En tal sentido, se dispone que el juez penal debe llamar la atención del imputado sobre su decisión, para que éste pueda ejercitar su derecho de defensa. Además, debe hacer intervenir a las otras partes procesales. La ley, sin embargo, para este supuesto, no establece la posibilidad de impugnar la decisión judicial de transformación del procedimiento, cosa que sí hace en el caso previsto en art. 357, inc. 4. Consideramos que, dado la trascendencia que produciría una decisión que disponga el cambio del tipo de procedimiento, el recurso de apelación debe ser autorizado.
- 3077 En tercer lugar, en el art. 458, se hace referencia al régimen de adaptación y tránsito hacia el proceso común, luego de la resolución de transformación. Según este artículo, se debe suspender el juicio para reiniciarse antes del octavo día. Este plazo guarda relación con los límites estipulados, en el art. 360, inc. 3, para suspender o dejar sin efecto el juicio oral.
- 3078 En cuanto lugar, la ley se refiere a que el fiscal debe determinar la necesidad de transformar el procedimiento. En efecto, la disposición señala que se debe proceder de manera similar al supuesto procesal de la acusación ampliatoria o complementaria. Es decir, el fiscal tiene que observar las reglas específicas que figuran en el art. 374, incs. 2 y 3. En especial, las referentes a la adecuación de circunstancias y penas, así como a la suspensión del juicio para que los otros sujetos procesales puedan adaptarse al nuevo requerimiento fiscal y al nuevo esquema del debate. La suspensión no podrá exceder de cinco días y permitirá a la defensa ofrecer las pruebas que estime pertinentes. El legislador destaca la necesidad de que, pese a cualquier variante, siempre deberá de preservarse dentro del nuevo juicio la correlación entre acusación y defensa.
- 3079 Finalmente, en el art. 458, se busca resolver la situación especial, generada por la ausencia del procesado en el desarrollo del juicio que se le seguía conforme al proceso de seguridad. Como se explicó anteriormente, la ley lo permite excepcionalmente por razones ligadas a la salud del procesado o al orden y seguridad en la realización del juicio. En tal sentido, la norma

dispone que se deben repetir, con presencia del procesado, todas aquellas actuaciones del juicio que se realizaron en su ausencia.

Sin embargo, pese a lo detallado de las reglas sobre transformación del procedimiento, el legislador no ha incluido reglas similares para resolver una situación inversa. Es decir, cómo proceder cuando, de los debates y exámenes realizados dentro de un juicio en base al proceso común, aparece que la sanción a imponerse es la medida de internación en vez de la pena o de que ésta debe acumularse a la medida. Desde nuestra perspectiva debe ser aplicada la analogía a estos supuestos; razón por la que deberá formularse una acusación complementaria, y, de ser el caso, dejar sin efecto el juicio oral y volver a reiniciarlo, previo requerimiento fiscal, conforme a las reglas especiales del proceso de seguridad. 3080

§ 27 Causales de extinción de la acción penal y de la pena

I. Concepto y función. II. Clasificación. III. Causales de extinción en el Código Penal de 1991. 1. Causales de extinción de la acción penal. 2. Causales de extinción de la ejecución de la pena. IV. Estudio analítico de las causales de extinción. 1. Causales generales de extinción de la acción penal y de la pena. a. Muerte del autor o partícipe del delito. b. Amnistía. 2. Causales de extinción de la acción penal. a. Derecho de gracia. b. Autoridad de la cosa juzgada. c. Desistimiento y la transacción. 3. Causales de extinción de la ejecución de la pena. a. Indulto. b. Cumplimiento de la pena. c. Perdón del ofendido. d. Exención de pena. e. Otras causales de extinción. V. Prescripción. 1. Concepto y fundamentación. 2. Prescripción en la legislación penal nacional. 3. Reglas especiales de prescripción de la acción penal. 4. Inicio de la prescripción. 5. Jurisprudencia vinculante sobre prescripción.

I. Concepto y función

El ejercicio del *jus puniendi* del Estado se encuentra regulado por diferentes principios que son el resultado de un largo proceso de lucha por la libertad, la democracia y los derechos humanos. Los principios penales de legalidad, lesividad, proporcionalidad y humanidad, entre otros, fueron estatuidos para limitar y controlar el poder punitivo del Estado²⁵⁰. Esta finalidad también es cumplida por las llamadas causales de extinción de la acción penal y de la pena. Se trata de un conjunto de circunstancias de carácter político, legal, natural o privado, ajenas al hecho punible, que extinguen la posibilidad de perseguir al responsable (acción penal) o de someterle a una sanción efectiva (ejecución de la pena). Por ello, se afirma que estas circunstancias sobrevienen después de la comisión del delito y anulan la acción penal o la pena. 3081

Entre las causas de exención de responsabilidad penal pueden distinguirse aquellas que son anteriores a la ejecución del delito (la infancia, la enfermedad mental) o coetáneas (dado que surgen en el momento de su realización, como la legítima defensa) de las que sobrevienen con posterioridad a la comisión del delito (después que la justicia ha comenzado su persecución y, en ciertos casos, con posterioridad a la sentencia condenatoria)²⁵¹. Conforme resalta un sector de la doctrina, a diferencia de las causas “eximentes” que impiden el nacimiento de una responsabilidad penal y, en consecuencia, se orientan hacia el futuro, las causas “extintivas” cancelan una responsabilidad penal que se supone ya probada, o cuya investigación se encontraba aún pendiente; por tanto, miran hacia el pasado²⁵². 3082

Estas causales son denominadas de diferentes maneras. Si bien es frecuente que se les designe como causales de extinción de la acción penal y de la 3083

²⁵⁰ PRADO, 1996, p. 19 ss.

²⁵¹ CUELLO CALÓN, 1973, p. 626.

²⁵² ROY FREYRE, 1998, p. 21.

pena²⁵³, se les llama, igualmente, causas de extinción de la responsabilidad penal²⁵⁴. También, se les designa con la expresión “condiciones de operatividad de la coerción penal”²⁵⁵. En el Código (Título V del Libro Primero) el legislador las denomina causales de *extinción de la acción penal y de la pena*. Sólo en el CP de 1863 el legislador no previó estas causales bajo una denominación común²⁵⁶.

- 3084 Cabe señalar, finalmente, que otros sistemas jurídicos utilizan denominaciones parecidas a la de nuestro código²⁵⁷. Así, por ejemplo, el CP argentino se refiere a extinción de acciones y penas (Título X del Libro Primero) y el CP colombiano, a la extinción de la acción y de la pena. (Capítulo V, del Título IV del Libro Primero). En cambio, el CP mexicano adopta la fórmula de la extinción de la responsabilidad penal (Título Quinto del Libro Primero), muy semejante, pese a su diferencia cronológica, al que emplea el CP cubano, en el que se habla de extinción de la responsabilidad penal (Título VIII del Libro I)²⁵⁸.

II. Clasificación

- 3085 Generalmente, los códigos penales contemporáneos incluyen idénticas causales de extinción de la acción penal y de la pena: muerte del imputado o reo, amnistía, indulto, prescripción y perdón del ofendido²⁵⁹. Algunos autores sostienen que, desde el contenido de la teoría de la pena, éstas sólo son causas de extinción de la responsabilidad penal, la muerte del reo y el cumplimiento de la condena²⁶⁰.

²⁵³ ROY FREYRE, 1998, p. 21.

²⁵⁴ GRACIA, 1996, p. 317.

²⁵⁵ ZAFFARONI, 1982, p. 560 ss.

²⁵⁶ ROY FREYRE, 1998, p. 15 ss.

²⁵⁷ CORNEJO, 1936, p. 306.

²⁵⁸ Al respecto, se ha sostenido que es preferible hablar de extinción de la responsabilidad criminal y no de extinción de la responsabilidad penal, por considerarse que las causas de dicha extinción no están necesariamente vinculadas con el sentido y función de la pena, sino con el sentido y función de la responsabilidad en términos generales, esto es, con el sentido y función del derecho penal. Por lo que “se trata de dilucidar cuales son los principios que informan el problema de la fundamentación y límites de la intervención penal. Tales principios no serían otros que el de la dignidad de la persona, el de los bienes jurídicos y el de la necesidad de la pena, Cfr. BUSTOS, 1987, p. 367.

²⁵⁹ CP argentino, art. 59; CP colombiano, arts. 76 a 79; CP ecuatoriano, arts. 96 a 101.

²⁶⁰ BUSTOS, 1987, p. 365.

Tomando en cuenta la efectividad de la causal, su origen o sus alcances, 3086 se han propuesto diversas clasificaciones de las causales de extinción. Así, en relación a su efectividad, se distingue entre las causales que conciernen únicamente el autor (muerte del imputado) de las que se refieren tanto al autor como a los partícipes del hecho punible (prescripción). En cuanto a su origen, se diferencian en razón de si su etiología es natural (muerte del imputado), legal (amnistía e indulto) o privada (perdón del ofendido). Por sus alcances, se separa entre las causales que afectan exclusivamente la persecución del delito (extinguen la acción penal) de las que conciernen la sanción punitiva (extinguen la pena).

Siguiendo a Maggiore y Nuñez, un sector de la doctrina peruana ha sis- 3087 tematizado las causales de extinción de manera práctica. Primero, según el alcance extintivo del *ius puniendi*, consideran que hay que comprender tanto las causales que extinguen la acción penal y la pena (muerte del reo la prescripción), como las que sólo extinguen la acción penal (la cosa juzgada, el desistimiento o suprimen únicamente la pena (el indulto, el perdón del ofendido).

En segundo término, se agrupan, por un lado, las causales subjetivas o per- 3088 sonales que sólo benefician a los autores o partícipes en quienes se cumplen los presupuestos específicos de la causal (muerte del imputado, prescripción) y, por otro, las causales subjetivas que alcanzan a todos los responsables sin atender a sus niveles de intervención en el delito (la amnistía). Por último, se consideran las causales mixtas que reúnen aspectos subjetivos y objetivos (la renuncia del titular del interés ofendido)²⁶¹.

III. Causales de extinción en el Código Penal de 1991

Siguiendo igual sistemática que su antecesor, el Código vigente trata, por 3089 separado, las causales de extinción de la acción penal (art. 78) y las causales de extinción de la ejecución de la pena (art. 85).

1. Causales de extinción de la acción penal

Se encuentran reguladas en el art. 78. Estas causales extinguen tanto el 3090 derecho de persecución penal del Estado, como la facultad del Ministerio Público de ejercitar la acción penal. Entendida esta última como “un po-

²⁶¹ ROY FREYRE, 1998, p. 18 ss.

der-deber de activar la jurisdicción penal, o sea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica, y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actuación del Derecho penal sustantivo”²⁶².

3091 El legislador nacional ha considerado las siguientes causales de extinción de la acción penal:

- a. La muerte del imputado.
- b. La prescripción.
- c. La amnistía.
- d. El derecho de gracia.
- e. La autoridad de cosa juzgada.
- f. El desistimiento.
- g. La transacción.

3092 Cabe señalar que las dos últimas causales sólo son aplicables a los delitos perseguibles por ejercicio privado de la acción penal, como los delitos contra el honor (injuria, difamación o calumnia).

2. Causales de extinción de la ejecución de la pena

3093 Estas circunstancias suprimen el derecho del Estado ejecutar la pena impuesta al condenado. Sin embargo, algunas de estas causales, como el indulto, operan directamente sobre la ejecución efectiva de la pena, extinguiendo sus períodos regulares de cumplimiento.

3094 Conforme al art. 85, son causales de extinción de la ejecución de la pena las siguientes:

- a. La muerte del condenado.
- b. La amnistía.
- c. El indulto.
- d. La prescripción.
- e. El cumplimiento de la pena.
- f. La exención de la pena.
- g. El perdón del ofendido.

²⁶² SAN MARTÍN CASTRO, 1999, p. 217.

La última de las causales mencionadas también concierne sólo las infracciones perseguibles por acción penal privada. 3095

Como se puede apreciar de ambos catálogos, coexisten causales de extinción que poseen una doble función en tanto pueden extinguir simultáneamente la acción penal y el derecho de ejecución de la pena; por ejemplo, en caso de la muerte del infractor, la amnistía y la prescripción. 3096

IV. Estudio analítico de las causales de extinción

Para un mejor análisis de todas las causales de extinción nos referiremos a ellas a partir de la siguiente secuencia metodológica: En primer lugar, revisaremos las causales que afectan tanto la acción penal como la ejecución de la pena. En segundo lugar, abordaremos aquellos supuestos que sólo extinguen a la acción penal. Y, en tercer lugar, trataremos de las causas que cancelan únicamente la ejecución de la pena. Finalmente, por su mayor trascendencia práctica, analizaremos de modo individual a la causal de prescripción. 3097

1. Causales generales de extinción de la acción penal y de la pena

a. Muerte del autor o partícipe del delito

La acción penal y la pena conciernen una persona. Conforme al art. 61 del CC, se deja de ser persona con la muerte²⁶³. Debido a que mediante la punición se retribuye un mal a una persona, privándola o restringiéndola del ejercicio de determinados bienes jurídicos, la pena sólo puede promover efectos utilitarios en una persona viva. Por ello, se puede afirmar, desde la perspectiva del principio de la dignidad de la persona, que la muerte del reo trae consigo que el derecho penal pierda su función y sentido. Por tanto, la intervención el Estado después de muerta la persona concernida no tiene legitimación alguna²⁶⁴. 3098

²⁶³ Art. 61 del CC.

²⁶⁴ Es imprescindible referirse a la llamada *muerte clínica* y a la *muerte presunta*. Con relación a la primera, estimamos que los efectos funcionales de la pena y el marco legal vigente, permiten, de modo coherente, estimar que ante la declaración de un estado de muerte clínica, el derecho del Estado para perseguir o hacer cumplir una pena al autor o partícipe de un delito ha dejado de existir. Por lo demás, se trata de una situación excepcional que, a nuestro modo de ver, no puede apreciarse exclusivamente en su esfera biológica o en el de

3099 En resumen, en nuestra opinión, la muerte biológica, la clínica o la presunta extinguen la acción o la ejecución de la pena. En la jurisprudencia no se han planteado casos de muerte clínica o presunta y sus efectos de extinción. En ella, se exige, sin embargo, que la muerte sea acreditada mediante la partida de defunción correspondiente. Así, en la ES del 16 de setiembre de 1991, Exp. N° 160-91 Huanuco, se declaró que “si se ha acreditado con partida de defunción, instrumento público pertinente, la muerte del procesado, resulta procedente declarar la extinción de la acción penal conforme a lo establecido en el art. 78, inc. 1”. Así mismo, en la ES del 13 de enero de 1992, Exp. N° 1271-92 Lima, se sostiene también que “habiéndose acreditado que el procesado, condenado en primera instancia, falleció durante la tramitación en segunda instancia de un recurso impugnatorio, cabe anular la condena que le fue impuesta y declarar extinguida, por muerte del imputado, la acción penal incoada”.

b. Amnistía

3100 Es una causal de origen político. El Estado la decreta respecto a determinados delitos por estimar innecesaria la persecución penal o la ejecución de la pena. Su aplicación es, por tanto, coyuntural²⁶⁵. Según el art. 89, la amnistía “elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él”; y, conforme al art. 102, inc. 6 de la Constitución es atribución exclusiva del Congreso “ejercer el derecho de amnistía”. Por tanto, es indispensable que se dicte mediante una ley ordinaria. Sin embargo, también puede decretarla la Comisión Permanente del Congreso si es que el Congreso le ha delegado esta facultad.

3101 El carácter eminentemente político de la declaración de amnistía ha condicionado que, en el Perú, su aplicación esté estrechamente ligada a los avatares de la vida política. Esto ha comportado abusos en la medida en que ha sido utilizada para favorecer la impunidad de miembros de los órganos represivos del Estado. Ejemplo de ello fue la amnistía decretada mediante

sus consecuencias estrictamente civiles. La vida es sobre todo interacción social, capacidad de vincularse con terceros y con el entorno, y la muerte clínica evidencia imposibilidad irreversible de todo ello. Distinta es la situación designada como muerte presunta. Ésta constituye una presunción *juris tantum*. La extinción de la acción penal y de la pena están sujetas a la eficacia formal de dicha presunción, por tanto, nada impide tener por extinguida la acción penal o la pena de un reo a quien se le declaró muerto presunto en razón a la comprobación de ciertas circunstancias particulares (p. ej., presunta muerte en ocasión de un incendio), Cfr. ROY FREYRE, 1998, p. 45.

²⁶⁵ BUSTOS, 1987, p. 368 ss.

la Ley N° 26479, del 14 de junio de 1995, la cual favoreció a los militares condenados por los graves sucesos de La Cantuta²⁶⁶. Además, constituyó una de las más flagrantes interferencias del Poder Legislativo en las competencias exclusivas de la administración de justicia. La ley de amnistía debe indicar claramente los delitos por la que es dictada, en particular señalando expresamente las disposiciones legales correspondientes. Así mismo, debe estatuir el período en el cual deben haber sido cometidos. No están, por tanto, comprendidos los delitos cometidos con posterioridad a la dación de la ley. En caso de delitos continuados o permanentes, el responsable debe dejar de seguir cometiéndolos²⁶⁷.

2. Causales de extinción de la acción penal

a. *Derecho de gracia*

Esta causal es novedosa en nuestra legislación penal. Sus antecedentes se encuentran en la debatida regulación del “indulto de procesados” que tuvo lugar en ocasión de la dación del DS N° 017-90-JUS, del 2 de octubre de 1990. 3102

Su fundamento radica en la necesidad de que se resuelva judicialmente, en un tiempo razonable, la situación jurídica del imputado. Sin embargo, su denominación equívoca ha desconcertado a los juristas, al extremo que, por un lado, se le ha negado la condición de “institución del derecho” y, por otro, se le ha asimilado a una atípica praxis de sobreseimiento que se aplicó durante el régimen militar de la década de los años 70²⁶⁸. Sin embargo, lo que diferencia a ambas medidas es que la gracia está relacionada con la duración excesiva del proceso penal. Así, se desprende del art. 118, inc. 21, de la Constitución, que establece que los beneficiados son “los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más un ampliatorio”. Así mismo, dicho dispositivo prevé que es el Presidente de la República quien, en exclusividad, es el titular del derecho de gracia. 3103

El efecto de cancelar la acción penal incoada diferencia al derecho de gracia de la declaratoria de inmediata libertad del imputado por exceso de prisión preventiva, prevista en el art. 273 del NCPP; toda vez que ésta última no 3104

²⁶⁶ CUBAS, 1998, p. 244 ss.

²⁶⁷ ROY FREYRE, 1998, p. 174 ss.

²⁶⁸ ROY FREYRE, 1998, p. 230 ss.

tiene por objeto dar por fenecida la persecución de la acción penal, sino continuar el proceso liberando al imputado sometido a prisión preventiva, precisamente, por el vencimiento de los plazos previstos en el art. 272 del NCPP²⁶⁹.

b. Autoridad de la cosa juzgada

- 3105 El art. 90 declara: “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. De esta manera, el legislador ha regulado la garantía procesal del *non bis in idem*, relacionada con la autoridad de la cosa juzgada. En el art. 139, inc. 3 *ab initio*, de la Constitución (disposición en la que se regulan los principios y derechos de la función jurisdiccional), se prohíbe “revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada”.
- 3106 La doctrina nacional se ha preguntado si tiene igual contenido semántico la expresión “cosa juzgada” que la de “autoridad de la cosa juzgada”. Al respecto, se ha señalado que entre ambas expresiones existen ligeras diferencias conceptuales. Así, la cosa juzgada sería “la esencia de la decisión conclusiva del juicio contenida en una providencia jurisdiccional con carácter de sentencia de absolución o de condena constituida en irrevocable”. En cambio, la autoridad de la cosa juzgada sería más bien un efecto, esto es, la fuerza reconocida por la ley por la que se decreta el carácter inmutable de los hechos contenidos en la decisión del juez. De manera “que se imponga positivamente con eficacia coercitiva, o sea ejecutiva (llamada *actio iudict*), y negativamente con eficacia prohibitiva, o sea como preclusión que prohíbe la repetición total o parcial del juicio sobre el mismo objeto (*exceptio rei iudicati*)”²⁷⁰.
- 3107 Sobre los efectos procesales de esta institución se ha dicho que la cosa juzgada es un efecto procesal de la sentencia firme, que por razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal) o en otro diferente (cosa juzgada material); “en esta última hipótesis, el efecto de la cosa juzgada material se manifiesta fuera del proceso penal y hacia el futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos”²⁷¹.

²⁶⁹ SAN MARTÍN CASTRO, 1999, p. 908 ss.

²⁷⁰ ROY FREYRE, 1998, p. 187.

²⁷¹ SAN MARTÍN CASTRO, 1999, p. 276.

En consecuencia, la autoridad de cosa juzgada extingue la acción penal incoada en la medida en que sobre el mismo hecho concreto y su autor, existe una sentencia judicial firme. Para que la autoridad de la cosa juzgada ejerza su efecto extintivo, debe evaluarse, previamente, la presencia real de un juzgamiento anterior, en cual se aprecia una situación de doble identidad con los hechos que se han denunciado y que son base del nuevo juicio. Sólo puede afirmarse que hay cosa juzgada si concurren los siguientes requisitos:

- a. *Identidad del agente* o unidad del sujeto imputado en el proceso precedente y en el actual (límite subjetivo de la cosa juzgada).
- b. *Identidad del hecho denunciado* o unidad del hecho punible en el proceso precedente y con el actual.

Este límite objetivo de la cosa juzgada, sin embargo, no implica exigir una identidad en la tipicidad asignada al mismo hecho en ambos procesos. Lo importante es verificar que el hecho ya juzgado sea el mismo que aquél que ahora es sometido a proceso²⁷².

c. *Desistimiento y la transacción*

El Código incluye también causales de extinción que se vinculan con una declaración de voluntad, realizada por la víctima del delito, de no continuar promoviendo el ejercicio privado de la acción penal incoada (el desistimiento procesal) o de archivar la ya promovida (la transacción).

El desistimiento consiste en una manifestación de voluntad, por la cual el agraviado renuncia a continuar promoviendo la acción entablada o a entablarse²⁷³. Esta renuncia a la acción penal determina la extinción de responsabilidad penal, y es únicamente posible en los delitos perseguibles por el ejercicio privado de la acción²⁷⁴.

La transacción consiste, en cambio, en un acuerdo bilateral, conciliatorio, entre la víctima y el autor del delito, con el objetivo de concluir el proceso²⁷⁵.

Actualmente, el ámbito de aplicación de ambas causales de extinción es muy reducido. En efecto, en nuestra legislación, son pocos los delitos per-

²⁷² ROY FREYRE, 1998, p. 200.

²⁷³ SOLER, 1956, p. 515

²⁷⁴ PEÑA CABRERA, 1995, p. 575.

²⁷⁵ BRAMONT ARIÁS, 2000, p. 300.

seguibles por el ejercicio privado de la acción penal; es decir, por querrela directa del agraviado ante la autoridad judicial y sin intervención del Ministerio Público²⁷⁶. Dichos delitos son los delitos contra el honor y contra la intimidad, según se dispone en los arts. 138 y 158, respectivamente. El art. 325 del CdePP regula la extinción por desistimiento en el juicio por faltas. Y con relación a las querellas, el art. 306 permite cancelar la acción entablada “por transacción y conciliación de las partes”. Ambas instituciones se encuentran previstas en el NCPP, en los arts. 13 y 14; y, más particularmente, el art. 110 regula el desistimiento del querellante, y el art. 487, el desistimiento y la transacción en el proceso por faltas.

3. Causales de extinción de la ejecución de la pena

a. *Indulto*

- 3114 Según el art. 89 “el indulto suprime la pena impuesta”. Se trata, pues, de una verdadera causal de extinción de la ejecución de la pena. En ese sentido, se ha señalado que el indulto es una manifestación del llamado derecho de gracia caracterizado como un perdón que extingue la pena, presuponiendo, en consecuencia, una sentencia condenatoria firme²⁷⁷. Ella se manifiesta como una circunstancia extintiva de origen legal y, a diferencia de la amnistía, se proyecta de modo individualizado sobre un condenado²⁷⁸.
- 3115 Conforme a nuestra Constitución, art. 118, inc. 21, el indulto es una facultad del Poder Ejecutivo, ejercida por el Presidente de la República. Éste decide su otorgamiento sobre la base de los informes elaborados por comisiones del Ministerio de Justicia, las cuales analizan casos concretos a fin de determinar si procede indultar a uno o varios condenados.
- 3116 El indulto puede ser total o parcial²⁷⁹. En todo caso, el indulto de la pena principal comprende las penas accesorias²⁸⁰. Sin embargo, el indulto, a diferencia de la amnistía, mantiene intacta la reparación civil fijada a favor de la víctima. Esto último se deduce, *a contrario*, del art. 89, en el que se establece, como efecto único del indulto, el de “suprimir la pena impuesta”²⁸¹.

²⁷⁶ SAN MARTÍN CASTRO, 1999, p. 1014 ss.

²⁷⁷ SOLER, 1956, p. 521.

²⁷⁸ Sobre las diferencias entre indulto y amnistía, ROY FREYRE, 1998, 237 ss.

²⁷⁹ BUSTOS, 1984, p. 370.

²⁸⁰ MAPELLI/TERRADILLOS, 1996, p. 225.

²⁸¹ ROY FREYRE, 1998, p. 239.

b. Cumplimiento de la pena

El cumplimiento de la pena no extingue la sanción, ya que después del vencimiento total de la pena, no queda nada que extinguir. En consecuencia, su previsión como causa de extinción de la pena es superflua²⁸². 3117

La condena debe entenderse cumplida y, por consiguiente, extinguida la responsabilidad penal cuando haya transcurrido el tiempo señalado en la sentencia condenatoria²⁸³. Según el art. 59, el cumplimiento de la sanción impuesta determina la cancelación de los antecedentes penales, lo que en doctrina se denomina como la "rehabilitación" del condenado²⁸⁴. Sin embargo, dicho dispositivo puede generar confusiones dado que el indulto puede ser parcial, esto es, concernir a una sola de las penas impuestas a un sentenciado; en tal sentido, no producirse la precitada rehabilitación. 3118

c. Perdón del ofendido

Se ha sostenido que esta causal encuentra su fundamento en la capacidad reconocida a la víctima de solucionar por sí misma los conflictos en los cuales haya salido perjudicada. Sin embargo, dicha causal sólo es válida en los delitos donde la acción penal se promueva a iniciativa privada, conforme se prevé en el art. 85, inc. 4. Esto es, en los delitos que, por su naturaleza, son sancionados con penas privativas de libertad de corta duración y de multa, de allí que el efecto real del perdón del ofendido en nuestra legislación sea muy relativo. 3119

Tradicionalmente, esta causal fue considerada en los delitos contra la libertad sexual y en el delito de adulterio que regulaba el CP de 1924 (art. 213). Estos supuestos ya no existen en la legislación vigente. 3120

²⁸² MAPELLI/TERRADILLOS, 1996, p. 222. Sostiene una opinión diferente BUSTOS, 1984, p. 365 ss., afirmando que "la teoría de la retribución tiene como fundamento legítimamente la justicia y la igualdad en relación a las personas; esto es, a toda persona sin discriminación de ninguna especie, ha de aplicársele un mal que restablezca el ordenamiento jurídico en la misma magnitud que el mal que quebró ese ordenamiento. Luego, si la magnitud de ese mal impuesto se ha ejecutado plenamente no hay fundamento legítimamente para mantener la responsabilidad criminal. Por su parte, para las teorías generales, sea ésta intimidatoria, o bien positiva, conforme a las nuevas concepciones, en especial de Hassemmer y Jakobs, se pueda plantear una posición semejante".

²⁸³ LANDROVE, 1983, p. 139.

²⁸⁴ Art. 69 del CP.

- 3121 El “perdón” debe ser expreso e incondicionado²⁸⁵. De lo contrario, se convertiría, al menos de modo implícito, en una transacción, la cual, conforme a nuestro sistema legal, sólo puede extinguir la acción penal²⁸⁶.

d. Exención de pena

- 3122 Esta causal de extinción de la pena concierne a las llamadas excusas absolutorias o causales personales de exclusión de la pena²⁸⁷. En el Código, se prevén excusas absolutorias, por ejemplo, respecto a los delitos contra el patrimonio cuando el agente y la víctima se encuentran estrechamente vinculados (art. 208). Así también, con relación a los delitos de encubrimiento real y personal que ejecuta el agente por sus relaciones estrechas con el autor del delito previo (art. 406).

e. Otras causales de extinción

- 3123 En este grupo se encuentra el procedimiento especial de colaboración eficaz, también denominado como derecho penal premial.
- 3124 A partir de la experiencia de la legislación contra el terrorismo, el legislador promueve medidas de extinción de la acción penal o de la ejecución de la pena, en relación con los delincuentes que se arrepienten de su actividad delictuosa y colaboran con las autoridades encargadas de la prevención y sanción de la criminalidad grave y organizada.
- 3125 El Código contiene también supuestos premiales vinculados con un arrepentimiento posterior al delito, que permiten la exención de la pena. Por ejemplo, los previstos en los arts. 409, *in fine* (delito de falsedad en juicio) y 351 (delitos de rebelión, sedición y motín). Sin embargo, la diferencia entre estos supuestos legales de exención y los que se regulan como causales extintivas (conforme al art. 85, inc. 3) radica en que los primeros son facultativos y su aplicación depende de una decisión judicial; mientras que, en los segundos, la causal extintiva surge por mandato expreso de la ley.

²⁸⁵ MAPELLI/TERRADILLOS, 1996, p. 227.

²⁸⁶ ROY FREYRE, 1998, p. 248. Para quien el perdón debe ser otorgado en forma expresa y sin condiciones. Su concesión para uno de los querellados, beneficia a todos. El perdón es irrenunciable por el ofensor. Su concesión por uno de los querellantes no perjudica el derecho de los otros: en consecuencia, en tal caso no se extingue la pena hasta que todos los ofendidos perdonen.

²⁸⁷ ZAFFARONI, 1982, p. 560.

V. Prescripción

1. Concepto y fundamentación

Desde una perspectiva general, la prescripción es una institución jurídica 3126 mediante la cual una persona se libera de obligaciones o adquiere derechos por el transcurso del tiempo. En el ámbito penal, se sostiene que la prescripción supondría la invalidación, por el transcurso del tiempo, tanto del interés represivo y de la alarma social producida por el hecho delictivo, como la extinción de los efectos de éste²⁸⁸.

En cuanto a su fundamento constitucional, se sostiene que se encontraría 3127 tanto en los derechos a la presunción de inocencia y a un juicio sin dilaciones indebidas, como en el principio de prohibición de indefensión, todos ellos en conexión con el principio de seguridad jurídica²⁸⁹.

Así también, se ha invocado el principio de la necesidad de la pena, sos- 3128 teniéndose que, después de transcurrido un determinado tiempo, la pena resulta superflua por razones de prevención general y especial. Por esto, el Estado renuncia a ejercitar el *ius puniendi* y declara extinguida la acción penal, en razón de criterios de utilidad social.

2. Regulación legislativa

En el Código se han seguido criterios similares a los del CP Tipo para 3129 Latinoamérica²⁹⁰. Los plazos de prescripción están regulados en los arts. 80 y 86. Como regla general se señala que para determinar el plazo de prescripción de la acción penal o de la ejecución de la pena debe atenderse al límite máximo de pena privativa de libertad conminada en la ley para el delito cometido (art. 80). Es decir que el límite máximo de pena legal es el término del plazo de la prescripción ordinaria. Sin embargo, el plazo de prescripción, en ningún caso, será superior a los veinte años. En caso de las penas no privativas de libertad (multas, limitativas de derechos, restrictivas de la libertad), conjuntas o alternativas, el plazo ordinario de prescripción es de dos años. Para las penas de duración indeterminada, como la cadena perpetua, el plazo de prescripción ordinaria es de treinta años.

²⁸⁸ CORDOVA, 1972, p. 668.

²⁸⁹ REY GONZALES, 1999, p. 43 ss.

²⁹⁰ Art. 102, incs. 2 y 3.

- 3130 La llamada *prescripción extraordinaria*, consecuencia de la concurrencia de causales de interrupción de la prescripción (arts. 83 y 87), está regulada de manera similar al modelo adoptado en el CP de 1924. Así, se precisa que la prescripción extraordinaria opera al cumplirse el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo. Esto supone, por ejemplo, que si la pena conminada para el delito de estafa es de 6 años como máximo (art. 196), el límite del plazo de prescripción ordinaria para dicho delito, la prescripción extraordinaria se cumpliría al transcurrir un total de 9 años.
- 3131 En el caso de delitos conminados con penas de multa, inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, expatriación o expulsión de extranjeros, el plazo de prescripción extraordinaria es de 3 años; en razón a que el plazo de prescripción ordinario en tales casos es de 2 años.
- 3132 El art. 84 regula la suspensión de la prescripción de la acción penal. Suspensión que se produce cuando, excepcionalmente, el proceso penal (por incoar o ya incoado) queda supeditado a lo que se resuelva en una vía extrapenal. Es el caso, por ejemplo, de las cuestiones prejudiciales²⁹¹. La jurisprudencia ha incorporado otros supuestos como el antejuicio o el procedimiento de extradición²⁹².
- 3133 El efecto, pues, de la suspensión radica en que los plazos ordinario o extraordinario se paralizan mientras subsista la causal que determinó dicha situación. Por su parte, frente al caso de pluralidad de agentes, el art. 88 dispone que los plazos de prescripción deben ser computados de forma individual.
- 3134 En el art. 91, se prevé que el imputado tiene el derecho de *renunciar a la prescripción* de la acción penal. Reconociéndose, en tal sentido, la primacía constitucional de la presunción de inocencia, ya que se modificó el criterio admitido en el CP de 1924, que disponía que no se podía renunciar a la prescripción (art. 129).

3. Reglas especiales de prescripción de la acción penal

- 3135 El Código establece además normas especiales de prescripción de la acción penal, en los supuestos siguientes: en caso de concurso de delitos, el legis-

²⁹¹ MIXÁN, 1999, p. 122 ss.

²⁹² Al respecto revítese la STC del 15 de noviembre de 2006, Exp. N° 5068-2006-PHC/TC, F.J. 12.

lador ha diferenciado los plazos de prescripción aplicables a un concurso ideal de delitos (art. 48) de aquellos que corresponden a un concurso real de delitos (art. 50).

Por su parte, en atención a la edad del agente, según los niveles fijados el art. 81, los plazos de prescripción ordinario y extraordinario aplicables al delito cometido son reducidos a la mitad. La edad del agente al momento de comisión del delito debe ser acreditada de modo suficiente y con los documentos correspondientes (partida de nacimiento, libreta militar, libreta electoral, documento nacional de identidad, etc.). De otro lado, si el autor del delito es funcionario o servidor público, conforme al art. 425, y se trata de un delito contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste (como sucede en los delitos de colusión y peculado, previsto en los arts. 384 y 387), los plazos de prescripción ordinaria o extraordinaria se duplican.

Finalmente, si la infracción penal cometida es una *falta* la acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, los plazos se elevan a dos años (art. 440, inc. 5). No obstante, no queda claro como se configuraría una reincidencia en faltas pues en estos casos no se aplican penas privativas de libertad (conforme establece el art. 440, incs. 3 y 7). Al respecto, el AP N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, ha interpretado en su F.J. 22-A que la norma alude a una reincidencia ficta: "Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta".

4. Inicio de la prescripción

Los arts. 82 y 86, pf. 2, señalan el inicio de la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente.

En cuanto al *inicio de la prescripción de la acción penal*, la ley toma en cuenta el modo de ejecución y el momento de consumación del delito. La regla general es que el plazo de prescripción de la acción penal debe comenzar a contarse a partir del momento en que el agente concluyó la ejecución del delito. Así, de acuerdo con el art. 82, inc. 1, en la tentativa el plazo de prescripción comenzará a computarse desde que cesa la actividad delictuosa.

En relación con el delito continuado, previsto en el art. 49, se indica el término de la actividad delictuosa que materializa la resolución criminal úni-

ca. Para los delitos permanentes, se señala el momento en que concluye la situación antijurídica creada y mantenida por el agente²⁹³.

- 3141 Por su parte, la prescripción de la ejecución de la pena, según lo dispone el art. 86, deberá ser computada a partir del momento en que la sentencia condenatoria quedó firme.

5. Jurisprudencia vinculante sobre prescripción

- 3142 El Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de noviembre de 2007, aprobó el AP N° 9-2007/CJ-116. En él se adoptaron criterios hermenéuticos vinculantes sobre la prescripción ordinaria de la acción penal en caso de penas privativas de libertad.
- 3143 En sus E.J. 9 y 10 se señaló que el legislador ha precisado que el plazo ordinario de prescripción, para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, siempre será de veinte años; mientras que en los sancionados con pena de cadena perpetua, será de treinta años. Por ello, habría que destacar que tales límites excepcionales, primero, sólo operan en relación con el plazo ordinario de prescripción de la acción penal; segundo, no excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal; y, tercero, que se precisan en el art. 83.
- 3144 En consecuencia “cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el

²⁹³ Se discute mucho respecto al caso del delito de usurpación por despojo (art. 202, inc. 2). Al respecto, el debate gira en torno a determinar si dicha infracción penal es un delito instantáneo o permanente o si se trata de un delito instantáneo con efectos permanentes. Sobre el particular, debemos mencionar que el acto indicado por el verbo típico del art. 202, inc. 2, es el de “despojar”. Esto es, desposeer mediante violencia, amenaza o abuso de confianza al sujeto pasivo de la conducción de un inmueble. Es decir, la acción acontece de modo inmediato y consiste en privar a la víctima de la posesión del bien. Y esto último determina la consumación del delito y, por ende, el inicio de la prescripción. El que el inmueble se mantenga en poder del agente más o menos tiempo constituye un efecto posterior a la consumación, y que ya no implica despojo. La usurpación, pues, en su forma de despojo es un delito instantáneo pero que puede tener efectos permanentes. Por tanto, es incorrecto equiparar la acción del despojo de carácter instantáneo con la de “ocupar”, de claro sentido permanente y que es la que comanda la conducta típica prevista en el art. 245 del CP español (en cual, se señala que: “al que con violencia o intimidación en las personas *ocupare* una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliaria de ajena pertenencia”).

plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años”.

Por su parte, el AP N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, en su F.J. 15, ha sostenido que para la aplicación del párrafo *in fine* del art. 80, que duplica los plazos de prescripción de la acción penal en delitos cometidos por funcionarios públicos que afectan el patrimonio del Estado, debe tenerse en cuenta, sobre todo, la posición funcional del agente en relación con los bienes públicos. Según el acuerdo: “si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos”.

Así mismo, sobre la vinculación entre la relación funcional del agente y el patrimonio puesto a su recaudo, se acordó en el Pleno referido:

- Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito – funcionario o servidor público– y el patrimonio del Estado.
- El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que éste se encuentre en posición de ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- Puede servir como fuente de atribución de la relación funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

§ 28 Reparación civil

I. Introducción. II. Derecho de resarcimiento de la víctima. III. Concepto e índole jurídica de la reparación. IV. Regulación legislativa. 1. Evolución. 2. Reparación civil en el Código Penal de 1991. a. Marco legal. b. Alcances de la reparación civil. c. Determinación de la reparación civil. d. Reglas especiales. d.1. Reparación civil solidaria. d.2. Transmisión de la reparación civil por herencia. d.3. Nulidad de actos de disposición patrimonial que afectan la reparación civil. d.4. Capacidad de acción contra terceros no incluidos en la sentencia penal. d.5. Retención para asegurar el pago de la reparación civil. d.6. Obligación de resarcimiento existe en tanto subsista la acción penal. e. Reparación civil y eximentes de responsabilidad penal. 3. Anteproyecto de CP de 2009. V. Reparación civil y jurisprudencia.

I. Introducción

La reparación civil puede ser analizada desde diferentes perspectivas. 3147
Primero, la concepción tradicional la comprende como consecuencia jurídico civil derivada de la comisión del hecho punible. Segundo, una concepción moderna la considera una modalidad de sanción del delito que se presenta como alternativa eficaz a las penas privativas de libertad. Por último, se le caracteriza como una opción destinada a mejorar la posición de la víctima en los procesos de criminalización primaria o secundaria.

Para describir y analizar de manera crítica la regulación de la reparación civil en la legislación penal vigente y su aplicación por parte de los órganos de administración de justicia es indispensable tener en cuenta las tres perspectivas indicadas. 3148

II. Derecho de resarcimiento de la víctima

Desde una perspectiva tradicional, se ha comprendido que la presencia de la víctima en la dinámica del sistema penal se limita a la comunicación de la *notitia criminis*. Por esto, más que como una persona afectada por la comisión del delito, los órganos y operadores del sistema penal la han considerado como un tercero cuasi ajeno al proceso, cuya participación en el mismo se limitaba al de ser un simple medio de prueba. Por tanto, su capacidad procesal, dirigida a exigir una indemnización, se encontraba disminuida en relación con la participación de otros sujetos procesales, tanto en la fase de investigación como en el juzgamiento del imputado que la perjudicó. Así, tanto la pretensión punitiva del Estado como la pretensión absolutoria del imputado marginaban la pretensión indemnizatoria de la víctima, a un nivel secundario o accesorio. 3149

- 3150 Con razón se ha sostenido que la víctima ha sido desplazada por el imputado, “figura central del procedimiento penal”, en la medida que el proceso penal fue dirigido al acopio y al análisis de las pruebas para confirmar o negar que se había cometido el hecho delictivo, atribuir éste al imputado y determinar o no su culpabilidad. Así, se ha sostenido que, a diferencia del procedimiento civil, en el que la víctima desempeña el papel decisivo de “demandante”, éste ha sido, en el procedimiento penal, en gran parte desplazado por el Ministerio Público. Por esto, por regla general, sólo actúa como testigo del hecho o de sus consecuencias²⁹⁴. De allí, se ha afirmado con razón que el desarrollo del carácter público del ordenamiento penal ha implicado, así mismo, una pérdida de importancia del papel de la víctima²⁹⁵.
- 3151 En las últimas décadas, tanto la posición del agraviado en el proceso penal como el mayor reconocimiento de sus derechos dirigidos a la obtención de una indemnización han constituido una de las principales preocupaciones de la política criminal contemporánea. Lo cual constituye un notable avance de la teoría penal moderna²⁹⁶. En nuestro medio se ha sostenido que “el rol de la víctima en el proceso penal se ha manifestado fundamentalmente a través de dos corrientes: la primera busca incrementar las facultades y la participación del agraviado tanto en el desarrollo del proceso como en el ejercicio de la acción penal. La segunda, de mayor arraigo en la actualidad, se encuentra con frecuencia vinculada con el intento de otorgarle un mayor espacio al resarcimiento del daño ocasionado por el delito”²⁹⁷.

III. Concepto e índole jurídica de la reparación

- 3152 El delito genera, por un lado, el daño penal constituido por la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico y, por otro, ocasiona un daño civil que debe ser resarcido o indemnizado en favor de la víctima. La reparación civil es una consecuencia jurídica distinta de la sanción penal (pena, medida de seguridad o consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas). En sentido amplio, el concepto de “reparación” puede comprender las diferentes medidas realizadas por el infractor, las cuales pueden tener un contenido simbólico (presentación de disculpas), económico (restitutorio, com-

²⁹⁴ ALBIN ESER, 1998, p. 44.

²⁹⁵ CANCIO MELIÁ, 2000, p. 132.

²⁹⁶ DE VICENTE REMESAL, 1997, p. 174.

²⁹⁷ ORÉ GUARDIA, 1997, p. 89.

pensatorio o indemnizatorio) o material (prestación de un servicio) en favor de la víctima (individual o colectiva)²⁹⁸.

El fundamento de la reparación civil es el daño patrimonial, personal o moral, ocasionado por la comisión de un hecho punible. Por tanto, no es el hecho en sí el que afecta los intereses patrimoniales o privados de la víctima, la cual sin duda merece un resarcimiento, sino el hecho calificado de ilícito penal el que, al mismo tiempo, que genera una responsabilidad delictual produce también una de índole civil. Se trata de dos valoraciones distintas que si bien poseen un vínculo de conexión, no pueden confundirse²⁹⁹.

El daño ocasionado a la víctima por la comisión del hecho delictivo, impone la exigencia de una indemnización. Así, en el art. 1969 del CC se dispone que quien "por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo..." En el mismo sentido, el art. 1970, del citado código señala que quien "mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo". La responsabilidad civil subsiste, a pesar del castigo impuesto al responsable. Por tanto, la última consecuencia de un delito no es la pena, sino la obligación de reparar los perjuicios causados³⁰⁰.

Sobre la índole jurídica de la reparación civil la discusión continúa. Los planteamientos siguen dos criterios. Según el primero, a partir de su vinculación con el delito y su concretización en el proceso penal, la reparación civil es de naturaleza penal y pública. En este sentido, Larrauri afirma que puede ser calificada como una sanción penal, incluso de tipo principal, aunque reconoce que en el debate contemporáneo "late un escepticismo acerca de que la reparación deba ser incluida en el repertorio de penas como sanción penal autónoma"³⁰¹. De manera menos tajante Roxin admite, a pesar de que niega que sea una forma de pena, que en determinados casos la reparación civil puede ser considerada "como sanción autónoma, como tercera respuesta posible al delito junto a la pena y a la medida, a las que puede moderar, pero también, en su caso sustituir"³⁰².

²⁹⁸ LARRAURI PIJOAN, 1997, p. 171.

²⁹⁹ BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 313.

³⁰⁰ PEÑA CABRERA, 1987, p. 458.

³⁰¹ LARRAURI PIJOAN, 1997, p. 179.

³⁰² ROXIN, 1991, p. 63.

- 3156 Conforme al segundo criterio, la reparación es de naturaleza civil y privada en razón a la propia condición de la pretensión indemnizatoria y del marco normativo que la regula: el llamado “derecho de daños”³⁰³. Sus promotores argumentan, principalmente, que desde sus orígenes fácticos o jurídicos tiene una finalidad de resarcir los perjuicios causados, diferente de la que tiene la persecución penal y la imposición de la pena. En ese sentido, Hirsch rechaza identificar o relacionar pena y reparación: “pena y resarcimiento civil son cosas diferentes y no manipulables a través de un cambio de etiquetas”³⁰⁴.
- 3157 Estos intentos por convertir a la reparación en una nueva modalidad de sanción penal son inaceptables. La posibilidad de utilizarla como medio para solucionar conflictos o para atender las necesidades de la víctima de un delito no contradice su carácter eminentemente privado. En efecto, la reparación civil se sustenta en un interés particular y, por tanto, no puede cumplir con las funciones atribuidas a la pena³⁰⁵. Tampoco puede afirmarse lo contrario por el hecho de que, como sucede en nuestro país, se atribuye al Ministerio Público la función de perseguir también la reparación civil³⁰⁶. Esto obedece a razones fundamentalmente prácticas y de tradición histórica, mas no a una penalización de las funciones de indemnizar a la víctima.
- En el AP N° 6-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, la Corte Suprema³⁰⁷
- 3158 ha afirmado que la reparación civil se diferencia de la sanción penal, fundamentalmente porque sus finalidades y criterios de imputación son distintos, aún cuando ambas tienen como presupuesto el daño ilícito causado por un hecho punible. Al respecto, sostuvo que: “el fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal el que obviamente no puede identificarse con ofensa penal -lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, infracción / daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos”.

³⁰³ CASTILLO ALVA, 2001, p. 73.

³⁰⁴ HIRSCH, 1990, p. 565.

³⁰⁵ GÁLVEZ VILLEGAS, 1999, p. 69.

³⁰⁶ Conforme se establece en el art. 1 del DLeg N° 52, LOMP.

³⁰⁷ AP N° 6-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, FJ. 7.

IV. Regulación legislativa

1. Evolución

Siguiendo el modelo español, nuestros códigos penales han incluido siempre disposiciones destinadas a regular el resarcimiento de la víctima del delito. No obstante, éstas no han sido siempre reguladas bajo la misma denominación legal. 3159

Así, en el CP de Santa Cruz de 1836, vigente en el Estado Sud Peruano durante la Confederación Peruano Boliviana, el legislador sistematizó tales reglas en su Capítulo V intitulado "De la satisfacción" (arts. 18 a 25). Según el art. 18 de este código: "Los delincuentes o culpables satisfarán el daño que hubieran causado por un delito o culpa, aunque sean indultados o reciban la conmutación de la pena. Si fueren dos o más los delincuentes o culpables, todos y cada uno de ellos estarán obligados mancomunadamente a la satisfacción. Desde el momento en que se cometa un delito o culpa, los bienes de los delincuentes y culpables se tendrán por hipotecados especialmente para la satisfacción". 3160

En su art. 19 se precisaban los alcances del resarcimiento en los siguientes términos: "La satisfacción comprenderá: 1) La restitución de los bienes al ofendido, que le serán entregados aunque sea por un tercero poseedor. 2) La indemnización de los males ocasionados a la persona y bienes del ofendido en todas sus partes y consecuencias, comprendiéndose entre estas los intereses ordinarios y compuestos, que el ofendido hubiese dejado de ganar desde el momento del delito. 3) La pensión a la viuda e hijos menores de la persona muerta por el delincuente, mientras no lleguen a casarse, equivalente al importe de uno a tres jornales diarios divisibles entre aquellos. 4) La pensión al herido o maltratado durante su incapacidad para el trabajo equivalente al importe de uno a tres jornales diarios. Para calificar los jueces la pensión prevenida en los dos últimos números de este artículo atenderán a las facultades del delincuente, a las ganancias que hubiese dejado de percibir el ofendido, su viuda e hijos, y al número y situación de su familia". 3161

Finalmente, también preveía, por un lado, reglas sobre la responsabilidad civil de terceros (art. 21) y la aplicación de costas (art. 25). Por otro lado, autorizaba la sustitución de la reparación señalada en la sentencia por una pena de reclusión, cuando el condenado no tenía los medios para pagarla. En este último caso, el imputado era "condenado a trabajar en un oficio 3162

u otro trabajo para el que fuere considerado más a propósito, por todo el tiempo necesario para pagarla, salvo que otorgue fianza de satisfacción a gusto del ofendido, o que éste se dé por satisfecho”.

- 3163 El CP de 1863 regulaba el resarcimiento en dos títulos de su parte general: “De los que tienen responsabilidad civil” (arts. 18 a 22) y “Del modo de hacer efectiva la responsabilidad civil” (arts. 87 a 91). En cuanto al primero, es interesante destacar, en primer lugar, el art. 21, en el que se disponía que tienen “también responsabilidad civil subsidiaria, los directores de establecimientos públicos, como posadas, fondas, baños, casas de recreo u otras semejantes, por los delitos cometidos dentro de ellos, siempre que, por su parte, hayan dado ocasión infringiendo los reglamentos de policía”. En segundo lugar, el art. 22, en el que se señalaba que los “posaderos restituirán las cosas hurtadas o su valor cuando el hurto se hubiere cometido en la posada, y el dueño de lo hurtado hubiese puesto sus efectos bajo la inspección de aquellos. En caso de robo con intimidación o violencia, responderá también el posadero, si el que lo comete es dependiente suyo”.
- 3164 Entre las normas concernientes a las maneras de hacer efectiva la reparación, hay que relevar el art. 89, en el que se disponía que ésta se realizará “valorando la entidad del daño, por medio de peritos si fuere practicable, o por el prudente arbitrio del juez”. Así mismo, el art. 87, en el que se precisaba que la responsabilidad civil comprendía la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios.
- 3165 En el CP de 1924, el resarcimiento fue denominado reparación civil y se le reguló en el Título VII del Libro Primero (arts. 65 a 80). Lo más importante de esta regulación fue la regla prevista en el art. 65, por la que se obligaba al Ministerio Público a perseguir “conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil”. Al respecto, en la Exposición de Motivos, con referencia a la experiencia adquirida durante la vigencia del CP de 1863, se subrayó que los “hechos han demostrado sin embargo que esta legislación es muy defectuosa dadas las dificultades con que tropiezan las víctimas del delito para obtener la reparación de los daños. Es absolutamente necesario convertir en acción pública la que se refiere a la reparación civil. Es esta la principal innovación introducida por el proyecto”.
- 3166 Vale, igualmente, relevar el art. 70, en el que se estableció el carácter solidario de la obligación de la reparación civil entre todos “los partícipes en el hecho punible”. Es también de destacar el art. 75 en cuanto declaraba “nulo todo contrato entre el damnificado y el delincuente sobre la reparación civil”.

Esta regulación fue modificada mediante la Ley N° 9014, del 23 de noviembre de 1939. Por ejemplo, en cuanto al régimen de los sujetos obligados, se señaló que la “reparación civil puede obligar también a personas distintas del delincuente cuando éste se encuentre en relación de dependencia o de parentesco, o cuando al cometer la infracción penal los autores ejecutaban actividades explotadas o propulsadas por dichos terceros, ya sean personas morales o naturales” (art. 3). Así, se estableció un mejor marco legal para imputar obligaciones a los terceros civilmente responsables. También, se declaró la preeminencia del Código Civil respecto a la reparación y la indemnización civil (art. 2). 3167

Durante el régimen militar de Velasco Alvarado, en relación con los delitos contra la administración pública, se incluyó el inc. 4 del art. 66, mediante el art. 1 del DL N° 17106, del 8 de noviembre de 1968, en el que se señalaba que la reparación civil comprendía también “la pérdida, en favor del Estado, de los bienes que se hubiera recibido indebidamente, como consecuencia de la comisión de alguno de los delitos de que trata la Sección Décima Cuarta del Libro Segundo de este código. En caso de que el condenado hubiera dispuesto de ellos, su valor en dinero a la fecha de la sentencia”. 3168

Durante el proceso de reforma del código de 1924 no se promovieron cambios relevantes en la regulación de la reparación civil. En efecto, los proyectos sucesivos de setiembre (arts. 44 a 56) y octubre (arts. 95 a 104) de 1984, así como los de 1985 (arts. 99 a 108), 1986 (arts. 98 a 107), 1989 (arts. 94 a 105), 1990 (arts. 95 a 103) y enero de 1991 (arts. 92 a 101), mantuvieron una estructura y contenidos sobre la reparación civil muy similares a los que existían en el Código Maúrtua. 3169

Sin embargo, cabe destacar que el legislador incluyó en algunos de estos proyectos reglas para mejorar la determinación del contenido de la reparación civil. Así, por ejemplo, en el texto de setiembre de 1984, el art. 47 precisaba que “el resarcimiento del daño y la indemnización del perjuicio se fijará teniendo en cuenta los siguientes criterios considerados conjuntamente: 1) La naturaleza del bien lesionado o puesto en peligro; 2) La situación económica del agraviado o de sus herederos; 3) La situación económica del autor o cómplice del delito”. Y siguiendo el CP tipo para Latinoamérica, concretamente su art. 96, se incorporaron disposiciones que regulaban la autonomía de la obligación de reparar frente a las causales de extinción de la acción penal y de la pena, tal como ocurrió en el proyecto de 1985, cuyo art. 107 establecía en su párrafo final que “las causas de extinción de la ac- 3170

ción penal y de la pena no se extienden a las obligaciones civiles derivadas del hecho punible”.

2. Reparación civil en el Código Penal de 1991

a. Marco legal

- 3171 La reparación civil está regulada en el Título VI del Libro Primero, más precisamente en el Capítulo I (arts. 92 a 101). A pesar de la falta de relación en cuanto al fin o a la función, junto a ella han sido previstas las consecuencias accesorias. En el art. 101, se prevé con claridad que la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil; es decir por los arts. 1969 a 1988 y 2001, referentes a la responsabilidad extracontractual.

b. Alcances de la reparación civil

- 3172 El art. 93, de contenido similar al art. 66 del CP de 1924, indica que la reparación civil comprende la restitución del bien y la indemnización de los daños y perjuicios. De esta manera, se conservan los dos componentes que tradicionalmente le ha asignado nuestra legislación.
- 3173 Se entiende por restitución la acción de retornar el bien afectado a su condición anterior al delito. Esto implica que la “restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros” (art. 94). Por consiguiente es acertado afirmar que “la vía más sencilla para afrontar la responsabilidad civil dimanante del delito o falta es la de restablecer la situación al momento anterior a la comisión delictiva. Es decir, si el delito ha supuesto privar o desposeer a otro de una cosa, nada más lógico que devolverle la misma”³⁰⁸.
- 3174 Se trata pues de la denominada reparación en especie o *in natura*. Así, se busca desvanecer el daño a través del restablecimiento del estado original del bien. Si bien esta opción reparadora es la ideal, presenta, en ciertos casos, dificultades importantes que pueden hacerle perder su sentido de equidad. Esto ocurre, por ejemplo, cuando “el bien dañado es usado y no se puede devolver el mismo bien, por lo que la devolución de uno nuevo supondría un enriquecimiento de parte de la víctima, o cuando el costo de la reposición del bien resultara demasiado oneroso para el responsable, etc. Frente a estas situaciones es preferible la indemnización pecuniaria”³⁰⁹.

³⁰⁸ MORILLAS CUEVA, 1991, p. 170.

³⁰⁹ GÁLVEZ VILLEGAS, 1999, p. 219.

La indemnización es el pago de una cantidad de dinero en compensación 3175 por el daño y los perjuicios ocasionados con el delito a la víctima o a su familia. En la indemnización se aprecian los efectos del daño emergente y del lucro cesante³¹⁰. De esta manera, se crea una situación diferente aunque equivalente en lo económico a la que fue afectada con la conducta dañosa. Mediante esta indemnización pecuniaria, se busca compensar la diferencia que el hecho dañoso crea entre el patrimonio actual del perjudicado y el que existiría si el hecho dañoso no se hubiera cometido³¹¹.

Ambos contenidos de la reparación civil son complementarios y no alter- 3176 nativos. Sin embargo, salvo en el caso de daños contra la vida (homicidio) o contra la integridad física (lesiones), la restitución predomina sobre la indemnización. Esta prelación ya era destacada por Soler, quien afirmó que “la restitución es preferente a la indemnización y, en consecuencia, se substituye por indemnización de daños solamente cuando aquélla no es posible”³¹². En el ámbito de ciertas infracciones penales, como los delitos patrimoniales que tienen por objeto de acción bienes muebles (hurto, apropiaciones ilícitas) o inmuebles (usurpación), “el agente del daño, ilícitamente entra en posesión de un bien, privando a su titular de la propiedad, posesión, tenencia o del ejercicio de cualquier otro derecho real; por lo que resulta racional y equitativo que, como primera acción para lograr el equilibrio, quebrado por el acto dañoso y delictivo, se proceda a la restitución del bien que en forma ilícita se encontrara en poder del agente del delito. Pues, la restitución en estos casos configuraría la manera más adecuada de buscar la reparación del daño, dejando a salvo sin embargo, la posibilidad de realizar la valorización del daño adicional que la acción delictiva hubiera causado con la privación del bien a su titular”³¹³.

Cuando el bien objeto del delito se encuentre en poder de terceros ajenos 3177 a su realización u origen, el art. 94 prevé que éstos pueden demandar una compensación de su valor a quienes se los suministraron o transfirieron. Sólo si el bien afectado resulta insustituible, el juez puede imponer el pago de su valor. Siendo así, cabe entender, entonces, que la restitución se llevará a cabo siempre mediante la coacción directa del juez para que se restituya la cosa, por tanto es inaceptable la propuesta del condenado de pagar el precio de la misma o la indemnización correspondiente³¹⁴.

³¹⁰ BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 316 ss.

³¹¹ GÁLVEZ VILLEGAS, 1999, p. 221.

³¹² SOLER, 1956, p. 531.

³¹³ GÁLVEZ VILLEGAS, 1999, p. 178 ss.

³¹⁴ PEÑA CABRERA, 1987, p. 465.

- 3178 Según la doctrina mayoritaria, la indemnización económica tiene un rol subsidiario y de complemento frente a la restitución. Pero hay que reconocer que la indemnización tiene un alcance más amplio que la restitución³¹⁵, debido a que su capacidad reparadora comprende no sólo los daños sobre bienes materiales, sino también los daños inmateriales o morales.
- 3179 La valoración de la indemnización debe hacerse mediante una evaluación ponderada de la naturaleza del daño y de los perjuicios que éste ha generado a la víctima³¹⁶. Sobre el particular, es importante recordar que el art. 1985 del CC, dispone que la “indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.
- 3180 Los jueces no han logrado determinar y aplicar de manera equilibrada y equitativa las indemnizaciones pecuniarias. Son muy escasas las ejecutorias supremas que contienen, en línea de precedente, directivas orientadoras en este dominio. En una decisión del 17 de agosto de 1943, se señalaba, por ejemplo, que “para fijar la reparación civil debe tenerse en consideración la situación en que queda la familia del agraviado, si éste falleció a consecuencia del delito”³¹⁷. Y en la ejecutoria del 28 de enero de 1943, se afirma que “la reparación civil por delito de lesiones, debe pagarse sin deducir lo invertido por el autor en la curación del agraviado”³¹⁸.
- 3181 Estimamos que para superar esta situación, debe recurrirse a uno de los criterios empleados para fundamentar la pena y, a nuestro entender, toda consecuencia jurídica del delito, el mismo que se refiere a “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen” (art. 45, inc. 3). Por consiguiente, los criterios expuestos en las ejecutorias citadas no sólo resultan pertinentes para la solución del caso concreto al cual aluden, sino que sobre ellos debe edificarse una nueva dinámica valorativa del daño y de su indemnización reparadora.

³¹⁵ CASTILLO ALVA, 2001, p. 140.

³¹⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, 1999, p. 225 ss.

³¹⁷ Publicada en RT, 1944, p. 25 ss.

³¹⁸ Publicada en RT, 1944, p. 63.

La indemnización es el pago de una cantidad de dinero en compensación 3175 por el daño y los perjuicios ocasionados con el delito a la víctima o a su familia. En la indemnización se aprecian los efectos del daño emergente y del lucro cesante³¹⁰. De esta manera, se crea una situación diferente aunque equivalente en lo económico a la que fue afectada con la conducta dañosa. Mediante esta indemnización pecuniaria, se busca compensar la diferencia que el hecho dañoso crea entre el patrimonio actual del perjudicado y el que existiría si el hecho dañoso no se hubiera cometido³¹¹.

Ambos contenidos de la reparación civil son complementarios y no alter- 3176 nativos. Sin embargo, salvo en el caso de daños contra la vida (homicidio) o contra la integridad física (lesiones), la restitución predomina sobre la indemnización. Esta prelación ya era destacada por Soler, quien afirmó que “la restitución es preferente a la indemnización y, en consecuencia, se substituye por indemnización de daños solamente cuando aquélla no es posible”³¹². En el ámbito de ciertas infracciones penales, como los delitos patrimoniales que tienen por objeto de acción bienes muebles (hurto, apropiaciones ilícitas) o inmuebles (usurpación), “el agente del daño, ilícitamente entra en posesión de un bien, privando a su titular de la propiedad, posesión, tenencia o del ejercicio de cualquier otro derecho real; por lo que resulta racional y equitativo que, como primera acción para lograr el equilibrio, quebrado por el acto dañoso y delictivo, se proceda a la restitución del bien que en forma ilícita se encontrara en poder del agente del delito. Pues, la restitución en estos casos configuraría la manera más adecuada de buscar la reparación del daño, dejando a salvo sin embargo, la posibilidad de realizar la valorización del daño adicional que la acción delictiva hubiera causado con la privación del bien a su titular”³¹³.

Cuando el bien objeto del delito se encuentre en poder de terceros ajenos 3177 a su realización u origen, el art. 94 prevé que éstos pueden demandar una compensación de su valor a quienes se los suministraron o transfirieron. Sólo si el bien afectado resulta insustituible, el juez puede imponer el pago de su valor. Siendo así, cabe entender, entonces, que la restitución se llevará a cabo siempre mediante la coacción directa del juez para que se restituya la cosa, por tanto es inaceptable la propuesta del condenado de pagar el precio de la misma o la indemnización correspondiente³¹⁴.

³¹⁰ BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 316 ss.

³¹¹ GÁLVEZ VILLEGAS, 1999, p. 221.

³¹² SOLER, 1956, p. 531.

³¹³ GÁLVEZ VILLEGAS, 1999, p. 178 ss.

³¹⁴ PEÑA CABRERA, 1987, p. 465.

- 3178 Según la doctrina mayoritaria, la indemnización económica tiene un rol subsidiario y de complemento frente a la restitución. Pero hay que reconocer que la indemnización tiene un alcance más amplio que la restitución³¹⁵, debido a que su capacidad reparadora comprende no sólo los daños sobre bienes materiales, sino también los daños inmateriales o morales.
- 3179 La valoración de la indemnización debe hacerse mediante una evaluación ponderada de la naturaleza del daño y de los perjuicios que éste ha generado a la víctima³¹⁶. Sobre el particular, es importante recordar que el art. 1985 del CC, dispone que la “indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.
- 3180 Los jueces no han logrado determinar y aplicar de manera equilibrada y equitativa las indemnizaciones pecuniarias. Son muy escasas las ejecutorias supremas que contienen, en línea de precedente, directivas orientadoras en este dominio. En una decisión del 17 de agosto de 1943, se señalaba, por ejemplo, que “para fijar la reparación civil debe tenerse en consideración la situación en que queda la familia del agraviado, si éste falleció a consecuencia del delito”³¹⁷. Y en la ejecutoria del 28 de enero de 1943, se afirma que “la reparación civil por delito de lesiones, debe pagarse sin deducir lo invertido por el autor en la curación del agraviado”³¹⁸.
- 3181 Estimamos que para superar esta situación, debe recurrirse a uno de los criterios empleados para fundamentar la pena y, a nuestro entender, toda consecuencia jurídica del delito, el mismo que se refiere a “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen” (art. 45, inc. 3). Por consiguiente, los criterios expuestos en las ejecutorias citadas no sólo resultan pertinentes para la solución del caso concreto al cual aluden, sino que sobre ellos debe edificarse una nueva dinámica valorativa del daño y de su indemnización reparadora.

³¹⁵ CASTILLO ALVA, 2001, p. 140.

³¹⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, 1999, p. 225 ss.

³¹⁷ Publicada en RT, 1944, p. 25 ss.

³¹⁸ Publicada en RT, 1944, p. 63.

c. *Determinación de la reparación civil*

El Código carece de reglas específicas sobre los criterios de determinación 3182 de los aspectos cualitativos y cuantitativos de la reparación civil. Falta entonces una regla como el art. 69 del CP de 1924 y en la cual se establecía que “la reparación se hará valorando, la entidad del daño, por medio de peritos si fuere practicable, o por el prudente arbitrio del juez”. Es lamentable también que el legislador haya renunciado a mantener en el código vigente una disposición similar a la que propuso el art. 47 del proyecto de setiembre de 1984.

La reparación civil debe determinarse, en primer lugar, mediante una valo- 3183 ración objetiva del daño, es decir del perjuicio material y/o moral ocasionado a la víctima. No procede subordinar o mediatizar estas consideraciones a otros factores (p. ej., la capacidad económica del autor del delito) o la concurrencia de circunstancias atenuantes específicas (p. ej., la confesión sincera mencionada en el art. 136 *in fine* del CdePP y en el art. 161 del NCPP). Ese mismo criterio debe primar en el juzgador al momento de definir y cuantificar los alcances de la reparación civil, especialmente ante la presencia de daños graves como la pérdida de la vida, el sufrimiento de lesiones físicas o psíquicas o atentados contra la libertad sexual; incluso en los casos en que la valoración judicial debe proyectarse hacia condiciones de contenido ético-social, por ejemplo al decidir el resarcimiento en delitos contra la intimidad o contra el honor de las personas.

También debe tenerse en cuenta, en coherencia con la objetividad del juicio 3184 de reparación, el grado de realización del injusto penal. Esto implica que la reparación civil tiene que ser menor en una tentativa que en un delito consumado; en un delito de lesión que en uno de peligro. No compartimos, pues, la posición doctrinaria y jurisprudencial que estima que al no producirse un daño material en la tentativa o en los delitos de peligro, el perjudicado no tiene derecho a la reparación³¹⁹. En la jurisprudencia nacional³²⁰ se ha afirmado respecto a los delitos de peligro, por ejemplo, “no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual. Esta delictiva alteración

³¹⁹ MORILLAS CUEVA, 1991, p. 143.

³²⁰ AP N° 6-2006/CJ-116, FJ. 10.

o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión”.

d. Reglas especiales

- 3185 El marco legal de la reparación civil comprende también reglas especiales que están destinadas a garantizar su efectividad. Estas disposiciones son las siguientes:

d.1.Reparación civil solidaria

- 3186 Así lo establece el art. 95, el cual supone que si son dos o más las personas responsables del daño causado a la víctima, el pago total de la obligación podrá exigirse a cualquiera de ellas³²¹. Esta regla coincide con lo dispuesto en el art. 1983 del CC. Según esta norma, en caso de pluralidad de responsables del daño, éstos “responderán solidariamente. Empero, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.
- 3187 La solidaridad del pago de la reparación civil concierne tanto a los coautores del delito, como también a los partícipes sean cómplices o instigadores. Sin embargo, lo esencial, no es la participación en el delito sino en la causación del daño³²². Al respecto, el art. 1978 del CC presupone esta relación al precisar que “también es responsable del daño aquél que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias”.
- 3188 Es así mismo responsable solidario el tercero civilmente responsable. Se trata de quien, sin haber participado en la comisión del delito, responde civilmente por el daño causado. Esta responsabilidad debe cumplir dos requisitos: a) que el responsable directo o principal se encuentre en una relación de dependencia; lo cual quiere decir que el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido -aunque sea potencialmente- a la dirección y posible intervención del tercero; y, b) que el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios. Sobre la relación de depen-

³²¹ PEÑA CABRERA, 1987, p. 468 ss.

³²² CASTILLO ALVA, 2001, p. 156.

dencia, la doctrina ha sostenido que “ésta puede ser onerosa o gratuita, duradera o permanente o puramente circunstancial y esporádica de su principal o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuentan, como se ha precisado, con beneplácito, anuencia o aquiescencia del tercero civil obligado”³²³.

En este sentido, el art. 1981 del CC declara también la responsabilidad solidaria de aquél que tiene a otro bajo sus órdenes “por el daño que este último cause, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”.

En la medida en que un tercero sea considerado responsable de las consecuencias perjudiciales, debe ser formalmente comprendido en el proceso para que ejerza su derecho de defensa y, de esta manera, evitar un vicio de nulidad insubsanable en el proceso.

d.2. Transmisión por herencia de la reparación civil

A diferencia de la pena, que se extingue por la muerte del condenado, la reparación civil se transmite a la sucesión del obligado o del acreedor del monto indemnizatorio. El art. 96, sin embargo, limita esta transmisión “hasta donde alcancen los bienes de la herencia”. Esto tiene su fundamento en el art. 1218 del CC, que establece que “la obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario”.

En base al art. 71 del CP de 1924, se sostuvo, entre nosotros, la transmisión hereditaria de la reparación civil no alcanzaba al tercero civilmente responsable³²⁴. Esto es, actualmente inadmisibles porque el Código no diferencia entre sujetos obligados. En su art. 96, se refiere de modo genérico a los “herederos del responsable” y no al “ofensor” como ocurría en el Código de 1924.

La obligación debe haber sido fijada en una sentencia anterior al fallecimiento del imputado. Por tanto, si el procesado fallece antes de dicha resolución judicial no cabe demandar a sus herederos el pago de la reparación civil que se establezca para otros agentes del delito en forma solidaria. Al respecto, la jurisprudencia nacional ha mantenido, de manera constante,

³²³ SAN MARTÍN CASTRO, 1999, p. 209.

³²⁴ PEÑA CABRERA, 1987, p. 469 ss.

una posición coherente y que fue inicialmente expresada por la ES del 6 de mayo de 1939. Según esta resolución: “la disposición del art. 71, que establece que la obligación de la reparación civil pasa a los herederos del ofensor, no puede entenderse sino en el sentido de que este fallezca después de condenado y con la obligación preexistente de esa responsabilidad, por lo que si uno de los acusados fallece en el curso de la instrucción no se puede condenar a sus herederos al pago de la reparación civil”³²⁵.

d.3. Nulidad de los actos de disposición patrimonial que afectan la reparación civil

- 3194 El art. 97 contiene una importante garantía para la efectividad de la reparación civil y que también fue prevista en el art. 74 del CP de 1924. Consiste en considerar nulos todos los negocios jurídicos que, con posterioridad a la producción del daño, realice el sujeto obligado y que están dirigidos a disminuir su capacidad de responder civilmente. En ese sentido, se ha destacado que la disposición que comentamos “está encaminada a evitar los fraudes, sustracciones o simulaciones patrimoniales de los imputados, con la finalidad de evitar el cumplimiento de la reparación civil”³²⁶.
- 3195 Esta nulidad comprende incluso el crédito de terceros, salvo que éstos hayan obrado de buena fe. En la ES del 28 de abril de 1947, ya se afirmó que la “reparación civil mandada pagar por sentencia ejecutoriada, tiene carácter privilegiado, conforme a los arts. 65 y 74, sin que sea pertinente promover tercería fundada en obligaciones posteriores a la comisión del hecho delictivo”³²⁷.
- 3196 Para reforzar la garantía establecida en el art. 97, se ha declarado que es punible “el responsable civil por un hecho delictivo que, con posterioridad a la realización del mismo y con la finalidad de eludir total o parcialmente el cumplimiento de la reparación civil correspondiente, realiza actos de disposición o contrae obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente” (delito de insolvencia provocada, art. 417-A).

³²⁵ RT, 1939, p. 242.

³²⁶ PEÑA CABRERA, 1987, p. 472.

³²⁷ RJP, 1947, p. 460.

d.4. Capacidad de acción contra terceros no incluidos en la sentencia penal

Mediante el art. 99 se otorga al agraviado, la facultad de iniciar una acción civil contra terceros obligados a resarcir, pero que no fueron considerados en la sentencia emitida en el fuero penal. Es una norma innovadora, pues no se preveía disposición similar en el CP de 1924. Ese derecho de acción implica el ejercicio de una litis complementaria en la vía procesal correspondiente. Es de estimar, sin embargo, que la demanda contra el tercero deberá partir de las constataciones procesales que se hayan verificado en el proceso penal y que lo vinculen con las consecuencias civiles del delito. De modo que esta disposición está también referida al tercero civilmente responsable³²⁸.

d.5. Retención para asegurar el pago de la reparación civil

La regla establecida en el art. 98, tampoco prevista en el Código Maúrtua, busca asegurar el pago de la reparación civil, afectando directamente, los ingresos ordinarios que obtiene el sujeto responsable con su remuneración laboral. Cabe recordar que medidas de esta naturaleza se aplican también en otros casos, como en el pago de la pena de multa (art. 44). Sin embargo, el artículo citado limita la posibilidad de la retención hasta un tercio de la remuneración del obligado; de manera que la reparación civil puede ser cubierta de modo fraccionado, lo que hace compatible el derecho a la reparación del agraviado con las necesidades básicas del obligado y de su familia.

Finalmente, señalemos que la utilización de esta medida es subsidiaria y está condicionada a que el sujeto obligado carezca de bienes realizables, lo cual, sin embargo, no equivale, necesariamente, a una situación de insolvencia absoluta o relativa como parece entender un sector de nuestra doctrina³²⁹.

d.6. Obligación de resarcimiento existe en tanto subsista la acción penal

En el art. 100, se establece una excepción a las reglas sobre prescripción de las acciones civiles de naturaleza extracontractual. La cual concuerda con lo estatuido en el párrafo *ab initio* del art. 2001, inc. 4, del CC. En esta

³²⁸ BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 318.

³²⁹ BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 319.

disposición se establece que “prescriben, salvo disposición diversa de la ley (...). A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo”³³⁰.

- 3201 Lo dispuesto por el art. 100 –con el fin de preservar el derecho de acción indemnizatoria del afectado por el delito– no debe ser desnaturalizado mediante la declaración de formas de extinción de la acción penal que respondan a dudosas razones de “política criminal”. Pensamos, por ejemplo, en normas coyunturales como la derogada Ley N° 26832, del 03 de julio de 1997, que introdujo una modalidad de sobreseimiento en el art. 51 (sobre concurso real retrospectivo). Esta disposición autorizaba extinguir la acción penal cuando el delito, posteriormente descubierto, tuviera una pena conminada menor que la pena impuesta por el delito materia de un primer juzgamiento. Por tanto, no cabe inferir de la categórica aseveración que se hace de que “si se considera que la acción civil sólo puede funcionar con correlación con la acción penal, es natural que si esta última deja de producir efectos jurídicos por cualquier causa legal, aquella, como consecuencia tenga que extinguirse, salvo los casos en que por expresa disposición legal subsiste la obligación de la reparación civil”³³¹.
- 3202 Teniendo en cuenta lo expuesto, quizás hubiera sido mejor prever en el Código la regla propuesta en el art. 56 del proyecto del CP de setiembre de 1984, en cuyo párrafo final se disponía que “las causas de extinción de la acción penal y de la pena no se extienden a las obligaciones civiles del delito”. Esta disposición figuró en los proyectos de octubre de 1984 (art. 104), 1985 (art. 107), 1986 (art. 105), 1989 (art. 102) y de 1990 (art. 102); pero, sin mayor explicación, no fue incluida en el proyecto definitivo de abril de 1991 (arts. 92 a 101).

e. Reparación civil y eximentes de responsabilidad penal

- 3203 El art. 20 define diferentes supuestos de atipicidad, justificación e inculpa-
bilidad. Así mismo, en la parte especial del Código, se han regulando diver-

³³⁰ Para Roy Freyre el art. 100 ha modificado esta disposición civil, Cfr. ROY FREYRE, 1998, p. 32. De otro lado, Castillo Alva sostiene que dicha norma mantiene su efectividad extintiva sólo en tanto el perjudicado haga valer su pretensión resarcitoria en la jurisdicción civil y renuncie a la penal, Cfr. CASTILLO ALVA, 2001, p. 162 ss.

³³¹ BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 319.

sas causales de exclusión de pena o excusas absolutorias. Sus efectos se dan, esencialmente, sobre la configuración del delito (injusto culpable) o sobre la consecuencia punitiva (pena, medida de seguridad o consecuencia accesorio), pero no siempre afectan la obligación de resarcir el daño. Efectivamente, en la medida que la conducta del agente sea típica y antijurídica la obligación de reparar civilmente existe, aún cuando el imputado no haya obrado culpablemente (p. ej., por falta de capacidad penal, error de prohibición insuperable). Por el contrario, no cabe responsabilidad civil si los hechos son atípicos o si el agente obró bajo el amparo de una causa de justificación³³².

Si por razones de utilidad social, la pena deviene en innecesaria la reparación civil subsiste. Así, lo establece expresamente el art. 208. Lo mismo debe admitirse respecto al art. 406 que se refiere a los delitos de encubrimiento real y personal. Desafortunadamente, en la praxis judicial todos estos criterios no son aplicados por los órganos jurisdiccionales. En ese sentido, frecuentemente se omite aplicar la reparación civil pese a que de lo actuado en el proceso penal ha quedado acreditado un injusto del que es autor el imputado, aun cuando no sea culpable o no sea necesario imponerle una pena. Lo grave de esto es que el Ministerio Público que por mandato legal debe perseguir el pago de la reparación civil suele convalidar o allanarse a esta errada decisión judicial. 3204

3. Anteproyecto de CP de 2009

El Anteproyecto de CP de 2009 pone en evidencia que sus autores dieron prioridad a la regulación de la reparación civil y voluntad para actualizar sus contenidos y funciones. 3205

Un primer aporte es el de independizar las reglas sobre la reparación civil de aquellas destinadas al decomiso y a las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas (reunidas en un solo título en el código vigente). De esta manera se busca superar graves confusiones y errores prácticos de los jueces “como cuando se afectan bienes y ganancias del delito con fines de pago de la reparación civil, o cuando se traba embargo (y no incautación) sobre los efectos y ganancias del delito, o cuando se asume que la reparación civil o el decomiso tienen carácter de consecuencias penales del delito”³³³. 3206

³³² BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 102; MORILLAS CUEVA, 1991, p. 149 ss.

³³³ GÁLVEZ VILLEGAS, 2009, p. 108.

- 3207 En cuanto a las normas específicas, por ejemplo, en el art. 101, referente al accionar civilmente contra terceros no comprendidos en la sentencia u otra resolución definitiva, se prevé que se puedan demandar a los mismos agentes del delito cuando tampoco hubiesen sido comprendidos por el fallo condenatorio por diferentes razones (exclusión de responsabilidad penal). En el art. 98, se incluye como responsables civiles directos a los aseguradores y se precisa que “en caso de que el monto asegurado no alcance para cubrir el íntegro de la reparación civil fijada por el Juez, el saldo será cubierto solidariamente por el agente del delito o el tercero civil, de ser el caso”.
- 3208 Lamentablemente, el anteproyecto ha omitido reglas orientadoras sobre la determinación judicial de la reparación civil. Una disposición con tales contenidos hubiera sido de mucha ayuda para optimizar el quehacer jurisdiccional en este ámbito.

V. Reparación civil y jurisprudencia

- 3209 En lo referente a la reparación civil, las resoluciones judiciales muestran muchas deficiencias. Al parecer, los jueces penales carecen todavía de una adecuada aptitud técnica para fijar, con razonable acierto y equidad, las restituciones e indemnizaciones que corresponden a los agraviados por la comisión de un hecho punible. Así, nuestra jurisprudencia es incoherente en la medida en que en algunos casos ampara el resarcimiento en determinadas condiciones y magnitud y, en otros casos similares, se determina la magnitud del daño de manera totalmente distinta sin dar razón o motivación alguna. Así mismo, los montos que establece a título de reparación civil son exiguos y no corresponden a la real magnitud del daño causado y probado en el proceso. Al respecto, “no se exponen los criterios seguidos para determinar el hecho dañoso, el daño, la relación de causalidad entre ambos, el factor de atribución de responsabilidad y el resarcimiento. De modo que puede pensarse que los jueces siguen pensando conforme a los criterios esgrimidos en el derogado CP de 1924”³³⁴.
- 3210 Tal vez como se expuso anteriormente, un factor que limita de modo relevante la determinación adecuada de la reparación civil sea, justamente, la ausencia de normas que orienten al juez en dicha tarea. Como se recordará, el CP de 1924, aunque de modo limitado, contenía en su art. 69 algunas pautas generales para decidir sobre la magnitud de la reparación civil, pero

³³⁴ GÁLVEZ VILLEGAS, 2005, p. 352.

que no fueron reproducidas por el código vigente. En efecto, en dicho dispositivo se precisaba que “La reparación civil se hará, valorando la entidad del daño, por medio de peritos si fuese practicable, o por el prudente arbitrio del juez”.

Por consiguiente, ante la falta de disposiciones legales los jueces no tienen otra posibilidad que recurrir a su “prudente arbitrio”. Sin embargo, en el ejercicio de este criterio se han ido mezclando algunos factores ajenos al daño emergente o al lucro cesante, como la situación económica del condenado, lo que ha distorsionado, en gran medida, la evaluación cualitativa y cuantitativa que corresponde hacer sobre la reparación civil en términos de responsabilidad extracontractual. 3211

Además, es importante advertir que las reglas del art. 46 están orientadas a la determinación de la pena y no a las consecuencias civiles de un delito que exigen por su propia naturaleza una valoración predominantemente objetiva³³⁵. 3212

Por lo tanto, es de considerar, de *lege ferenda*, que una reforma del Código deberá incluir reglas similares a las que contuvo el art. 115 del CP español de 1995 o en los arts. 45 a 47 del CP nicaragüense. En el artículo español, se disponía que “Los jueces y tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamentan la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su indemnización”. 3213

Del análisis de la jurisprudencia sobre reparación civil se constatan fundamentalmente dos tipos de problemas. En primer lugar, es frecuente que se establezca un monto de reparación civil que resulta desproporcionado en relación con la naturaleza y las características del daño ocasionado con el delito. En segundo lugar, se aprecia también de modo reiterado que los jueces recurren a fórmulas generales y omiten señalar las razones específicas que justifican el monto de la reparación civil³³⁶. 3214

Por ejemplo, en la ES del 21 de abril de 1998, Exp. N° 3897-97 Lima y la ES del 1 de setiembre de 1997, Exp. N° 6363-96 La Libertad, se pone de relieve la ausencia de criterios de valoración uniformes para decidir los alcances de la indemnización aplicable. La primera resolución cuestiona expresamente que: “la reparación civil fijada por la Sala Penal Superior a favor del 3215

³³⁵ Diferente, al respecto BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995, p. 304 ss.

³³⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, 2005, p. 352 ss.

Estado no guarda proporción con la magnitud de los daños irrogados, por lo que resulta pertinente aumentarla en forma prudencial". El nuevo monto establecido en esta misma sentencia representó un aumento de 150% con relación al monto establecido en la sentencia de primera instancia.

- 3216 En la segunda resolución, la Corte Suprema incluye, como un factor para graduar prudentemente el monto de la reparación civil, la capacidad económica del condenado, criterio que no tiene ninguna relación con la extensión o gravedad del daño producido. En esta ocasión parece que el juzgador decidió compensar el monto inicialmente fijado por la Sala Penal Superior, en atención a la débil situación económica personal de los sentenciados, y así reducir el monto de la reparación civil fijada en un 200%.
- 3217 Con acierto, la Corte Suprema declaró, mediante la ES del 13 de octubre de 1992, Exp. N° 903-92-A Huánuco, que la reparación civil debe expresarse siempre en moneda nacional y no en atención a valores o unidades de referencia como pueden ser las remuneraciones mínimas vitales. Por el contrario, vuelve a afirmar, incorrectamente, que debe tenerse en cuenta la capacidad económica de los obligados.
- 3218 Es interesante destacar, desde una perspectiva psicosocial, que la constante preocupación judicial por las condiciones económicas del agente del delito guarda relación con el objetivo práctico de hacer viable el pago de la reparación civil. Esto es sobre todo evidente en los casos de suspensión de la ejecución de la pena, donde la reparación civil se consigna como regla de conducta. En nuestra praxis judicial este tipo de valoraciones y actitudes afecta la aplicación adecuada de las normas sobre reparación civil.
- 3219 La ES del 7 de junio de 2005, Exp. N° 948- 2005 Junín, es muy atinada en la medida en que descarta todo efecto de la confesión sincera sobre el monto de la reparación civil. Se afirma "que la confesión sincera del encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil -que no es una pena-, en tanto que está reservada, de ser el caso, para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal, que la naturaleza de la acción civil ex delicto es distinta pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan".
- 3220 En cuanto los acuerdos plenarios de la Corte Suprema, se constata que no existen a pesar de la importancia práctica de los problemas presentados. La

excepción es el acuerdo en el que se afirma posibilidad legal de aplicar el resarcimiento en delitos de peligro³³⁷. En una ES de eficacia vinculante (del 14 de abril de 2005, RN N° 216-2005 Huánuco) se aborda aspectos relacionados con la reparación civil y se afirma la condición integral de la reparación civil que se establece en una primera sentencia contra varios procesados que son juzgados por el mismo delito pero en juzgamientos sucesivos³³⁸.

³³⁷ AP N° 6-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006.

³³⁸ ES de la Sala Penal Permanente del 14 de abril de 2005, RN N° 216-2005 Huánuco.

§ 29 Consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

I. Introducción. 1. Denominación. 2. Marco legal vigente. 3. Fuente legal. II. Consecuencias accesorias en el art. 105 del Código Penal de 1991. 1. Concepto. 2. Índole jurídica. 3. Antecedentes nacionales. 4. Clases. 5. Reglas de aplicación. a. Comisión de un delito. b. Utilización de la persona jurídica en realización, favorecimiento o encubrimiento del delito. c. Condena del autor del delito. d. Protección de los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica. 6. Anteproyecto de CP de 2009. III. Pérdida de ganancias y privación de beneficios de la persona jurídica. IV. Decomiso o pérdida de los efectos e instrumentos del delito. V. Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas. VI. La persona jurídica en el NCPP. 1. Fuente legal. 2. Derechos y garantías procesales reconocidos a favor de la persona jurídica. 3. Emplazamiento procesal de la persona jurídica. 4. Oportunidad y trámite de la incorporación formal de la persona jurídica al proceso. 5. Representación procesal de la persona jurídica. 6. Derechos y garantías procesales de la persona jurídica. 7. Consecuencias accesorias como medidas cautelares. VII. Jurisprudencia penal vinculante.

I. Introducción

En el art. 105, se prevén las “consecuencias accesorias” aplicables a las perso- 3221
nas jurídicas implicadas en hechos punibles³³⁹. En la práctica, han sido muy
poco aplicadas por la judicatura, lo cual ha motivado un cuestionamiento a
su utilidad. Pocos han sido los casos en los que los jueces han tenido oportu-
nidad de aplicar esta disposición³⁴⁰. Pese a ello, se han tipificado consecuen-
cias accesorias complementarias en diversas leyes penales, por ejemplo, la ley
de delitos aduaneros (art. 11) y la ley penal tributaria (art. 17)³⁴¹.

1. Denominación

La denominación “consecuencias accesorias” fue utilizada por primera vez 3222
en los proyectos españoles de 1980 y 1983, los cuales sirvieron de fuente al
legislador peruano. Esta denominación es también utilizada en el CP ale-
mán (§ 45, 45-A y § 45-B), pero con referencia a varias medidas que son
análogas a la inhabilitación.

Comentando estas disposiciones Jescheck las calificó como consecuencias 3223
“no punitivas que se adicionan en una sentencia condenatoria” y que, en la
mayoría de casos, sólo tienen eficacia al culminar la ejecución de la pena
o de una medida de seguridad privativa de libertad. Sostiene este autor
que se trataría de “sanciones de naturaleza peculiar que, en virtud de la
ley o por decisión judicial, se unen o pueden unirse a una condena penal.
También se califica como consecuencia accesoria la publicación de la sen-
tencia condenatoria”³⁴².

³³⁹ GARCÍA CAVERO, 2006, p. 107.

³⁴⁰ PRADO, 2000, p.188.

³⁴¹ DLeg N° 813 y Ley N° 28008.

³⁴² JESCHECK/WEIGEND, 1981, p. 1094.

2. Marco legal vigente

- 3224 En el Código, las consecuencias accesorias están reguladas en el Título VI del Libro Primero o Parte General, junto con la reparación civil. Esta ubicación es poco sistemática y coherente, debido a la incompatibilidad entre estas instituciones. En efecto, el objetivo sancionador de las consecuencias accesorias contrasta con el carácter reparador de la reparación civil. Hubiera sido mejor regularlas en un título autónomo, que seguiría al título referente a las medidas de seguridad, conforme se hizo en el CP español de 1995³⁴³.
- 3225 Sólo en cuatro artículos del Código, se estatúan las características y los alcances de las consecuencias accesorias. Éstas fueron de índole diversa y no tenían una función político criminal común. Así, mientras en los arts. 102 y 103, se regulaba el *comiso de los efectos e instrumentos del delito*, en los arts. 104 y 105, se regulaban las consecuencias jurídicas que pueden recaer sobre una *persona jurídica* que se vincula o beneficia con la comisión de un delito.
- 3226 Estas dos disposiciones tampoco tienen los mismos efectos y finalidad. El art. 104 estatuye una especie de responsabilidad civil subsidiaria que deberá afrontar la persona jurídica ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes. En el art. 105, en cambio, se fija un amplio catálogo de sanciones que se aplicarán dichos entes colectivos³⁴⁴.

3. Fuente legal

- 3227 Las consecuencias accesorias fueron previstas, por primera vez, en el Proyecto de setiembre de 1989³⁴⁵, bajo la influencia del Anteproyecto de CP español de 1983³⁴⁶. Fueron mantenidas en el texto definitivo del actual Código, vigente antes del CP español de 1995. Así, el Perú fue el primer país en adoptarlas formalmente en su legislación.

II. Consecuencias accesorias en el art. 105 del Código Penal

- 3228 Realizando una comparación entre el art. 105, modificado por el DLeg N° 982, del 22 de julio de 2007, y el texto original del art. 129 del CP español³⁴⁷,

³⁴³ Títulos V y VI del Libro Primero.

³⁴⁴ Arts. 127 a 129 del CP español de 1995.

³⁴⁵ Arts. 103 a 105.

³⁴⁶ Arts. 136 a 138.

³⁴⁷ "1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los

se puede constatar que la disposición española tenía mayor coherencia y mejor técnica legislativa que la peruana.

En efecto, el art. 105, de modo inexplicable, plantea la posibilidad de que se apliquen “todas” las consecuencias accesorias previstas a una misma persona jurídica. Es decir, se abre la posibilidad de que, a pesar que ésta sea disuelta, se pueda decretar la suspensión de sus actividades futuras.

El CP español, a diferencia de nuestro Código, regulaba la intervención como una forma especial de consecuencia accesoria y no como un paliativo a los efectos de otras, como lo es la clausura. Además, la ley española establecía, por un lado, un procedimiento para aplicar las consecuencias accesorias, así como su uso con fines cautelares y, por otro, en el párrafo final del art. 129, el objetivo preventivo que se asigna a estas sanciones. Sobre esto último, existe un notable vacío legislativo en nuestro sistema penal.

Sin embargo, cabe señalar que recientemente la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio de 2010, ha incluido en el derecho penal español penas directas y propias para las personas jurídicas (art. 33, inc. 7 del CP español), conservando la operatividad de las consecuencias accesorias del art. 129 con carácter supletorio y para casos especiales.

titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
 - b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
 - c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
 - e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.
2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.
 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

1. Concepto

- 3232 Las consecuencias accesorias del art. 105 son *sanciones penales especiales*, que sólo se aplican a las personas jurídicas que resulten involucradas desde su actividad, administración u organización, con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible³⁴⁸.
- 3233 No son penas accesorias, ya que no están conectadas o supeditadas a una pena principal. Su condición de accesorias se debe a la oportunidad de su aplicación, que depende siempre de que se haya identificado y sancionado penalmente a una persona natural como autora del delito³⁴⁹.
- 3234 El problema de fondo está en el recurso a estas sanciones con la finalidad de no admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al respecto, el legislador español, en el art. 31 bis del CP³⁵⁰, decreta que las personas jurídicas serán penalmente responsables, de un lado, por los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, o en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Siendo también responsable, de otro lado, por los delitos cometidos, en el marco del ejercicio de actividades sociales en provecho de sí mismas³⁵¹.

2. Índole jurídica

- 3235 La doctrina dominante, con toda razón, rechaza que las consecuencias accesorias sean idénticas a las penas o a las medidas de seguridad. Se ha señalado que no son penas porque no guardan proporción ni con la gravedad del delito ni con la culpabilidad del autor. Tampoco podrían ser medidas de seguridad porque no se fundamentan en la peligrosidad del responsable³⁵².
- 3236 Sin embargo, un sector de la doctrina considera que éstas son penas encubiertas. Se afirma que el CP español prevé verdaderas penas para las personas jurídicas³⁵³. El desconcierto que existe entre los autores españoles

³⁴⁸ TIEDEMANN, 2007, p. 92 ss.

³⁴⁹ TIEDEMANN, 1997, p. 125. Como señala este autor: "la organización correcta de la agrupación constituye un criterio clave para la vida y la responsabilidad de la misma".

³⁵⁰ Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del CP.

³⁵¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2003, p. 209 ss.

³⁵² MUÑOZ/GARCÍA, 1996, p. 631.

³⁵³ BUSTOS, 1997, p. 245.

sobre la índole de las consecuencias accesorias es de tal amplitud que puede afirmarse que cada uno tiene una opinión particular. Así, siguiendo a Zugaldía, pueden distinguirse entre quienes:

- Analizan a fondo las consecuencias jurídicas, sin plantearse la cuestión, o niegan que éstas sean penas o medidas de seguridad.
- Afirman que se trata de una tercera modalidad de sanciones penales, híbridas o inclasificables; o, en la perspectiva procesal, las califican de "circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria".
- Distinguen entre la teoría y la práctica para afirmar que, en teoría, las consecuencias accesorias no son ni penas ni medidas de seguridad aunque, en la práctica, su naturaleza de consecuencias accesorias a la pena principal hace que funcionen como penas accesorias.
- Las califican de consecuencias accesorias especiales que, de modo similar a la figura del comiso, privan a la persona física del instrumento peligroso que representa en sus manos la persona jurídica.
- Consideran que son medidas de seguridad en sentido propio o las califican como medidas de seguridad *sui generis*.
- Estiman que son, en realidad, sanciones de carácter administrativo³⁵⁴.

Entre nosotros tampoco se ha logrado un esclarecimiento dogmático suficiente sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias. La recepción irreflexiva de las opiniones de los autores españoles no ha tenido otro efecto que el de repetir la confusión hispana. Así, por ejemplo, se las ha considerado como medidas de seguridad *sui generis*, que tendrían su fundamento no en la peligrosidad del autor (subjética), sino en la peligrosidad de la cosa (objetiva), esto es, la peligrosidad objetiva de la propia persona jurídica puesta de manifiesto por las acciones típicas y antijurídicas realizadas por sus órganos o personas que actúan en su servicio³⁵⁵. Así mismo, se ha considerado que son sanciones administrativas que se aplicarían en un proceso penal por la peligrosidad objetiva que representa la persona jurídica como "cosa"³⁵⁶.

³⁵⁴ ZUGALDÍA, 2006, p. 501.

³⁵⁵ BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, 2006, p. 309.

³⁵⁶ CASTILLO ALVA, 2001, p. 274.

- 3238 También, se las considera como medidas preventivas dirigidas a neutralizar la peligrosidad objetiva de la persona jurídica, en tanto que éstas son potencialmente utilizables para favorecer la comisión de delitos³⁵⁷. Así mismo, se ha sostenido que son penas accesorias³⁵⁸.
- 3239 Por nuestra parte, consideramos que, en el marco general del Código, las consecuencias accesorias no pueden ser consideradas ni penas ni medidas de seguridad porque no se imponen al autor de la infracción. Por esto, con razón, no son mencionadas en el art. 28³⁵⁹. Sin embargo, esto no implica que dichas sanciones no tengan materialmente un carácter penal³⁶⁰, ya que se trata de auténticas sanciones punitivas. Su eficacia preventiva y sus efectos restrictivos de derechos, así como su presupuesto material vinculado a la comisión de un hecho punible, son razones más que suficientes para inferir su índole penal³⁶¹.
- 3240 El denominar a tales sanciones de forma aparentemente inocua como *consecuencias accesorias*, resulta sumamente riesgoso para la seguridad jurídica de personas naturales y colectivas. En efecto, mantener una posición evasiva o dubitativa sobre su carácter punitivo, genera el riesgo de que apliquen sin respetar los controles o límites establecidos para sancionar las personas naturales (legalidad, proporcionalidad, jurisdiccionalidad, etc.). Por tanto, el análisis debería ser replanteado, sobre todo, para evaluar la efectividad represiva o no de las consecuencias accesorias. Si se confirma su carácter represivo, las consecuencias accesorias deben estar subordinadas a todas las garantías penales y procesales que se adecuen a tal condición sancionadora³⁶².

3. Antecedentes nacionales

- 3241 En el derecho penal peruano no es novedosa la aplicación de sanciones similares a las consecuencias accesorias. Por ejemplo, la legislación que ha previsto los delitos de contrabando y los de defraudación de rentas de aduana. En efecto, el art. 9 de la Ley N° 16185, del 28 de junio de 1966, preveía que: “Las personas jurídicas o los comerciantes que en el ejercicio de

³⁵⁷ VILLAVICENCIO, 2006, p. 271.

³⁵⁸ MEINI, 1999, p. 196.

³⁵⁹ MAPELLI/TERRADILLOS, 1996, p. 219; SILVA SÁNCHEZ, 1995, p. 363.

³⁶⁰ HURTADO POZO, 2005, p. 607.

³⁶¹ PRADO, 2000, p. 179.

³⁶² BORJA, 1997, p. 48.

sus actividades, incurran en la comisión de delitos a que se refiere esta ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores directos o indirectos de los delitos, serán sancionados, según los casos, con la cancelación de los registros públicos de la personería jurídica de que gocen y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten”³⁶³.

Sobre esta disposición, se estimaba que contenía únicamente sanciones de 3242 carácter administrativo, señalándose que si bien las personas jurídicas no pueden ser sujetos responsables de acciones u omisiones de carácter penal, sí podían ser objeto de sanciones administrativas³⁶⁴. Sin embargo, según nuestro criterio, el aporte esencial de la citada Ley N° 16185, radicó en admitir la potencialidad delictiva de los entes colectivos. Esto es, que las personas jurídicas podían incurrir en la comisión de delitos; que, a través del procedimiento penal, podía culminar en comprobadas responsabilidades de los ejecutores directos o indirectos y la responsabilidad colectiva de la persona jurídica, con la condena tanto de algún miembro de esta última como de ella misma. La sanción de la cancelación de los registros públicos de la personería jurídica significaba prácticamente su disolución. Sanción de claro corte punitivo, aunque pueda tener un aspecto preventivo³⁶⁵.

Cabe anotar que tan innovador criterio no fue reiterado en la Ley N° 24939, 3243 del 17 de noviembre de 1988, que sustituyó a la Ley N° 16185, referente a los delitos aduaneros³⁶⁶. El art. 9, sólo se dispone que las “personas naturales que, en el ejercicio de sus actividades comerciales, incurran en la comisión de los delitos señalados en esta Ley, serán sancionados con la cancelación, en los Registros Públicos, de la personería jurídica de que gocen y de las licencias y otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten”.

Con posterioridad al precedente mencionado y hasta antes de 1989, no 3244 volvió a prever sanciones para las personas jurídicas comprometidas en la comisión de un delito. Por ejemplo, los primeros proyectos de reforma del CP de 1924 no incluyeron propuestas al respecto. Esta omisión en los

³⁶³ HURTADO POZO, 1996, p. 147 ss.

³⁶⁴ BARLETTI, 1968, p. 106.

³⁶⁵ HURTADO POZO, 1996, p. 148.

³⁶⁶ Lo mismo cabe argumentar respecto a las siguientes leyes penales sobre delitos aduaneros: Ley N° 26461, del 24 de mayo de 1995 (derogada), y Ley de los delitos aduaneros, N° 28008, del 19 de junio de 2003 (vigente).

proyectos de septiembre y octubre de 1984, de agosto de 1985 y de abril de 1986, se explica porque sus fuentes legislativas fueron el CP Tipo para Latinoamérica y el CP colombiano de 1980, que excluían la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

- 3245 Fue en los Proyectos de septiembre de 1989 (art. 105), de julio de 1990 (art. 106) y de enero de 1991 (art. 105) en los que incluyeron, siguiendo el Anteproyecto español de 1983, las mismas consecuencias accesorias que hoy contiene el art. 105 del actual Código. Sobre estas nuevas sanciones, en la Exposición de Motivos se sostuvo que “resaltan por su importancia y novedad, las distintas medidas aplicables a la persona jurídicas cuando el delito fuera perpetrado por personas naturales que actúen en ejercicio de las actividades sociales o utilizando la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales”.

4. Clases

- 3246 En el art. 105, se regulan cuatro clases de consecuencias accesorias, todas ellas de distinta composición y efectividad. A diferencia de lo previsto en el art. 129 del CP español, en el que se regulaba la intervención como consecuencia accesoria, en la disposición peruana sólo se regulan medidas de *control externo*; esto es, consecuencias accesorias que buscan la neutralización o la intimidación individual³⁶⁷.
- 3247 En el art. 105, inc. 1, se prevén las medidas que afectan los ambientes físicos en los que la persona jurídica organiza sus actividades. Se trata, pues, de “la clausura temporal o definitiva de los locales o establecimientos”. Esta clausura es temporal y no puede durar más de cinco años.
- 3248 Para que proceda esta medida, el local o establecimiento debe haber servido a la persona jurídica para cometer, favorecer o encubrir un delito. Debe establecerse la vinculación o relación directa entre el uso de los locales por los entes colectivos y la comisión del delito. Si el ente colectivo tiene varios establecimientos y sólo en uno de ellos se ha acreditado la comisión del delito, la medida sólo puede afectar a dicho local³⁶⁸.
- 3249 En el art. 105, inc. 2, se prevé la disolución, aplicable a cualquier tipo de persona jurídica (“sociedades, asociaciones, fundaciones, cooperativas y comités”). Esta medida equivale a la pena de muerte para el ente colectivo.

³⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 200.

³⁶⁸ CASTILLO ALVA, 2001, p. 310 ss.

Por esto, debe ser reservada sólo para aquellos casos en los que la propia existencia y operatividad de la persona jurídica impliquen por sí mismas una alta probabilidad de que vuelva a involucrarse en delitos.

En este sentido, sería conveniente que la consecuencia accesoria de disolución se aplique, sobre todo, a las llamadas *personas jurídicas de fachada o de papel*. Estas carecen de propósito social lícito y real; por el contrario, detrás de su constitución formal y de su operatividad aparente, se ocultan acciones destinadas a favorecer o encubrir delitos y organizaciones criminales. Toda la organización de la empresa, en particular a nivel de instancias más elevadas y de mandos medios tiene una tendencia colectiva de carácter delictuoso. 3250

El art. 105, inc. 3, regula la suspensión de actividades de la persona jurídica. 3251 Es una medida temporal, parcial o total, y su duración no puede exceder a dos años. Las actividades que se suspendan deben estar en relación directa con la comisión del delito³⁶⁹. Esta figura está prevista también como medida cautelar en los procesos por delitos de contaminación ambiental, conforme se desprende del art. 314.

En el art. 105, inc. 4, se prevé la medida de prohibición de realizar las actividades. Por tanto, mediante ellas se inhabilita a la persona jurídica para continuar realizando dichas actividades en tanto a través de ellas favoreció o encubrió la comisión de un delito. Su duración es no mayor de cinco años. 3252

5. Reglas de aplicación

El Código no prevé reglas sobre la determinación y aplicación de las consecuencias accesorias. Esta deficiencia resultó más compleja debido a que, en su versión original, el art. 105 utilizaba una fórmula lingüística equívoca: “el juez podrá aplicar”. De modo que parecía indicar “un uso judicial facultativo”. 3253

Así, podía comprenderse, por un lado, que se otorgaba al juez un poder discrecional para imponer todas las consecuencias accesorias a la misma persona jurídica. Sin embargo, una interpretación correcta de dicho dispositivo señala que dicha norma dispone que el juez tiene la facultad de decidir el tipo de consecuencia accesoria que habrá de imponer a la persona jurídica³⁷⁰. 3254

³⁶⁹ ESPINOZA, 2005, p. 329.

³⁷⁰ De acuerdo con nuestra posición, MEINI, 1999, p. 206. Por su parte, CASTILLO ALVA, 2001, p. 301, sostiene su carácter “facultativo”.

- 3255 Estas dudas fueron eliminadas por el DLeg N° 982, del 22 de julio de 2007, en el que se dispuso la imposición judicial obligatoria de consecuencias accesorias. Así, conforme la nueva redacción del art. 105: “el juez deberá aplicar”.
- 3256 La aplicación de una consecuencia accesoria deba ser debidamente razonada y fundamentada en la sentencia. Debe corresponder, por tanto, a la constatación y correcta evaluación de la peligrosidad objetiva; es decir, la probabilidad latente de que la persona jurídica siga como marco o medio para la realización de delitos. Al respecto, recordemos que el art. 129, inc. 1, del CP español, exigía expresamente que la elección judicial se haga “*motivadamente*”.
- 3257 En el Anteproyecto de CP de 2004, no se propone ninguna modificación para superar las carencias anotadas. Por consiguiente, es pertinente reiterar, como propuesta de *lege data*, que los operadores judiciales apliquen las consecuencias accesorias a partir de la constatación en el caso concreto de los presupuestos que presentamos en seguida.

a. Comisión de un delito

- 3258 No hay consecuencias accesorias predelictuales. Se trata de cualquier delito, sea doloso o culposo. Las faltas están excluidas, pues la ley se refiere a “hecho punible”, expresión utilizada para designar sólo los delitos. Además, en el art. 440, inc. 2, se establece que en caso de faltas sólo responde el autor³⁷¹.

b. Utilización de la persona jurídica en la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito

- 3259 Este es, a nuestro parecer, el criterio de imputación fundamental a partir del cual se individualiza la aplicación de la consecuencia accesoria. En este contexto, es de precisar que la intervención precedente, concurrente o posterior en el delito de la persona jurídica constituye una exigencia procesal y un objeto de prueba. Por tanto, en el proceso penal debe acreditarse y precisarse el nivel y oportunidad en los cuales la persona jurídica se implicó en la realización del hecho punible. En consecuencia, deben comprobarse las actividades y niveles de la organización de la persona jurídica que sirvieron o favorecieron la producción u ocultamiento del delito.

³⁷¹ Sostiene una opinión opuesta CASTILLO ALVA, 2001, p. 280 ss.

c. *Condena penal del autor del delito*

Este presupuesto implica una condición objetiva de la imposición de la consecuencia accesoria. Debe, pues, condenarse a una persona natural como autora del delito en el cual se involucró la persona jurídica. Sin embargo, no es necesario que se haya aplicado a aquél una pena efectiva. Por consiguiente, se podrá aplicar una consecuencia accesoria a la persona jurídica aún cuando se imponga a la persona natural una suspensión de la ejecución de la pena o se declare la reserva del fallo condenatorio o la exención de pena³⁷². 3260

d. *Protección de los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica*

En la legislación española esta previsión constituye más bien una consecuencia accesoria adicional, la cual puede aplicarse también a la persona jurídica involucrada en el delito. Su finalidad es tuitiva respecto a los acreedores del ente colectivo. El art. 129, inc. 1, lit. e, del CP de 1995 disponía la “intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años”. 3261

En nuestra legislación, en cambio, es un efecto de la aplicación judicial de las consecuencias accesorias previstas en el art. 105. De allí, que se haya afirmado que se trata de “una consecuencia accesoria de una consecuencia accesoria”³⁷³. La importancia de la disposición nacional es importante porque se dirige a limitar los efectos transpersonales que necesariamente producirá la aplicación de una o más consecuencias accesorias, sobre el patrimonio o la estabilidad laboral de terceros ajenos al quehacer ilegal de la persona jurídica o de sus órganos de gestión. 3262

Esta promoción judicial de la intervención de la persona jurídica sancionada es aplicable, principalmente, a los casos donde se impongan consecuencias accesorias de eficacia temporal, como la clausura de locales y la suspensión o la prohibición de actividades. Ella sólo operará cuando la persona jurídica pueda mantener su existencia y operatividad luego de la aplicación judicial de la consecuencia accesoria. La duración de la intervención es de dos años como máximo³⁷⁴. 3263

³⁷² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2003, p. 496.

³⁷³ CASTILLO ALVA, 2001, p 319.

³⁷⁴ CASTILLO ALVA, 2001, p. 322 ss. Este autor considera que también cabe la intervención

- 3264 Esta interpretación excede la finalidad tuitiva y transitoria de la intervención. Además, implica anular el sentido de la decisión judicial definitiva de cierre o de disolución de la persona jurídica. En todo caso, la intervención, en tales supuestos, sólo podría darse con el fin de liquidar las acreencias laborales y siempre que dicho proceso se realice en un plazo máximo de dos años.
- 3265 En torno al procedimiento ejecutivo, la ley prescribe que cuando alguna de las medidas del art. 105 fuere aplicada, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores. Esta norma diferencia dos momentos: primero, un periodo en el cual el juez está obligado a ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la empresa. Y, en el segundo momento, dicha autoridad competente, haciendo caso a lo ordenado por el juez, dispone que la empresa sea intervenida³⁷⁵.

6. Anteproyecto de CP de 2009

- 3266 El Anteproyecto de CP de 2004 no aporta propuestas de reforma a la redacción del art. 105, con lo cual valida implícitamente sus defectos y limitaciones. Distinta ha sido la actitud asumida por los autores del Anteproyecto de CP de 2009, en tanto proponen cambios puntuales, pero trascendentes. Así por ejemplo, se separan las consecuencias jurídicas de las otras consecuencias accesorias como el decomiso. Prevén un Título VIII, denominado "De las medidas aplicables a las personas jurídicas". Precisan el catálogo de las medidas aplicables (art. 110) y establecen reglas relativas a la fundamentación y determinación judicial de las mismas (art. 111). En cuanto a la primera disposición los cambios propuestos son mínimos y consisten en correcciones de estilo para precisar el carácter específico y necesario de las medidas que el juez debe aplicar en el caso concreto. Se ha omitido incluir sanciones importantes y frecuentes en el derecho extranjero, como la multa, el decomiso de las ganancias ilícitas o la amonestación pública.
- 3267 La segunda disposición, en cambio, es una innovación importante y pertinente para dinamizar la imposición judicial adecuada de tales medidas. Al respecto se regulan criterios que permitirán al juez fundamentar y determinar mejor su elección de las sanciones que convenga imponer a la persona

en caso de medidas definitivas e incluso a la disolución. Y propone que la eficacia de la intervención puede trascender a los periodos de ejecución de la medida impuesta.

³⁷⁵ MEINI, 1999, p. 208 ss.

jurídica implicada. En este nivel, se destaca el objetivo preventivo de las medidas, el tipo de delito que involucró a la persona jurídica, la función real de ésta y la voluntad de resarcir los daños ocasionados con el delito. Es importante señalar, que se indica como factor determinante para la aplicación de medidas de disolución y liquidación, el que se trate de personas jurídicas constituidas exclusivamente para favorecer, facilitar o encubrir delitos ("personas jurídicas de fachada").

III. Pérdida de ganancias y privación de beneficios de la persona jurídica

La voluntad del legislador es, en principio, la de despojar a las personas jurídicas de los beneficios que ilícitamente hubieran obtenido debido a conductas ilícitas. Por esto, prevé, en el art. 104, la pérdida de beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes. Como límite de esta privación establece la reparación pecuniaria de naturaleza civil que correrá a cargo de la persona jurídica si los bienes de aquellos resultaren insuficientes. 3268

Tal como se encuentra regulada, se trata de una medida *patrimonial* y subsidiaria, de ineficacia práctica y de nulo efecto preventivo³⁷⁶. Es de carácter patrimonial porque tiende a reparar los daños y perjuicios causados por los funcionarios o dependientes de la persona jurídica en el ejercicio de su actividad. Y carece de efecto preventivo porque nuestro sistema jurídico penal no tiene mecanismos idóneos para privar a una empresa de los beneficios que pudiera obtener ilícitamente. 3269

El objeto de regulación del art. 104 es, en buena cuenta, sólo la reparación civil *ex delicto*. Es subsidiaria en la medida en que la privación de beneficios tendrá lugar en tanto y en cuanto el peculio de los responsables directos (funcionarios o dependientes) no sea suficiente para afrontar la reparación civil. A sabiendas o por descuido, no se ha dado a la responsabilidad el carácter de solidaria. Si lo que interesa es que el perjudicado vea restituido su derecho lo antes posible, no es necesario esperar a comprobar que los dependientes o funcionarios tengan o no bienes suficientes para hacer frente al pago de la reparación civil (trámite obligado por el texto legal), sino constituir a la persona jurídica como tercero civilmente responsable, 3270

³⁷⁶ Cfr. MEINI, 1999b, p. 186 ss.

decretar los embargos preventivos necesarios y, llegado el caso, hacerse cobro con el patrimonio de la empresa, la cual podrá repetir luego contra sus funcionarios o dependientes.

IV. Decomiso o pérdida de los efectos e instrumentos del delito

- 3271 Los supuestos legales de decomiso (art. 102) se limitan a la aplicación de esta medida a los efectos provenientes de la infracción penal (*producta sceleris*) y al de los instrumentos con que se hubiera ejecutado la misma (*instrumenta sceleris*) a no ser que pertenezcan a terceros que no hubieran intervenido en el delito.
- 3272 El decomiso es facultativo si los efectos o instrumentos no son de ilícito comercio y su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal (art. 103). De acuerdo con esta regulación, aun cuando se recurra a la fórmula “efectos provenientes de la infracción penal” y se comprenda tanto a los efectos inmediatos (objeto material del delito) como a los mediatos (beneficios obtenidos), el decomiso no podrá afectar a las personas jurídicas toda vez que éstas siempre son terceros no participantes en el delito; puesto que para la ley no son sujetos capaces de acción, por lo que tampoco pueden ser calificadas de partícipes. A partir de estas consideraciones, se comprueba entonces una laguna en nuestro ordenamiento jurídico: no hay norma al amparo de la cual se puedan decomisar los beneficios que obtengan los entes colectivos en actividades delictivas. En consecuencia, se tolera la situación patrimonial ilícitamente alcanzada por una persona jurídica.

V. Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas

- 3273 El papel cada vez más importante de las personas jurídicas, más exactamente, de las empresas en el desarrollo de la delincuencia, exige una reacción apropiada. El recurso al derecho penal, en los sistemas fundados en la responsabilidad individual de las personas físicas, ha sido mucho tiempo bloqueado por el reconocimiento del principio *societas delinquere non potest*³⁷⁷. Actualmente, se va imponiendo que esta concepción sólo es una

³⁷⁷ BACIGALUPO, 2002, p. 100 ss.

etapa de la evolución social, política y jurídica³⁷⁸. Etapa ampliamente superada³⁷⁹ después de largas e intensas discusiones y del reconocimiento legislativo, cada vez más amplio, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto ha obligado a renovar y completar los criterios dogmáticos basados en la responsabilidad individual para fundamentar la responsabilidad penal de las empresas y, así, delimitar conveniente la utilización del derecho penal.

Por esto, la vía intermedia escogida por el legislador peruano siguiendo el modelo español, de no atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas y limitarse a prescribir las “consecuencias jurídicas” que debían asumir por facilitar o encubrir la comisión de hechos punibles, ha sido abandonada en España. Esta solución deberá, tarde o temprano, ser adoptada en nuestra legislación, a pesar de que no haya sido propuesta en los últimos proyectos de reforma del Código³⁸⁰.

La aplicación de las consecuencias jurídicas a las personas jurídicas ha necesitado la previsión de reglas procesales para garantizar sus derechos. Así, en España, en el mismo art. 129, se disponía la realización de una audiencia previa para que los titulares o los representantes legales de la persona jurídica concernida en la comisión del hecho punible puedan alegar lo que le sea favorable. Esto supone que la persona jurídica, emplazada para comparecer ante la autoridad judicial, debe poder ejercer plenamente su derecho de defensa y exigir la plena observancia de su “presunción de inocencia”. Así, la persona jurídica emerge como un nuevo sujeto pasivo de la relación jurídico procesal penal. Ya no para afrontar eventuales responsabilidades indemnizatorias directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible, que pueden concluir con la aplicación de consecuencias accesoria.

Sobre la vía procesal que debe transitar el ente colectivo, esto es, si el proceso penal incoado contra la persona jurídica debe comprenderla sólo a ella, o si deben concurrir en él la persona jurídica conjuntamente con las personas físicas imputadas³⁸¹. La tendencia mayoritaria plantea la realización de un proceso penal unitario aunque con cargos y requerimientos diferenciados, en función de la naturaleza del sujeto pasivo procesal y de las necesi-

³⁷⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2003, p. 150 ss.

³⁷⁹ PRADEL, 1996, p. 76 ss.

³⁸⁰ GARCÍA ARÁN, 1998, p. 56.

³⁸¹ TIEDEMANN, 1997, p. 121.

dades específicas del *thema probandum*³⁸². El NCPP ha optado también por esta alternativa³⁸³.

- 3277 La persona jurídica, debe concurrir al proceso a través de un representante legal, quien podrá ejercer todos los derechos que corresponden a un sujeto pasivo legitimado y contar, sobre todo, con una defensa técnica³⁸⁴.
- 3278 Mucho se ha discutido sobre la conveniencia de aplicar medidas cautelares a las personas jurídicas durante el proceso. Para un sector de la doctrina, su imposición podría traer perjuicios irreparables, por ejemplo, a una persona jurídica dedicada a actividades empresariales, en la medida que debiliten su presencia en el mercado o retraer sus acreencias financieras. Otro sector, por el contrario, admite plenamente el uso de consecuencias accesorias con fines cautelares, siempre que su aplicación esté sujeta a los principios generales de legalidad, necesidad, temporalidad y proporcionalidad. En el art. 129 del CP español de 1995, se autorizaba el uso cautelar de las consecuencias accesorias, sin embargo dicho dispositivo omitía consignar cuáles son los presupuestos y requisitos procesales para ello³⁸⁵.
- 3279 En atención a los criterios y tendencias expuestos, resultaba insoslayable la necesidad de contar con un derecho procesal penal que regule todos los aspectos abordados y supere las carencias existentes en el art. 105. En gran medida, este reto ha sido asumido por el NCPP.

VI. Persona jurídica en el NCPP

- 3280 En el proceso de reforma de la legislación procesal penal, no se dieron iniciativas para regular las cuestiones procesales planteadas por la aplicación del art. 105 a las personas jurídicas. Esta despreocupación también se presenta en la jurisprudencia.
- 3281 Es a partir del Proyecto de CPP de 2003, que se busca superar tan notoria carencia normativa. Esta actitud frente las consecuencias accesorias se plasmó en el “Título III, de la Sección IV, del Libro Primero” del NCPP.

³⁸² ESPINOZA, 2005, p. 314.

³⁸³ GARCÍA, 2006, p. 114.

³⁸⁴ GARCÍA, 2006, p. 118; ZUGALDÍA, 2006, p. 511.

³⁸⁵ ESPINOZA, 2005, p. 311.

Efectivamente, a través de los arts. 90 a 93 del NCPP, se regula la intervención procesal de las personas jurídicas; estatuyéndose la manera como deben ser emplazadas y comprendidas en el proceso penal³⁸⁶. 3282

1. Fuente legal

El citado Título III es denominado expresamente "Las personas jurídicas". Su fuente legal ha sido la Ordenanza Procesal Alemana, la cual, en su art. 444, inc. 1, establece una serie de reglas aplicables por analogía, cuando en el proceso penal se deba decidir la determinación de una multa contra una persona jurídica. Cabe destacar, por ejemplo, la disposición que impone la obligación del tribunal para emplazar al representante de la persona jurídica a fin que participe en el proceso, y se le garantice todos los derechos derivados de su posición como parte procesal³⁸⁷. 3283

2. Derechos y garantías procesales reconocidos a favor de la persona jurídica

Cada una de las normas del Título III establecen aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a favor de la persona jurídica, así como las garantías de su actividad procesal. Así, el art. 90 determina las personas jurídicas que pueden ser sujetos procesales de imputación y de emplazamiento procesal. El art. 91 regula la oportunidad y tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica sujeto de imputación y el art. 92 se refiere a la representación procesal de la persona jurídica en el proceso. Finalmente, el art. 93 detalla los derechos y garantías procesales que se reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal, así como lo concerniente a los casos de rebeldía procesal. 1284

3. Emplazamiento procesal de la persona jurídica

En el art. 90, se precisan cuáles son las razones fácticas y legales que autorizan el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en el proceso penal. El presupuesto esencial es la aplicación potencial al ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias previstas en los arts. 104 y 105. 3285

³⁸⁶ SÁNCHEZ, 2009, p. 80.

³⁸⁷ ESPINOZA, 2005, p. 309 ss.

- 3286 De esta manera, se reconoce a la persona jurídica la condición procesal de “parte pasiva”. Sin embargo, como señala la doctrina nacional, el mérito de esta regla radica en la integración, en un mismo espacio procesal, del debate de la responsabilidad penal de la persona natural imputada y de la persona jurídica, a la cual, también, se atribuye vinculación con el hecho punible sujeto a investigación o juzgamiento.
- 3287 Con esta norma, pues, queda claro que las sanciones a las personas jurídicas, así como las correspondientes medidas cautelares deberán dilucidarse en el mismo proceso penal que en el seguido a la persona física³⁸⁸.
- 3288 La disposición que comentamos, además, concede a la Fiscalía la legitimación exclusiva para requerir a la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal.

4. Oportunidad y trámite de la incorporación formal de la persona jurídica al proceso

- 3289 En el art. 91, el legislador precisa la ocasión y el procedimiento a seguirse para la inclusión formal de la persona jurídica en el proceso penal incoado. Aquí se señala que la solicitud del Fiscal, a la que se refiere el art. 90, se formulará luego que se halla realizado ante el juez de la investigación preparatoria la comunicación del representante del Ministerio Público, dando a conocer su decisión de continuar con sus investigaciones. La solicitud, en todo caso, deberá presentarse hasta antes de declararse concluida la investigación preparatoria.
- 3290 El art. 91, pf. 2, detalla cuáles son las exigencias de identificación que deberá cumplir todo requerimiento fiscal de incorporación procesal de una persona jurídica. Se exige la mención expresa de la identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etc.) y el domicilio de ésta (sede o filiales).
- 3291 Además, el pedido debe justificarse señalando los hechos que relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. Se debe, pues, establecer una “cadena de atribución” que conecte a la persona jurídica o a sus órganos con acciones de facilitar, favorecer o encubrir el hecho punible. Y, consecuentemente, se deberán, en base a lo anterior, desarrollar los fundamentos jurídicos de incluir el ente colectivo en el proceso.

³⁸⁸ ESPINOZA, 2005, p. 315.

En cuanto al trámite que deberá darse a la solicitud, el citado artículo dispone que deben observarse, analógicamente, los mismos pasos y etapas de procedimiento que corresponden a la tramitación de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones (regulados por el art. 8). Siendo así, la solicitud fiscal deberá seguir el siguiente trámite: 3292

- El juez de la investigación preparatoria, luego de admitir el pedido y dentro del tercer día, notificará a los demás sujetos procesales y a la persona jurídica que ha sido requerida. En la notificación se señalará fecha y hora para la realización de la audiencia correspondiente.
- El día y hora acordados se realizará la audiencia con quienes hayan concurrido. Aquí, el representante del Ministerio Público deberá acompañar el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez de la investigación preparatoria.
- Instalada la audiencia, el juez escuchará en primer término al fiscal. Luego hará lo propio con los demás sujetos procesales (abogados de la defensa, del actor civil, del tercero civil), y por último escuchará a la defensa de la persona jurídica.
- Los sujetos mencionados harán, a su respectivo turno, referencia y/o contradicción a los elementos de convicción que se han acompañado en la solicitud, o que se encuentran incorporados en el expediente fiscal.
- Si el imputado concurre a la audiencia, intervendrá luego que lo hayan hecho todos los demás concurrentes. Escuchados los concurrentes, el juez de la investigación preparatoria resolverá sobre la petición fiscal de inmediato o podrá hacerlo dentro de los dos días siguientes. Sólo excepcionalmente, el juez de la investigación preparatoria podrá retener el expediente fiscal, hasta por 24 horas, para resolver a su vista la solicitud. La resolución judicial que se emita tendrá la forma de auto y deberá estar debidamente fundamentada.

5. Representación procesal de la persona jurídica

La representación procesal de la persona jurídica emplazada y/o incorporada al proceso, se encuentra regulada en el art. 92. Según esta disposición, el órgano social de la persona jurídica debe designar un apoderado judicial. Sin embargo, y atinadamente, la ley también dispone que dicha designación no puede recaer, en ningún caso, en una persona natural que esté igualmente comprendida como procesada en la misma investigación y bajo 3293

imputación de los mismos hechos que han determinado la incorporación de la persona jurídica. Esta regla es plenamente justificada y es coherente debido a la necesaria incompatibilidad de intereses que implicarían a ambos sujetos pasivos de la imputación.

- 3294 Así mismo, este dispositivo señala que en un plazo de 5 días el órgano social de la persona jurídica debe cumplir con designar a su representante judicial. Si no lo hace en este plazo, el juez de la investigación preparatoria procederá a designarlo de oficio. Sin embargo, la ley no esclarece si el juez lo debe escoger a su libre elección o si, por el contrario, debe limitarse a elegir entre los representantes y órganos de la persona jurídica emplazada. Esto es, si cabe delegar tal representación en un tercero totalmente ajeno a la persona jurídica o no.
- 3295 Pese a que la ley no lo autoriza ni prohíbe expresamente, consideramos que la elección de un tercero no parece ser lo más conveniente para los intereses procesales y para los objetivos de defensa de la persona jurídica. Por consiguiente, somos de la opinión que la norma debe interpretarse dando la opción de ser elegidos únicamente a los órganos representativos del ente colectivo.
- 3296 En todo caso, la elección de un tercero deberá de ser excepcional y sólo cuando la totalidad tales órganos se encontraran procesados como personas naturales. Sin embargo, aún en tal supuesto, estimamos que el juez debería preferir, por ejemplo, a un socio que podría proponer la junta de accionistas de la persona jurídica en cuestión.

6. Derechos y garantías procesales de la persona jurídica

- 3297 El art. 93 define los derechos y garantías procesales que se reconocen a una persona jurídica incorporada como imputada en un proceso penal. Así, se otorga a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos derechos y garantías que le son reconocidos a una persona natural que tiene la condición de imputado y todas las que integran el debido proceso. Principalmente, debe reconocérsele el derecho a la defensa, a la posibilidad irrestricta de contradicción procesal y a la impugnación de toda resolución que pueda causarle agravio. El marco básico de todos estos derechos y garantías lo constituyen la presunción de inocencia y el debido proceso.
- 3298 El art 93, inc. 2, regula una situación especial que equivale a un estado procesal de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada; así mismo

a una falta de apersonamiento. No queda claro si con esto se hace referencia a un estado procesal similar al de la ausencia.

Sin embargo, la duda es descartada por la misma disposición, en la medida que ésta dispone que la persona jurídica sólo incurrirá en los mencionados estados luego de su incorporación formal al proceso. Sin embargo, cabe recordar que esa incorporación puede hacerse aún sin la presencia de la representación de la persona jurídica. Efectivamente, según el art. 8, la audiencia (de solicitud de incorporación) se hará con los que concurran a ella. Por tanto, la persona jurídica podría quedar incorporada al proceso aún cuando su representación no haya asistido a la audiencia programada por el juez de la investigación preparatoria.

Además, conforme se dispone en la citada norma, la rebeldía procesal de la persona jurídica en ningún caso va a detener o suspender la continuación de la secuencia del proceso. De *lege lata*, tal vez deben usarse, para superar estos vacíos e incertidumbres, los mismos criterios que se adoptan en el caso de las personas físicas imputadas. De aceptarse este planteamiento, la consecuencia sería que en los casos de contumacia o “ausencia” de la persona jurídica imputada no se le podrían aplicar consecuencias accesorias, aún cuando en el proceso se haya acreditado su conexión con el delito *sub judice*. Ante tal situación el juez deberá reservar en la sentencia el pronunciamiento definitivo sobre la persona jurídica.

Por consiguiente, las medidas establecidas en la sentencia contra la persona jurídica contumaz sólo tendrán un carácter cautelar (ubicación de representantes, vigilancia judicial de instalaciones, etc.). Sin embargo, de todas estas medidas la persona jurídica rebelde podrá apelar.

7. Consecuencias accesorias como medidas cautelares

En el art. 313 del NCPP, se regula la aplicación de las consecuencias accesorias como medidas cautelares, aspecto no previsto en el CdePP. De esta manera, se ha colmado una laguna importante de nuestra legislación procesal³⁸⁹.

De otro lado, en el art. 314-C, sólo se regula el aspecto procesal de los casos de actividades ilícitas contaminantes. Respecto a las cuales procede aplicar las medidas cautelares de suspensión de actividades y de clausura definitiva o temporal de establecimientos.

³⁸⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2003, p. 501.

- 3304 Sin embargo, su redacción es defectuosa porque de manera incoherente asimila al régimen transitorio de las medidas cautelares la *clausura definitiva de locales*. Al respecto, somos de opinión que en tanto no entre en vigencia nacional el NCPP, los jueces deben limitarse a disponer únicamente medidas de clausura temporal³⁹⁰.
- 3305 En el NCPP se incluye un amplio conjunto de medidas cautelares, que podrán aplicarse a la persona jurídica imputada. Entre ellas destacan: La clausura de locales, la suspensión de actividades, el nombramiento de administrador judicial, el sometimiento a vigilancia judicial, la inscripción registral del procedimiento penal incoado.
- 3306 Para imponer cualquiera de estas medidas se requiere contar con elementos de convicción o suficiencia probatoria de la realización de un delito y de la vinculación de la persona jurídica imputada con él.
- 3307 Además debe existir la urgencia o necesidad de poner fin a los efectos lesivos del delito, así como poder controlar la presencia objetiva de un peligro concreto procesal.
- 3308 La duración máxima de la medida cautelar es de dos años y seis meses; es decir no debe exceder la mitad del plazo máximo de cinco años de duración de las consecuencias accesorias temporales que estatuye el art. 105. Tratándose de delitos contra el sistema ecológico, la medida podrá prolongarse por el tiempo que sea necesario para el cese del efecto lesivo ambiental.
- 3309 Conforme al art. 315 del NCPP, las medidas cautelares impuestas pueden ser sustituidas por otras, o cesar en sus efectos. Ello dependerá de las circunstancias concretas del caso, así como del grado de desarrollo alcanzado por el proceso. En consecuencia, es de observar plenamente las exigencias y evaluaciones que impone el principio procesal de proporcionalidad.
- 3310 En todo caso, la imposición, variación o cesación de una consecuencia accesoria, como medida cautelar, requiere que se corra traslado por 3 días a las partes para que puedan alegar lo que corresponda a su legítimo interés. Contra cualquiera de estas decisiones cabe la interposición de un recurso de apelación.
- 3311 La apelación se tramitará conforme a lo dispuesto en el art. 278, incs. 2 y 3, en cuanto sean compatibles. En estas disposiciones se establece que: (1)

³⁹⁰ CARO, 1995, p. 355; ESPINOZA, 2005, p. 328.

el plazo para interponer el recurso de apelación es de tres días; (2) el juez competente debe elevar los autos a la instancia superior dentro de las 24 horas de haber concedido el recurso de apelación; (3) la apelación interpuesta tiene efecto devolutivo; (4) la Sala Penal competente se pronuncia, previa vista de la causa y con citación al Fiscal y al defensor de la persona jurídica imputada, la cual deberá programarse dentro de las 72 horas de haberse recibido el expediente; (5) la resolución que resuelve la apelación deberá de emitirse el mismo día de la vista o dentro de las 48 horas siguientes, bajo responsabilidad.

Estas normas incorporadas en el NCPP constituyen una insoslayable oportunidad de dinamizar la utilización de las consecuencias jurídicas por parte de los jueces. Sobre todo por constituyen un componente imprescindible en toda estrategia integral contra la criminalidad organizada, el lavado de activos o la financiación del terrorismo. 3312

VII. Jurisprudencia penal vinculante

Con la finalidad de impulsar la adecuada aplicación judicial de las consecuencias accesorias reguladas por el art. 105 y para evitar prácticas incorrectas como consecuencia de la vigencia parcial de las reglas procesales contenidas en el NCPP, la Corte Suprema de Justicia ha dictado el AP N° 7-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009. 3313

En su F.J. 16, se estableció que si bien en el citado art. 105, no existen reglas de motivación ni de determinación judicial de las decisiones que impongan consecuencias accesorias, esta limitación puede ser superada transitoriamente recurriendo al art. 108 del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código (de la Comisión Especial Revisora creada por Ley N° 29153), en tanto sus postulados constituyen reglas basadas en los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en su Título Preliminar. Por tanto, los criterios a emplearse serían: 3314

- Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
- La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
- La gravedad del hecho punible realizado.
- La extensión del daño o peligro causado.

- El beneficio económico obtenido con el delito.
- La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
- La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.
- La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

3315 En su F.J. 17, se establece que, conforme a su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias deben ser impuestas respetando el principio de proporcionalidad concreta o prohibición del exceso. En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan a las circunstancias del suceso concreto. Por tanto, esto implica que el juez está capacitado para omitir la aplicación de tales sanciones cuando no sea insignificante la intervención de la persona jurídica en el hecho punible (o en su facilitación o encubrimiento).

3316 Finalmente, en su F.J. 22, se establece que, al encontrarse aún pendiente la implementación del NCPP en todos los distritos judiciales del país, corresponde aplicar, en tanto esté de acuerdo con su estructura al CdePP, los siguientes criterios:

- El Fiscal Provincial debe incluir en la formalización de denuncia, o en un requerimiento fundamentado durante la instrucción, los datos y contenidos que se aluden el art. 91, inc. 1 del NCPP, necesarios para la identificación de la persona jurídica y las razones de hecho y de derecho correspondientes a la imputación que se le ha dirigido.
- La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio en condición de sujeto pasivo imputado. Esta resolución debe ser notificada, y disponer que ésta designe un apoderado judicial, en concordancia con lo previsto en el art. 92 del NCPP.
- La persona jurídica procesada tiene los mismos derechos y garantías que la ley concede al imputado durante todo el proceso.
- La acusación fiscal que recaiga contra la persona jurídica debe pronunciarse específicamente sobre los hechos que acreditarían su res-

ponsabilidad, solicitando la imposición de las consecuencias accesorias correspondientes.

- La persona jurídica, debidamente emplazada mediante auto de enjuiciamiento, que no asista a la audiencia, no impedirá que se lleve a cabo el juicio.
- En etapa decisoria, corresponde al órgano jurisdiccional competente imponer la consecuencia accesoria requerida por el fiscal y debatida en juicio. Rigiendo plenamente el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

Quinta parte

Anexos

I. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Las cifras de la columna de la derecha corresponden a los párrafos del libro. Las sentencias están ordenadas por temas, conforme al índice general de la obra.

1. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Nociones fundamentales

- Sentencia de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel del Cono Norte de Lima, del 9 de agosto de 2000, Exp. N° 2000-232, en ROJAS, 2000, p. 237. 98
- Sentencia de la Primera Sala Penal Corporativa de procesos ordinarios con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 16 de abril de 1999, Exp. N° 2911-98, en ROJAS/INFANTE, 2001, p. 55. 98
- Sentencia de la CoEDH, del 29 abril de 1988, causa Belilos vs. Suiza, en *Publications Série A*, vol. 132 N° 64. 129
- Sentencia de la CoEDH, del 22 mayo de 1990, causa Weber vs. Suiza, en *Publications Série A*, vol. 177, N° 33. 129
- Sentencia de la CoEDH, del 8 del junio y 23 de noviembre de 1976, causa Engel y otros vs. Holanda, en *Publications Série A*, vol. 22, N° 81. 129
- STC del 09 de agosto de 2006, Exp. N° 0003-2005-PI/TC, FJ. 16. 204

Evolución del derecho penal peruano

- AP N° 01-2009/CJ-116, sobre el papel de las rondas campesinas para el derecho penal. 261

Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de septiembre de 2005:

- AP N° 01-2005/ESV-22, sobre diversos temas relativos a la modificación de la calificación jurídica de la acusación, al delito de cohecho, la confesión sincera y la actuación procesal de la víctima durante la ejecución de sentencia. 351
- AP N° 02-2005/CJ-116, sobre el valor probatorio de la sindicación de los coimputados y agraviados. 351
- AP N° 03-2005/CJ-116, sobre la agravante de pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas. 351
- AP N° 04-2005/CJ-116, sobre los elementos típicos del delito de peculado. 351
- SP N° 01-2005/DJ-301-A, sobre el momento consumativo del delito de hurto. 351
- SP N° 02-2005/DJ-301-A, sobre la sustitución de penas en fase de ejecución de sentencia en caso de ley penal favorable al condenado. 351

Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, del 13 de octubre de 2006:

- AP N° 01-2006/ESV-22, sobre diversos temas relativos al delito de colaboración terrorista, la prueba indiciaria, la garantía del juez predeterminado por ley y el principio de ubicuidad. 352
- AP N° 02-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, sobre el principio de combinación en caso de conflicto temporal de leyes penales. 352
- AP N° 03-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, sobre el ejercicio del derecho a las libertades de expresión e información y su conflicto con el derecho al honor. 352
- AP N° 04-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, sobre el principio de cosa juzgada en relación con el delito de asociación ilícita para delinquir. 352
- AP N° 05-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, sobre la declaratoria de contumacia durante el juicio. 352
- AP N° 06-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, sobre la responsabilidad civil en los delitos de peligro. 352

- AP N° 07-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, sobre la identificación del imputado al inicio de la instrucción a fin de evitar casos de homonimia. 352

Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de noviembre de 2007:

- AP N° 01-2007/ESV-22, sobre diversos temas relativos al principio del *ne bis in idem*, al delito de omisión o retardo de actos funcionales y a la inaplicabilidad retroactiva de la jurisprudencia vinculante y acuerdos plenarios favorables. 353
- AP N° 02-2007/CJ-116, sobre el valor probatorio de la pericia no ratificada. 353
- AP N° 03-2007/CJ-116, sobre la invalidez de la recusación de los magistrados recusados o demandados constitucionalmente. 353
- AP N° 04-2007/CJ-116, sobre la desvinculación de los hechos postulados en la acusación y el derecho de contradicción. 353
- AP N° 05-2007/CJ-116, sobre la impugnación interpuesta por el sentenciado y el principio de *non reformatio in peius*. 353
- AP N° 06-2007/CJ-116, sobre la suspensión del cómputo de la prescripción por la interposición de un recurso de queja excepcional. 353
- AP N° 07-2007/CJ-116, sobre la determinación judicial de la pena en el delito de violación sexual de menores. 353
- AP N° 08-2007/CJ-116, sobre la diferencia entre las agravantes de actuación mediante pluralidad de agentes y a través de una organización criminal en el delito de robo. 353
- AP N° 09-2007/CJ-116, sobre los plazos de prescripción en los delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal y cadena perpetua. 353

Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, del 18 de julio de 2008:

- AP N° 01-2008/CJ-116, sobre la valoración de la reincidencia y la habitualidad en la determinación de la pena. 354
- AP N° 02-2008/CJ-116, sobre la pena de rehabilitación y las reglas para su ejecución. 354

- AP N° 03-2008/CJ-116, sobre el caso del correo de drogas. 354
- AP N° 04-2008/CJ-116, sobre la conformidad procesal o conclusión anticipada del juzgamiento. 354

Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, del 13 de noviembre de 2009:

- AP N° 01-2009/CJ-116, sobre el papel de las rondas campesinas para el derecho penal. 355
- AP N° 02-2009/CJ-116, sobre los requisitos de la regularización tributaria para su procedencia como causal de exclusión de la punibilidad en delitos tributarios. 355
- AP N° 03-2009/CJ-116, sobre la distinción entre el delito de robo agravado agravado por lesiones agravadas sobre la víctima y el delito de asesinato. 355
- AP N° 04-2009/CJ-116, sobre la determinación de la pena en casos de concurso real. 355
- AP N° 05-2009/CJ-116, sobre el proceso especial de terminación anticipada en el NCPP. 355
- AP N° 06-2009/CJ-116, sobre el control de la acusación fiscal. 355
- AP N° 07-2009/CJ-116, sobre la posición de la persona jurídica en el proceso penal y las consecuencias accesorias. 355
- AP N° 08-2009/CJ-116, sobre la prescripción de la acción en casos de agravante genérica, por la condición personal de ser funcionario público, y la comisión de un delito continuado y/o delito masa. 355
- AP N° 09-2009/CJ-116, sobre el delito de desaparición forzada. 355
- AP N° 10-2009/CJ-116, sobre la ejecución de la pena de inhabilitación y los efectos de su impugnación. 355

Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de noviembre de 2010:

- AP N° 01-2010/CJ-116, sobre la problemática actual de la prescripción. 356
- AP N° 02-2010/CJ-116, sobre la concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado en la determinación judicial de la pena. 356

- AP N° 03-2010/CJ-116, sobre la problemática actual del delito de lavado de activos. 356
- AP N° 04-2010/CJ-116, sobre la audiencia de tutela del NCPP. 356
- AP N° 05-2010/CJ-116, sobre la incautación procesal. 356
- AP N° 06-2010/CJ-116, sobre la acusación directa y el proceso inmediato en el NCPP. 356

Principio de legalidad e interpretación de la ley penal

- STC del 18 de marzo de 2004, Exp. N° 2488-2002-HC/TC-Piura, FJ. 4. 360
- STC del 27 de octubre 2010, Exp. N° 00655-2010-PHC/TC-Lima, FJ. 23. 361
- Sentencia del 8 de enero de 1974, publicada en el diario *La Prensa* del 10 de enero de 1974, Lima. 397
- ES del 24 de marzo de 1950, en *RJP* 1950, p. 341. 397
- STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC. 413, 443, 466, 514, 573
- ES del 4 de noviembre de 1999, Exp. N° 2924-99, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 44. 460
- ES del 11 de noviembre de 1999, Exp. N° 821-99 La Libertad, en *RPJ*, 2000, p. 337. 460
- ES del 20 de mayo de 1998, Exp. N° 386-98 Lima, en ROJAS, 1999, p. 131. 461
- ES del 10 de julio de 1998, Exp. N° 4210-97 Puno, en PRADO, 1999, p. 52. 461
- Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres, del 25 de noviembre de 1998, Exp. N° 3336-98, en PRADO, 1999, p. 55. 461
- ES del 16 de marzo de 1998, Exp. N° 144-97 Cuzco, en ROJAS, 1999, p. 551. 461
- Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres, del 28 de abril de 1997, Exp. N° 8554-94, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 44. 462

- ES del 2 de mayo de 1969, en <i>AJ</i> 1967-1968-1969, p. 293.	462
- STC del 17 de enero de 2006, Exp. 8780-2005-PHC/TC, F.J. 1.	466
- STC del 15 de noviembre de 2001, Exp. N° 0005-2001-AI/TC.	466
- STC del 21 de julio de 2005, Exp. N° 0019-2005-PI/TC.	466
- ES del 8 de junio de 1940, en <i>AJ</i> 1940, p. 59.	513
- ES del 2 de octubre de 1973, en <i>BJ</i> , N° 11-12, p. 440 ss.	521
- ES del 27 de noviembre de 1997, Exp. N° 4574-96.	547, 556
- ES del 12 de agosto de 1994, Sala Penal, Exp. N° 1688-94, en ROJAS, 1999a, p. 79.	578
- Exp. N° 8741-97, Lima, del 13 de noviembre de 1998, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 47.	579
- Sentencia del 17 de marzo de 1998, Corte Superior de Lima, Exp. N° 5339-97B, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 47.	580
- ES del 6 de abril de 1964, en <i>AJ</i> 1964, p. 272.	581

Aplicación de la ley penal en el espacio y en el tiempo

- ES del 18 de marzo de 1998. Exp. N° 09-97, en ROJAS, 1999, p. 615.	725
- ES del 15 de enero de 2010, Exp. N° 02957-2009.	825
- ES del 10 de junio de 1998, Exp. N° 1697-98-Lima, en <i>NL</i> , T. 271, Trujillo, Diciembre 1998, p. A-17.	826
- ES del 18 de setiembre de 1997, Exp. N° 4117-97 Puno, en ROJAS, 1999, p. 241.	826
- ES del 18 de diciembre de 1991, Exp. N° 369-91-Huánuco, en <i>AJ</i> , 1999, p. 91.	826
- ES del 10 de junio de 1998, Exp. N° 4210-97-Puno, en PRADO, 1999, p. 52.	827
- ES del 20 de enero de 1998, Exp. N° 6459-97-Ica, en ROJAS, 1999, p. 91.	828
- ES del 5 de abril de 1994, Exp. N° 3437-93-Lima, en ROJAS, 1999, p. 81.	828
- ES del 9 de diciembre de 1994, Exp. N° 590-93-B-Lima, en GÓMEZ MENDOZA, 1996, p. 314.	828
- ES del 20 de noviembre de 1998, Exp. N° 2476-98-A-Lima, en PRADO, 1999, p. 452.	830

- AP N° 02-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, sobre el principio de combinación en caso de conflicto temporal de leyes penales. 831
- STC del 18 de marzo de 2004, Exp. N° 2488-2002-HC/TC. 854
- AP N° 09-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, sobre el delito de desaparición forzada. 854
- SP N° 02-2005/DJ-301-A, sobre la sustitución de penas en fase de ejecución de sentencia en caso de ley penal favorable al condenado. 866, 867, 868
- AP N° 01-2007/ESV-22, del 16 de noviembre de 2007, sobre la inaplicabilidad retroactiva de la jurisprudencia vinculante y acuerdos plenarios favorables. 913

Aplicación de la ley penal en relación con las personas

- ES del 18 de marzo de 1998, Exp. N° 09-97, en ROJAS, 1999, p. 615. 725
- ES del 17 de octubre de 1995, Exp. N° 3319-95 Arequipa, en ROJAS, 1997, p. 109. 921
- ES del 17 de octubre de 1995, Exp. N° 3319-95 Lambayeque, en ROJAS, 1997, p. 122. 921
- STC del 15 de noviembre de 2006, Exp. N° 5068-2006-HC/TC. 925
- STC del 16 de marzo de 2004, Exp. N° 0017-2003-AI/TC. 964, 966, 982
- STC del 09 de junio de 2004, Exp. N° 0023-2003-AI/TC. 964, 966
- STC del 29 de marzo de 2006, Exp. N° 0004-2006-PI/TC. 966
- Resolución del conflicto de competencia del 17 de diciembre de 2004, Exp. N° 18-2004, Fs.Js. 3, 5, 6 y 7. 973
- STC del 15 de diciembre 2006, Exp. N° 00012-2006-AI/TC, F.J. 38. 982, 985
- STC del 19 de julio de 1998, Exp. N° 0585-96-HC/TC, F.J. 3.C. 983

Teoría de la acción

- ES del 25 de agosto de 1999, Exp. N° 2528-99 Lima, en CARO, 2007, p. 15. 1075
- ES del 18 de septiembre de 1998, Exp. N° 3019-98 Puno, en CARO, 2007, p. 15. 1079

Tipo objetivo

- ES del 31 de marzo de 1998, RN N° 2117-97 Lima, en ROJAS, 1999, p. 153 ss. 1108
- ES del 18 de diciembre de 1997, Exp. N° 106-97 Lima, en ROJAS, 1999, p. 123. 1130
- ES del 4 de octubre de 1996, Exp. N° 3299-94-B Lima, en ROJAS, 1999, p. 125. 1130
- ES recaída sobre el Exp. N° 4191-96 Huaura, en ROJAS, 1999a, p. 798. 1132

Causalidad e imputación objetiva

- ES del 9 de octubre de 1935, en AJ 1935, p. 264. 1156
- ES del 17 de agosto de 1936, en RT 1935, p. 283. 1156
- ES del 12 de enero de 1998, RN N° 1767-97 Lima, en VARGAS, 1999a, p. 168. 1161
- ES del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en VARGAS, 1999a, p. 168. 1161
- ES del 07 de marzo de 2000, RN N° 4166-99 Lima, en CARO, 2003, p. 12 ss. 1182
- ES del 16 de setiembre de 2004, RN N° 2270-2004 La Libertad, en MENDOZA, 2007, p. 29 ss. 1204
- ES del 7 de marzo de 2000, RN N° 4166-99 Lima, en MENDOZA, 2007, p. 29 ss. 1204
- ES del 25 de noviembre de 2004, RN N° 552-2004 Lima, en MENDOZA, 2007, p. 29 ss. 1204
- ES del 24 de noviembre de 2004, el RN N° 608-2004 Ucayali, en MENDOZA, 2007, p. 29 ss. 1204

Dolo

- ES del 19 de enero de 2010, Exp. N° 001808-2009. 1217
- ES 17 de setiembre de 1993, Exp. N° 2098-92 Piura, en ROJAS, 1999, p. 116. 1219
- ES del 21 de octubre de 1997, RN N° 3817-97 Huánuco, en ROJAS, 1999, p. 114. 1233

Error de tipo

- ES del 30 de diciembre de 1997, Exp. N° 2104-97 Huancavelica, en ROJAS, 1999, p. 127. 1264
- ES del 5 de marzo de 1998, Exp. N° 3753-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 129. 1264
- ES del 30 de enero de 1998, Exp. N° 095-97, en ROJAS, 1999, p. 594. 1264
- ES del 22 de diciembre de 1997, Exp. N° 559-97, en ROJAS, 1999, p. 381. 1264
- ES del 26 de marzo de 1998, RN N° 2744-97 Amazonas, en ROJAS, 1999, p. 41. 1264
- Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Loreto del 26 de febrero de 1999, Exp. N° 98-0175-191601-SP Loreto, en *SerJur* 3. Lima, 2000, p. 185 ss. 1266
- ES del 28 de mayo de 2004, RN N° 472-2004 Arequipa. 1269
- ES del 03 de septiembre de 2004, RN N° 1402-2004 Lima, en SAN MARTIN, 2006, p. 270 y 333. 1269
- ES del 04 de octubre de 2004, RN N° 227-2004 Lima, en CARO, 2007, p. 233. 1269
- ES del 30 de enero de 1998, Exp. N° 095-97, en ROJAS, 1999, p. 594. 1271
- ESUp del 23 de mayo de 1996, Exp. N° 217-92 Lima, en REAÑO, 2003, p. 196 ss. 1281

Consentimiento

- ES del 25 de junio de 1997, Exp. N° 572-97 Ancash, en ROJAS, 1999a, p. 144. 1305
- Exp. N° 31-L-1-98 Puno, en *SerJur* 3, p. 277. 1335

Antijuridicidad

- ES del 27 de abril de 1998, Exp. N° 4986-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 284. 1376

Legítima defensa

- ES del 12 de marzo de 1998, RN N° 4045-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 135 ss. 1401
- ES del 21 de abril de 1998, RN N° 2683-97 Lima, en CARO JOHN, 2007, p. 372 ss. 1416
- ES del 24 de septiembre de 1997, Exp. N° 2493-97-Amazonas, en PRADO, 1999, p. 130. 1428
- ES del 05 de marzo de 1998, Exp. N° 2916-97 Lima, en PRADO, 1999, p. 121. 1431
- ES del 19 de mayo de 1998, RN N° 4777-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 140. 1440

Estado de necesidad justificante

- ES del 5 de julio de 1999, Exp. N° 386-99 Lambayeque, CARO, 2007, p. 238 ss. 1459
- ES del 20 setiembre de 1995, Exp. N° 281-95, en MEZA, 1996, p. 42. 1472

Obrar por disposición de la ley

- ES del 9 de junio de 2004, RN N° 975-04 San Martín, en CARO JHON, 2007, p. 181. 1522
- AP N° 01-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, sobre el papel de las rondas campesinas para el derecho penal. 1522

Obrar en cumplimiento de un deber

- ES del 21 de abril de 1998, RN N° 2683-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 138. 1524
- ES del 5 de abril de 1999, Exp. N° 2455-98 Lima, en ROJAS, 2000, p. 413. 1524
- ES del 12 de junio de 1998, RN N° 4075-97 Lima, en ROJAS, 2000, p. 9. 1524

Ejercicio legítimo de un derecho

- ES del 6 de abril de 2010, Exp. N° 4325-2008 Cusco. 1541

Inimputabilidad y anomalía psíquica

- ES en *AJ* 1943, p. 445. 1682
- ESup. del 17 de mayo de 1999, Exp. N° 011-98, en *CARO*, 2007, p. 37. 1682

Grave alteración de la conciencia

- ES del 13 de noviembre de 1952, en *RF* 1953, p. 266. 1685
- ES del 28 de octubre de 1949, en *RJP* 1949, p. 939. 1685
- ES del 3 de octubre de 1958, en *RF* 1958, p. 671. 1685

Error de comprensión condicionado culturalmente

- ES del 7 de noviembre de 1997, Exp. N° 4160-96 Ancash, en *ROJAS*, 1999a, p. 149 ss. 1702
- ES del 17 de junio de 2004, RN N° 755-2004 Cuzco, en *RPDJP*, N° 6, 2005, p. 535. 1719

Imputabilidad disminuida por relativa embriaguez

- ES del 28 de mayo de 1951, en *RJP* 1951, p.414 y 540. 1731
- ES del 12 de enero de 1949, en *AJ* 1949, p. 225. 1731
- ES del 5 de enero de 1966, en *RJP* 1966, p. 396. 1731

Error de prohibición

- ES del 16 de agosto de 1972, en *BJ* 1972, p. 159. 1756
- ES del 26 de abril de 1939, en *RF* 1939, p. 587. 1757
- ES del 12 de mayo de 1943, en *AJ* 1943, p. 17. 1757
- ES del 29 de setiembre de 1972, en *BJ* 1972, p. 211. 1757
- ES del 15 de octubre de 1997, RN N° 4103-96 Lima, en *ROJAS*, 1999a, p. 146. 1768

Estado de necesidad exculpatorio

- ES del 15 de octubre de 1997, RN N° 4103-96 Lima, en *ROJAS*, 1999a, p. 146. 1804
- ES del 30 de enero de 1998, RN N° 194-97 La Libertad, en *ROJAS*, 1999a, p. 151. 1804

Miedo insuperable

- ES del 17 de junio de 1998, Exp. N° 1866-98, en ROJAS, 1999a, p. 155 ss. 1826, 1829

Delitos culposos

- ES del 3 de junio de 1998, Exp. N° 6329-97 Ancash, en ROJAS, p. 132. 1871
- ES del 7 de enero de 1998, Exp. N° 6095-97, en DELGJ, p. 67 ss. 1873
- ES del 30 de enero de 1998, Exp. N° 5445-97, en BACA/ROJAS/NEIRA, 1999, p. 131. 1876
- ES del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97 Lima, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 70. 1895
- ESup de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97, en ROJAS, 1999, p. 628. 1898
- ES del 18 de setiembre de 1998, Exp. N° 3019-98 Puno, en ROJAS/INFANTES, p. 69. 1898
- ES del 31 de octubre de 1997 Apurímac, Exp. N° 1917-96, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 72. 1898
- ES del 2 de abril de 1998, Exp. N° 2007-97 Cono Norte, Lima, en ROJAS, 1999, p. 305 ss. 1901
- ES del 9 de setiembre de 1998, Exp. 2505-98 Lima, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 69. 1901
- ESup de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de setiembre de 1998, Exp. N° 3475-98, en ROJAS, 1999, p. 617. 1903
- ESup de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 9 de setiembre de 1998, Exp. N° 2505-98, en ROJAS, 1999, p. 638. 1904
- ESup de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de setiembre de 1998, Exp. N° 3475-98, en ROJAS, 1999, p. 617. 1907
- ESup de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97, en ROJAS, 1999, p. 628. 1912
- Sentencia del 18 de setiembre de 1998, Exp. N° 3019-98 Puno, en ROJAS, 1999, p. 111 ss. 1914

- ES del 29 de setiembre de 1997, N° 3837-96 La Libertad, en ROJAS, 1999, p. 111. 1914
- ES del 3 de junio de 1998, RN N° 3019-98 Ancash, en ROJAS, 1999, p. 132. 1914
- ES del 3 de octubre de 1997, Exp. N° 3365-96 Piura, en ROJAS, 1999, p. 101. 1920
- ESUp de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97, en ROJAS, 1999, p. 628. 1920
- Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Arequipa del 10 de febrero de 1998, Exp. N° 035-98, en ARMAZA/ZAVALA, 1999, p. 27. 1922
- ESUp del 24 de noviembre de 2004, Exp. N° 306-2004, en VILLAVICENCIO, 2006, p. 374. 1925
- ESUp de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de enero de 1998, Exp. N° 6095-97, en DELGJ, 2000, p. 225. 1940

Delitos de omisión

- ES del 25 de agosto de 1999, Exp. N° 2528-99, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 78. 1946
- ESUp del 16 de noviembre de 1998, Exp. N° 1907-98 Lima, en GJ. 1957
- ESUp del 15 de mayo de 1998, Exp. N° 8380-97, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 77 ss. 1962, 1981
- ESUp del 22 de setiembre de 1998, Exp. N° 2357-98 Lima, en DELGJ, p. 134 ss. 2016

Actos preparatorios

- ES del 12 de abril de 2004, RN N° 3540-2003 Cañete, Cfr. SAN MARTIN, 2006, p. 277. 2078

Tentativa y desistimiento

- ES del 15 de diciembre de 1949, en RPJ 1950, p. 339. 2099
- ES del 12 de junio de 1943, en RPJ 1950, p. 170. 2099
- ES del 4 de octubre de 1972, en BJ, N° 5-7, p. 292. 2125
- ES del 9 de mayo de 1963, en RJP, p. 227. 2125

- ES del 24 de agosto de 1953, <i>RJP</i> 1954, p. 104.	2126
- ES del 20 de agosto de 1970, <i>RJP</i> 1971, p. 264.	2126
- ES del 28 de septiembre de 1994, Exp. N° 2169-94 Cañete, en ROJJASI PELLA, 1997, p. 104 ss.	2145
- ES del 29 de octubre de 1970, en <i>RJP</i> 1971, p. 264.	2164
- ES del 17 de abril de 1937, en <i>RF</i> 1937, p. 309.	2164
- ES del 28 de septiembre de 2004, RN N° 2132-2004-Cañete, en SAN MARTIN CASTRO, 2006, p. 281 ss.	2165

Delito imposible

- ES del 30 de setiembre de 1943, en <i>RJP</i> 1943, p. 31.	2182
- ES del 30 de setiembre de 1939, en <i>RF</i> 1940, p. 388.	2183

Autoría y participación. Criterios diferenciadores

- ES del 02 de octubre de 1997, RN N° 4354-97 Callao, en ROJAS, 1999, p. 159.	2232
- STC del 29 de abril de 2005, Exp. N° 1805-2005-HC/TC Lima, F.J. 34 ss.	2232
- ES del 09 de junio de 2004, RN N° 253-2004, Ucayali, en CARO, 2007, p. 69 ss.	2234
- ES del 16 de junio de 2004, RN N° 299-2004, Santa, en CARO, 2007, p. 70.	2234
- ES del 27 de septiembre de 2004, RN N° 23-2004, Lambayeque, en CARO, 2007, p. 70.	2234

Autoría mediata y dominio de la organización

- ES del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 168.	2245
- Sentencia de la Sala Penal Nacional del 13 de octubre de 2006, Exp. N° 560-03, caso de la cúpula senderista, en PARIONA, 2009, p. 59 ss.	2260
- ES de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del 27 de noviembre de 2007, RN 5385-2006, caso de la cúpula senderista, en PARIONA, 2009, p. 59 ss.	2260

- Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima del 8 de abril de 2008, Exp. N° 03-2003-1°SPE/CSJLI, caso del grupo Colina y La Cantuta. 2261
- Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima del 1 de octubre de 2010, Exp. N° 28-2001-1°SPE/CSJLI, caso del grupo Colina y Barrios Altos. 2261
- Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del 7 de abril de 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, caso Fujimori, en MEINI, 2009, p. 603 ss. 2261
- ES de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del 30 de diciembre de 2009, Exp. N° 19-2001-09-A.V., caso Fujimori, en MEINI, 2009, p. 603 ss. 2261
- ES del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS VARGAS, 1999, p. 169. 2269

Coautoría

- ES del Exp. N° 4165-97 Ica, en CARO, 2007, p. 86. 2276
- ES del 14 de abril de 1999, Exp. N° 10-99 Lima, en RJP, 2000, p. 273. 2287
- ES del 28 de diciembre de 1961, en RJP 1962, p. 612. 2291
- ES del 30 de noviembre de 1960, en RJP 1960, p. 1482. 2292
- ES del 25 de noviembre de 1964, en AJ 1964, p. 306. 2292
- ES del 9 de setiembre de 1955, en RJP 1956, p. 216. 2292
- ES del 18 de julio de 1950, en RJP 1951, p. 297. 2292
- ES del 1 de abril de 1950, en RF 1950, p. 372. 2292
- ES del 31 de octubre de 1959, en RJP 1960, p. 432. 2292
- ES del 15 de enero de 1973, en RJP 1973, p. 93. 2292
- ES del 13 de octubre de 2004, RN N° 1720-2004 Callao, en SAN MARTIN, 2006, p. 289. 2293
- ES del 02 de julio de 2004, RN N° 602-2004 Huánuco, en CARO, 2007, p. 88. 2293
- ES del 25 de enero de 1995, RN N° 4647-95 Lambayeque, en ROJAS, 1999, p. 164. 2293
- ES del 25 de marzo de 1998, RN N° 5924-98 Piura, en ROJAS, 1999, p. 164. 2293

- ES del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 170. 2293
- ES del 11 de marzo de 1998, RN N° 6017-97 Lima, en ROJAS, 1999, p. 161. 2293
- ES del 20 de noviembre de 1997, RN N° 3900-97, en ROJAS, 1999, p. 293. 2293
- ES del 21 de julio de 2004, RN N° 1260-2004, en VILLAVICENCIO, 2006, p. 482. 2296

Instigación

- ES del 22 de marzo de 1999, Exp. N° 64-99 La Libertad, en CARO, 2007, p. 103. 2298
- ES del 9 de octubre de 1997, Exp. N° 3840-97 Ayacucho, en VARGAS, 1999, p. 168. 2309
- ES del 2 de enero de 1968, en *RJP* 1968, p. 982. 2315
- ES del 26 de agosto de 1947, en *RJP* 1947, p. 492. 2315
- ES del 15 de octubre de 1951, en *RJP* 1952, p. 1732. 2315
- ES del 31 de octubre de 1959, en *RJP* 1960, p. 432. 2315
- ES del 9 de agosto de 2004, en CARO, 2007, p. 337. 2315

Complicidad

- ES del 02 de octubre de 1997, RN N° 4354-97 Callao, en ROJAS, 1999, p. 159. 2334
- ES del 16 de septiembre de 2004, RN N° 2270-2004 La Libertad, en CARO, 2007, p. 104 ss. 2236
- ES del 22 de julio de 1939, *AJ* 1939, p. 138. 2242
- ES del 16 de septiembre de 2004, RN N° 2270-2004 La Libertad, en CARO, 2007, p. 104 ss. 2243
- ES del 7 de agosto de 1958, en *AJ* 1958, p. 91. 2244
- ES del 25 de agosto de 1960, en *AJ* 1960, p. 51. 2244
- ES del 06 de noviembre de 1998, Exp. N° 2770-98 Ancash, en *GJ*, 1999, p. 232. 2258
- ES del 06 de octubre de 1999, Exp. N° 3086-99 Lima, en ROJAS, 2000, p. 87. 2267

- ES del 31 de marzo de 1998, Exp. N° 590-98 Lima, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 105. 2267
- ES del 18 de junio de 1998, Exp. N° 1384-98 Arequipa, en ROJAS, 1999, p. 107. 2267
- ESUp del 05 de agosto de 1999, Exp. N° 98-174-81, en *SerJur* 4, p. 213. 2267
- ES del 10 de noviembre de 1998, Exp. N° 4188-98 Callao, en ROJAS, 1999, p. 279. 2267
- ES del 14 de enero de 2010, Exp. N° 3476-2009, Lima Norte. 2267
- ES del 25 de agosto de 1960, en *AJ* 1960, p. 151. 2269

Actuar en lugar de otro

- Cons. N° 3963-99 Ancash, del 24 de octubre de 1997, en ROJAS, 1999, p. 84. 2387
- ES del 10 de septiembre de 1997, sobre el Exp. N° 1746-99, en CARO, 2007, p. 632. 2387
- ES recaída sobre el RN N° 3469-99 Santa, en CARO, 2007, p. 633. 2387

Concurso de leyes y de delitos

- STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, F.J. 38 ss. 2508
- ES del 12 de mayo de 1952, en *RJP* 1952, p. 2322. 2535
- ES del 7 de octubre de 1999, Exp. N° 3274-Piura, en ROJAS, 2000, p. 107. 2536
- ESUp del 02 de noviembre de 1998, Exp. N° 4341-97 Lima. 2537
- ES del 31 de agosto de 1998, Exp. 1052-97 Lima. 2537
- ES del 8 de noviembre de 1951, en *RJP* 1952, p. 1730. 2539
- ES del 27 de agosto de 1996, Exp. N° 3741-1994-B Lima. 2539
- ES del 15 de noviembre de 1960, en *RJP* 1961, p. 906. 2539
- ES del 13 de octubre de 1908, en *AJ* 1908, p. 445. 2539
- ES del 25 de septiembre de 1998, Exp. N° 668-97 Lambayeque, en Serie de jurisprudencia de materia penal, p. 148. 2542
- ES del 1 de setiembre de 1970, en *RJP* 1970, p. 1245. 2543
- ES del 5 de diciembre de 1968, en *RJP* 1968, p. 112. 2543
- ES del 12 de julio de 1945, en *RJP* 1945, p. 612. 2543
- ES del 11 de noviembre de 1921, en *AJ* 1921, p. 169. 2543

- ES del 25 de noviembre de 1997, Exp. N° 4932-1997, en ROJAS/
INFANTES, 2001, p. 131. 2544
- ES del 11 de enero de 1946, en RT 1947, p. 25. 2545
- ES del 31 de marzo de 1998, Exp. N° 6407-97 Cuzco, en ROJAS /
INFANTE, 2001, p. 131. 2545
- ES del 17 de julio de 1998, Exp. N° 1774-98 Lima, en Dialogo con la
jurisprudencia, 2001, p. 169. 2545

Delito continuado

- ES del 31 de marzo de 1975. 2546
- ES del 5 de agosto de 1946, en RJP 1946, p. 514. 2546

Penas privativas de libertad

- STC del 15 de noviembre de 2001, Exp. N° 005-2001-AI/TC. 2582
- STC del 4 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC. 2592

Pena de inhabilitación

- AP N° 02-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, sobre la pena
de rehabilitación y las reglas para su ejecución. 2741, 2742,
2748, 2750,
2754, 2760
- ES del 22 de enero de 1993, Exp. N° 1982-92-A Lima. 2744
- ESUP del 19 de noviembre de 1998, Exp. N° 2571-97, emitida por la
Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la
Corte Superior de Justicia de Lima. 2745
- ES del 23 de octubre de 1997, Exp. N° 4794-96 Huánuco. 2751
- ES del 6 de marzo de 1998, Exp. N° 5833-97 Lima. 2752
- ES del 21 de julio de 1997, Exp. N° 5833-97 Lima. 2753
- ES del 16 de julio de 1997, Exp. N° 3753-96 Huaura. 2753
- AP N° 10-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, so-
bre la ejecución de la pena de inhabilitación y los efectos de su
impugnación. 2762

Determinación judicial de la pena

- AP N° 02-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, sobre la concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado en la determinación judicial de la pena. 2820
- AP N° 04-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, sobre la determinación de la pena en casos de concurso real. 2858

Reincidencia y habitualidad

- STC del 19 de enero de 2007, Exp. N° 0014-2006-AI/TC. 2837
- AP N° 01-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, sobre la valoración de la reincidencia y la habitualidad en la determinación de la pena. 2839
- AP N° 01-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, sobre la problemática actual de la prescripción. 2852

Medidas alternativas a las penas privativas de libertad

- ES del 27 de mayo de 2005, RN N° 3332-2004 Junín. 2973
- ES del 20 de abril de 2006, RN N° 2476-2005 Lambayeque. 2974

Rehabilitación

- AP N° 01-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, sobre la valoración de la reincidencia y la habitualidad en la determinación de la pena. 2985
- ESUp dictada por la 12ª Sala Penal de la Corte Superior de Lima del 10 de agosto de 1995, Exp. N° 163-92. 2987

Causales de extinción de la acción penal y de la pena

- ES del 16 de setiembre de 1991, Exp. N° 160-91 Huánuco. 3099
- ES del 13 de enero de 1992, Exp. N° 1271-92 Lima. 3099
- STC del 15 de noviembre de 2006, Exp. N° 5068-2006-PHC/TC, FJ. 12. 3132
- AP N° 01-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, sobre la problemática actual de la prescripción. 3137, 3145

- AP N° 09-2007/CJ-116, sobre los plazos de prescripción en los delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal y cadena perpetua. 3142

Reparación civil

- AP N° 06-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, sobre la responsabilidad civil en los delitos de peligro. 3158, 3184
3220
- ES del 17 de agosto de 1943, en *RT*, 1944, p. 25 ss. 3180
- ES del 28 de enero de 1943, en *RT*, 1944, p. 63. 3180
- ES del 6 de mayo de 1939, en *RT*, 1939, p. 242. 3193
- ES del 28 de abril de 1947, en *RJP*, 1947, p. 460. 3195
- ES del 21 de abril de 1998, Exp. N° 3897-97 Lima. 3215
- ES del 1 de setiembre de 1997, Exp. N° 6363-96 La Libertad. 3215
- ES del 13 de octubre de 1992, Exp. N° 903-92-A Huánuco. 3217
- ES del 7 de junio de 2005, Exp. N° 948-2005 Junín. 3219
- ES del 14 de abril de 2005, RN N° 216-2005 Huánuco. 3220

2. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Aplicación de la ley penal en el espacio y en el tiempo

- Comisión Europea de Derechos del Hombre, decisión del 4 de marzo de 1985 en la causa Enkelmann vs. Suiza, en *JAAC* 49 (1985), N° 76. 911

Aplicación de la ley penal en relación con las personas

- ATF 107 Ia 228. 922
- SCIDH del 29 de agosto de 1999, recaída sobre el caso Cesti Hurtado vs. Perú. 983

Delitos culposos

- ATF 113 IV 58/JdT 1987 IV 138. 1944
- ATF 126 IV 88. 1944

Autoría y participación. Criterios diferenciadores

- Jurisprudencia alemana sobre calidad de autor, en BGH 18, p. 87
(caso Staschynski). 2230, 2255
- Jurisprudencia alemana, sobre calidad de autor, en BGH 78, p. 84
(caso Bade-Wandlungen). 2230

Autoría mediata y dominio de la organización

- Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal del 9 de diciembre de 1985, caso de las Juntas Militares de Gobierno de Argentina, en LASCANO, 2001, p. 351. 2258
- Sentencia confirmatoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de diciembre de 1986, caso de las Juntas Militares de Gobierno de Argentina, en LASCANO, 2001, p. 351. 2258
- Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán del 23 de julio de 1994, caso de los guardianes del Muro de Berlín, AMBOS, 2005, p. 237. 2259

II. ÍNDICE LEGISLACIÓN CONSULTADA

Archivo digital de la legislación en el Perú. Leyes numeradas desde el año 1904 a la fecha. Congreso de la República. <http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNumPP.htm>

1. CÓDIGOS

- Código Civil (DLeg N° 295), del 25 de julio de 1984.
- Código de Ejecución Penal de 1991 (DLeg N° 654), del 2 de agosto de 1991.
- Código de Ejecución Penal de 1985 (DLeg N° 330), del 6 de marzo de 1985.
- Código de Justicia Militar de 1980 (DL N° 23214), del 24 de julio de 1980.
- Código de Justicia Militar de 1963 (DL N° 14613), del 25 de julio de 1963.
- Código de Justicia Militar Policial (DLeg N° 961), del 11 de enero de 2006.
- Código del Niño y del Adolescente de (Ley N° 27337), del 2 de agosto del 2000.
- Código de Procedimientos Penales (Ley N° 9024), del 16 de enero de 1940.
- Código Penal de 1991 (DLeg N° 635), del 8 de abril de 1991.
- Código Penal de 1924 (Ley N° 48681), del 28 de julio de 1924.
- Código Penal de 1863, del 01 de marzo de 1863.
- Código Penal de 1853, del 19 de mayo de 1853.
- Código Penal Militar Policial (DLeg N° 1094), del 01 de septiembre de 2010.
- Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), del 07 de mayo de 2004.
- Código Procesal Penal de 2004 (DLeg N° 957), del 29 de julio de 2004.
- Código Procesal Penal de 1991 (DLeg N° 638), del 27 de abril de 1991.
- Código Sanitario (DL N° 17505), del 18 de marzo de 1969.

2. CONSTITUCIONES

- Constitución Política de 1993, del 29 de diciembre de 1993.
- Constitución Política de 1979, del 12 de julio de 1979.
- Constitución Política de 1933, del 09 de abril de 1933.
- Constitución Política de 1920, del 18 de enero de 1920.
- Constitución Política de 1860, del 13 de noviembre de 1860.
- Constitución Política de 1828, del 18 de marzo de 1828.
- Constitución Política de 1823, del 12 de noviembre de 1823.

3. LEYES Y DECRETOS

- Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (Ley N° 29182), del 11 de enero de 2008.
- Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial (Ley N° 28665), del 7 de enero de 2006.
- Ley de los delitos aduaneros (Ley N° 28008, vigente), del 19 de junio de 2003.
- Ley Orgánica de Justicia Militar de 1980 (DL N° 23201), del 18 de julio de 1980.
- Ley Orgánica de Justicia Militar de 1963 (DL N° 14612), del 25 de julio de 1963.
- Ley Orgánica del Ministerio Público (DLeg N° 052), del 10 de marzo de 1981.
- Ley Penal Tributaria (DLeg N° 813), del 20 de abril de 1996.
- Ley Penal contra el Lavado de Activos (Ley N° 27765), del 27 de junio de 2002.
- Decreto legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio (DLeg N° 992), del 22 de julio de 2007.
- Decreto legislativo que regula la conformación de Plenos Jurisdiccionales con el objeto de dictar sentencias y acuerdos plenarios vinculantes (DLeg N° 959), del 17 de agosto de 2004.
- Decreto ley que tipificó los delitos de terrorismo y las normas que regulan su procedimiento (DL N° 25475), del 06 de mayo de 1992.
- Decreto ley que previó por vez primera el delito de desaparición forzada (DL N° 25592), del 26 de junio de 1992.
- Ley contra el pandillaje pernicioso (DLeg N° 899), del 26 de mayo de 1998.
- Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes (Ley N° 28950), del 16 de enero de 2007.

- Ley de aeronáutica civil del Perú (Ley N° 27261), del 10 de mayo de 2000.
- Ley de beneficios penales y penitenciarios aplicables para agentes que cometen delitos graves contra la administración pública (Ley N° 27770), del 28 junio de 1992.
- Ley de condiciones del ejercicio de la legítima defensa (Ley N° 27936), del 28 de enero de 2003.
- Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres (Ley N° 27030), del 29 de diciembre de 1998.
- Ley de extradición (Ley N° 27410, derogada), del 17 de junio de 1987.
- Ley de extranjería (DLeg N° 703), del 14 de noviembre de 1991.
- Ley de la vigilancia electrónica (Ley N° 29499), del 19 de enero de 2010.
- Ley de los delitos aduaneros (Ley N° 26461, derogada), del 24 de mayo de 1995.
- Ley de prohibición y sanción administrativa de las conductas anticompetitivas en el mercado que derogó los delitos de abuso de poder económico, acaparamiento y licitaciones colusorias (DLeg N° 1034), del 26 de junio de 2008.
- Ley de protección frente la violencia familiar (DS N° 006-97-JUS), del 27 junio de 1997.
- Ley de represión de la competencia desleal que derogó los delitos de publicidad engañosa, fraude a los consumidores y competencia desleal (DLeg N° 1044), del 26 de junio 2008.
- Ley de represión de la producción y comercialización de bebidas alcohólicas ilegales (Ley N° 29632), del 17 de diciembre de 2010.
- Ley de transplantes de órganos y tejidos (Ley N° 23415), del 1 de junio 1982.
- Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (DLeg N° 637), del 9 de diciembre de 1996.
- Ley ilegal de amnistía (Ley N° 26479), del 14 de junio de 1995.
- Ley modificatoria del concurso real y el concurso retrospectivo de delitos (Ley N° 28730), del 13 de mayo de 2006.
- Ley modificatoria del delito continuado (Ley N° 26683), del 11 de noviembre de 1996.
- Ley modificatoria de los delitos contra los derechos del autor y la propiedad industrial y los delitos ambientales (Ley N° 29263), del 02 de octubre de 2008.
- Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859), del 1 de octubre de 1997.

- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 26435), del 6 de enero de 1995.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Ley N° 26520), del 8 de agosto de 1995.
- Ley Orgánica modificatoria del Código Penal español (Ley Orgánica 5/2010), del 22 de junio de 2010.
- Ley sobre la represión de la competencia desleal (DL N° 26122), del 30 de diciembre de 1992.
- Ley que deroga la pena de expatriación (Ley N° 29460), del 27 de noviembre de 2009.
- Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada (Ley N° 27378), del 21 de diciembre de 2000.
- Ley que establece el procedimiento en caso de faltas (Ley N° 27939), del 12 de febrero de 2003.
- Ley que incorpora al Código Penal el delito de manipulación genética (Ley N° 27636), del 16 de enero de 2002.
- Ley que incorpora la reincidencia y habitualidad (Ley N° 28726), del 9 de mayo de 2006.
- Ley que incorpora modificaciones a la regulación de la reincidencia y habitualidad (Ley N° 29407), del 18 de setiembre de 2009.
- Ley que incorpora modificaciones a la regulación de la reincidencia y habitualidad (Ley N° 29570), del 25 de agosto de 2010.
- Ley que incorpora modificaciones a la regulación de la reincidencia y habitualidad (Ley N° 29604), del 22 de octubre de 2010.
- Ley que regula el procedimiento para los casos de homonimia (Ley N° 27411), del 17 de enero de 2001.
- Ley que regula la conclusión anticipada del juicio (Ley N° 26320), del 2 de junio de 1994.
- Ley que reguló la acumulación y los casos de conexidad procesal (Ley N° 10124), del 29 de diciembre de 1944.
- Manual de procedimientos para la ejecución de las sentencias a penas limitativas de derechos (Res.Dir. N° 029-95-INPE-DGT), del 18 de abril de 1995.
- Normativa de lucha contra el narcotráfico (DLeg N° 824), del 24 de abril de 1996.
- Reglamento del Código de Ejecución Penal de 1991 (DS N° 015-2003-JUS), del 11 de septiembre de 2003.

- Reglamento de la Ley N° 27030 ó Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres (DS N° 005-2000-JUS), del 28 de junio de 2000.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o “Reglas de Tokio”, aprobadas por la Asamblea General en diciembre de 1990.
- Resolución N° 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre medidas penales sustitutivas de las penas privativas de libertad, del 09 de marzo de 1976.

4. CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES

- Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada en asamblea general de 27 de julio de 1969.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Convención de Chicago de 1944, del 7 de diciembre de 1944.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, del 30 de abril de 1982.
- Convención Europea de Derechos Humanos, suscrita en Roma por el Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950.
- Convención Internacional de Roma de 1952 del 7 de octubre de 1952.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, el 26 de agosto de 1789.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por la Asamblea General de la ONU, de 16 de diciembre de 1966.
- Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, ratificado por el Perú el 25 de octubre de 1889.
- Tratado de Extradición entre la República del Perú y el Reino de España, del 28 de junio de 1989.
- Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República de Bolivia, del 27 de agosto de 2003.
- Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República de Corea, del 5 de diciembre de 2003.

- Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República de Panamá, del 8 de setiembre de 2003.
- Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República del Paraguay, del 17 de octubre de 1997.
- Tratado de Extradición entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos, del 2 de mayo de 2000.
- Tratado de La Habana de 1928 ó Código de Bustamante, ratificado por el Perú el 31 de diciembre de 1928.
- Tratado de Lima de 1929, del 3 de junio de 1929.

5. ANTEPROYECTOS DE CÓDIGO PENAL

- Anteproyecto de CP de 2004.
- Anteproyecto de CP de 2009.

6. ACUERDOS PLENARIOS

- I Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 30 de septiembre de 2005. Se emitieron los Acuerdos Plenarios: AP N° 01, 02, 03 y 04-2005/CJ-116.
- II Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 13 de octubre de 2006. Se emitieron los Acuerdos Plenarios: AP N° 01-2006/ESV-22, AP N° 02, 03, 04, 05, 06 y 07-2006/CJ-116.
- III Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 16 de noviembre de 2007. Se emitieron los Acuerdos Plenarios: AP N° 01-2007/ESV-22, AP N° 02, 03, 04, 05, 06, 07 y 08-2007/CJ-116.
- IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 18 de julio de 2008. Se emitieron los Acuerdos Plenarios: AP N° 01, 02, 03 y 04-2008/CJ-116.
- V Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 13 de noviembre de 2009. Se emitieron los Acuerdos Plenarios: AP N° 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09 y 10-2009/CJ-116.
- VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 16 de noviembre de 2010; emitiéndose los Acuerdos Plenarios: AP N° 01, 02, 03, 04, 05 y 06-2010/CJ-116.

III. ÍNDICE DE MATERIAS

Las cifras indicadas corresponden a los números de los párrafos del libro.

—A—

Aberratio ictus, 1287 ss., 2324.

Acción, 1030 ss; acto automático interiorizado, 1032, 1037, 1083; ausencia, 1079 ss.; causales de extinción de la ... penal, 3081 ss.; ... civil, 3197, 3201, 3219; criterios para determinar la ... en sentido natural, 2406, en sentido jurídico, 2407; desvalor del resultado y de la ..., 72 ss.; discusiones dogmáticas sobre la..., 1034 ss., 1068 ss.; en delito continuado, 2470 ss., 2480 ss.; típica, 1121 ss.; en delitos de comisión culposa, 1894 ss.; omisión de la ... esperada, 1959; fuerza física irresistible, 1079 ss.; movimientos reflejos, 1082 ss.; naturaleza de la ... como circunstancia genérica, 2825; noción causal o natural, 1034 ss.; noción finalista, 1039 ss.; noción funcional, 1064 ss.; noción negativa, 1061 ss.; noción personal, 1057 ss.; noción social, 1051 ss.; pluralidad de... en concurso real de delitos, 2442 ss.; prescripción de la ... penal, 3126 ss.; terminología en CP, 1074; unidad de... respecto a la omisión y la culpa, 2419 ss.

Actio libera in causa, 1085, 1488, 1691 ss.

Actuar en lugar de otro, 2379 ss.; actuación de derecho o de hecho, 2385 ss.; campo de aplicación, 2382 ss.; participación en el ..., 2388; realización del tipo legal, 2387 ss..

Antijuricidad, 1370 ss.; carácter objetivo de la..., 1379 ss.; causas de justificación, 1384 ss.; ... e ilicitud, 1370 ss.; elementos subjetivos de las causas de justificación, 1390 ss.; formal y material, 1374 ss.; fundamento de las causas de justificación, monista y pluralista, 1381, 1385 ss.

Aplicación de la ley penal en relación con las personas, 918 ss.; congresistas, 926 ss.; Contralor General, 936; Defensor del Pueblo, 935; Embajadores, 939; Fiscal de la Nación y Fiscales supremos, 933; Fuerzas Armadas extranjeras, 943; Jefes de Estado extranjeros, 937; Magistrados del Tribunal Constitucional, 934; menores, 944 ss.; militares, 953 ss.; Ministros de Estado, 931; Presidente de la República, 929; privilegios establecidos en derecho internacional, 937 ss.; privilegios fijados en derecho público interno, 923 ss.; Vocales de Corte Suprema, 932.

Aplicación de la ley penal en el espacio, 586 ss.; actos de participación, 661 ss.; agente nacional, 688 ss.; derecho penal internacional, 586 ss.; excepciones al principio de extraterritorialidad, 778 ss.; extradición, 700, 719 ss.; identidad de normas, 693 ss.; jurisdicción y competencia, 597 ss.; funcionario que delinque en el extranjero, 773 ss.; lugar de comisión de la infracción, 630 ss.; misiones diplomáticas, 641; ley penal extranjera, 754 ss.; principio de competencia real, 667 ss.; principio de la administración de justicia por representación, 714 ss.; principio de la competencia universal, 705 ss.; principio de personalidad activa, 678 ss.; principio de personalidad pasiva, 701 ss.; principio del pabellón o matrícula, 642 ss.; principio real o de defensa, 610, 644, 669 ss., 702, 774, 779; principio de territorialidad, 609, 614 ss.; principio de ubicuidad, 352, 611, 633 ss., 675, 839; sentencias extranjeras, 764 ss.; territorio, 621 ss.

Aplicación de la ley penal en el tiempo, 786 ss.; abrogación, 827; cambio de jurisprudencia, 909 ss.; concurso real, 916; cosa juzgada, 856 ss.; derogación y desuso, 789 ss.; irretroactividad, 801 ss.; ley más favorable, 825 ss., 841 ss., 861, 876; ley y tiempo, 786 ss.; leyes correctoras, 816; leyes en blanco, 815; leyes intermedias, 893; leyes interpretativas, 816.; leyes procesales, 820, 894 ss.; leyes sobre ejecución de sanciones, 889; leyes temporales y excepcionales, 890 ss.; medidas de seguridad, 874 ss., 878 ss.; modificaciones de la ley, 847, 856, 883 ss.; modificación de sentencia, 864 ss., 870 ss.; momento de realización del delito, 837 ss.; prescripción, 903 ss.; principio de combinación de leyes, 828 ss.; retroactividad, 822 ss.; *tempus regit actum*, 796 ss., 822, 842.

Autoría, 2238 ss.; actuar en lugar de otro, 2379 ss.; autor incapaz de culpabilidad, 2241; ... causal o accesoria, 2285 ss.; criterio de violación del deber, 2236; criterio formal objetivo, 2223; criterio material objetivo, 2224; criterio subjetivo, 2225 ss.; error sobre el dominio del hecho, 2262 ss.; ... mediata, 2242 ss.; ... mediata en virtud de error, 2249 ss.; ... mediata en virtud de coacción, 2247 ss.; ... mediata en virtud de aparatos organizados de poder, 2255 ss.; regula-

ción legal de la ..., 2243 ss.; teoría del dominio del hecho, 2231 ss.; ... y delitos culposos, 2268; ... y delitos de propia mano, 2264 ss.; ... y delitos especiales, 2266 ss.

—B—

Bien jurídico, abandono de la noción de..., 44 ss.; conflicto de..., 1505; como categoría sistemática, 38; como vigencia de la norma, 49; en el estado de necesidad, 1472 ss.; en la legítima defensa, 1418 ss.; fin de la norma, 38 ss.; marco constitucional, 54 ss.; necesidad de la noción, 58 ss.; noción positivista, 36; nocividad social, 47; preeminencia del ... salvado, 1476; violación, 34; ... y antijuricidad material, 1376 ss.; ... y carácter fragmentario del derecho penal, 111; ... y delitos de peligro, 2022; ... y delito imposible, 2171; ... y desvalor de la acción y del resultado, 72; ... y noción de moral, 41 ss., 66 ss.; ... y tipo legal, 1092.

—C—

Capacidad de culpabilidad (imputabilidad), capacidad penal, límite cronológico, 1652 ss.; evolución legislativa nacional, 1629 ss.; generalidades, 1656 ss.; menores de edad, 1625 ss.; según el Código penal de 1863, 1629 ss.; según el Código penal de 1924, 1634 ss.; situación actual legislativa, 1643 ss.

Causales de extinción de la acción penal y de la pena, 3081 ss.; amnistía, 3100 ss.; colaboración eficaz, 3123 ss.; cosa juzgada, 3105 ss.; cumplimiento de la pena, 3117 ss.; derecho de gracia, 3102 ss.; desistimiento y transacción, 3110 ss.; exención de pena, 3122 ss.; indulto, 3114; muerte, 3098 ss.; perdón del ofendido, 3119 ss.; prescripción, 3126 ss.

Causalidad, alternativa o doble, 1146; como base, 1171 ss.; teorías, 1147 ss.; adecuada, 1154 ss.; condición conforme a las leyes naturales, 1171; criterio de la relevancia, 1159; e imputación, 1139 ss.; equivalencia de las condiciones, 1147 ss.; hipotética, 1146; prohibición de regreso, 1182.

Coautoría, 2270 ss.; autoría causal o accesoria, 2285 ss.; circunstancias materiales y personales, 2287; circunstancias particulares, 2282 ss.; condiciones personales, 2280; contribución propia, 2279; decisión común de cometer la infracción, 2273 ss.; dominio común del hecho, 2278; imputación del hecho punible, 2281; tentativa e instigación en la ..., 2294 ss.; ... y autoría mediata por dominio organizativo, 2257; ... y jurisprudencia, 2292.

Complicidad, 2330 ss.; *animus socii*, 2226 ss.; diferencia con coautores, 2332 ss., 2277; dolo de..., 2352 ss.; noción, 2330; causalidad de la..., 2338 ss.; intelectual, 2336 ss.; en delitos especiales, 2351; fijación de la pena, 2369 ss.; fundamento de represión de la..., 2356 ss.; hecho punible principal, 2335; intención, 2352 ss.; momento de la intervención del cómplice, 2341 ss.; ... primaria y secundaria, 2208, 2275, 2359 ss.; por omisión, 2349 ss.; principio de accesoriedad, 2301 ss.; prestar auxilio o asistencia, 2336; tentativa de complicidad, 2347 ss.; ... y autoría mediata por dominio organizativo, 2257; ... y determinación judicial de la pena, 2831; ... y lugar de comisión del delito, 661 ss.; ... y responsabilidad por el hecho propio, 2297, 2299; ... y solidaridad de la reparación civil, 3187.

Comunidades campesinas, 4 ss.; rondas y acuerdo plenario, 184, 261 ss., 355; ... y derecho consuetudinario, 13, 252, 373, 378, 389, 1522; ... y pluriculturalismo, 208 ss., 1670.

Concurso aparente de leyes, noción, 2499 ss.; actos anteriores o posteriores impunes, 2527 ss.; definición, 2499 ss.; principio de alternatividad, 2509 ss.; principio de consunción, 2530 ss.; principio de especialidad, 2516 ss.; principio de identidad, 2508 ss.; principio de subsidiaridad, 2524 ss.; principios para resolver concurso aparente, 2505 ss.; y jurisprudencia, 2534 ss.

Concurso de leyes y delitos, 2389 ss.; acción en sentido jurídico, 2407 ss.; acción en sentido natural, 2406; concurso aparente de leyes, 2499 ss.; concurso ideal de delitos, 2422 ss.; concurso real de delitos, 2440 ss.; concurso real retrospectivo, 2451 ss.; criterios para determinar unidad y pluralidad de acción, 2406 ss.; delito continuado, 2459 ss.; legislación nacional y sus fuentes, 2392 ss., 2433 ss.; terminología y concepto de acción, 2400 ss.; unidad de acción en caso de omisión y culpa, 2419 ss.; unidad y pluralidad de acción, 2400 ss.; y jurisprudencia, 2534 ss.

Concurso ideal de delitos, 2422 ss.; concurso homogéneo, 2428; fijación de la pena, 2430 ss.; legislación nacional sobre la fijación de pena, 2433 ss.; legislación y doctrina extranjeras sobre la fijación de pena, 2430 ss.; relaciones con concursos aparente de leyes y real de delitos, 2424; unidad de acción y pluralidad de leyes violadas, 2426; ... y determinación judicial de la pena, 2855 ss.

Concurso real de delitos, 2440 ss.; fijación de la pena, 2447 ss.; noción, 2440; pluralidad de acciones, 2442; concurso real de faltas, 2861 ss.; concurso real homogéneo y heterogéneo, 2445; principio de la absorción y de la acumulación de penas, 2447 ss.; ... y aplicación de la ley en el tiempo, 916; ... y determinación judicial de la pena, 2857 ss.

Concurso real retrospectivo, 2451 ss.; fijación de la pena, 2456 ss.; noción, 2451, principio de absorción y acumulación, 2455; ... y determinación judicial de la pena, 2859 ss.

Consecuencias accesorias, 1851 ss., 3221 ss; comiso, 3271 ss.; como medidas cautelares, 3302 ss.; clases de...; 3246 ss.; naturaleza jurídica, 3235 ss.; pérdida de ganancias de la persona jurídica, 3268 ss.; reglas de aplicación, 3253 ss.; ... y acuerdo plenario, 3313 ss.

Consentimiento, 1304 ss.; acuerdo y ..., 1320 ss.; capacidad para consentir, 1338 ss.; contenido del ..., 1350; derechos irrenunciables, 1327 ss.; disponibilidad del bien jurídico, 1330 ss.; exclusión de la tipicidad, 1351 ss.; fundamentos, 1307 ss.; gestión de negocios sin mandato, 1364; legislación extranjera, 1306 ss.; legislación nacional, 1305; libertad para consentir, 1357; manifestación del ..., 1344 ss.; momento para consentir, 1348 ss.; ... presunto, 1358 ss.; requisitos, 1330 ss.

Criminología, 155 ss.; biología criminal, 158 ss.; concepciones criminológicas mixtas, 170 ss.; psicología criminal, 168 ss.; sociología criminal, 161 ss.; teoría de la estigmatización, 171 ss.

Culpabilidad, 1589 ss.; capacidad de ..., 1623 ss.; causas eximentes o atenuantes, 1723; co-culpabilidad o culpabilidad parcial, 1594 ss.; concepción normativa de culpabilidad, 1607 ss.; concepción psicológica de culpabilidad, 1603 ss.; concepción psicológico-normativa de culpabilidad, 1605 ss.; exclusión de la ..., 1795 ss.; explicación funcional de la ..., 1615 ss.; impugnación de la ..., 1610 ss.; juicio comparativo de índole social, 1595; noción de ..., 1603 ss.; libre arbitrio, 84, 101, 1610 ss., 1656; y preterintencionalidad, 1600; personas jurídicas, 1838, 1843; principio de ..., 413, 1129, 1838, 2299; principio no pena sin ..., 1598 ss.; regulación legislativa, 1594 ss.; ... y responsabilidad, 1589 ss.

—D—

Delito(s), 28 ss.; acumulativos, 1135; alternativos, 1135; básicos, 1136; calificados, 1136; continuado, 848; ... complejos, 1134; comunes, 1130; culposos, 1129, 1871 ss.; de dominio, 1137; de estado; 1133; de infracción de un deber, 1137; de lesión y de peligro, 1126 ss.; de propia mano, 1130, 1131; de pura actividad, 1122; de resultado, 1123 ss.; de una sola acción, 1135; en sentido formal y material, 28 ss.; en sentido natural, 31 ss.; especiales (*delictum proprium*), 1130; instantáneo y aplicación de ley en el tiempo, 852; lugar de comisión (ley en el espacio), 661 ss.; noción, 411 ss.; noción francesa, 1017 ss.; objeto

del delito, 1120 ss.; omisión dolosos, 1946 ss.; permanente, 1133; permanente o continuo y aplicación de ley en el tiempo, 848, 1133; privilegiados, 1136; proceso ejecutivo (*iter criminis*), 2060 ss.; político (hechos conexos), 673 ss., 711, 720, 779, 783 ss.; preterintencionales, 1129; putativo, 2184; residuales, 1132; sexuales, 484; simples, 1134; tentado y agotado, 2123; teoría del delito, 986 ss.; momento de comisión (ley en el tiempo), 786 ss.; ... y moral, 66 ss.

Delito continuado, 2459 ss.; carácter normativo del..., 2461 ss.; elementos del ..., 2470 ss.; e irretroactividad de la ley penal, 809; fijación de la pena, 2495 ss.; identidad de resolución criminal, 2487 ss.; pluralidad de acciones, 2470; pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza, 2473 ss.; realización de las acciones en momentos diversos, 2480 ss.; regulación legislativa del..., 2467 ss.; ... y amnistía, 3101; ... y cómputo de la prescripción, 3140; ... y delito de omisión, 2486; ... y determinación judicial de la pena, 2869; ... y jurisprudencia, 2546 ss.; ... y modificación de la ley en la ejecución del delito, 848 ss.

Delitos culposos, 1871 ss.; ámbito de protección del tipo legal, 1912 ss.; autor en ..., 1893; culpa con representación y culpa sin representación, 1920 ss.; culpabilidad, 1931 ss.; ... de comisión, 1892 ss.; evolución legislativa, 1876 ss.; ilicitud, 1928 ss.; individualización de la determinación de la culpa, 1916 ss.; evolución de la doctrina, 1880 ss.; noción unitaria de la culpa, 1881; participación, 1938 ss.; peligro no permitido, 1898 ss.; principio de confianza, 1908 ss.; sistemática del..., 1888 ss.; tentativa, 1937; tipo legal objetivo, 1892 ss.; tipo legal subjetivo, 1914 ss.

Delitos de omisión dolosos, 1946 ss.; comisión y omisión, 1948 ss.; culpabilidad, 2020; delitos de omisión impropia, 1962 ss.; delitos de omisión propia, 1955 ss.; ilicitud, 2019; tipo legal objetivo, 1955, 1970 ss.; nociones de omisión propia e impropia, 1946, 1947; participación, 2018; tentativa, 2017; tipo legal subjetivo, 2012 ss.

Delitos de omisión impropia, 1962 ss.; causalidad e imputación objetiva, 1973 ss.; causalidad hipotética, 1975; contrato (fuente del deber), 1995; comportamiento peligroso (fuente del deber), 1996; deber de garante, 1980 ss.; equivalencia de la omisión a la realización del tipo mediante comisión, 2008 ss.; ley (fuente del deber), 1990; noción, 1963 ss.; regulación legislativa, 1962, 1966 ss.; otras fuentes del deber, 2005 ss.; tipo legal objetivo, 1970 ss.

Delitos de omisión propia, 1955 ss.; autor, 1956; deber de actuar, 1957; omisión de la acción esperada, 1959; posibilidad de que el autor ejecute el comportamiento exigido, 1960 ss.; tipo legal objetivo, 1955.

Delitos de peligro, 2022 ss.; clases, 2042 ss.; concepción restringida de peligro, 2032 ss.; criterio amplio de peligro, 2038; delitos de desobediencia, 2032; e imputación objetiva, 2030, 2044, ; noción de peligro, 2030 ss.; peligro abstracto, 2046 ss.; peligro concreto, 2044; peligro colectivo, 2054 ss.; peligro presunto, 2051; principio de lesividad, 2043; ... y reparación civil, 3184.

Delito imposible, 2166 ss.; aspecto objetivo (comienzo de la ejecución), 2170; aspecto subjetivo (error de tipo al revés), 2169; consumación imposible, 2171; criterio del defecto del tipo legal, 2173; delito putativo, 2184 ss.; falta de ilicitud, 2191; inidoneidad de la acción, 2166; imposibilidad por sujeto activo inapropiado, 2187 ss.; peligrosidad de la acción, 2177; regulación legislativa, 2166; tentativa irreal o supersticiosa, 2179 ss.; ... y jurisprudencia, 2182 ss.

Derecho, como lenguaje, 474 ss.; de corrección, 1537; de huelga, 1540; a la insurgencia, 1542; disciplinario, 124 ss.; ejercicio legítimo de un..., 1528 ss.; ... internacional penal, 586.

Derecho penal, administrativo, 116 ss.; carácter fragmentario, 106; carácter secundario, 106; ciencia del... en Alemania, Francia, 140; ... de menores, 944 ss.; ... del enemigo, 199 ss.; parte especial, 26 ss.; extranjero, factores de recepción en el Perú, 291 ss.; evolución de las concepciones legislativas, 243 ss.; formal, 23 ss.; parte general, 26 ss.; ... internacional, 586 ss.; internacional, función, 588 ss.; ... internacional, principios, 603; material, 23 ss., 599; ... internacional, privilegios establecidos, 923 ss.; *ius puniendi*, 14, 588, 2997, 3087, 3128; límites, 106 ss.; ... formal o procesal penal (distinción de reglas), 23 ss., 599; ... militar, 953 ss.; ... objetivo, 12 ss.; ... peruano, evolución, 207 ss.; relación con derecho administrativo, 115; relación con derecho disciplinario, 124 ss.; simbólico, 108, 2053, 2570, 2584, 2626; ... subjetivo, 12 ss.; ... sustantivo, 12 ss.; pluralismo, 231 ss.; pluralismo y legislación penal, 252 ss.; terminología, 8 ss.; ... y poder, 18.

Desistimiento, 2127 ss.; abandono de la ejecución del delito, 2134 ss.; circunstancia personal de impunidad, 2129; confesión sincera (arrepentimiento), 2162 ss.; fundamentos de la impunidad, 2152 ss.; impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo), 2136 ss.; jurisprudencia, 2164 ss.; momento del desistimiento, 2158; motivos éticos irrelevantes, 2151; no consumación del delito, 2139 ss.; reparación del daño, 2162; tentativa acabada e inacabada, 2130 ss.; tentativa fracasada, 2158 ss.; voluntariedad del...(motu proprio), 2143 ss.

Determinación judicial de la pena, 2799 ss.; concepto, 2799; condiciones personales, 2836; confesión sincera, 2834; ... de multa, 2805; edad, educación, situación económica y medio social, 2832; etapas de la ..., 2802 ss.; extensión

del daño, 2828; importancia de los deberes infringidos, 2827; medios empleados, 2826; móviles y fines, 2830; naturaleza de la acción, 2825; pluralidad de agentes, 2831; reincidencia, habitualidad y..., 2837 ss.; reparación espontánea del daño, 2833; tiempo, lugar, modo y ocasión, 2829; ... y circunstancias genéricas, 2821 ss.; ... y circunstancias modificatorias de la responsabilidad, 2806 ss.; ... y concurso de delitos, 2854 ss.; ... y proceso penal, 2865 ss.

Dogmática penal, 139 ss.; ciencia del derecho penal, 140; funciones, 149.

Dolo, 1208 ss.; ... de conjunto y continuado, 2488 ss.; directo de primer grado, 1235 ss.; directo de segundo grado, 1238 ss.; dolo eventual, 1241 ss.; dolo eventual y culpa consciente, 1252 ss.; *dolus generalis*, 1296 ss.; elementos subjetivos, 1216 ss.; formas de ... en relación con el momento de la decisión, 1259 ss.; hipótesis posibles respecto al dolo directo, 1255 ss.; prioridad al elemento intelectual en dolo el eventual, 1242; prioridad al elemento volitivo en dolo eventual, 1247 ss.; *subsequens*, 1259; *superveniens*, 1261; teoría del..., 1561, 1755, 1764, 1769; teoría limitada del..., 1765.

—E—

Ejercicio legítimo de un cargo u oficio, 1566 ss., cargo, 1571 ss.; conformidad al orden jurídico y proporcionalidad, 1574; médicos, 1582; oficio, 1579 ss.; preponderancia de ejercer el cargo, 1576.

Error de comprensión culturalmente condicionado, 344, 1699 ss.; jurisprudencia, 1719; ... y exención de pena, 2969.

Error de prohibición, 1740 ss.; error de hecho y de derecho, 1752 ss.; error invencible, 1785 ss.; error *juris nocet*, 1743 ss.; error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación, 1777 ss.; exclusión de la culpabilidad, 1795 ss.; formas de error (directo e indirecto), 1766; modelo alemán importado, 1761 ss.; objeto del error, 1770; principio "no hay pena sin culpabilidad", 1755, 1793; regulación legislativa, 1758 ss.; teoría de la culpabilidad, 1766, 1769, 1783; teoría limitada de la culpabilidad, 1778; teoría del dolo, 1755, 1764, 1769; teoría limitada del dolo, 1765; teoría de la culpabilidad estricta, 1779.

Error de tipo, 1262 ss., 1781; carácter inevitable, 1279; conciencia de la relación de causalidad, 1283; *in obiecto*, 1300 ss.; error de tipo al revés (en delito imposible), 2169; objeto, 1269 ss.; vencible e invencible, 1279 ss.; ... y *aberratio ictus*, 1287 ss.; ... y *dolus generalis*, 1296 ss.; ... y error de prohibición, 1265; ... y error culturalmente condicionado, 1704; ... y teoría de los elementos negativos del tipo, 1778.

Estado de necesidad justificante, 1455 ss.; actualidad del peligro, 1467; bienes jurídicos protegidos, 1472 ss.; bienes en conflicto de la misma persona, 1484 ss.; casos particulares, 1501 ss.; conflicto de deberes, 1505 ss.; deber de soportar el peligro, 1490 ss.; distinción con la legítima defensa, 1461 ss.; elemento subjetivo, 1504; fundamento de la regulación alemana, 1456, 1495; imposibilidad de evitar el peligro, 1469 ss.; indisponibilidad del bien en peligro, 1362; peligro, 1464 ss.; medio adecuado, 1494 ss.; peligro creado por el agente, 1484 ss.; preeminencia de bien salvado, 1476 ss.; proporcionalidad, 1472 ss.; ... putativo, 1513.

Estado de necesidad exculpante, 1802 ss.; distinción con el estado de necesidad justificante, 1460, 1805; evolución legislativa, 1802 ss.; presupuestos del ..., 1804 ss.; restricción a la exculpación, 1810 ss.

Evolución del derecho penal peruano, 207 ss.; conflicto cultural y conquista española, 215 ss., 221 ss.; Código Penal de la Confederación Perú-boliviana, 266 ss.; Código Penal de 1863, 268 ss.; Código Penal de 1924, 297 ss.; Código Penal de 1991, 333 ss.; legislación penal de 1924 a 1979, 310 ss.; legislación penal de 1991 a 2003, 346 ss.; legislación penal de 2004 a 2010, 349 ss.; proyecto Vidaurre, 264 ss.; sentencias y acuerdos plenarios vinculantes, 350 ss.; ... y pluralidad cultural y pluralismo, 208 ss., 231 ss., 252 ss.

Exclusión de la culpabilidad, 1795 ss.; bienes jurídicos, 1797 ss.; error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias, 1835 ss.; estado de necesidad exculpante, 1802 ss.; evolución legislativa, 1802; exceso en la legítima defensa, 1812 ss.; exigibilidad de un comportamiento, 1802, 1811; miedo insuperable, 1821 ss.; origen del miedo, 1830 ss.; ponderación del mal en caso del miedo insuperable, 1834 ss.; presupuestos del estado de necesidad exculpatorio, 1804 ss.; presupuestos del miedo insuperable, 1826 ss.; restricciones, 1810 ss.

Extradición, 719 ss.; ... anticipada o abreviada, 731, 750; aplicación de la ley penal extranjera, 754 ss.; aplicación de sentencias extranjeras, 764 ss.; concurrencia de ..., 734, 753; ... condicionada o restringida, 729; detención y entrega de personas, 753; ... diferida o temporal, 733; formas especiales de..., 728; improcedencia, 738 ss.; noción y clases, 719 ss.; principio de especialidad, 723; principio de prioridad de los tratados internacionales, 724; principio de reciprocidad, 725; procedimiento, 726, 749; reextradición, 735, 750; regulación, 743 ss.; revocatoria de la ..., 741, 752.

—I—

- Imputabilidad (capacidad de culpabilidad)**, 1623 ss.; *actio libera in causa*, 1691 ss.; ancianos, 1738 ss.; anomalía psíquica, 1677 ss.; autodeterminación del autor, 1660 ss., 1683; causas de disminución de..., 1730; grave alteración de la conciencia, 1683 ss.; condición previa de la culpabilidad, 1656; enfermedad mental, 1664, 1677 ss.; error de comprensión, 1668, 1701 ss.; dudas sobre el estado mental del agente, 1686, 1695 ss.; evolución legislativa, 1629; fórmula mixta (o biopsicológica), 1663 ss.; imputabilidad disminuida, 1720 ss.; imputabilidad y cultura, 1668 ss., 1699 ss.; incoherencias del Código de los niños y adolescentes, 1643 ss.; jóvenes delincuentes, 1655, 1732 ss.; menores de edad, 1625 ss.; noción de imputabilidad, 1672 ss.; alteraciones en la percepción, 1663 ss.; responsabilidad social, 1662.
- Imputación objetiva**, 1139 ss.; causalidad como base, 1171; cursos causales anómalos, 1174; disminución del riesgo, 1192; doble causalidad, 1194; en sentido restringido y en sentido amplio, 1167 ss.; e *indubio pro reo*, 1196 ss.; fuentes de peligro diversas, 1195; intervención culpable de la víctima, 1186, 1193; respecto a delitos de peligro, 1199 ss.; interrupción del curso causal, 1175 ss.; principio de confianza, 1190, 1204, 1908 ss., 1910 ss., 1986; principio general, 1178; prohibición de regreso, 1182 ss., 1204; relación de causalidad, 1139 ss.; realización del riesgo no permitido, 1191 ss.; responsabilidad del agente por creación de peligro, 1185 ss.; teoría, 1202; ... y funcionalismo, 1010 ss., 1015; ... y rol social, 1204.
- Instigación**, 2308 ss.; agente provocador, 2329; ausencia de tipicidad de la ... culposa, 1938; ausencia de tipicidad de la ... omisiva, 2818; casos especiales, 2320; consumación y tentativa, 2326 ss.; en cadena, 2316, 2318; en caso de varias personas, 2318 ss.; ... en la coautoría, 2294 ss.; evolución legislativa, 2308; intención, 2316; jurisprudencia, 2315; límites de responsabilidad del instigador, 2323 ss.; medios utilizados, 2312 ss.; noción, 2309 ss.; *omnimodo facturus*, 2311; solidaridad del pago de la reparación civil, 3187; ... y lugar de comisión del delito, 664; ... y momento de realización del delito, 845; ... y autoría mediata por dominio organizativo, 2257; ... y lugar de comisión del delito, 661 ss.; ... y responsabilidad por el hecho propio, 2297, 2299; ... y solidaridad de la reparación civil, 3187.
- Interpretación**, 467 ss.; auténtica, 484; concepción objetiva, 502; concepción subjetiva, 498; criterio mixto, 506; declarativa, restrictiva o extensiva, 566 ss.; espíritu de la norma, 547, 556; *in claris non fit interpretatio*, 485; jerarquía de los métodos de..., 563 ss.; lenguaje científico, 496; límites, 571 ss.; metas, 498

ss.; métodos de..., 515 ss.; método literal o gramatical, 519 ss.; método histórico, 548 ss.; método sistemático, 538 ss.; método teleológico, 552 ss.; negativa (prohibición de interpretar), 488; necesidad, 484; noción, 478; vinculación del juez a la ley, 467 ss.; ... y analogía, 573 ss.; ... y reducción teleológica, 585.

-L-

Legítima defensa, 1395 ss.; agentes estatales, 1439; agresión ilegítima, 1403 ss.; bienes jurídicos protegidos, 1418 ss.; casos particulares, 1438; deberes especiales del amenazado, 1404, 1438; exceso en la legítima defensa, 1406, 1440, ss.; falta de provocación suficiente, 1441 ss.; ilicitud de agresión, 1407 ss.; inminencia o actualidad de agresión, 1411 ss.; legítima defensa presunta, 1451 ss.; legítima defensa de terceros, 1447 ss.; necesidad de la..., 1425 ss.; racionalidad, en general, 1429 ss.; sistema alemán, 1436 ss.; voluntad de defenderse, 1446; ... y jurisprudencia, 1404.

Ley penal, aplicación en el espacio, 586 ss.; aplicación en el tiempo, 786 ss.; aplicación en relación con las personas, 918 ss.; desuso y derogación, 789 ss.; en blanco, 815, 1268; favorabilidad, 825, 861, 876; fuente del derecho penal, 387; interpretación, 467 ss.; irretroactividad, 801 ss.; ley extranjera, aplicación, 754 ss.; leyes de ejecución penal, 889; leyes intermedias, 893; leyes interpretativas y correctoras, 816; leyes procesales, 820, 894 ss.; leyes temporales y excepcionales, 890 ss.; más favorable, 825; modificación en sentido general, 812 ss.; modificación durante la ejecución del delito, 847 ss.; modificación de ley y cosa juzgada, 856; modificación referente a penas y medidas de seguridad, 874, 878 ss.; modificación de la ... y prescripción de la acción penal y de la pena, 903 ss.; noción, 387 ss.; principio de la combinación de leyes favorables, 828; retroactividad en momento de la sentencia, 909 ss.; vinculación del juez, 467 ss.

-M-

Medidas alternativas a la pena privativa de libertad, 2888 ss.; clasificación, 2901 ss.; concepto, 2894 ss.; conversión de penas, 2783, 2918 ss.; exención de pena, 2962 ss.; fijación de reglas de conducta, 2935 ss.; reconversión de penas, 2924; reserva del fallo condenatorio, 2950 ss.; revocatoria de la conversión, 2923; suspensión de la ejecución de la pena, 2928 ss.; sustitución de penas, 2909 ss.; ... y jurisprudencia vinculante, 2973 ss.; ... y rehabilitación, 2975 ss.

Medidas de seguridad, 101 ss.; analogía, 573; aplicación conjunta con las penas, 3046 ss.; aspectos procesales, 3055 ss.; certeza en su determinación, 447 ss.;

definición, 2993; evolución legislativa, 3002 ss., 3023 ss., 3052 ss.; internación, 3026 ss.; naturaleza jurídica, 2996 ss.; origen, 2989 ss.; proceso de seguridad, 3055 ss., 3062 ss.; tratamiento ambulatorio, 3031 ss.; ... y leyes de ejecución penal, 883 ss.; ... y modificación de la ley, 874 ss.; ... y principio de legalidad penal, 447 ss., 875 ss.; ... y retroactividad, 878 ss.

Miedo insuperable, 1821 ss.; índole de la circunstancia, 1823 ss.; no superación del miedo, 1832; origen del miedo, 1830; ponderación de males, 1834; presupuestos de la exculpación, 1826 ss.; regulación legislativa, 1821.

—O—

Orden obligatoria de autoridad competente, cumplimiento, 1543 ss.; ámbito civil, 1543 ss.; ámbito militar, 1554 ss.; deber de cumplir órdenes ilícitas, 1553, 1554; mandato ilícito, 1561; notoriedad de la ilicitud del mandato, 1554, 1564; obligatoriedad, 1548, 1552; relación jerárquica, 1547, 1557; ... y disposición de la ley, 1545 ss.; límite de la obediencia, 1549.

—P—

Participación delictiva, 2204 ss.; agente provocador, 2329; ausencia de tipicidad culpable de la ..., 1939, 2335; autoría, 2238 ss.; autoría mediata, 2242 ss.; coautoría, 2270 ss.; complicidad, 2330 ss.; criterios diferenciadores respecto a la autoría, 2020 ss.; criterio formal objetivo, 2223; criterio material objetivo, 2224; criterio objetivo, 2222 ss.; criterio subjetivo, 2225 ss.; criterio de violación de deberes, 2236 ss.; ... en el actuar en lugar de otro, 2388 ss.; en delitos omisivos, 2018; formas de participación, 2297 ss.; instigación, 2308; participación *stricto sensu*, 2297 ss.; principio de accesoriedad de la ..., 2301 ss.; regulación de la participación, 2212; teoría del dominio del hecho, 2231 ss.; ... y lugar de comisión del delito, 661 ss.; ... y solidaridad de la reparación civil, 3187.

Participación necesaria, 2210 ss.; ... impropia, 2210; ... propia, 2211; ... y complicidad necesaria, 2356.

Pena(s), 76 ss.; 2568 ss.; conmutación, 2700, 2850, 2895, 2918, 2926, 3160; conversión de la pena de multa en privativa de libertad, 2783 ss.; conversión de la pena de vigilancia electrónica, 2927; ... de expulsión de extranjeros, 2604 ss.; ... de inhabilitación, 2735 ss.; ... de limitación de días libres, 2709 ss.; ... de multa, 2767 ss.; ... de prestación de servicios a la comunidad, 2639 ss.; determinación judicial de la ..., 2799 ss.; ... de vigilancia electrónica, 2567,

2793 ss.; fijación en caso de concurso real retrospectivo, 2456 ss.; fijación en delito continuado, 2495; principio de acumulación (*quot delicta tot poenas*), 2447 ss.; ... privativas de libertad, 2568 ss.; ... restrictivas de libertad, 2595 ss.; teorías absolutas, 78 ss.; teorías relativas, 82 ss.; teorías mixtas, 89 ss.; ... limitativas de derechos, 2610 ss.

Personas jurídicas, 1837 ss.; consecuencias accesorias aplicables a las..., 1842, 1851 ss., 3221 ss.; pérdida de beneficios y ganancias, 3268 ss.; responsabilidad penal de las..., 1837 ss.; *societas delinquere non potest*, 3274; ... y acuerdo plenario, 355; ... y concepto penal de acción, 1030 ss.; ... y criminalidad organizada, 1840; ... y nuevo código procesal penal, 3280 ss.; ... y sistemas de responsabilidad, 1849 ss.

Política criminal, contenido, 130 ss.; reforma penal, 137; relación con el derecho penal, 136; relación con la criminología, 155 ss.; ... y dogmática penal, 139 ss.; ... y realidad social, 179 ss.

Prescripción, 3126 ss.; cómputo, 3138 ss.; duplicación y reducción del plazo de la..., 3136, 3145; en caso de concursos, 3135 ss.; en caso de faltas, 3137; extraordinaria, 3130; ordinaria, 3129, 3143; renuncia a la..., 3134; suspensión de la..., 3132 ss.; ... y jurisprudencia vinculante, 3142 ss.

Principio(s), de administración de justicia por representación, 714 ss.; ... de accesoriadad, 2301 ss.; de alternatividad, en concurso aparente de leyes, 2509; de certeza en la elaboración de la ley penal, 420 ss., 439, 447; ... de combinación de leyes favorables, 828; ... de competencia real, 667 ss.; ... de competencia de reemplazo o de sustitución, 705 ss.; ... de competencia universal, 603, 705 ss., 714; ... de consunción (en concurso aparente de leyes), 2530 ss.; ... de culpabilidad, 413, 1129, 1838, 2299; ... de especialidad (en concurso aparente de leyes), 2511, 2516 ss., 2536; ... de especialidad (en extradición), 723, 737; ... de igualdad de las personas, 918 ss., 1916; ... del derecho penal internacional, 603 ss.; ... de la extradición, 723 ss.; ... de la democracia, 358; ... de la separación de los poderes, 358; ... de legalidad, orígenes, 362 ss.; ... de legalidad, fundamentos, 357 ss., 379 ss.; ; de legalidad y prohibición de analogía, 576; ... de lesividad, 1377, 2022, 2043 ss., 2171; ... de paso inocente, 627; ... de personalidad activa, 678 ss.; ... de personalidad pasiva, 701 ss.; ... de prioridad de los tratados internacionales (en extradición), 724; ... de reciprocidad (en extradición), 725; ... de reemplazo, 705, 714; ... de subsidiaridad (en concurso aparente de leyes), 2524 ss.; ... de territorialidad, 603, 609 ss., 614 ss., 640, 664, 675, 680, ; ... de territorialidad, fuentes y límites, 614 ss.; ... de nacionalidad de la aeronave (teoría del pabellón), 642 ss.; principio de ubicuidad,

352, 611, 633 ss.; 675, 839; ... de *ultima ratio*, 109, 121, 1381, 1469, 1773, 1870; ... del *versari in re illicita*, 1599; ... del *ius puniendi*, 14, 588, 2997, 3087, 3128; *in dubio pro reo*, 189, 800, 1129, 1132, 1196, 2937; *nullum crimen, nulla poena sine lege*, 362, 386, 758, 414 ss.; *nullum vectigal sine lege*, 359; *punitur quia peccatum est*, 78; real o de defensa, 773 ss.

Privilegios en derecho internacional, embajadores y ministros plenipotenciarios (privilegios en derecho internacional), 939; Fuerzas Armadas extranjeras, 943; jefes de estado extranjeros, 937.

Proceso ejecutivo del delito, 2060 ss.; abandono de la ejecución, 2134 ss.; actos preparatorios, 2068 ss.; consumación, 2114 ss.; delito imposible, 2166 ss.; desistimiento, 2127 ss.; etapas del iter criminis, 2062 ss.; nociones, 2060 ss.; tentativa, 2079 ss.; regulación de la pena, 2194 ss.

Prohibición de regreso (*Regressverbot*), 1150, 1182, 1198, 2349.

Sistema de penas, y Código penal de 1863, 2549 ss.; ... y Código penal de 1924, 2552 ss.; ... y Código penal de 1991, 2563 ss.

Reparación civil, 3174 ss.; derecho de resarcimiento de la víctima, 3149 ss.; e indulto, 3116; ... en la jurisprudencia, 3209 ss.; ... de terceros, 3197; ... de indemnización, 3175, 3178 ss.; ... impuesta como regla de conducta, 2943, 2958, 2974; naturaleza jurídica, 3152 ss.; responsabilidad solidaria, 3186 ss.; ... de restitución, 3173, 3176; subsistencia de la acción civil mientras no prescriba la acción penal, 3200 ss.; transmisión por herencia, 3191 ss.; ... y consecuencias accesorias contra las personas jurídicas, 1852; ... y delitos de peligro, 352; ... y eximentes de responsabilidad penal, 3203 ss.; ... y nulidad de transferencias, 3194 ss.; ... y retención de la remuneración del condenado, 3198 ss.

-T-

Tentativa, 2079 ss.; abandono de la ejecución, 2134 ss.; comienzo de la ejecución, 2100 ss.; criterio formal objetivo (punibilidad), 2102; criterio material objetivo (punibilidad), 2080, 2104; criterio mixto (punibilidad), 2084; criterio subjetivo (punibilidad), 2082; desistirse de ejecutar e impedir la consumación, 2127 ss.; elementos, 2093 ss.; criterios mixtos, 2084; elemento objetivo 2100 ss.; elemento subjetivo, 2094 ss.; delito imposible, 2166 ss.; desobediencia de la norma, 2086; fundamentos de la impunidad de actos preparatorios, 2071; e instigación en la coautoría, 2294 ss.; fundamentos de la punibilidad de la ..., 2079 ss.; idoneidad de la acción, 2120 ss.; impedir resultado, 2136 ss.; no realización de la consumación, 2113 ss.; sistemas legales de pena, 2194 ss.;

tentativa acabada e inacabada, 2130 ss.; tentativa de participación, 2181; tentativa de complicidad, 2347; tentativa fracasada, 2158 ss.; tentativa irreal, o supersticiosa, 2179 ss.; regulación legislativa, 2127; reparación espontánea del daño, 2162; voluntariedad en la..., 2143; ... y consumación de la instigación, 2326; ... y delito agotado, 2123.

Teoría(s), de la acción, 1034 ss.; de la autoría delictiva, 2220 ss.; de la causalidad y de la imputación objetiva, 1147 ss., 1154 ss., 1159 ss., 1161 ss.; del delito, 986 ss.; del pabellón, 642; del riesgo agravado, 1944; de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, 2255 ss.; de la estigmatización, 171 ss.; de la inadaptación social diferencial, 170; de la subcultura criminal, 165; de la pena, 76 ss., 2568 ss.; de los bienes escasos en la participación, 2362 ss.; del contrato social, 366; del dominio del hecho (participación), 2231 ss.; de los elementos negativos del tipo, 1102 ss.; egológica del derecho, 382; ubicuidad, resultado, acción (lugar de comisión del delito), 633 ss.

Teoría del delito (como teoría de la infracción), 986 ss.; clásica, 990 ss.; concepción francesa, 1017 ss.; e influencias doctrinarias, 1026 ss.; finalista, 1000 ss.; funcionalista, 1008 ss.; neoclásica, 996 ss.; origen y evolución, 990 ss.

Tipicidad, 1086 ss.; *aberratio ictus*, 1287 ss.; acción típica, 1121 ss.; antijuricidad (*ratio cognoscendi* y *ratio essendi*), 1095 ss.; causalidad adecuada, 1154; condición conforme a las leyes de la naturaleza, 1171; conciencia de causalidad, 1041; creación de riesgo no permitido, 1178 ss.; delitos de peligro e imputación objetiva, 1199 ss., 2044; dolo, 1208 ss.; dolo directo de primer grado, 1235 ss.; dolo directo de segundo grado, 1238 ss.; dolo eventual, 1241 ss.; dolo eventual y culpa consciente, 1252 ss.; *dolus generalis*, 1296 ss.; dolo *subsequens*, 1259; dolo *superveniens*, 1261; elementos descriptivos, 1111; elementos normativos, 1113 ss.; equivalencia de condiciones, 1147 ss., 1201; error de tipo, 1262 ss.; error de tipo vencible e invencible, 1279 ss.; error *in obiecto*, 1300 ss.; imputación objetiva, 1161 ss.; objeto del delito, 1120; realización del riesgo no permitido, 1191 ss.; relación de causalidad, 1139 ss.; relevancia del suceso causal, 1159; riesgo prohibido por la norma, 1198; sujeto activo, 1117 ss.; teoría de los elementos negativos del tipo, 1102 ss.; tipo legal, 1086 ss.; tipo legal, bien jurídico y norma, 1092 ss.; tipo legal de garantía, 411; tipo legal, objetivo, 1107 ss.; tipo legal subjetivo, 1205 ss.; ... y antijuricidad, 1095 ss.

Tipo legal objetivo, 1107 ss.; acción típica, 1121 ss.; ... de los delitos de omisión impropia, 1970 ss.; ... de los delitos de omisión propia, 1955 ss.; elementos descriptivos, 1111; elementos normativos, 1113; en delitos de comisión cul-

posa, 1892 ss.; objeto del delito, 1120; relación de causalidad e imputación objetiva, 1139 ss.; sujeto activo, 1117 ss.;

Tipo legal subjetivo, 1205 ss.; dolo directo de primer grado, 1235 ss.; dolo directo de segundo grado, 1238 ss.; dolo eventual, 1241 ss.; dolo eventual y culpa consciente, 1252 ss.; *dolus generalis*, 1296 ss.; dolo *subsequens*, 1259; dolo *superveniens*, 1261; elementos subjetivos, 1216 ss.; en delitos de comisión culposa, 1914 ss.; en delitos de omisión dolosos, 2012 ss.; error de tipo, 1262 ss.; error de tipo vencible e invencible, 1279 ss.; error *in obiecto*, 1300; noción, 1205 ss.

—U—

Ubicuidad, principio, 611, 633 ss., 675; ... y lugar de comisión del delito, 630 ss.; ... y momento de realización del delito, 839 ss.

Ultima ratio, principio, 109, 121; ... y carácter objetivo de la antijuridicidad, 1381; ... y estado de necesidad justificante, 1469; ... y error de prohibición, 1773; ... y responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1870.

—V—

Versari in re illicita, principio, 1599.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AA. AA.

- 1928 *Actas de las sesiones de la Comisión reformatora del Código Civil peruano*, Lima.

AA.VV.

- 2001 *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid.

ABANTO, Manuel

- 2001 *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, Lima.
2000 "El principio de la certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos", en *RPCP* N° 9, Lima, p. 13 ss.
1997 *Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima.

ABASTOS, Manuel

- 1937 "El delincuente en el Código Maúrtua", en *RDCP* N° 1937-1938, Lima, p. 9.

ABRAVANEL, Philippe

- 1991 "Recherches sur les méthodes d'élaboration de la décision judiciaire", *RSJ* 87, p. 165 ss.

ACALE SÁNCHEZ, María

- 2003 "Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado", en *ADP 2003. Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 73 ss.
2000 *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada.

ACHENBACH, Hans

- 1974 *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin.

AFFOLTER-EIJSTEN, Heidi

- 1983 *Die Absicht im Strafrecht*, Tesis, Zurich.

ALBRECHT, Hans-Jörg

- 1980 *Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems*, Berlin.

ALCHOURON, Carlos/BULYGIN, Eugenio

- 1975 *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires.

ALFAJEME, Augusta/VALDERRAMA, Mariano

- s/f "El surgimiento de la discusión de la cuestión agraria y del llamado problema indígena", en *Indigenismo, clases social y problema nacional*, Lima.

ALIMENA, Bernarnido

- 1916 *Principios de Derecho penal*, traducido y anotado por Eugenio Cuello Ca-lón, Madrid.

ALKALAY, Michael

- 1984 *Das materielle Strafrecht der Französischen Revolution und sein Einfluss auf Rechtsetzung und Rechtsprechung der Helvetischen Republik*, Tesis, Zürich.

ALTMANN SMYTHE, Julio

- 1962 *Bases para un plan de futura política penitenciaria nacional*, Lima, p. 53 ss.

ALVAREZ GARCÍA, Francisco

- 1991 "Bien jurídico y constitución", en CPC N° 43, p. 5 ss.

ALVES DE FIGUEIREDO, Ariovaldo

- 1985 *Comentários ao Código Penal*, Brasil.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

- 1963 *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Lima.

AMBERG, Vincenzo

- 1975 *Grenzlinien zwischen militärischem und bürgerlichem Strafrecht*, Tesis, Berne, p. 19 ss.

AMBOS, Kai

- 2005 *La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Trad. de Ezequiel MALARINO, Montevideo.
- 1998 "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", en GA, p. 226 ss.

AMELUNG, Knut

- 1972 *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main.

ANCEL, Marc

- 1974 "Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle", en APC N° 1, París, p. 16 ss.
- 1975a "La contribution de la recherche a la définition d'une politique criminelle", en RIPC, p. 222 ss.
- 1975b "Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle", APC, p. 15 ss.
- 1966 *La défense sociale nouvelle*, 2ª ed., París, 1966. Reimpresión, París, 1981.
- 1962 "Introduction au système de droit pénal soviétique (De la Révolution d'octobre aux codes de 1960)", en *Code pénal, code de procédure pénale y loi d'organisation judiciaire de la R.S.F.S.R. du 20 octobre 1960*, París, p. VII ss.
- 1956 "Les notions de prévention du crime y de traitement des délinquants dans les législations européennes modernes", en RPS 71, p. 1 ss
- 1931 "La création judiciaire des infractions pénales en droit anglais y en droit français (étude comparative de l'élément légal de l'infraction)", en *Bulletin de la Société de Législation comparée, París - 1930/1931*, p. 91 ss.

ANCEL, Marc/MARX, Yvonne

- s/f *Les codes pénaux européens*, Centre français de droit comparé, T. I-IV, París.

ANCEL, Marc/STRHAL, Evars

- 1969 *Le droit pénal des pays scandinaves*, París.

ANDERSON, Benedict

- 1997 *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México.

ÁNGELES GONZALES, Fernando/FRISANCHO APARICIO, Manuel/ROJAS YATACO, Jorge

- 1996 *Código penal (comentado-concordado-anotado). Parte general*, T. I, Lima.

ANTOLISEI, Francesco

- 2003 *Manuale di diritto penale*. PG, 6ª ed., Milano.
1960 *Manual de Derecho Penal*. PG, traducido por Juan del Rosal y Angel Torio, Buenos Aires.

ARIAS, José Viterbo

- 1900 *Exposición comentada y comparada del código penal del Perú de 1863*, T. I, II, III, Lima.

ARMAZA GALDÓS, Julio

- 2003 "Estado agresivo y defensivo de necesidad", en *ADP 2003. Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 283 ss.
2002 *Elementos negativos del delito*. Lima.
2000 "Condicionamiento cultural y error en materia penal", en *RCCP N° 6*, Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, diciembre.
1998 "La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico", en *RDPC*, segunda época, N° I, Madrid, p. 109 ss.

ARMAZA GALDÓS, Jorge/ZAVALA TOYA, Fernando

- 1999 *La decisión judicial*, Lima.

ARROYO ZAPATERO, Luis

- 1981 "Las propuestas políticocriminales del Proyecto alternativo alemán", en *CPC*, N° 14, p. 309 ss.

ARNDT, Herbert

- 1966 *Grundriss des Wehrstrafrecht*, 2ª ed.

ARZT, Gunther

- 1994 "Die fortgesetzte Handlung geht - die Probleme bleiben", en *JZ*, p. 1000 ss.
1990 "Erfolgssdelikt und Tätigkeitsdelikt", en *RPS* 107, p. 168 ss.

- 1988 "Vorsatz und Fahrlässigkeit. Bemerkungen zur Fahrlässigkeit", en *Recht*, p. 66 ss.
- 1969 "Bedingter Entschluss und Vorbereitungshandlung", en *JZ*, p. 54 ss.

ASÚA BATARRITA, José

- 1984 "El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas", en *Estudios Deusto*, N° 73, Tomo I, p. 307 ss.

ATIENZA, Manuel

- 2001 *El sentido del derecho*, Barcelona.
- 1985 *Introducción al derecho*, Barcelona.

AUBERT, Jean-François

- 1982 *Traité de droit constitutionnel suisse*, T. III, Neuchâtel.
- 1967 *Traité de droit constitutionnel suisse*, T. I-II, Neuchâtel.

AUBERT, Maurice

- 1983 "Une plus grande coopération internationale en matière pénale offerte par la Suisse", en *RICPT* 36, p. 78 ss.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos

- 2006 "Las penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano", en *Actualidad Jurídica*, N° 156, p.106 ss.

AZABACHE, César

- 1994 "Sobre la pena de muerte", en *La Constitución de 1993, análisis y comentarios*, CAJ, Lima.

BACA CABRERA, Denyse/ROJAS VARGAS, Fidel/NEIRA HUAMÁN, Marlene

- 1999 *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, T. III, Lima.

BACIGALUPO, Enrique

- 2005 *Delitos impropios de omisión*, Cuadernos Jiménez de Asúa, Madrid.
- 1998 *Principios de Derecho penal*. PG, 5ª ed. Madrid.
- 1997 *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*. Dirigido por Cándido PUMPIDO FERREIRO, Madrid, p. 529 ss.
- 1984 *Manual de derecho penal*. PG, Bogotá.
- 1981 "La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de CP", en *La Ley* 1981, N° 1, p. 919 ss.

- 1974 *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires.
- 1970 *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires.
- 1966 *La noción de autor en el Código Penal*, Buenos Aires.

BACIGALUPO, Silvina

- 2002 "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un problema del sujeto del Derecho Penal", en *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, p. 100 ss.
- 1998 *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel

- 1996 "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español", en Santiago MIR PUIG/Diego Manuel LUZÓN PEÑA (editores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, p. 17 ss.

BALANCIER, Georges

- 1952 *Contribution a une Sociologie*, 12ª ed., París.

BAR, Karl Ludwing von

- s/f "Gesetz und Schuld im Strafrecht", en *Fragen des geltenden deutschen Strafrechts von seiner Reform*, T. 1.

BARLETTI VALENCIA, Juan

- 1968 *El delito de contrabando*, Lima.

BARRELET, Denis

- 1987 *Droit suisse des mass media*, 2ª ed., Berne.

BASADRE, Jorge

- 1967 *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, 2ª ed., Lima.
- 1937 *Historia del Derecho peruano*, T. I-XII, Lima.

BAUERMANN, Michael

- 1987 *Zweckrationalität und Strafrecht*, Opladen.
- 1980 "Schuldlose Dogmatik? Ueberlegungen im Anschluss an Georg P. Fletcher: «Ordinary Language Philosophy» und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik", en Lüderssen/F.Sack (editores), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, vol. IV, p. 196 ss.

BAUHOFFER, Stefan

- 1980 "Kriminologie en der Schweiz - Stand und Entwicklung", en *RPS* 97, p. 145 ss.

BAUMANN, Jürgen/MELZER, Michael

- 1971 "Peine pécuniaire échelonnée en tant que postulat et qu'instrument d'une individualisation pénale efficace", en *Les techniques de l'individualisation judiciaire, Rapports nationaux et particuliers, VIII Congrès international de Défense sociale*, Roma, p. 317 ss.

BAUMGARTEN, Arthur

- 1911 *Notstand und Notwehr*, Tübingen.

BAUMANN, Paul

- 1987 *Recht gegen Aids* (collection "Volks und Recht"), Bern.

BAUMANN, Jürgen

- 1973 *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, traducidos por Conrado A. Finzi (4ª ed. alemana), Buenos Aires.
- 1969 *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, AT, 2ª ed., Tübingen.
- 1968 *Strafrecht*, AT, 5ª ed., Bielefeld.

BAUMANN, Jürgen/TIEDEMANN, Klaus

- 1974 *Einheit und Vielhaft des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters*, Tübingen.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang

- 2003 *Strafrecht. AT. Lehrbuch*, 11ª ed., Bielefeld.

BAUMGARTNER, Arthur

- 1921 "Die Verbrechensformel", en *RPS* 34, p. 58 ss.

BAUR, Regula

- 1963 *Die parlamentarische Immunität en Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Tesis, Zürich.

BECCARIA, Cesare

- 1994 *De los delitos y de las penas*. Edición Latinoamericana. Estudio preliminar de Nódier Agudelo Betancur, 2ª ed., Bogotá.

- 1979 *Des délits y des peines*. Préface de Casamayor. Introduction de Jean Pierre Juillet, París.

BECK, Ulrich

- 1989 *Risikogesellschaft: die organisierte Unverantwortlichkeit*, St. Gallen.
1998 *La sociedad del riesgo*. Traducción de Martín Steinmetz, Barcelona.

BELAUNDE, Victor Andrés

- 1904 *La filosofía del Derecho y el Método positivo*, Tesis, Lima.

BELING, Ernst von

- 1944 *Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*, traducidos por Sebastián Soler, Buenos Aires.
1930a *Die Lehre vom Tatbestand en Festschrift für Franck von Reinhard*, Tübingen.
1930b *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., Tübingen.
1906 *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen.

BELRICHARD, Arnold

- 1927 *Das zeitliche Geltungsgebiet der Strafrechtssätze*, Tesis, Zürich.

BEMMANN, Günter

- 1958 "Zum Fall Rose-Rosahl", en *MDR*, p. 817 ss.

BEMMELN, J. M. van

- 1960 "Rapport général définitif au Vème Congrès international de Droit pénal", en *RIDP*, París.

BENITES SÁNCHEZ, Santiago

- 1958 *Derecho penal peruano. Comentarios a la Parte General del Código penal*. Lima.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio

- 1987 *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*. Madrid.

BERGALLI, Roberto

- 1986 "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora: el debate en España", en *Doctrina Penal*, p. 584 ss.

BERISTAIN, Antonio

- 1974 *Medidas penales en derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Madrid.

BERNHARD, Peter

- 1984 *Zur Mittäterschaft nach schweizerischem Strafrecht*, Tesis, Fribourg.

BERTHOLDY, Mendelson

- 1926 "Das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes"; en *Archiv H. Kohlrausch. Reform des Strafrechts*.

BESSON, Antonin/HEUYER, Georges/LEVASSEUR, Georges/CECCALDI, Pierre

- 1958 *Les enfants y les adolescents socialement inadaptados*, París.

BESSON, Antonin/CHOMBART DE LAUWE, Paul-Henry/GERMAIN, Charles/HEUYER, Georges/LEVASSEUR, Georges

- 1961 *Seuils d'âge et législation pénale*, París.

BETTI, Emilio

- 1966 "En torno a una teoría general de la interpretación", en *RUEC*, T. VII, N° 1, Bogotá, p. 101 ss.

BETTIOL, Giuseppe

- 1977 *Instituciones de derecho penal y procesal*. Traducción de F. Gutiérrez Alvis y Conradi, Barcelona.
- 1969 *Diritto Penale*. PG, 4ª ed., Padua.
- 1965 *Derecho Penal*. PG. Traducción de José León Pagano, Bogotá.
- 1943 "Aspetti del «jus corrigendi»", en *Scuola Positiva*, p. 33 ss.

BETTIOL, Giuseppe/ PETTOELLO MANTOVANI, Luciano

- 1986 *Diritto penale*. PG, 12ª ed., Padova, 1986-1988.

BINDER, Hans

- 1952 *Die Geisteskrankheit im Recht: ein Beitrag zur Klärung der grundlegenden Begriffe für geistige Störungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch und Strafgesetzbuch: für Juristen und Ärzte*, Zürich.

BINDING, Karl

- 1905 *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, BT, T. I, II.1, II.2, 2ª ed., Leipzig 1902, 1904 y 1905.

1890 *Die Normen und ihre Uebertretung*, T. I-II, 2ª ed., Leipzig.

1885 *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig.

ERNBAUM, J. F. Michael.

1834 "Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Eherenkränkung", en *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, p. 149 ss.

LANCO CORDERO, Isidoro

2001 *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada.

LANCO CORDERO, Isidoro/SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel

2000 "Principales Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas y la Unión Europea relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio", en *Revista Penal* N° 6. Julio, p. 3 ss.

EL, Hermann

1992 *Strafrecht I*, AT, 18ª ed.

1977 *Strafrecht I*, AT, 17ª ed.

1975 *Strafrecht I*, AT, 16ª ed.

BBIO, Norberto

1979 *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*, Torino.

CKELMANN, Paul

1979 *Strafrecht*, AT, 3ª ed., München.

1963 "Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit", en *ZStW* 75, p. 372 ss.

1957 *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen.

1955 "Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?", en *NJW* 8, p. 1417 ss.

CKELMANN, Paul/VOLK, Klaus

1987 *Strafrecht*, AT, 4ª ed., München.

EHLEN, Marie

1988 "Einführung en das Schweizerische Jugendstrafrecht", en *Jeunesse y Délinquance* (éditeur J. Schuh), Grösch, p. 83 ss.

1975 *Kommentar zum schweizerischen Jugendstrafrecht*, Bern.

BOMIO, Giorgio

- 1991 "La taxonomie psychiatrique entre fait y norme: Le Manuel diagnostique y statistique des troubles mentaux y son utilisation en matière pénale", en *RPS* 108, p. 417 ss.

BONACORSO, Liborio C.

- 1966 "Il processo e l'applicazione del diritto", en *RIFD*, Roma, p. 259.

BONNEVILLE DE MARSANGY, A.

- 1864 *De l'Amélioration de la loi criminelle*, 2 vol., París.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano

- 2003 "La naturaleza de las medidas de seguridad en el Derecho español", en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, p. 26 ss.

BORRICAND, Jaques

- 1981 "Pour une responsabilité pénale de tous les groupements?", en *Annales de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand*, fascicule 18, p. 143 ss.

BOURGEOIS, Henri

- 1974 *Droit aérien IX: Droit pénal I y II*, 1091 y 1091a (mise à jour au 1er juillet 1974).

BOURQUIN, Maurice

- 1938 "Quelques réflexions sur le respect du droit dans les rapports internationaux", en *Recueil de travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Genève*, pp. 83 ss.

BOUZAT, Pierre/PINATEL, Jean

- 1970 *Traité de droit pénal y de criminologie*, T. I-II, 2ª ed., París
1975 *Traité de droit pénal y de criminologie*, T. III, 3ª ed., París.

BRAMONT ARIAS, Luis A.

- 1988 "Contrabando y defraudación de rentas de aduana. Comentarios a la Ley Nº 16185", en *Temas de Derecho Penal*, tomo 4, Lima, p. 97 ss.
1978 *Derecho penal*. PG, T. I, 3ª ed., Lima.
1966 *Código penal anotado*, Lima.
1950 *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima.

BRAMONT ARIAS, Luis A./BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.

- 2003 *Código penal anotado*, 4ª ed., reimpresión actualizada, Lima.
- 2001 *Código penal anotado*, 4ª ed., concordado por María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, Lima.
- 2000 *Manual de derecho penal*. PG, Lima.
- 1995 *Código penal anotado*, Lima.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen

- 1997 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Lima.

BRANDT, Hans-Jürgen

- 2003 “La justicia de paz en los andes. Retrospectivas y preguntas sobre el futuro”, en *Justicia y violencia en las zonas rurales. La experiencia de la región andina*. IDL, p. 99 ss.
- 1987 *Justicia Popular. Nativos, Campesinos*, Lima.

BRAVO BRESANI, Jorge

- 1970 “Mito y realidad de la oligarquía peruana”, en *Perú actual (sociedad y política)*, México.

BREGGER, Ernest

- 1937 *Der Notstand im schweizerischen Strafrecht*, Tesis, Berna.

BRICOLA, Franco

- 1973 *Teoria generale del reato*, *Novissimo Digesto italiano*, Torino, p. 15 ss.
- 1965 *La discrezionalità nel Diritto penale. Nozione et aspetti costituzionali*, vol. 1., Milano.

BROUSSET SALAS, Ricardo

- 2008 “El nuevo Código Penal y la determinación de la pena”, en *Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Lima.

BRUNNER, Karl N.

- 1932 *Die Idealkonkurrenz im schweizerischen Strafrecht*, Tesis, Zürich.

BRUNS, Hans Jürgen

- 1985 *Das Recht der Strafzumessung*, 2a ed.
- 1972 “Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses”, en *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar*, Berlín, 1972, p. 317 ss.

1967 *Strafzumessungsrecht*. AT, Köln, Berlin, Bonn, München.

1954 "Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrechen untereinander?", en *Festschrift für Edmund Mezger*, München/Berlin, p. 335 ss.

BÜRGI, Wolf

1927 *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Tesis, Bern.

BURGSTALLER, Manfred

1978 "Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht", en *JurBl*, p. 393 ss.

1974 *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Praxis en Verkehrssachen*, Wien/Manz.

BURKHARDT, Björn

1996 "Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung. Zugleich ein Beitrag wider die «Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven»", en Jürgen WOLTER und Georg FREUND (editores), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg.

BURKHARDT, Jähne/HEINRICH, Wilhelm Laufhütte/ODERSKY, Walter (editores)

1992 *Leipziger Kommentar, Grosskommentar*, 11a ed., Berlin/New York.

BURI, Maximilian von

1894 *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch*. Gesammelte Abhandlungen.

1885 *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*.

BUSCH, Richard

1992 *Leipziger Kommentar, Grosskommentar*, 11ª ed., Berlin/New York.

1949 *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, Tübingen.

BUSSY, Andre/RUSCONI, Baptiste

1996 *Code suisse de la circulation routière: commentaire*, 3ª ed., Lausanne.

BUSTOS RAMIREZ, Juan

2003 "Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la peligrosidad", en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje a José Cerezo Mir*, p. 3 ss.

1989 *Manual de derecho penal español*. PG, 3ª ed., Barcelona.

- 1987 "La extinción de la responsabilidad criminal", en *Debate Penal*, Año 1, N° 3, p. 367 ss.
- 1984 *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Barcelona.
- 1983 *Necesidad de la pena, función simbólica del derecho penal: violencia doméstica*, p. 101 ss.
- 1982 *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán
- 1997 *Lecciones de derecho Penal, T. II, Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Madrid.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/LARRAURI, Elena
- 1989 *La imputación objetiva*, Bogotá.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/POLITOFF, Sergio
- 1968 "Los delitos de peligro", en *RCP*, p. 42 ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/VALENZUELA BEJAS, Manuel
- 1982 *Derecho penal latinoamericano. T. I. PG*, Buenos Aires.
- CAHIER, Philippe
- 1965 *Le droit diplomatique contemporain*, 2ª ed., Genève, 1974. *Derecho diplomático contemporáneo* / Philippe Cahier; trad. y notas para la versión española de Jose-Vicente Torrente, Marcelino Oreja, Julio Gonzalez Campos, Madrid.
- CALLIESS, Rolf-Peter
- 1973 *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main.
- CALVETE RANCEL, Ricardo
- 1996 "La dosificación de la pena", en *Dos Mil Tres Mil*, N° 1.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, César
- 1951 *El delito continuado*, Barcelona.
- CANCIO MELIÁ, Manuel
- 2004 "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", en López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coord.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Madrid, p. 57 ss.

- 2003 "Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Madrid.
- 2001 *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed, Prólogo de Agustín Jorge Barreiro, Barcelona/Bogotá.
- 2000 "Reflexiones sobre la victimodogmática en la teoría del delito", en *RPCP*, N° 9, p. 132 ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos

- 1996 "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva. Estudio preliminar en Günther Jakobs", en *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducido por Manuel Cancio, Madrid, p. 21 ss.

CAPELLA, Juan Ramón

- 1999 *Elementos de análisis jurídico*, Madrid.
- 1968 *El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona.

CARACCIOLI, IVO

- 1965 *L'esercizio del diritto*, Milano.

CARBONELL, Mateu

- 1996 *Derecho Penal: Conceptos y principios constitucionales*, Valencia.

CARDINAUX, France Française

- 1988 "Faut-il réviser le concours, art. 68 du code pénal suisse?", en *JdT*, p. 136 ss.

CARO CORIA, Carlos

- 2002 "La responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho penal peruano e Iberoamericano", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, p. 27. (también en *RPCP*, N° 11, 2002, p. 503 ss.)
- 2001 "¿Superación del pasado a través del Derecho Penal? Notas sobre la reforma del Código Penal peruano a diez años de su vigencia", en *Código Penal y legislación complementaria*, p. 21 ss. Lima. Inserto en CARO CORIA, *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*, Lima, 2002, p. 29 ss.
- 1995 *La protección penal del ambiente*, Lima.
- 1992 "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP de 1991", en *Thémis* 24, p. 69 ss.

CARO JOHN, José Antonio

- 2007 *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima.
- 2003a "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", en ADP 2003. *Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 49 ss.
- 2003b *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Lima, 2003.
- 2003c "Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana", en Eduardo MONTEALEGRE (coord.) *Libro Homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*, T. II, Bogotá, p. 135 ss.
- 1996 *Causalidad e imputación objetiva. Lineamientos de una dogmática jurídico-penal normativista*, Tesis UNMSM, inédita.
- 1994 "La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia", en RPCP N° 4, 1994, p. 733 ss.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl

- 1977 *Derecho penal mexicano. PG*, 12ª ed. puesta al día por Carranca RIVAS, México.

CARRARA, Francesco

- 1871 *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*. PG, Lucca.
- 1949 *Programa del Curso de Derecho Criminal*, traducido por Sebastián Soler, Ernesto Gavier y Ricardo Núñez, Buenos Aires.

CARRIÓ, Genaro

- 1976 *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires (sexta reimpresión; 1ª ed. 1964).
- 1973 *Los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires.
- 1971 *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Buenos Aires.

CASAS BARQUERO, Enrique

- 1987 *El consentimiento en el Derecho penal*. Prólogo de Miguel Polaino Navarrete. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Sección Delegada en la Universidad de Córdoba, Colección Estudios Criminológicos, Serie Minor N° 4, Córdoba.

CASSANI, Ursula

- 1997 "Application du droit pénal dans le temps; lex mitior; actes d'ordre sexuel commis sur une personne âgée de 14 à 18 ans", en PJA N° 7, p. 900 ss.

- 1996 "Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3 - 7 StGB)", en *RPS* 114, p. 237 ss.

CASTAN TOBEÑAS, José

- 1947 "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)", Madrid.

CASTILLO ALVA, José Luis

- 2008 *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Lima.
 2002 *Principios de derecho penal. Parte general*, Lima.
 2001 *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima.
 2000 "La complicidad como forma de participación criminal", en *RPCP* N° 9, Lima, p. 679 ss.
 1999a "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano", en *Normas Legales*. T. 279, agosto, p. A-61 ss.
 1999b "Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas", en *Normas Legales*, T. 276-Mayo 1999, Lima, p. A-44 ss.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco

- 2009 *Derecho Penal. Parte General*, T. I, San José de Costa Rica.
 2003 *Tentativa y desistimiento voluntario*, San José de Costa Rica.
 1999 *El dolo, su estructura y sus manifestaciones*, San José de Costa Rica.
 1998 *El consentimiento del derecho-habiente en materia penal*, San José de Costa Rica.

CATTANEO, Mario

- 1970 *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano.

CEREZO MIR, José

- 2001 *Curso de derecho penal español*, III, 5ª ed., Madrid.
 2000 *Derecho penal. PG, Lecciones*, 2ª ed., Madrid.
 1998 *Curso de derecho penal español*, II, 6ª ed., Madrid.
 1996a *Curso de derecho penal español*, I, 5ª ed., Madrid.
 1996b "Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal de 1995", en *La Ley*, N° 4063, p. 1 ss.
 1993a *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid.
 1993b *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*, Zaragoza.

Cerjudel

- 2005 *Reforma del proceso penal en el Perú*, Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad (CERJUDEL), Trujillo.

CERRONI, Umberto

- 1976 *Introduzione alla scienza sociale*, Roma.

CHAVANNE, Albert

- 1969 "Les délits de mise en danger, rapport particulier France", en *RIDP* 40, p. 125 ss.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner

- 2003 "Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: Estado de necesidad defensivo y agresivo", en *ADP 2003. Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 253 ss.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio

- 1998 *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona.

CID, Moliné/LARRAURI, Elena (coord.)

- 1997 *Alternativas a la prisión*, Barcelona.

CLARIA OLMEDO, Jorge

- 1960 *Tratado de Derecho procesal penal*, Buenos Aires.

CLERC, François

- 1981 "Le cautionnement préventif en droit pénal suisse", en *Varia Juridica*, Fribourg, p. 37 ss.
- 1975 *Initiation à la justice pénale en Suisse, vol. I: Notions préliminaires y principes directeurs*, Neuchâtel.
- 1972 "Les récentes transformations du Code pénal suisse", en *RSC*, p. 301 ss.
- 1966 "Les avatars de la deuxième révision du Code pénal suisse", *RPS* 82, p. 125 ss.
- 1949 "Les travaux préparatoires y l'interprétation de la loi pénale", en *RPS* 64, p. 1 ss.
- 1943 *Cours élémentaire sur le droit pénal suisse, partie spéciale*, Lausanne.
- 1942 *Introduction à l'étude du code pénal suisse, Partie générale*, Lausanne.
- 1939 "Le nouveau code pénal suisse", en *RSC*, p. 238 ss.

- 1938 "Le Code pénal suisse y le droit pénal international", en *Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel à l'occasion du centenaire de la fondation de l'Académie*, Neuchâtel/París, p. 207 ss.

CLERIC, Georg Franz von

- 1924 "Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter", en *RPS* 37, p. 52 ss.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTON, Tomás

- 1987 *Derecho Penal*. PG, 2ª ed., Valencia.

- 1984 *Derecho Penal*. PG, Valencia.

COBO DEL ROSAL y otros

- 1999 *Comentarios al Código Penal*, T. I-VI, Madrid.

COENDERS, Albert. T.

- 1921 *Über die Ideal Konkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz*, Greifswald - Bamberg.

COING, Hellmut

- 1972 *Juristische Methodenlehre*, Berlin.

COLOMBINI, Jean-Luc

- 1983 *La prise en considération du droit étranger (pénal y extra-pénal) dans le jugement pénal*, Tesis, Lausanne.

Comisión Ejecutiva del Poder Judicial

- 2000 *Guía de pautas metodológicas para la elaboración de sentencias*, Lima.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido

- 1997 *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, T. I, Madrid.

CONDE-PUMPIDO TURRÓN, Cándido/LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, Jacobo

- 2007 "Arts. 1-108", en *Comentarios al Código Penal*, T. I, Madrid.

Consejo de Europa

- 1992 *Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia Jurídica*, Madrid.

Conseil Fédéral

- 1999 "Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale regissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998", en *Feuille Fédérale*, II, p. 1787 ss.
- 1918 "Message du Conseil Fédérale à l'appui d'un project de Code Pénal suisse, du julliet 1918", en *Feuille Fédérale* 1918, IV, p. 1 ss.

COOPER, H. H. A.

- 1972 *Comentarios sobre la nueva legislación penitenciaria en el Perú*, Lima.
- 1971 "El error facti y el artículo 199 del Código penal", en *RDCP*, p. 186 ss.
- 1970 *La no exigibilidad de otra conducta en el Derecho peruano*, Lima.

CORBOZ, Bernard

- 1994 "L'homicide par négligence", en *SJ*, p. 169 ss.

CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MORULLO, Gonzalo

- 1972 *Comentarios al Código penal*, Barcelona.

CORNAZ, Olivier

- 1958 "Intention, dessein, mobile", en *JdT* 106, IV, 66 ss.

CORNEJO, Angel Gustavo

- 1937 "Función represiva como Derecho subjetivo del Estado", en *RDCP*, Lima 1936 - 1937, p. 7.
- 1936 *Parte General de Derecho Penal*, Tomo I, Lima.
- 1932 *Derecho de procedimientos penales*, Lima.
- 1926 *Comentarios al nuevo Código penal*, Lima.

CORNEJO, Angel Gustavo/JÍMEZ, Plácido

- 1928 "Proyecto de Código Penal", en *Boletín de Criminología*, Año I, Lima, p. 645 ss.
- 1929 "Proyecto de Código Penal", en *Boletín de Criminología*, Año II, Lima, p. 58, 255, 482.
- 1930 "Proyecto de Código Penal", en *Boletín de Criminología*, Año III, Lima, p. 63, 260.
- 1931 "Proyecto de Código Penal", en *Boletín de Criminología*, Año IV, Lima, p. 103.

CORNEJO, Mariano H.

- 1920 *Exposición de Motivos del Novísimo Código Procedimientos penales en Materia Criminal de 1920*, Lima.

COSSIO, Carlos

- 1948 "El principio «Nulla poena sine lege» en la axiología egológica", en *RJP*, Lima, p. 1 ss.
1947 *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires.
1939 *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Buenos Aires.

COTLER, Julio

- 1970 "La mecánica de la dominación interna y del cambio social en el Perú", en *Perú actual (sociedad y política)*, México.
1978 *Clase, estado y nación en el Perú*, Lima.

COTTIER, Thomas

- 1991 *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage: eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht*, Tesis Bern, 2ª ed., Chur/Zurich.

CUBA SALERNO, Ricardo

- 1997 *Manual de Derecho penal*. PG, Lima.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor

- 1998 *La Cantuta: Crónica de la investigación fiscal*, Lima.

CUELLO CALÓN, Eugenio

- 1973 *Derecho Penal*, México.

CURY URZÚA, Enrique

- 1982 *Derecho penal*. PG, Santiago de Chile.

DAHM, Georg

- 1938 "Der Methodenstreit en der heutigen Strafrechtswissenschaft", en *ZStW*, p. 225 ss.

DANA, Adrien-Charles

- 1982 *Essai sur la notion d'infraction pénale*, París.

DARBELLAY, Jean

- 1955 *Théorie générale de l'illicéité en droit civil y en droit pénal*, Fribourg.

DE BELAUNDE, Javier

- 1974 "Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales", en *Derecho* N° 32, Lima, p. 93.

DE CAPITANI, François

- 1986 *Vie et mort de l'Ancien Régime, en Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*, 2ª ed., Lausanne, p. 484 ss.

DE DOLLDER, Hans/ TIEDEMANN, Klaus

- 1996 *La criminalisation du comportement collectif/Liability of Corporations*. Hague/London/Boston.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes

- 1999 *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Valencia.
1996 Tipicidad e imputación objetiva (según el nuevo Código Penal de 1995), Valencia.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis

- 1993 "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992", en *Política Criminal y Reforma Penal*, Madrid, p. 322 ss.

DELACHAUX, Max

- 1977 *Drogues y législation: évolution des mesures de contrôle y des mesures répressives prévues par les conventions internationales y la législation fédérale sur les stupéfiants*, Tesis, Lausanne.

DELMAS-MARTY, Mireille/GUYON, Yves

- 1993 "La responsabilité pénale des personnes morales", en *Revue des sociétés*, p. 227 ss.
1992 *Les grands systèmes de politique criminelle*, París.

DELITELA, Giacomo

- 1969 "Rapport général sur les infractions de mise en danger", en *RIDP* 40, p. 288 ss.

DERKSEN, Roland

- 1993 "Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft", en *GA*, p. 163 ss.

DESCHENAUX, Henri

- 1975 *Norme y causalité en responsabilité civile*, Bâle.
- 1969 "Le titre préliminaire du Code civil", en *Traité de droit civil suisse*, T. II/1, Fribourg.

DESCHENAUX, Henri/STEINAUER, Paul-Henri

- 2001 *Personnes physiques y tutelle*, 4ª ed., Berne.

DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre/WERRO, Franz

- 1995 *Le mariage y le divorce*, 4ª ed., Berne.

DESPORTES, Frédéric/LE GUNHEC, Francis

- 1999 *Le nouveau droit pénal*, T.1, *Droit pénal général*, 6ª ed., París.

DE VICENTE REMESAL, Javier

- 1997 "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: Posibilidades actuales y perspectivas de futuro", en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, p. 174 ss.

DÍAZ PITA, María

- 1994 *El dolo eventual*, Valencia.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel

- 1991 *La autoría en derecho penal*, Barcelona.

DIEFENBACH, Wilhelm

- 1966 *Die verfassungsrechtliche Problematik [del § 2 inc. 4 del Código penal alemán]*, Tesis, Frankfurt am Main.

DIEL, Katja

- 1997 *Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*, Frankfurt am Main.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis

- 2004 "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", en *RECPC* 2004, N° 06-03, p. 03:1 y 03:34. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>
- 1983 "Los delitos calificados por el resultado y el art. 30 del proyecto del Código penal español", en *ADPCP* N° 36, Madrid, 1983, p. 627 ss., 101 ss.

DOIG DÍAZ, Yolanda

- 2003 *Jurisdicción militar y Estado de derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Alicante.
- 2002 "La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción", ADP 2001/2002. *La reforma del Derecho penal militar*, Lima, p. 27 ss.

DOLCINI, Emilio

- 1982 "Le «sanzioni sostitutive» applicate in sede di condanna", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano.

DÖLLING, Dieter

- 1999 "El desarrollo de las penas no privativas de libertad en el derecho alemán", en ADP 1997/1998. *El sistema de sanciones penales*, Lima, p. 101 ss.

DONATSCH, Andreas

- 1989 "Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?", en *RSJ* 1989, p. 111 ss.
- 1987 *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Zurich.
- 1985 "Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum", en *RPS* 102, 16 ss.

DONAYRE PASQUEL, Patricia

- 2001 *Los decretos legislativos en el Perú. Sobre su control y su aplicación en el Perú y en la legislación comparada*, Lima.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri

- 1928 *Les principes modernes du droit pénal international*, París.
- 1922 *Introduction à l'étude du droit pénal international*, París.

DOTTI, Ariel René

- 1988 *Reforma penal brasileira*.
- 1985 "A crisis da execucao penal e o papel do Ministerio Público", en *Justicia*, Vol. N° 129.
- 1983 *Bases e alternativas para o sistema de penas*, Sao Paulo.

DREHER, Eduard

- 1981 *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 40ª ed., puesta al día por H. Trondle.
- 1976 *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 36ª ed., München.

DREIER, Ralf

- 1981 "Recht und Moral", en D. RALF (compilador) *Recht-Moral-Ideologie*, Frankfurt, p. 180 ss.

DU PASQUIER, Claude

- 1988 *Introduction à la théorie générale y à la philosophie du Droit*, 6ª ed., Neuchâtel/París.

DU PUIT, Joséph

- 2003 "Resoluciones judiciales sobre imputación objetiva e imprudencia", en *ADP 2003. Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 509 ss.
- 2001 "La obediencia jerárquica en el derecho penal militar peruano", en *ADP 2001/2002. La reforma del Derecho penal militar*, Lima, p. 241 ss.
- 1996 "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Suiza", en *ADP 1996, La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, p. 161 ss.

DUBACH, Werner

- 1951 "Das Disziplinarrecht der freien Berufe, Rapport présenté devant la SSJ", en *RDS 70*, p. 1 ss.

DUBS, Hans

- 1973 "Notwehr (Bemerkungen zu StrGB Art. 33 anhand von sieben Fällen)", en *RPS 89*, p. 337 ss.
- 1962 "Fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht", en *RPS*, p. 31 ss.
- 1949 "Praxisänderungen, Eine methodologische Untersuchung über die Stellung des Richters zum eigenen Präjudiz auf Grund von Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts", en *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, Heft. 27, Basel.

DUGUIT, Léon

- 1927 *Traité de droit constitutionnel*, T. I-V, 3ª ed., París.

DUKOR, Benno

- 1951 "Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopaten", en *RPS 66*, p. 418 ss.

DRIENDL, JOHANNES

- 1984 *Entwicklung und Neuregelung der Geldstrafe nach dem Tagessatzsystem*, Oesterreich.

- DROWKIN, Ronald

1984 *Los derechos en serio*, traducción de M. Guastavino, Barcelona.

EBERMAYER, Ludwig/LOBE, Adolf/ROSENBERG, Werner

1974 *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. Band I, Berlín/New York.

EBERT, Udo

1975 *Der Überzeugungstäter en der neueren Rechtsentwicklung*, Berlín.

ECHMANN, Horst

1969 *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts en der Rechtstheorie* H. L. A. Harts, Berlín.

ENGISCH, Karl

1975 *Einführung en das juristische Denken*, 6ª ed., Stuttgart.

1968 *Die Idee der Konkretisierung en Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed.

1967 *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid.

1960 "Der Unrechtstbestand im Strafrecht", en *Deutschen Juristentag-FS*, p. 401 ss.

1958 "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen", en *ZStW* 70, p. 566 ss.

1954 "Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht", en *Festschrift für E. Mezger*, München/ Berlín, p. 127 ss.

1931 *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen.

1930 *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Aalen, 1964 (reproducción de la edición de 1930, Berlín).

ESER, Albin

1998 *Temas de derecho penal y procesal penal*, Lima.

1985 "Die Entwicklung des Internationalen Strafrechts im Lichte des Werkes von Hans-Heinrich Jescheck", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, Band II, Berlín, p. 1353 ss.

ESPINO PÉREZ, Julio

1982 *Código Penal. Concordancias*, 6ª ed., Lima.

ESPINOZA GOYENA, Julio César

2005 "La persona jurídica en el Nuevo Proceso Penal", en *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*, Lima, p. 329 ss.

ESPOSITO, Ubaldo

- 1950 "Irretroattività e legalità delle pene", en *Studi en onore de Francesco Carnelutti*, T. IV, Padua, p. 505 ss.

Esser, Joseph

- 1972 *Vorverständnis und Methodenwahl en der Rechtsfindung*, 2ª ed., Frankfurt am Main.

ETCHEBERRY, Alfredo

- 1976 *Derecho penal*, T. 1-2. PG, Santiago de Chile.
1956 *El concurso aparente de leyes*, Santiago de Chile.

EXNER, Franz

- 1957 *Biología Criminal (en sus rasgos fundamentales)*, Barcelona.
1910 *Das Wesen der Fahrlässigkeit (Eine strafrechtliche Untersuchung)*, Leipzig/Viena.

FALS BORDA, Orlando

- 1970 *Ciencia propia y colonialismo*, México.

FARGE, Arlette/FOUCAULT, Michel

- 1982 *Le désordre des famillas. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, París.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo

- 2001 *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*, Barcelona.
1999a *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Zaragoza.
1999b *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en derecho penal?*, Granada.

FELCHLIN, Peter

- 1979 *Das politische Delikt*, Tesis, Zürich.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan

- 1982 *Derecho penal fundamental*, Bogotá.

FERRAJOLI, Luigi

- 1995 *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 3ª ed., Rome/Bari 1996. Traducción española: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid.

FERRI, Enrico

- 1928 *Principi di diritto criminale. Delinquenti e delinquenza nella scienza, legislazione e giurisprudenza*, Torino.
- 1921 *Relazione sul Progetto preliminare di Codice penale*, Roma.
- 1908 *Sociología criminal, prólogo de Primitivo Gonzales del Alba, traducción de Antonio Soto y Hernández*, Madrid, T. I-II.
- 1905 *La sociologie criminelle*, 8ª ed., París.
- 1900 *Sociologia criminale*, 4ª ed., Torino.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von

- 1989 *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires.
- 1847 *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen.

FIANDACA, Giovanni

- 1982 "Il bene giuridico come problema teorico e come criterio de politica criminale", en *Revista italiana de Diritto e Procedura Penale*, p. 42 ss.

FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo

- 1989 *Diritto penale*. PG, 3ª ed. (reimpresión), Bologna.

FIERRO, Guillermo

- 1977 *La ley penal y el derecho internacional*, Buenos Aires.

FIGUEROA NAVARRO, Aldo

- 2009 "Aplicación unitaria o combinada de normas penales. Implicancias del Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116", en *Academia de la Magistratura, Investigación jurídica de la jurisprudencia nacional*, p. 75 ss.
- 1999 "La involución del sistema de penas en el contexto de la politización del derecho penal", en ADP 1997/1998. *El sistema de sanciones penales*, Lima, p. 273 ss.

FINCKE, Martin

- 1977 *Arzneimittelprüfung, strafbare Versuchungsmethoden: "erlaubtes" Risiko bei eigeplantem fatalem Ausgang*, Heidelberg, Karlsruhe.
- 1975 *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlín

IORE, Carlo

- 1995 *Diritto Penale*. PG, T. I, 1993, T. II.

FIGURELLA, Antonio

- 1987 *Reato en generale, en Enciclopedia del diritto*, T. XXXVIII, p. 793 ss.

FLORIAN, Eugenio

- 1934 *Trattato di Diritto Penale*. PG, 4ª ed.

FONTECILLA RIQUELME, Jorge

- 1946 *Concurso de delinquentes, de delitos y de leyes penales*, Santiago de Chile.

FOREGGER, Egmont/SERINI, Eugen

- 1989 *Die österreichische Strafprozessordnung samt den wichtigsten Nebengesetzen Zusätze Kurzkommentar; mit einer Einführung und Erläuterungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und des Schrifttums*, 4ª ed., con la colaboración de VON GERHARD KODEK.

FOUCAULT, Michel

- 1975 *Surveiller y punir. Naissance de la prison*, París.

FRAGOSO, Eleno Claudio

- 1993 *Licoes de Direito Penal. Parte Peral*, 14ª ed., Río de Janeiro.

FRANCIA SÁNCHEZ, Luis

- 2000 *Serie Jurisprudencia. Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores. Academia de la Magistratura. N° 3 Sentencias de derecho penal general y derecho procesal penal. N° 4 Sentencias de derecho penal especial*, Lima.
- 1993 "Pluralidad cultural y derecho penal", en *Derecho*, N° 47, p. 493 ss.

FRANCOLINO, Neto

- 1985 "Penas restrictivas de direitos na reforma penal", en *Bahía Forense Salvador*, N° 25, p. 61 ss.

FRANK, Andre Gunder

- 1969 "Die Entwicklung der Unterentwicklung", en *Lateinamerikas Entwicklung der Unterentwicklung*, Berlín.

FRANK, Reinhard

- 1931 *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., Tübingen.
- 1907 "Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs", en *Giessener Festschrift*, p. 11 ss.

FREY, Erwin

- 1951 "Das Verhältnis von Strafe und Massnahme de lege lata und de lege ferenda", RPS 66, p. 295 ss.

FRISCH, Wolfgang

- 2003 "Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre", en GA, p. 719 ss.
- 1992 "Selbsgefährdung im Strafrecht", en NStZ, p. 62 ss.
- 1989a "Grundprobleme der Bestrafung "verschuldeter" Affekttaten", en ZStW 101, p. 538 ss.
- 1989b "Vorsatz und Mitbewusstsein - Strukturen des Vortsatzes", en *Gedächtnisschrift Armin Kaufmann*, p. 311 ss.
- 1988 *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg.
- 1983 *Vorsatz und Risiko*, Köln/Berlin/Bonn/München.

FROSALI, Raoul Alberto

- 1937 *Concorso di norme e concorso de reati*, Citta di Castello.

FROSINI, Vittorio

- 1989 *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá.

FURNISCH, Dale B.

- 1972 "La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano", en *Derecho* N° 30, Lima, p. 61 ss.

GADAMER, Hans-Georg

- 1996 *Vérité et méthode, les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, édition intégrale revue y complétée par Pierre Fruchon, traducido del alemán por E. Sacre, París.
- 1972 *Wahrheit und Methode*, 3ª ed., Tübingen.

GALLAS, Wilhelm

- 1972 "Abstrakte und konkrete Gefährdung", en *Heinitz-FS*, Berlín, p. 171 ss.
- 1955 "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", en ZStW 67, p. 1 ss.
- 1954 "Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund", en *Festschrift für Edmund Mezger*, München/Berlin, p. 311 ss.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino

- 2009 "Reparación civil, decomiso y medidas aplicables a las personas jurídicas", en *Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal*, Lima.

2005 *La reparación civil en el proceso penal*, 2ª ed., Lima.

1999 *La reparación civil en el proceso penal*, Lima.

GARCÍA ALBERO, Ramón

1994 "Sobre la denominada «unidad natural de acción». A propósito de la STS de 23 de junio de 1989", ponente D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara, en *ADPCP*, mayo-agosto, T. XLVII, fascículo II, Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.

GARCÍA ARÁN, Mercedes

1998 "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Be-tanzos, p. 56.

GARCÍA VALDÉS, Carlos

1986 "Alternativas legales a la privación de la libertad clásica", en *Psicología so-cial y sistema penal*, Madrid, p. 354 ss.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

1993 "El fuero militar como peligro", en *La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente*, Lima, p. 247 ss.

1989 *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Lima.

1984 *Mar y constitución: las 200 millas en la constitución de 1979*, Lima.

1977 "Cuarenta años de Constitucionalismo Peruano", en *RDGP*, N° 1, 2 y 3, p. 83 ss.

1976 *Los gobiernos de facto*, en *Boletín informativo de la Universidad Católica Santa María*, N° 11, Arequipa, p. 49 ss.

GARCÍA CAVERO, Percy

2008 *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima.

2006 "Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal pe-ruano", en *Revista de Derecho*, Vol. 7, Universidad de Piura, p. 107 ss.

2003 *Derecho penal económico*. PG, Lima.

2002a "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", en *RDGP*, N° 9, p. 103 ss.

2002b *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, coordinador, Lima.

2000 "La imputación objetiva en los delitos imprudentes", en *Revista de Dere-cho*, Universidad de Piura, p. 191 ss.

- 1999 *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio

- 1986 "Conferencia sobre los orígenes de la cárcel", pronunciada en Barcelona el 7 de junio de 1986, en *las primeras jornadas de poder y control. Hoja Resumen*.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio

- 2009 *Derecho Penal. Parte General*, Lima.
1988 *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid.

GARCÍA RADA, Domingo

- 1984 *Manual de Derecho procesal penal*, 8ª ed., Lima.
1980 *Manual de Derecho procesal penal*, 6ª ed., Lima.

GARCÍA TOMA, Víctor

- 2006 "El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)", en *ADP 2005. Interpretación y aplicación de la ley penal*, Lima, p. 173 ss.

GARCÍA VALDEZ, Carlos

- 1995 "Alternativas legales a la privación de libertad clásica", en Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, p. 190 ss.

GARCÍA VITOR, Ernesto

- 1994 *Diversidad cultural y derecho penal. Aspectos criminológicos, políticos-criminales y dogmáticos*. Colección Jurídica y Social, N° 36, p. 27 ss.

GAROFALO, Raffaele

- 1891 *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, 2ª ed., Torino.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto/ LAPORTA, Francisco

- 1998 *El derecho y la justicia*, Madrid.

GARRAUD, René

- 1934 *Précis du droit criminel: contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle y des lois qui ont modifié ces deux Codes*, 15ª ed., París.

- 1922 *Traité théorique y pratique du droit pénal français*, T. I-IV, 3ª ed., París, 1913-1922.

GARRIDO MONTT, Mario

- 2001 *Derecho penal. PG*, T. I-II, 2ª ed., Santiago de Chile.

GASSIN, Raymond

- 1988 "Les écoles en criminologie", en *RSC*, p. 201 ss.
 1977 "De quelques tendances récentes de la criminologie anglaise et nord-américaine", *RSC*, p. 249 ss.

GAUCHET, Marcel

- 1992 "Droits de l'homme", en *Idées, Dictionnaire critique de la Révolution française*, París, p. 121 ss

GAUTHIER, Jean

- 1988 "Les problèmes juridiques y pratiques posés par la différence entre le droit criminel y le droit administratif pénal, Rapport suisse présenté au XIVE Congrès international de droit pénal", en *RIDP* 59, p. 399 ss.
 1985 "Remarques sur le rôle de la sanction pénale en droit suisse", en *Le rôle sanctionnateur du droit pénal, Enseignement de 3e cycle de droit 1984 (responsable J. Gauthier)*, Fribourg, p. 219 ss.
 1984 "La nouvelle législation suisse sur l'entraide internationale en matière pénale", en *RPS* 101, p. 51 ss.
 1982 "Le délinquant étranger devant le juge pénal suisse", en *Les étrangers en Suisse, Recueil de Travaux publiés par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la SSJ à Lausanne*, Lausanne, p. 281 ss.
 1975 "La loi fédérale sur le droit pénal administratif", en *Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève* N° 46, Genève, p. 23 ss.
 1971 "Droit administratif y droit pénal, Rapport présenté devant la SSJ", en *RDS* 90, T. II, p. 325 ss.

GAVAZZI, Giacomo

- 1967 *Norme primarie e norme secondarie, Memorie dell'Istituto giuridico*, Torino.

GAVIER, Ernesto

- 1939 "Algunos problemas referentes a la aplicación de los artículos 58 y 27 del código penal", en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, año 111, N° 3.

GEERDS, Friedrich

- 1965 "Besprechung von Roxin "Täterschaft und Tatherrschaft", en GA, p. 370.
- 1961 *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg.
- 1960 "Einwilligung und Einverständnis des Verletzten", en ZStW 72, p. 42 ss.
- 1954 *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, Universidad de Kiel.

GEILEN, Gerd

- 1972 "Zur Problematik des Schuldausschliessenden Affekts", en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, p. 173 ss.

GEMMA, Claudio

- 1986 "Diritto costituzionale e diritto penale: un rapporto da ridefinire", en *Diritto e Società*, N° 3, p. 459 ss.

GENOCRATES

- s/f "El "dominio del hecho" como criterio para determinar el autor en el código penal argentino", en *La Ley*, T. 130, p. 540 ss.
- s/f "Algo más sobre el dominio del hecho", en *La Ley*, T. 136, p. 637 ss.

GENY, François

- 1919 *Méthode d'interprétation y sources en droit privé positif, essai critique*, T. I, 2ª ed., París.

GEPPERT, Klaus

- 1982 "Grundzüge der Konkurrenzlehre. §§ 52 bis 55 StGB", en *Juristische Ausbildung (JURA)*, año 4, Berlín/New York, 1982, p. 358 ss.
- 1971 "Rechtfertigende "einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Strassenverkehr? ", en ZStW 83, p. 946 ss.

GERLAND, Heinrich Balthasar

- 1921 *Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurf*, Tübingen.

GÉRARD, Philippe

- 1978 *Le recours aux travaux préparatoires y à la volonté du législateur, en L'interprétation en droit: approche pluridisciplinaire (publié sous la direction de M. van de Kerchove)*, Bruxelles, p. 51 ss.

GERMANN, Oskar Adolf

- 1972 "Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, angenommen en der Volksabstimmung vom 3. Juli 1938, en Kraft seit 1 Januar 1942, abgeändert durch Bundesgesetz vom 5. Oktober 1950, ergänzt durch die Bundesgesetze vom 20. Dezember 1968 und vom 18. März 1971", en RPS 88, p. 430 ss.
- 1971 "Grundzüge der Partialrevision des schweizerischen Strafgesetzbuches durch das Gesetz vom 18 März 1971", en RPS 87, p. 337 ss.
- 1967 Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2ª ed., Berna.
- 1962 "Zum Straftatbestand der Unterschlagung, Das Urteil im Fall Nehmad", en RPS 78, p. 410 ss.
- 1961a "Vorsatzprobleme dargestellt auf Grund kritischer Analyse der neuern Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichtes", en RPS 77, p 345 ss.
- 1961b "Zum strafprozessrechtlichen Legalitätsprinzip", en RPS 77, p. 1 ss.
- 1958a "Massnahmenrecht des Schweizerischen Strafgesetzbuches", RPS 73, p. 44 ss.
- 1958b "La révision actuelle du Code pénal suisse en matière de sanctions y en particulier de «mesures» privatives de liberté", en RSC, p. 769 ss.
- 1957 "Le contrôle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines y des mesures de sûreté", en RIDP 27, p. 235 ss
- 1954 "Rechtsstaatliche Schranken im internationalen Strafrecht", en RPS 69, p. 237 ss.
- 1953 *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 1. Lieferung (Art. 1 StGB)*, Zürich.
- 1946 *Methodische Grundfragen. Schweizerische kriminalistische Studien*, 6ª ed., Basilea.
- 1942 *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich.
- 1923 *Die Bestimmungen über die Teilnahme im Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs*, Breslau.

GILLIARD, François

- 1989 "Le Tribunal fédéral interprète du droit privé", en *Les règles d'interprétation, Enseignement de 3e cycle de droit 1988 (responsable J.-F. Perrin)*, Fribourg, p. 167 ss.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

- 1999a "Artículo 11", en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*. T. I. Madrid.

- 1999b "El delito de omisión impropia, en *RDPC* N° 4, p. 525 ss.
- 1981 "Introducción a la PG del derecho penal español", en *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid.
- 1980 "El sistema de penas en el futuro Código Penal", en *La reforma penal*, España, p. 182 ss.
- 1979 "El sistema de penas en el futuro Código Penal", en *Doctrina Penal*, p. 582.
- 1976 "¿Tiene un futuro la dogmática penal?", en *Estudios penales*, Madrid, 1976, p. 78.
- 1970 "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", en *ZStW* 82, p. 379 ss.
- 1969 "El desarrollo de la reforma alemana del Derecho Penal", en *Sexualidad y crimen*, versión de la 3ª ed. Alemana, traducido por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, p. 381 ss.
- 1966 *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid.

GIOJA, Ambrosio L.

- 1973 *Ideas para una filosofía del Derecho*, T. I-II, Buenos Aires.

GIOVANNONI, Pierre

- 1962 "La causalité dans la responsabilité civile extra-contractuelle", en *RSJB* 98, p. 249 ss

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz von

- 1987 "Der Vorverständnisbegriff en der juristischen Hermeneutik", en *ARSP* 73, p. 476 ss.

GMÜR, Arnold

- 1987 *Der Kausalzusammenhang en der zivilrechtlichen Rechtsprechung*, Tesis, Zurich.

GOLDSCHMIDT, James

- 1930 "Normativer Schuldbegriff", en *Festgabe für Reinhard Frank*, T. I, Tübingen, p. 428 ss.
- 1913 "Der Notstand, ein Schuldproblem", en *ÖSTERR. Zeitschrift für Strafrecht*, T. 4, p. 129 ss.
- 1902 *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlín.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel

- 1984 *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. PG*, Madrid.

GÓMEZ GRILLO, Elio

- 1980 "Las prisiones en Latinoamérica", en ADPCP, N° 33, p. 689 ss.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos

- 2006 *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Pamplona.
2005 *La culpabilidad de la empresa*, Madrid.

GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo

- 1996 *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*, T. II, Lima.

GONZÁLES CUSSAC, José Luis

- 1988 *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia.

GONZÁLES RUS, Juan José

- 1983 *Bien jurídico y constitución (Bases para una teoría)*, Madrid.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta

- 2007 *Pasado, presente y futuro de la pena de arresto de fin de semana. Un estudio dogmático y de política criminal*, Oviedo.

GOUGLER, Jean-Pierre

- 1956 *De la relation de causalité en matière d'assurance*, Tesis, Lausanne.

GRACIA MARTÍN, Luis

- 2006 *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Barcelona.
2001 "Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)", en AA.VV. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid.
1998 *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia.
1996a "Las cuestiones de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en Santiago MIR PUIG/Diego Manuel LUZÓN PEÑA (editores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, p. 35 ss.
1996b *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia.
1986 *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. T. I - II, Zaragoza, 1985/1986.

GRAF ZU DOHNA, Alexander

- 1925 *Recht und Irrtum*, Mannheim - Berlin - Leipzig.

GRAVEN, Jean

- 1968 "Existe-t-il un chromosome du crime? Comment juger le délinquant porteur d'une anomalie génétique XYY", en *Revue internationale de criminologie et de police technique*, T. 22 (1968), N° 4, p. 277 ss.; T. 23 (1969), N° 1, Genève, p. 21 ss.
- 1966 "Comment le droit pénal suisse réprime-t-il les infractions par négligence?", en *RICPT*, p. 170.
- 1965 *Le problème de la responsabilité pénale. Irresponsabilité y responsabilité restreinte*, Edition mimeographada por la Association internationale de droit comparée (Section d'été, Coimbra), N° 518.
- 1963 "La révision des concepts sur les courtes peines privatives de liberté et la peine pécuniaire", en *RPS* 79, p. 407 ss.
- 1959 "Le rôle y les pouvoirs du juge pénal par rapport à l'expert médical en matière de responsabilité", en *RPS*, p. 347 ss.
- 1958 "La classification des infractions du Code pénal suisse y ses effets", en *RPS*, p. 3.
- 1955 "Droit pénal y défense sociale", en *RPS*, p. 1 ss.
- 1951a "Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation et leur application en Droit Pénal suisse", en *RPS* 66, p. 377 ss.
- 1951b "Franz von Liszt y le nouveau droit pénal suisse", *RIDP* 1951, p. 209 ss.
- 1948 "Beccaria y l'avènement du droit pénal moderne", en *Grandes figures y grandes oeuvres juridiques*, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève N° 6, Genève, p. 97 ss.

GRAVEN, Philippe

- 1989 "Note sur l'interprétation des lois pénales en suisse", en *Les règles d'interprétation*, Enseignement de 3e cycle de droit 1988 (responsable J.-F. Perrin), Fribourg, p. 153 ss.
- 1978 "Les buts y l'esprit de la 3e révision partielle du Code pénal suisse", en *RPS* 95, p. 41 ss.
- 1977 "De la 2a à la 4e révision partielle du Code pénal suisse", en *RPS* 94, p. 28 ss.
- 1972 "L'adéquation du droit pénal aux réalités", en *RPS* 88, p. 243 ss.
- 1969 "La réforme pénale européenne et la revision partielle du Code Pénal suisse", en *RPS* 78, p. 15 ss.
- 1963 *Le cautionnement préventif*, Basilea.

GRAVEN, Philippe/STRÄULI, Bernhard

1995 *L'infraction pénale punissable*, 2^a ed., Berne.

1967 *Le cautionnement préventif*. Genève.

GRAVEN, Philippe/JUNOD, Charles-André

1988 "Societas delinquere potest?", en *Mélanges Robert Patry*, Lausanne, p. 351 ss.

GREBING, Gerdhardt

1974 "L'amende", en *Revue sciences criminelles et droit pénal comparé*, p. 700 ss.

GRISSEL, André

1984 *Traité de droit administratif*, T. I, Neuchâtel.

GROPP, Walter

1997 *Strafrecht*, AT, Berlin.

GRÜNHUT, Max

1930 "Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft", en *Festschrift für R. Frank*, I, p. 1 ss.

GRÜNWALD, Gerald

1966 "Der Vorsatz des Unterlassungsdelikt", en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, p. 281 ss.

GRUTZNER, Heinrich

1964 *Le champ d'application du droit pénal. Aperçu comparatif élaboré en vue de la préparation d'une convention européenne portant unification des dispositions relatives au champ d'application du droit pénal*, Paris.

1960 "Rapport au VIII^{ème} Congrès international de Droit pénal, 4^{ème} question: l'application de la loi pénale étrangère par le juge national", en *RIDP*, p. 393 ss.

GRZEGORCZYK, Christophe

1990 "Trois modèles de l'homme juridique", en *L'image de l'homme en droit*, Mélanges publiés par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, p. 205 ss.

1989 "Le sujet de droit: trois hypostases", en *Le sujet de droit*, T. 14, p. 9 ss.

GUESTINI, R.

1993 *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano.

GUILLERMO BRINGAS, Luis

- 2010 "Autoría y participación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención?", en *ADP 2008. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, p. 223 ss.

GUILLOD, Olivier

- 1997 "Lutte contre le Sida, quel rôle pour le droit pénal?", en *RPS* 115, p. 130 ss.

GUKEBERGER, Beatrice

- 1968 *Die Absichtsdelikte des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Tesis, Berne.

GÜNTHER, Hans-Ludwig

- 1983 *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln/Berlin/Bonn/München.

GURVITCH, Georges

- 1947 "Le contrôle social", en *La sociologie au XXe siècle*, vol. I (editor), París, p. 290 ss.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis

- 2003 "Exposición y crítica de una reducción del derecho penal", en *Estudios de derecho penal. Libro Homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, p. 83 ss.
- 1991 "El nuevo Código Penal del Perú (1991)", en *DP*, N° 55-56, p. 631 ss.

GUZMÁN FERRER, Fernando

- s/f *Código de Procedimientos Penales*, 8ª ed., Lima.

GYSIN, Arnold

- 1926 "Die Theorie des Notstands und dessen Behandlung im Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches", en *RDS* 45, p. 44 ss.

HAFERKAMP, Hans

- 1987 "Zur zukünftigen Neuorientierung der kriminologischen Forschung", en *Kriminologische Journal* 19, p. 171 ss.

HÄFLIGER, Arthur

- 1970 "Der Notstand im Schweizerischen Strafrecht", en *Recueil de travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Basel, p. 379 ss.

HAFT, Fritjof

- 1992 *Strafrecht*, AT, 5ª ed., München.

HAFTER, Ernst

- 1947 "Lücken im Strafgesetzbuch. Lückenausfüllung", en *RPS*, p. 133.
 1946 *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, AT, 2ª ed. Berna.
 1923 *Strafrecht und Schuld*, Rektoratsrede, Zürich.
 1922 *Keine Strafe ohne Gesetz*, Rektoratsrede, Zürich.
 1904 "Strafe und sichernde Massnahme im Vorentwurfe zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuche", en *RPS* 17, p. 211 ss.

HALL, Jerom

- 1949 "El principio de legalidad (nulla poena sine lege)", en *La Ley*, N° 54, Buenos Aires, p. 810 ss.

HART, Herbert

- 1963 *El concepto de Derecho*, traducido por Genaro Carrió, Buenos Aires.

HASSEMER, Winfried

- 1994 "Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz", en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (editores A. Kaufmann y W. Hassemer), Heidelberg, p. 248 ss.
 1991 "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, N° 1, Barcelona, p. 23 ss.
 1990a *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., Münich.
 1990b *Alternativkommentare* (Reihe Alternativkommentare, Gesamtherausgeber R. Wassermann), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. 1 (Redaktion: Kurt Seelmann), §§ 1-21, Neuwied.
 1989a "Kennzeichen des Vorsatzes", en *Gedächtnisschrift für Amin Kaufmann*, p. 289 ss.
 1989b "Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre", en PHILIPPS, L./SCHOLLER, H., *Jenseits des Funktionalismus*, *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, p. 85 ss.
 1980 *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt.
 1974 *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg.

HASSEMER, Winfried/LÜDERSSEN, Klaus/NAUCKE, Wolfgang

- 1979 *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main.

HAUG, Ulrich

- 1987 *Bemerkungen zu Art. 20 StGB (Rechtsirrtum), unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis*, Tesis, Bern.

HAURI, Kurt

- 1983 *Militärstrafgesetz, Kommentar*, Bern.

HAUSER, Robert

- 1984 *Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2ª ed., Basel.
1975 "Zum Tatbestand des falschen Zeugnisses", en *RPS* 91, p. 337 ss.

HAUSSER, Dominique

- 1994 "Notes sur le jugement du Tribunal de Police de Genève du 29 août 1995", en *Plädoyer* 5, p. 53 ss.

HAVA GARCÍA, Esther

- 2003 "Dolo eventual y culpa consciente. Criterios diferenciadores", en *ADP* 2003. *Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 111 ss.
2002 *La imprudencia inconsciente*, Granada.
2001 *La imprudencia médica*, Valencia.

HEGETSCHWEILER, Hans

- 1989 "Strafverfolgung wegen Übertragung von Aids – nur ein strafrechtliches Problem?", en *SJZ* 85, p. 300 ss.

HEGNAUER, Cyril/BRETSCHMID, Peter

- 1999 *Grundriss des Kindesrechts*, 5ª ed., Bern.

HEFENDEHL, Roland

- 2007 *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de los abalorios dogmático?*, Madrid.

HEINE, Günter

- 2006 "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en GÓMEZ-JARA, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Aranzadi, p. 163 ss.
1996 "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", en *Oesterreichische Juristenzeitung*, p. 211 ss.

- 1995 *Die strafrechtliche verantwortlichkeit von Unternehmen von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden-Baden.

HEREDIA, Ricardo

- 1884 *Lecciones en derecho penal filosófico*, Lima.

HERNÁNDEZ, Max

- 1992 *Ideele*, octubre, p. 26 ss.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael

- 1989 *Teoría general del derecho y de la Ciencia jurídica*, Barcelona.

HERNANDEZ PLASENCIA, Ulises

- 1996 *La autoría mediata en derecho penal*, Granada.

HERRERA PAULSEN, Darío

- 1970 *Curso de Derecho constitucional. Teoría general*, Lima.

HERZBERG, Rolf Dietrich

- 1988 "Das Vollen beim Vorstazdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhaltens", en *JZ* 12, p. 576 ss.
- 1986 "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Farlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes", en *JuS* 4, p. 249 ss.
- 1977 *Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, München.
- 1972 *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, München.

HETTINGER, Michael

- 1988 *Die "Actio libera en causa": Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?: eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Berlin.

HIPPEL, Robert von

- 1930 *Deutsches Strafrecht, Band II: Das Verbrechen: allgemeine Lehren*, Berlin, 1925-1930.

HIRSCH, Ernst. E.

- 1966 "Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht", en *Das Recht im sozialem Ordnungsgefüge*, Berlin, p. 89 ss.

HIRSCH, Hans Joachim

- 1993 "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", en *ADPCP*, 1993-III, p. 1099 ss.
- 1990 "La posición del ofendido en el derecho penal y en derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación", en *CPC*, N° 42, p. 565 ss.
- 1982 "Der Streit um Handlung- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", en *ZStW* 94, p. 239 ss.

HIRSCHBERG, Rudolf

- 1934 "Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz", en *ZStW* 53, p. 34 ss.

HÖFFE, Otfried

- 1982 "Moral und Recht: philosophische Perspektive", en J. GRÜNDEL (editor), *Recht und Sittlichkeit, Studien zur Theologischen Ethik*, Fribourg.

HONIG, Richard

- 1930 "Kausalität und objektive Zurechnung", en *Festgabe Reinhard von Frank*, T. I, Tübingen, p. 174 ss.
- 1925 *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*.
- 1919 *Die Einwilligung des Verletzten*.

HÖPFEL, Franz

- 1979 "Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots", en *JurBl*. 101, p. 505 ss. y 575 ss.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán

- 1991 *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona.

HORN, Eckhard

- 1973 *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln.

HOTTELIER, Michel

- 1985 *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral: contribution à l'étude des droits fondamentaux*, Tesis, Lausanne.

HRUSCHKA, Joachim

- 1997 "Die Actio libera en causa bei Vorsätzten und bei Fahrlässigkeitstaten", en *JZ* 52, p. 22 ss.

- 1989 "Probleme der actio libera en causa heute", en JZ 44, p. 310 ss.
 1983 *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*.
 1968 "Der Begriff der actio libera en causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit", en JuS, p. 554 ss.

HUBER, Barbara

- 1994 "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad", en ADPCP, N° 74, p. 161.

HUBER, Christian

- 1997 "Ausgewählte Fragen zur Strafbarkeit der HIV – Übertragung", en RPS 115, p. 113 ss.
 1995 *Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt*, Tesis, Zurich.
 1989 "HIV - Infektion und AIDS – Erkrankung im Lichte des Art. 231 StGB sowie des Körperverletzungs – und Tötungsdelikte", en SJZ 85, p. 149 ss.

HÜBNER, Florian

- 1996 "Faut-il encore pénaliser la transmission du VIH en Suisse?", en *Plädoyer* 6, p. 46 ss.

HUGO VIZCARDO, Silfredo

- 2001 *Derecho Penal General I*, Lima.

HUERTA TOCILDO, Susana

- 1997 *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia.

HUET, André/KOERING-JOULIN, Renée

- 1994 *Droit pénal international*, Paris.

HULSMAN, Louk

- 1984 "Planification et politique criminelle, aspects généraux", en ANCEL M./KONDRIAVTSEV, V. N. (editores), en *La planification des mesures de lutte contre la délinquance, travaux du Colloque de politique criminelle et de défense sociale organisé à Moscou du 13 au 19 octobre 1980*, Paris, p. 43 ss.

HULSMAN, Louk/BERNAT DE CELIS, Jacqueline

- 1982 *Peines perdues: le système pénal en question*, Paris.

HURTADO POZO, José

- 2010 "Constitucionalidad del tipo legal de terrorismo", en ADP 2008. *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, p. 263 ss.
- 2009 *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal 2009* (editor), Lima, p. 21 ss.
- 2008 *Droit pénal. Partie générale*, Genève, Schulthess.
- 2007 "Pena de muerte y política criminal en el Perú", en ADP 2007. *Pena de muerte y política criminal*, p. 103 ss.
- 2005 *Manual de derecho penal. PG I*, 3ª ed., Lima.
- 2002 *Droit Pénal. PG, T. II*, Zurich.
- 2001 "Responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo", en MOISÉS MORENO (Coord.), *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, México, p. 449 ss.
- 1999 "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo", en ADP 1997/1998. *El sistema de penas del nuevo Código penal*, Lima, p. 238 ss.
- 1997a *Droit Pénal. PG, T. I*, 2ª ed., Zurich.
- 1997b *Droit Pénal, PS, T. I, Infractions contre la vie, l'intégrité corporelle y le patrimoine*, 3ª ed., Zürich.
- 1996 "Personas jurídicas y responsabilidad penal", en ADP 1996. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, p. 141 ss.
- 1995 *Manual de derecho penal. PE I*, Lima.
- 1992 "Principe de la légalité et interprétation en droit pénal", en *Problèmes actuelles de la lutte contre la criminalité, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft*, RPS, p. 221 ss.
- 1990 "La circulation des modèles juridiques: influences étrangères sur l'actuel code pénal suisse", en *Rapports suisses présentés au XIIIe Congrès international de droit comparé (Montréal 19-24 août 1990)*, Zürich, p. 7 ss.
- 1988 "Politique criminelle y délinquance juvénile", en J. SCHUH (editor), *Jeunesse y délinquance*, Grösch, p. 97 ss.
- 1987a *Manual de derecho penal. PG. 2ª ed.*, Lima.
- 1987b "Le principe de la légalité. le rapport de causalité et la culpabilité: réflexions sur la dogmatique pénale", en RPS 104, p. 23 ss.
- 1985 "Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Perú", en *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im Deutschen und ausländischen Recht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, p. 1583 ss.
- 1984 *El ministerio público*, 2ª ed., Lima.
- 1981 "Reforma del Código Penal suizo y terrorismo", en RJ, Lima, p. 77 ss.

- 1979 *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima.
- 1973a "La condena condicional", en *Derecho* N° 31, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, p. 64 ss.
- 1973b "Delitos contra la seguridad pública", en *Separata de la RF*, Lima.
- 1972a *L'influence de la législation pénale suisse sur le code pénal péruvien (partie générale)*, tesis, Bienne.
- 1972b "La reforma parcial del código penal suizo (Ley federal del 18 de marzo de 1971)", en *Derecho*, N° 30, Lima, p. 103 ss.

IANNI, Octavio

- 1970a *Imperialismo y cultura de la violencia en América Latina*, México.
- 1970b "Sociologie y dépendance scientifique en Amérique Latine", en *Informations sur les sciences sociales*, p. 4 ss.

IHERING, Rudolph von

- 1867 *Das Schuldmoment im römischen Strafrecht, Eine Festschrift*, Giessen.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

- 1986 *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe Final)*, Buenos Aires.

JAÉN VALLEJO, Manuel

- 2002a *Derecho penal aplicado*, Lima.
- 2002b "Informe sobre los trabajos de la comisión redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano", en *Justicia penal contemporánea*, Lima.

JAGGI, Kurt

- 1990 "Das Zustimmungserfordernis für Aids-Test", en *BVR*, p. 75 ss.

JAKOBS, Günther

- 2004 *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn.
- 2003a "Zum Begriff des Delikts gegen die Person", en *Festschrift für Geilen*, 2003, p. 64 ss.
- 2003b "Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?", en *Festschrift für Seiji Saito*, 2003, p. 17 ss.
- 2002 "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", traducido por Carlos J. Suárez González, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, p. 65 ss.

- 1999 *Norm, Person Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlín.
- 1997 *Estudios de derecho penal*. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid.
- 1996 *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid.
- 1995a *Derecho Penal. PG. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid.
- 1995b "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?", en *ZStW* 107, p. 843 ss.
- 1994 "¿Superación del pasado mediante el derecho penal?", en *ADPCP*, p. 138 ss.
- 1991 *Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., Berlín.
- 1989 "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 271-288, Köln/Berlín.
- 1977 "Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", en *ZStW* 89, p. 1 ss. Traducido por Manuel Cancio Meliá, "La prohibición de regreso en el delito de resultado", en *Estudios de Derecho penal*, p. 241 ss.
- 1976 *Schuld und Prävention*, Tübingen.
- 1974a "Das Fahrlässigkeitsdelikt", en *ZStW* 86, p. 6 ss.
- 1974b "Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem", en *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, p. 307 ss.
- 1972 *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín.

JELLINEK, Georg

- 1908 *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2ª ed., Wien.
- 1878 *Die Sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Berlín.

JENNY, Guido

- 2003 *Strafgesetzbuch I*, p. 172 ss.
- 1990 "Tatbestand und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht", en *RPS* 107, p. 241

JESCHECK, Hans-Heinrich

- 1985 "Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal", en *Estudios Penales y Criminológicos VII*, p. 15 ss.

- 1982 "La peine privative de liberté dans la politique criminelle moderne", en *RSCDPC* N° 4, p. 723.
- 1981a *Tratado de derecho penal*. PG, Traducción de MIR PUIG, Santiago/MUÑOZ CONDE, Francisco, T. I-II, Barcelona.
- 1981b "La crisis de la política criminal", en *NFP* N° 10, p. 156 ss.
- 1978 *Lehrbuch des Strafrechts*. AT, Berlín;
- 1972 "Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts", en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, p. 579 ss.
- 1965a "Zur Reform der Vorschriften des Strafgesetzbuchs über das internationale Strafrecht", en *Internationales Recht und Diplomatie*, Hamburg, p. 75 ss.
- 1965b "Befehl und Gehorsam en der Bundeswehr", en *Bundeswehr und Recht*, p. 65 ss.
- 1956 *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. 2, Anhang, p. 165 ss., T. I - IV 1956 - 1958.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas
- 2003 *Tratado de derecho penal*. PG, 2ª ed., traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE, Granada.
- 1996 *Lehrbuch des Strafrechts*. AT, 5ª ed., Berlín.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/GREBING, Gerhardt (edit.)
- Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden, 1978, p. 1195.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis
- 1964 *Tratado de Derecho penal*, T. I - VI, 3ª ed., Buenos Aires.
- 1959 *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, México, Buenos Aires.
- 1926a *El derecho penal en la República del Perú*, Lima.
- 1926b *La sentencia indeterminada*, Buenos Aires.
- 1916 *La unificación del derecho penal en Suiza*, Madrid.
- JIMÉNEZ, Plácido
- 1897 *La sociedad y el delito*, Lima.
- JOLIDON, Pierre
- 1956 *L'appréciation de la responsabilité pénale selon le CPS (art. 10 y 11)*, Tesis, Berne.

JORGE BARREIRO, Agustín

- 2000 "Las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales en el Código Penal español de 1995", en *RPCP* N° 9, p. 89.
- 1994 "Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico penal en la actividad médica", en *La responsabilidad del personal sanitario*, Madrid.
- 1993 "Las medidas de seguridad en la reforma penal española", en *Política Criminal y Reforma Penal*, Madrid, p. 726.
- 1990 *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid.

JUNG, Karl

- 1977 *Das Züchtigungsrecht des Lehrers*.

JUNGER-TAS, Josine

- 1994 *Alternatives to prison sentences*.

JUNOD, Charles-André

- 1979 "Infractions administratives y amendes d'ordre", en *SJ* 101, p. 165 ss.

KAENEL, Peter

- 1981 *Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien*, Tesis, Bern.

KAISER, Günther

- 1982 *Jugendkriminalität. Rechtsbrüche, Rechtsbrecher und Opfersituationen im Jugendalter*, 3ª ed., Weinheim.

KANTOROWICS, Hermann

- 1911 "Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft", en *MSchrKrim*, Año 7, abril de 1910 - marzo de 1911, p. 257 ss.

KARGL, Walter

- 1993 *Das Strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Frankfurt am Mein - Bern.

KAUFMANN, Armin

- 1983 "Rechtspflichtbegründung und Tabestandseinschränkung", en *Festschrift für U. Klug*, T. II, Köln.
- 1978 *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Traducción de E. Garzón Valdes, Buenos Aires.

- 1971 "Tatbestandsmässigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren", en *JZ* 26, p. 569 ss.
- 1959 *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen.

KAUFMANN, Arthur

- 1985 "Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie", en *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck*, Geburtstag, Berlin, p. 273 ss.
- 1984 *Rechtsphilosophie im Wandel: Stationen eines Weges*, 2ª ed., Köln/Berlin.
- 1983 *Schuld und Strafe: Studien zur Strafrechtsdogmatik*, 2ª ed., Berlin.
- 1982 "Die Funktion des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau", en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, p. 21 ss.
- 1974 "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", en *Festschrift für H. Welzel*, Berlin - New York, p. 307 ss. Traducción española en *NPP*, año 4, N° 6, 1975, p. 159 ss.
- 1973 "Rechtsphilosophie im Wandel: Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", en *Festschrift für W. Gallas*, Berlin/New York, p. 7 ss.
- 1966a "Schuld und Strafrecht", en *Studien zur Strafrechtsdogmatik (Annales Universitatis Saraviensis, vol. 22)*, Köln.
- 1966b "Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre", en *Beiträgen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Mayer*, p. 79 ss.
- 1965 *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt.
- 1961a *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtphilosophische Untersuchung*, Heidelberg.
- 1961b "Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht", en *Festschrift für Eb. Schmidt*, p. 200 ss.

KAUFMANN, Hilde

- 1983 *Delinquentes juveniles, diagnosis y juzgamiento*, Buenos Aires.

KAUFMANN, Joshep

- 1910 *Das Züchtigungsrecht der Eltern un Erzieher*.

KELSEN, Hans

- 1968 *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducido por Eduardo García Maynez, México.
- 1934 *Reine Rechtslehre*, Leipzig - Wien.

KENEL, Philippe

- 1991 *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais - Une solution pour la Suisse*, Genève.

KERCHOVE, Michel van de

- 1978 "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique", en *L'interprétation en droit* (publié sous la direction de M. van de Kerchove), Bruxelles, p. 13 ss.

KIENAPFEL, Dietmar

- 1984 "Probleme der Einheitstäterschaft", en *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart. Strafrecht, AT*, 4ª ed.
- 1966 *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt.

KILLIAS, Martin

- 2001 *Précis de droit pénal général*, en colaboración con Bernard DÉNÉRÉAZ, 2ª ed., Berne.
- 1991 *Précis de criminologie*, Berne.
- 1989 "Tendances récentes en criminologie suisse", en *RICPT* 42, p. 136 ss.
- 1983 "Criminology en Switzerland", en *International Handbook of Contemporary Developments en Criminology*, Westport, p. 571 ss.

KYMICKA, Will

- 2001 *La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités*, traducido del inglés por Patrick Savidan, Paris.

KINDHÄUSER, Urs

- 2006 *Strafgesetzbuch. Lehre- und Praxiskommentar*, 3ª ed.
- 2005 *Strafrecht, AT*, Baden-Baden.
- 1994 "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung", en *GA*, p. 197 ss.
- 1992 "Sicherheitsstrafrecht - Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft", en *Universitas*, p. 227 ss.
- 1989 *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretisch Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main.
- 1984 "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", en *ZStW* 96, p. 1 ss.
- 1982 "Lehre von der hinreichenden Minimalbedingung", en *GA*, p. 477 ss.

KIRCHMANN, Julius von

- 1960 *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft ein Vortrag, geh. in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Darmstadt.*

KITAGAWA, Zantaro

- 1970 *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, Frankfurt/Berlin.*

KLOSE, Peter

- 1974 "«Jus puniendo» und Grundgesetz", en *ZStW* 86, p. 33 ss.

KLUG, Ulrich

- 1968 "Problemas de filosofía del Derecho y Política jurídica en el Derecho penal sexual", en *Sexualidad y Crimen*, 3ª ed., traducida por Enrique Gimbernat, Madrid.
- 1956 "Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz", en *ZStW* 68, p. 399 ss.

KNAPP, Blaise

- 1994 *Cours de droit administratif*, Bâle.

KNAPP, Victor

- 1988 "Auslegung im Recht", en *ARSP* 74, p. 145 ss.

KOBELT, Karl

- 1957 *Der adäquate Kausalzusammenhang und der Umfang der schadensdeckung in der privaten Feuerversicherung*, Tesis, Berne.

KOHLER, Josef

- 1917 *Internationales Strafrecht*, Stuttgart.

KÖHLER, Michael

- 1997 *Strafrecht*, AT, Berlin.
- 1982 *Die bewusste Fahrlässigkeit*, Heidelberg.

KOHLRAUSCH, Eduard/LANGE, Richard

- 1961 *Strafgesetzbuch, mit Erläuterung und Nebengesetzen*, 43ª ed., Berlin.

KOLLER, Arnold

- 2000 *Eine Bilanz der neueren Strafrechtsreform in der Schweiz: Tagung der Emil-Brunner-Stiftung in Zusammenarbeit mit dem Institut für Sozialethik der Universität Zürich.*

KONIG, Rene

- 1976 *Das Fischer Lexikon- Soziologie*, Frankfurt am Main.

KOSCHAKER, Paul

- 1966 *Europa und das romische Recht*, 4ª ed., München/Berlin.

KRAFFT, Mathias

- 1984 "Les privilèges y immunités diplomatiques en droit international, leurs conséquences pour l'instruction pénale", en *RPS* 101, p. 141 ss.

KRAUSS, Detlef

- 1964 "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", en *ZStW* 76, p. 19 ss.

KREY, Volker

- 1983 *Keine Strafe ohne Gesetz: Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin/New York.

KRÜPELMANN, Justus

- 1974 "Motivation und Handlung im Affekt", en *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin/New York, p. 327 ss.

KÜHL, Kristian

- 2000 *Strafrecht, AT*, 3ª ed., München.
- 1976 "Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969", en *ZStW* 88, p. 6 ss.

KUHLEN, Lothar

- 1987 *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nichtvorsatzausschliessendem Irrtum*, Bern/Frankfurt/New York.
- 1985 "Violaciones de normas en el derecho y en la moral (traducido del alemán por E. Garzón Valdés, manuscrito inédito)", en *Derecho y filosofía*, compilado por E. Garzón Valdés, Barcelona, p. 175 ss.

KUHN, Andre

- 1999 "Les effets possibles de la révision du droit suisse des sanctions", en *RPS*, p. 290 ss.

KUNZ, Karl-Ludwig

- 1990 "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV - Infektion nach schweizerischem Recht", en *RPS* 107, p. 39 ss.

- 1988 "Der Umfang der Notwehrbefugnis in vergleichender Betrachtung", en *Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, FS zum schweizerischen Juristentag, 1988, Bern, p. 161 ss.
- KURT, Victor
- 1972 "Les dispositions révisées du Code pénal suisse", en *IPS* 77 (1972/1) p. 19 ss, *IPS* 78 (1972/2) p. 17 ss y *IPS* 79 (1972/3) p. 14 ss.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian
- 1999 *Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen*, 23ª ed., München.
- LACOSTE, Ilse
- 1982 *Die europäische Terrorismus-Konvention*, Tesis Fribourg.
- LAHURA, Marino
- 1942 *Derecho penitenciario y ejecución penal en el Perú*, Lima.
- LAMBERT, Jacques
- 1962 "La contribution du droit comparé à l'étude des problèmes du sous-développement", en *Problèmes contemporains de droit comparé*, T. II, Tokio.
- LAMPE, Ernst-Joachim
- 1967 *Das personale Unrecht*, Berlín.
- LANDA, César
- 2006 "Interpretación constitucional y derecho penal", en *ADP 2005. Interpretación y aplicación de la ley penal*, Lima, p. 75 ss.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo
- 1983 *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed., Barcelona.
- LANGE, Richard
- 1979 "Ist Schuld möglich?", en *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, p. 261 ss.
- 1964 *Die moderne Anthropologie und das Strafrecht*, en E. R. FREY (editor.), *Schuld, Verantwortung, Strafe*, 1964, p. 277 ss.
- LARENZ, Karl
- 1973 "Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem", en *Festschrift für E. R. Huber*, Göttingen, p. 291 ss.

- 1966 *Metodología de la ciencia del derecho*, traducido por Enrique Gimbernat, Barcelona, 1966, 2ª ed. Traducción de la 4ª ed. alemana por Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980.
- 1927 *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Leipzig.

LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm

- 1995 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Lehrbuch*, 3ª ed., Berlín/Heidelberg/New York.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel

- 1999 *Jurisprudencia del proceso sumario 1996-1997. Ejecutorias de la Sexta Sala Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima*, Lima.

LARRAURI, Elena

- 1991 "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español", en *Derecho Penal y Criminología* N° 43, p. 139 ss.
- 1989 *La imputación objetiva (Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva)*, Bogotá.

LASCANO, Carlos Julio

- 2001 "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales", en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*. L-H al Prof. Claus Roxin, Córdoba, p. 349 ss.

LASCOUMES, Pierre/SANSONETTI, Riccardo

- 1988 "Les intérêts protégés par la nouvelle loi fédérale sur les opérations d'initiés (art. 161 CP)", en *RSJ* 84, p. 221 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio

- 2004 "La retroactividad penal favorable: una cuestión de proporcionalidad", en *RPCP*, N° 14, Lima, p. 184 ss.

LASK, Emil

- 1902 *Fichtes Idealismus und die Geschichte: erster Teil*, Emil Lask, Berlín, Imberg und Lefson, Freiburg im Brisgau.

LATAGLIATA, Angelo R.

- 1961 "Concorso di persone nel reato (diritto penale)", en *Enciclopedia del diritto*, T. VIII, Milano.

LATTANZI, Giuseppe

- 1974 *I codici penali con la costituzione e legge varie*, 8ª ed., Milano.

LAURENZO COPELLO, Patricia

- 1992 *El resultado en derecho penal*, Valencia.

LAZZARO, Glogio

- 1970 "Sistema giuridico", en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, Turín, p. 459 ss.

LEIGH, Leonard H.

- 1969 *The Criminal Liability of Corporation in English Law*, London.

LEIPZIGER KOMMENTAR

- 1978 *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar* - T. I, Berlín/New York, 10ª ed.

LEÓN, Carlos Aurelio

- 1924 "El problema indígena en el Perú", en *RF*, p. 355 ss.

LEONE, Giovanni

- 1976 "Reato continuato", en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIV. Torino, p. 967 ss.
1933 *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli.

LEONE, Mauro

- 1974 *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Napoli.

LERCH, Emil

- 1951 "Tatirrtum und Rechtsirrtum im schweizerischen Strafrecht", en *RPS*, p. 158 ss.

LESCH, Heiko Hartmut

- 2001 *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, Bogotá.
1999 *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln.
1998 "Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición", en *RPCP* N° 6, p. 669 ss.

1995 *Intervención delictiva e imputación objetiva*, traducido por Javier Sánchez-Vera, Bogotá.

1992 *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a.M.

LEUKAUF, Otto/STEININGER, Herbert

1992 *Das neue österreichische Strafrecht, Zweiter Teil: Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., Eisenstadt.

1974 *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Viena.

LEVASSEUR, Georges

1971 "Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps", en *Hommage à J. Constant*, Mélanges publiés par la Faculté de droit de Liège, Liège, p. 189 ss.

1964 "Réflexions sur la compétence: un aspect négligé du principe de la légalité", en *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Mélanges L. Hugueney, Paris, p. 13 ss.

LISZT, Franz von

1929 *Tratado de Derecho penal*, traducido por QUINTILIANO SALDAÑA/JIMÉNEZ DE ASÚA y adicionado con la historia del derecho penal en España, por QUINTILIANO SALDAÑA, T. I - III, Madrid, 1914 - 1929.

1912 *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 19ª ed., Berlín.

1905 *Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, T. 1, Berlín, reimpression, 1970.

1888 "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft", en *ZStW*, p. 138 ss.

"Der Zweckgedanke im Strafrecht", en *ZStW* 3, p. 1 ss.

LISZT, Franz von /SCHMID, Eberhard

1932 *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, T. I, 26ª ed., T. II, 25ª ed., 1927 - 1932.

LOB, Jean

1987 "Sida y droit pénal", en *SJZ* 83, p. 163 ss.

LOGOZ, Paul/SANDOZ, Yves

1976 *Commentaire du Code pénal suisse*. PG, 2ª ed., Neuchâtel/París.

LOMBOIS, Claude

1980 "Le droit pénal international", en *RIDP* 51, p. 55 ss.

1979 *Droit pénal international*, 2ª ed., París.

LOMBROSO, Cesare

1876 *L'uomo delinquente studiato in rapporto all'antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie*, 1ª ed., Milan.

LOMBROSO, Cesare/FERRERO, Guglielmo

1893 *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Roma.

LONDOÑO BERRÍO, Hernando León/VARGAS RESTREPO, Alicia Eugenia

2000 "El indígena ante el derecho penal", en *NFP* 63, p. 87 ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo

2004 *Derecho Penal. Parte General*, Tomo III, Lima.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel (coord.)

2004 "La persona del Derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel" en *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I - II, Madrid.

LOPEZ REY, M.

1985 *Compendio de criminología y política criminal*, Madrid.

LOPEZ ROCHA, Manuel

1986 "Nova legislação: O novo Código Penal português", en *Scientia Iuridica*, p. 38 ss.

LOZANO, Josep M.

1999 *Ética y empresa*, Madrid.

LÜDERSSEN, Klaus

1967 *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden.

LUHMANN, Niklas

1972 *Rechtssoziologie*, T. I-II, Reinbek bei Hamburg.

LUKIT, K.

1961 "La légalité en Yougoslavie", en *Le concept de la légalité dans les pays socialistes*, editado por Polka Akademia, Wrocław-Warza.

LÜTOLF, Sandra Hilda

- 1997 *Strafbarkeit der juristischen Person*, Tesis, Zürich.

LUZÓN CUESTA, José María

- 2005 *Compendio de derecho penal*. PG, Madrid.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel

- 1996 *Curso de Derecho Penal*. PG, T. I, Madrid.
1978 *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona. 2ª ed., Buenos Aires, 2002.

LUZZATI, Claudio

- 1999 *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano.
1990 *La vaghezza delle norme, un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano.

MAGALHAES, Noronha

- 1987 *Comentários ao Código penal*, Brasil.

MAHSOUB, Salih

- 1952 *La force obligatoire de la loi pénale pour le juge*, Tesis Genève, Lausanne.

MAIA GONÇALVES, M.

- 1996 *Código penal português*.

MAIWALD, Manfred

- 1985 "Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik", en *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, p. 405 ss.
1972 "Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts", en *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe, p. 9 ss.
1964 *Die Natürliche Handlungseinheit*, Heildelberg.

MAIHOFFER, Werner

- 1970 "Die gesellschaftliche Funktion des Rechts", en *Jahrbuch Für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, T. I, p. 28 ss.

MALINVERNI, Alessandro

- 1988 "L'esercizio del diritto un metodo di interpretazione", en *RIDPP*, p. 367 ss.

MANFREDINI, Mario

- 1925 "La impronta positivista nel nuovo codice penale peruviano", en *RIDPP*, nueva serie, p. 73 ss.

MANNHEIM, Hermann

- 1973 *Vergleichende Kriminologie*, T. I-II (traducido del inglés por D. Bär y S. Bertz), Ludiwigsburg.

MANSO PORTO, Teresa

- 2002 "La regulación del error en el Código Penal peruano", en *RPCP* 12, p. 70 ss.

MANTOVANI, Ferrando

- 2002 *Principi di diritto penale*, Padova.
- 1980 "Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevention generale", en A.A.V.V., *Teoria e prassi della prevention generale dei reati, a cura di Romano e Stella*, Bologna, p. 94 ss.
- 1979 *Diritto penale. Parte generale*, Milano.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis

- 1983 "La multa en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal", en *Poder Judicial*, N° 9, Madrid, p. 67 ss.
- 1981 "Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código Penal", en *ADPCP*, p. 41 ss.

MANZANO MARTEL, Liliam

- 2009 "Penas limitativas de derechos: ejecución y problemática", en *Separata Oficina Regional Oriente INPE - Pucallpa*, p. 3 ss.

MANZINI, Vincenzo

- 1939 *Tratatto di diritto penale italiano*, T. I-IX, Turín 1933 -1939.
- 1961 *Tratado de derecho penal*, T. I-VI. PG, traducción por Sentís Melendo, Buenos Aires 1948 -1961.

MAPELLI CAFFARENA, Borja

- 1997 "Las consecuencias accesorias en el Nuevo Código Penal", en *Revista Penal*, N° 1, p. 48.

MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan

- 1996 *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid.

MAQUEDA ABREU, Maria Luisa

- 2003 "Crítica a la reforma penal anunciada", en *Jueces para la Democracia* N° 47, 2003.
- 1992 *Los delitos de propia mano: críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Madrid.
- 1983 "El error sobre las circunstancias. Consideraciones entorno al art. 6 bis a) del CP", en *CPC* 21, p. 718 ss.

MARIATEGUI, José Carlos

- 1972 *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima.

MARINI, Annibale

- 1989 "Consenso dell'avente diritto", en *Appendice del Novissimo Digesto Italiano*, Torino, p. 71 ss.
- 1988 *Lineamenti del sistema penale*, 2ª ed.

MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio

- 2006 *Manuale de diritto penale. Parte Generale*, 2ª ed., Milano
- 2001 *Corso di diritto penale 1. Le norme penali: fonti et limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3ª ed., Milano

MARKEES, Curt

- 1986 "Entraide internationale en matière pénale: la loi fédérale du 20 mars 1981", en *FJS* 421 à 425 (12 fiches, mises à jour entre le 31 août 1982 y le 1er septembre).
- 1985 "Mehrfache territoriale Gerichtsbarkeit: ne bis in idem und Auslieferung", en *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, p. 121 ss.

MARSICO, Alfredo de

- 1969 *Diritto penale. PG*, reimpresión puesta al día por Manlio Mazzanti, Napoli.

MARTIN-ACHARD, Edouard

- 1951 "La discipline des professions libérales (statut et droit disciplinaire), Rapport présenté devant la SSJ", en *RDS* 70, p. 137 ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos

- 1999 *Manual de derecho penal económico, PE*, Valencia.

MARX, Michael

- 1972 *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Köln.

MASÍAS ZAVALA, Demetrio

- 1998 *Teoría general del delito*, Cusco.

MASSARI, Eduardo

- 1930 *Le Dottrine generale del diritto penale. Corso di lezioni universitarie*, Napoli.

MATOS MAR, José

- 1970 *Dominación, desarrollos y pluralismos en la sociedad y cultura peruanas, en Perú actual (sociedad y política)*, México.

MATTEZ, Heinz Z.

- 1979 *Problemas de derecho penal administrativo*, T. I, traducción de J. M. Rodríguez Devesa, Madrid.
- 1976 *Untersuchungen zur Kehre von den Ordnungswidrigkeiten*, T. I, Berlín.

MATUS, Jean Pierre

- 2009 "¿Por qué deberíamos conocer más y no menos?", en *Política Criminal*, N° 7, D1-7, p. 1-5, 2009, (http://www.politicacriminal.cl/n_07/d_1_7.pdf).
- 2008 "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos", en *Política Criminal*, N° 5, 2008, A5-5, p. 1-35 (http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf).

MAURACH, Reinhart

- 1962 *Tratado de derecho penal*, T. 1-II. PG, traducción de Juan Córdoba Roda, Barcelona.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz

- 1992 *Strafrecht, AT, T. 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8. Auflage, Heidelberg/Karlsruhe.

MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Heinz/ZIPF, Heinz

- 1989 *Strafrecht, AT, Erscheinungsformen des verbrechens und rechtsfolgen der tat*, T. 2, 7ª ed., Heidelberg.
- 1978 *Deutsches Strafrecht, AT, T. 2*, Heidelberg/Karlsruhe.

- MAURACH, Reinhart/SCHRÖDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred
 1988 *Strafrecht, AT, T 1, Straftaten gegen Persönlichkeit und Vermögenswert*, 7ª ed., Heidelberg.
- MAURTUA, Victor Manuel
 1919 "Discurso en la Société Générale des Prisons", en *Revue pénitenciaire y de droit pénal. Bulletin de la Société Générale des Prisons*, París, p. 231 ss.
- MAVILA LEÓN, Rosa
 2005 *El nuevo Sistema Procesal Penal*, Lima.
- MAYER, Helmut
 1967 *Strafrecht, AT*, Stuttgart.
- MAYER, Max Ernest
 1923 *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª ed.
- MAYER, Walter
 1961 "Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles", en *RIDP*, p. 1114.
- MAYER-MALI, Theo
 1991 *Rechtswissenschaft*, 5ª ed., München/Wien.
- MAZUELOS COELLO, Julio
 2006 "Política criminal y derecho penal funcional desde una perspectiva sistémica", en *RPDJP*, N° 7, 2006, p. 323 ss.
 2004 "Política criminal y derecho penal funcional desde una perspectiva sistémica", en *RPDJP*, N° 5, 2004, p. 241 ss.
 2003 "El delito imprudente", en *ADP 2003. Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 147 ss.
 2001 "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del «actuar en lugar de otro»", en *Advocatus*, diciembre.
 1995 "El fundamento de la posición de garante emergente del actuar precedente y la ingerencia", en *Control social y dogmática penal*, Lima.
- MEDRANO OSSIO, José
 1941 *Responsabilidad penal de los indígenas*, Potosí.

MEIER-HAYOZ, Arthur

- 1981 "Art. 1 ZGB", en *Berner Kommentar*, T. I/1, 5ª ed.

MEINI MÉNDEZ, Iván

- 2009a "Notas sobre la inconstitucionalidad de la cadena perpetua", en *Imputación y responsabilidad penal*, Lima, pp. 332.
- 2009b "Comisión por omisión", en HURTADO POZO (edit.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal 2009*, Lima, p. 431 ss.
- 2009c "La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. a.v. 19 - 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com, p. 603 ss.
- 2008 "Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciarios", en http://www.unifr.ch/ddp1/articulos/a_20080526_29.pdf, N° II, 3.
- 2002 "Observaciones en torno a la parte general del Código de justicia militar", en *ADP 2001/2002. La Reforma del Derecho penal militar*, Lima, p. 197 ss.
- 1999a "El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano", en *NFP*, Medellín, p. 127 ss.
- 1999b *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina

- 1993 *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid.

MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel

- 2006 "Conductas «neutrales», conocimientos especiales e imputación objetiva. Un estudio sobre los límites de la participación criminal en Derecho penal", en *RPDJP*, N° 7, Lima.

MENNICKEN, Axel

- 1970 *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, Hamburg/Berlin/Zürich.

MERKEL, Adolf

- 1908 *Konkurrenz en Vergleichende Darstellung des deutschen und auslaendischen Strafrechts*, T.V., Berlín.

MERKEL, Rudolf

- 1895 *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen*, Strasbourg.

MERLE, Roger/VITU, André

- 1997 *Traité de Droit Criminel, T. I, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, 7ª ed.*, París.

MEYER, Alex

- 1957 "Les infractions commises a bord des aéronefs y leurs conséquences. Rapport Général présenté au VIIIème Congres International de Droit pénal (Atenas 26 de setiembre al 2 de octubre de 1957)", en RIDP, p. 1946.

MEZA, Roberto

- 1996 *Jurisprudencia sobre delito de terrorismo. 350 Resoluciones. Instituto de defensa legal*, Lima.

MEZGER, Edmund

- 1967 *Strafrecht: Ein Studienbuch, AT, 2ª ed.*, München/Berlín.
- 1958 *Derecho penal. Libro de estudio*. PG, traducción de Conrado Finzi, Buenos Aires.
- 1951 "Unrechtsbewusstsein im Strafrecht", en NJW 4, p. 500 ss.
- 1950 *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner, 3. Aufl. (1949)*, Berlín.
- 1946 *Tratado de Derecho penal, T. I-II*. PG, traducción de Rodríguez Muñoz, Madrid. La tercera edición fue traducida por J.A. Rodríguez Muñoz (vol. 1) y Quintano Ripollés (vol. 2), Madrid, 1955-1957.
- 1926 *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, p. 13 ss.
- 1924 "Die subjektiven Unrechtselemente", en GS 89, p. 207 ss.

MEZGER, Edmund/BLEI, Hermann

- Strafrecht, AT, T. I, 16ª ed.*, München, 1977.

MILITELLO, Vincenzo

- 1995 "La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia", en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, p. 413 ss.
- 1984 *Rischio e responsabilità penale*, Milano.

MIR PUIG, Santiago

- 2003 *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª ed., Montevideo/Buenos Aires.
- 1998 *Derecho penal*. PG, 5ª ed., Barcelona.

- 1996 *Derecho penal*. PG, 4ª ed., Barcelona.
- 1987 "Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual", en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya* N° 34, p. 55 ss.
- 1982 "Objeto del delito", en *NEJ*, XVII, p. 767 ss.
- 1979 *Funciones de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona.

MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (editores)

- 2004 *La política criminal en Europa*, Barcelona.

MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego Manuel

- 1996 *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona.

MIRO QUESADA, Oscar

- 1911 *La nacionalización del derecho por la extensión universitaria*, Lima.

MIXÁN MASS, Florencio

- 1999 *Cuestión previa, cuestión prejudicial, excepciones en el procedimiento penal*, Trujillo.
- 1982 *Derecho Procesal Penal*, T. I, Trujillo.

MODESTO VILLAVICENCIO, Víctor

- 1927 *La reforma penitenciaria en el Perú*, Lima, p. 1 ss.

MOLINA BLÁSQUEZ, María Concepción

- 1996 *La aplicación de la pena*, Barcelona.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat

- 1987 *Del espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blásquez, y Pedro de Vega; introducción de Enrique Tierno Galván, Madrid.
- 1949 *De l'esprit des lois*, T. I-II, París.

MONTOYA VIVANCO, Iván

- 2009 "La autoría mediata por dominio de organización en el Código Penal de 1991", en HURTADO POZO (editor), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal 2009*, p. 61 ss.

MORALES PRATS, Fermín

- 1996 "Art. 138", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 665 ss.

MOREILLON, Laurent

- 1993 *L'infraction par omission*, Genève.

MOREILLON, Laurent/GAUTHIER, Jean

- 1995 "L'application dans le temps de la nouvelle Loi fédérale du 17 juin 1994", en RPS 113, p. 369 ss.

MORENO, Moisés

- 2001 "Política criminal y globalización", en MOISÉS MORENO (coord.), *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI. II Congreso Internacional de Derecho Penal*, México, DF, p. 235 ss.
- 1999a *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización*, México, D. F.
- 1999b "La regulación del error en la legislación penal mexicana", en RPCCP, México, p. 77 ss.

MORESO, Juan José

- 1996 "Lenguaje jurídico", en ERNESTO GARZÓN VALDÉS/Francisco LAPORTA (dir.), *El derecho y la justicia*, Madrid.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo

- 1996 *Curso de Derecho Penal español. PG*, (dirigido por COBO DEL ROSAL), Madrid.
- 1991 *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid.

MORSELLI, Elio

- 1992 *La función del comportamiento interior en la estructura del delito*, Bogotá.

MÜLLER, Jörg Paul

- 1983 *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, traducción de Michel Hottelier, Luzius Mader y Michel Rossinelli, Berne.

MÜLLER, Markus

- 1993 "Strafrecht und Epidemienrecht en der Aids-Bekämpfung", en AJP, tomo II, p. 915

MÜLLER, Walter

- 1980 "Droit maritime", en *FJS* 1030a (puesta al día el 1 de enero de 1980).
- 1955 "Schweizerisches Seestrafrecht", en *RPS* 70, p. 142 ss.

MULLER-DIETZ, Heinz

- 1974 *Strafe und Staat*, Berlin.

MUÑOZ CONDE, Francisco

- 1985 "La prisión como problema: resocialización versus desocialización", en *Derecho penal y control social*, Jerez de la Frontera, p. 116.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes

- 2000 *Derecho penal*. PG, 4ª ed., Valencia.
- 1999 *Derecho penal*. PE, 12ª ed., Valencia.
- 1996 *Derecho penal*. PG, 2ª ed., Valencia.
- 1993 *Derecho penal*. PG, Valencia.

MUSCO, Enzo

- 1974 *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milan.

MÜSSIG, Bernd

- 1994 *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main.

NAGLER, Johannes

- 1903 *Die Teilnahme am Sonderverbrechen ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig.

NAUCKE, Wolfgang

- 1991 *Strafrecht. Eine Einführung*, 6ª ed., Neuwied.
- 1973 *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht (Recht und Staat, Heft 417)*, Tübingen.

NIEDERSCHRIFTEN

- 1958 *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. II.

NIESE, Werner

- 1954 "Empfiehl sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch. im Falle der Realkonkurrenz?" en *Materialien zur Strafrechtsreform*, T. I, Bonn, p. 159.

1951 *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen.

NIGGLI, Marcel

1993 "Zur Problematik der Auslegung en Zivil- und Strafrecht", en *PJA* 2, p. 154 ss.

NIGGLI, Marcel/WIEPRÄCHTIGER, Hans

2003 *Strafgesetzbuch*, T. I, Basel/Genf/München.

NINO, Carlos Santiago

2000 *La validez del derecho*, 1ª reimpr., Buenos Aires.

1989 *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires/Barcelona/México.

1980a *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires.

1980b *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires.

1974 *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Mexico.

1972 *El concurso en el Derecho Penal. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la clasificación penal de una conducta*, Buenos Aires.

NOBEL, Peter

1983 "Das Insider-Geschäft", en *RSJ* 79, p. 121 ss.

NOLL, Peter

1981 *Strafrecht*, AT, T. I, Zürich.

1975 "Technische Methoden zur Überwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren", en *RPS* 91, p. 45 ss.

1966 "Schuld und Prävention; Rationalisierung des Strafrechts", en *Festschrift für H. Mayer*, Berlín, p. 219 ss.

1965 "Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung", en *ZStW* 77, p. 1 ss.

1964 "Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und en der Rechtsprechung", en *RPS* 80, p. 160 ss.

1963 "Zur Gesetztechnik des Entwurfes eines Strafgesetzbuchs", en *JZ*, p. 299 ss.

1962 *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen.

1959 "Satirische Ehrverletzungen", en *BJM*, p. 3 ss.

1955 *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten*, Basilea.

NOVAK, Fabián

- 2001 "Antecedentes históricos del nuevo Derecho del mar", en *Derecho del mar. La Convención del Mar de 1982*, Lima.

NOVAK, Fabián/GARCÍA-GORROCHANO, Luis

- 2001 *Derecho internacional público*, T. II *Sujetos de derecho internacional*, vol. 1, Lima.

NOVOA MONREAL, Eduardo

- 1966 *Curso de Derecho penal*, T. I-II, Santiago de Chile, 1960 - 1966.

NUVOLONE, Pietro

- 1980 "Las medidas alternativas a la pena detentiva", en *Revista Jurídica de Cataluña*, Año LXXIX, N° Extra, p. 267 ss.

NÚÑEZ, Estuardo

- 1937 *La influencia alemana en el Derecho penal peruano*, Lima.

NÚÑEZ, Ricardo

- 1974 *Manual de Derecho penal*. PG, Córdoba/Buenos Aires.
1964 *Derecho penal argentino*, T. I-IV, Buenos Aires, 1959 - 1964.

O'DONNELL, Daniel

- 1988 *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, 1era edición, Lima, p. 111 ss.

OEHLER, Dietrich

- 1983 *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., Köln/Berlin/Bonn/München.
1970 "Theorie des Strafanwendungsrecht", en *Geburstagsgabe für H. Grützner*.
1961 "Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit", en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, p. 232 ss.

Office Fédérale de la Statistique

- 1998 *Statistique suisse des condamnations pénales*.

OGOREK, Regina

- 1995 "Gibt es eine Methode der Rechtsanwendung? Gedanken zum Zürcher Blockseminar über Methodenlehre", en *Recht* 4, p. 141 ss.

OLMEDO CARDENETE, Miguel

- 1999 En COBO DEL ROSAL y otros, *Comentarios al Código Penal*, T. I, art. 17, p. 866 ss.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coordinador)

- 2003 *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica, Libro Homenaje a Claus Roxin*, México.

ORÉ GUARDIA, Arsenio

- 1997 "La coerción real y las consecuencias civiles ex delicto", en *Congreso Internacional de Derecho Penal*, Lima, p. 89 ss.

ORTS BÉRENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José

- 2004 *Compendio de derecho penal (Parte general y especial)*, Valencia.

OSENBRÜGGEN, Eduard

- 1854 *Casustik des Criminalrechts*, Schaffhausen.

OST, François

- 1978 "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", en *L'interprétation en droit* (publicado bajo la dirección de M. van de KERCHOVE), Bruxelles, p. 97 ss.

OST, François/KERCHOVE, Michel van de

- 1989 *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles.
1982 "Le jeu de l'interprétation en droit, contribution à l'étude de la clôture du langage juridique", en *APD* 27, p. 395 ss.

OSTERMEIER, Helmut

- 1971 "Kollektivschuld im Strafrecht", en *ZRP* 4, p. 75 ss.

OTTLEY, John

- 1982 "Criminal Liability for Detective Products", en *RIDP (1/2). La criminalité d'affaires*, p. 148 ss.

OTTO, Harro

- 1998 *Grundkurs Strafrecht: allgemeine Strafrechtslehre*, 5ª ed., Berlín, Nueva edición, 2000.
1993 *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Berlín.
1984 "Selbstgefährdung und Fremdverantwortung", en *Jura*, p. 536 ss.
1981 "Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde", en *GA*, p. 481.

OVERBECK, Alfred von

- 1942 "Die zeitliche Geltung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und die Behandlung der Uebergangsfälle", en *RPS* 56, p. 353 ss.

PACHAS PALACIOS, Eduardo Remi

- 2003 *Error de tipo y error de prohibición en el Código penal peruano de 1991*, Lima.

PAGLIARO, Antonio

- 2000 *Principi di diritto penale*. PG, 1ª ed., Milano.

PANNAIN, Remo

- 1967 *Manuale di diritto penale*, 4ª ed., Roma.

PAREDES, César

- 1997 *Imputación objetiva*, tesis de maestría inédita, UNMSM, Lima.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel

- 2000 "Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo: algunas notas", en *Derecho penal contemporáneo – Revista Internacional*, Madrid.

PAREJA PAZ SOLDAN, José

- 1973 *Derecho constitucional peruano*, 5ª ed., Lima.

PARÍSI, Angelo

- 1984 "Theories of corporate criminal liability", en: HOCHSTEDLER (editor), *Corporations as Criminals*.

PARIONA ARANA, Raúl

- 2009 "El autor detrás del autor", en HURTADO POZO (editor), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal*, p. 43 ss.
- 2006 "El derecho penal "moderno". Sobre la necesaria legitimidad de las sanciones penales", en *RPDJP*, N° 7, Lima, p. 99 ss.

PARODI, GIUSINO, MANFREDI

- 1990 *Reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano.

PAVARINI, Massimo

- 1992 "¿Menos cárcel y más medidas alternativas?", en *NFP*, N° 56, p. 197 ss.

PAWLIK, Michael

- 2002 *Der rechtfertigende Notstand*, Berlín/New York.
- 1999 *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln.

PEASE G. Y., Franklin

- 1992 *Perú. Hombre e Historia. Entre el siglo XVI y el XVIII*, T. II.

PEDRAZZI, Cesare

- 1985 "Le rôle sanctionnateur du droit pénal", en *Le rôle sanctionnateur du droit pénal, Enseignement de 3e cycle de droit 1984* (responsable J. Gauthier), Fribourg, p. 15 ss.

PEÑA CABRERA, Raúl

- 2011 *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., Lima.
- 2008 *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima.
- 1997 *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., Lima.
- 1995a *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 2ª ed., Lima.
- 1995b *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial II-A*, Lima.
- 1994 *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, Lima.
- 1987 *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, reimpr., Lima.
- 1986 *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, Lima.
- 1977 *Derecho Penal peruano*. PG, Lima.
- 1972 *Derecho penal peruano*, PE, Lima.

PEÑA JUMPA, Antonio

- 1998 *Justicia comunal en los andes del Perú: el caso de Calahuyo*, Lima.
- 1996 "Derecho y pluralidad cultural: el caso de los Aymaras de Puno", en *Derechos culturales*, Lima., p. 85 ss.

PEÑA JUMPA, Antonio/CABEDO MALLEL, Vicente/LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco

- 2002 *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*, Lima.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique

- 1990 *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid.

PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos

- 2002 "Evolución legislativa de la justicia militar en el Perú", en *ADP 2001/2002. La reforma del Derecho penal militar*, Lima, p. 357 ss.

PÉREZ ÁLVAREZ, Francisco

- 1995 *Contribución al estudio de las categorías "objeto material" del delito y los delitos de "mera actividad", al hilo del concepto de resultado en Derecho penal*, Salamanca.

PÉREZ ARROYO, Miguel

- 1997 "Las medidas de seguridad y rehabilitación social", en *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Lima, p. 142.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos

- 2004 "La persona del Derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel", en López Barja de Quiroga/Zugaldía Espinar (coord.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Madrid.

PÉREZ LUÑO, Antonio E.

- 1988 *Los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid.

PÉREZ MANZANO, Mercedes

- 1999 *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid.

PERRIN, Jean François

- 1989 "Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois", en *Les règles de l'interprétation. Enseignement de 3 e cycle de droit 1988*, Fribourg, p. 243 ss.

PFENNINGER, Henrich

- 1890 *Das Strafrecht der Schweiz*, Berlín.

PFUND, Robert

- 1971 "Verwaltungsrecht - Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht), Rapport présenté devant la Société suisse de juristes", en *RDS 90*, T. II, p. 108 ss.

PETTERS, Walters/PREISEDANZ, Holger

- 1968 *Praktische Strafrechtsfälle mit Lösung*, 13ª ed., Berlín.

PIAGET, Jean

- 1968 *Psychologie normale y pathologique*, París.

PINATEL, Jean

- 1983 "Peines de substitution et criminologie", Montpellier, p. 9 ss.

PIOTTET, Paul

- 1956 "La doctrine dite finaliste de l'infraction ("finale Handlungslehre"), étude critique", en *RPS* 71, p. 385 ss.

PIQUEREZ, Gérard

- 2001 *Manuel de procédure pénale suisse*, Zürich.

PISAPIA GIAN, Domenico

- 1948 *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, T. I, Milano.

PLANCK, Max

- 1978 "Vom Wesen der Willensfreiheit", en POTHAST, Ulrich (edit.), *Freies Handeln und Determinismus*, Frankfurt a. M., p. 115 ss.

PLATZGUMMER, Winfried

- 1964 *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Wien.

POLAINO NAVARRETE, Miguel

- 2008 *Introducción al derecho penal*. Lima.
 2000 *Derecho penal*. PG, T. II, vol. I, Barcelona.
 1999 "Art. 16", en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, p. 813 ss.
 1974 *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla.

POLAINO-ORTS, Miguel

- 2003 "¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal", en *ADP 2003. Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 215 ss.

PONCELA, Pierrette

- 1980 "Le droit pénal: au nom de la loi ou malgré la loi", en *APD* 25, p. 29 ss.

PONCET, Dominique/NEYROUD, Philippe

- 1978 "Immunité, extraterritorialité et droit d'asile en droit pénal international", en *RIDP* 49, p. 579 ss.

PRADEL, Jean

- 2003 *Droit pénal général*, Paris.
 1995 *Le nouveau code pénal (partie générale): loi N° 92-683 du 22 juillet 1992*, 2ª ed., Paris.

- 1992 "Le droit français de la responsabilité pénale", en *Journées franco-japonaise de la Société de législation comparée*, p. 205 ss.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

- 2000 *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú: doctrina, jurisprudencia, legislación*, Lima.
- 1999 *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*, Lima.
- 1998 "La reforma del delito continuado en la Ley 26683: ¿una solución al fraude colectivo?", en *Revista de la Academia de la Magistratura*, N° 1, p. 201 ss.
- 1996 *Todo sobre el Código Penal*, Lima.
- 1993 *Comentarios al Código penal de 1991*, Lima.
- 1985 *Política criminal peruana*, Lima.

PRADO UGARTECHE, Javier

- 1904 *La filosofía del derecho y el método positivo*, Tesis, Lima.

PRATS CANUTS, José

- 1996 "Art. 35", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, p. 331 ss.

PUECH, Marc

- 1983 *Actualité législative*, Dalloz.

PUPPE, Ingeborg

- 1992 *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg.
- 1991 "Zur Vorstellungsinhalt des dolus eventualis", en *ZStW* 103, p. 41 ss.
- 1983 "Zurechnung und Wahrscheinlichkeit", en *ZStW* 95, p. 287 ss.
- 1979 *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlín.

PURITANO, Domenico

- 1981 "La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione", en *Questione criminale*, p. 111 ss.

Quintano Ripollés, Antonio

- 1966 *Comentarios al Código penal*. 2ª ed., puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Madrid.
- 1958 *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona.
- 1953 *La influencia del derecho español en las legislaciones hispanoamericanas*, Madrid.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

- 2002 *Manual de Derecho Penal*. PG (con la colaboración de Fermín MORALES PRATS y Josep Miquel PRATS CANUT), 3ª ed., Navarra.
- 1998 *La Justicia penal en España*, Pamplona.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros

- 1996 *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona.

RABOSI, Eduardo

- 1970 "Sobre la pena", en *Homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Problemas actuales de los códigos penales y de la función del derecho*, Buenos Aires.

RADBRUCH, Gustav

- 1974 *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1932. Traducción de W. ROCES, *Filosofía del derecho*. México.
- 1952 "Eine Feuerbach Gedankenrede", en *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, editado por Eberhard SCHMIDT, Tübingen.
- 1904 "Ueber den Schuldbegriff", en *ZStW*, p. 338 ss.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón

- 2004 "Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal. Hacia una visión integrada", en *ADP 2004. La reforma del proceso penal peruano*, Lima, p. 129 ss.
- 2001 "Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa", en *XXIII Jornadas internacionales de derecho penal*, Universidad del Externado, Bogotá, p. 244 ss.
- 1999 *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona.

RASCH, Wilfried

- 1999 *Forensische Psychiatrie*, 2ª ed., Stuttgart.

RASELLI, Niccoló

- 1994 "Geldstrafe versus kurze Freiheitsstrafe?", en *BC 1*, p. 70 ss.

RAZ, Joseph

- 1997 "La intención en la interpretación", en *Doxa*, N° 20, p. 199 ss.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro

- 2005 "Autoría y participación delictiva: el sistema del injusto único de intervención", en *Estudios de Derecho Penal*, Lima.

- 2003 "El error de tipo", en ADP 2003. *Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 200 ss.
- RECASENS SICHES, Luis
- 1956 *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México.
- REGIS PRADO, Luiz
- 2000 *Curso de direito penal brasileiro, T. 1. PG*, 2ª ed., São Paulo.
- REHBERG, Jörg
- 1983 *Die strafrechtliche Bedeutung der Alkoholisierung, Kriminalistik*, p. 507 ss.
- 1962 *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, Zürich.
- REHBERG, Jörg/DONATSCH, Andreas
- 2001 *Grundriss Strafrecht I: Verbrechenslehre*, 7ª ed., Zürich.
- REHBINDER, Manfred
- 1995 *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 8ª ed., Berlín/New York.
- RENIKOWSKI, Joachim
- 1997 *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen.
- REY GONZALES, Carlos
- 1999 *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Madrid.
- REYES ALVARADO, Yesid
- 1996 *Imputación objetiva*, 2ª edición (1ª edición 1994), Bogotá.
- 1990 *El concurso de delitos*, Bogotá.
- RHEINSTEIN, Marx
- 1974 *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München.
- RICHARD, Philippe
- 1971 *La Convention de Tokyo: étude de la Convention de Tokyo relative aux infractions y à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, Tesis, Lausanne.
- RICKERT, Heinrich
- 1902 *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*.

RICOEUR, Paul

- 1991 "Préface aux Temps de la responsabilité", en *Lectures 1, Autour du politique*, Paris.

RIEDO, Christof/CHVOJKA, Michaela

- 2002 "Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft", en *RPS* 120, p. 152 ss.

RIESE, K.

- 1969 "Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot", en *NJW*, p. 549 ss.

RIKLIN, Franz

- 1997 *Schweizerisches Strafrecht, AT I, Verbrechenslehre*, Zürich.
- 1994a "Neue Sanktionen und Ihre Stellung im Sanktionensystem", en *Reform der strafrechtlichen Sanktionen*, Zürich, p. 145 ss.
- 1994b "Geldstrafe versus kurze Freiheitsstrafe?" en *BC* 2, p. 81 ss.
- 1994c "Die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG) und die Strafrechtsreform - Ein kritischer Kommentar", en *RPS* 112, p. 432 ss.
- 1985 "Probleme der Gesetzestechnik im Strafrecht", en *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Enseignement de 3e cycle de droit 1984 (responsable J. GAUTHIER), Fribourg, p. 207 ss.
- 1981 "Pressedelikte en Vergleich zu den Rundfunkdelikten", en *RPS* 98, p. 189 ss.

RITTLER, Theodor

- 1964 *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. Auf den Grundlage des Grundrisses von Heinrich Lammasch*, 2^a ed., Viena.

ROBERT, Christian-Nils

- 1989 "La criminologie: un outil d'évaluation des résultats de la justice pénale?", en *Limites du droit pénal: quelques interrogations*, Travaux du Centre d'étude de technique y d'évaluation législatives de l'Université de Genève N° 35, Genève.
- 1985 *Délinquances d'affaires: l'illusion d'une politique criminelle*, Rapport SSJ,
- 1977 "Quelles recherches y quelles criminologies en Suisse?", en *BC* 2, p. 10 ss

ROBERT, Jacques-Henri

- 1999 *Droit Pénal général*, 4^a ed., Paris.

- 1977 "L'histoire des éléments de l'infraction", en RSC, p. 269 ss.
- ROBLES PLANAS, Ricardo
- 2003 *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid/Barcelona.
- ROCCO, Arturo
- s/f *Relazione Ministeriale referente al Código de 1930*, T. V, parte I.
- RÖDER, Hermann
- 1969 *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematisches Standort im Verbrechenaufbau*, Berlín.
- 1964 *Der Allgemeine Teil des österreichischen Strafgesetzentwurfes*.
- 1957 "Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt", en ZStW, 69, p. 238.
- 1953 "Die Erscheinungsformen des Verbrechens", en *Spiegel der subjektive und objektiven Strafrechtstheorie*, Wien.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María
- 1986 *Derecho penal español*. PG, 10ª ed., Madrid.
- 1974 *Derecho penal español*. PG, Madrid.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso
- 1990 *Derecho Penal Español*. PG, 13ª ed., Madrid.
- RODRIGUEZ MORULLO, Gonzalo
- 1997 *Comentarios al Código penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) y Agustín JORGE BARREIRO (coord.), Madrid.
- 1977 *Derecho penal*. PG, T. I, Madrid.
- RODIEUX, Jean-Pascal
- 1976 *Le droit pénal des mineurs dans la novelle de 1971: au regard des travaux préparatoires y du droit désirable*, Tesis, Lausanne.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis
- 1980 "Sobre el error de tipo y el error de prohibición en el Proyecto de CP", en La Ley 1, p. 1073 ss.
- ROJAS ALBERTINI, Maritza
- 1996 *Los líderes de opinión pública y el problema de las drogas*, Monografía de Investigación N° 13, Lima.

ROJAS ARAUCO, Richard

- 2009 "El derecho penal y la diversidad cultural. Aproximación a su tratamiento desde la realidad ayacuchana", en *Academia de la Magistratura*, p. 66 ss.

ROJAS VARGAS, Fidel

- 2000 *Jurisprudencia penal patrimonial 1998-2000*, Lima.
 1999a *Jurisprudencia penal*, T. I, Lima.
 1999b *Jurisprudencia procesal penal*, T II, Lima

ROJAS VARGAS, Fidel/INFANTES VARGAS, Alberto

- 2001 *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Lima.

ROJASSI PELLA, Carmen

- 1997 *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, Lima.

ROMEO CASABONA, Carlos María

- 1998 *Derecho biomédico y bioética*, Granada (coord.).
 1994 *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid.

ROSENFELD, Ernst Heinrich

- 1991 "Schuld und Vorsatz im von Lisztischen Lehrbuch", en *ZStW*, p. 466 ss.

ROSS, Alf

- 1979 *Über den Vorsatz*, Baden-Baden.
 1975 *On Guilt, Responsibility and Punishment*, London.
 1974 *On law and justice*, Berkeley.
 1973 *Colpa, responsabilità e pena*, Milano.
 1970 *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires.

ROSSINELLI, Michel

- 1987 *Les libertés non écrites: contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Lausanne.

ROTH, Robert

- 1997 "Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion", en *RPS* 115, p. 345 ss.
 1985 "Les sanctions administratives: un nouveau droit (pénal) sanctionnateur?" en *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Enseignement de 3e cycle de droit 1984 (responsable J. GAUTHIER), Fribourg, p. 125 ss.

- 1981 "Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif", en *RDAF* 37, p. 285 ss y 381 ss.

ROTH, Robert/PIRKEL, Peter

- 1993 "Chronique, Dix ans de réforme pénale en Suisse", en *RDPC* 12, p. 1099 ss.

ROTMAN, Edgardo

- 1990 *Beyond punishment. A new view on the rehabilitation of criminal offenders*, New York.
- 1975 "L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale", en *Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. II, París, p. 163 ss.

ROUBIER, Paul

- 1960 *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., París.

ROXIN, Claus

- 2007 "Cambios en la teoría de los fines de la pena", en *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, p. 86 ss.
- 2006a *Strafrecht, AT, Band I, Grundlagen, (Der Aufbau der Verbrechenslehre)*, 3. Aufl., München.
- 2006b *Derecho Penal. PG. T. I, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. 2ª reimpresión de la 2ª traducción alemana, Madrid.
- 2003 *Strafrecht, AT, T. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München.
- 2000a *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., Berlín.
- 2000b *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Trad. de la 7ª edición alemana por CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Madrid.
- 1998 *Dogmática penal y política criminal*, Lima.
- 1997b *Derecho Penal. PG. T. I, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª ed., alemana, Madrid.
- 1997c *La imputación objetiva en el derecho penal*, Lima.
- 1995 "Anmerkung zu BGH 40, 218", en *JZ* p. 49 ss
- 1994 "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, p. 241 ss.
- 1993 *Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11ª ed., Berlín/New York.
- 1991 "La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones", en *CCGPJ*, p. 63 ss.

- 1989a "Bemerkungen zum Regressverbot", en *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989* (JESCHECK, HANS-HEINRICH / VÖGLER, THEO, hrsg.), Berlin/New York, p. 177 ss.
- 1989b "Finalität und objektive Zurechnung", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, editores Dornseifer, Gerhard/ Horn, Eckhard, Köln, Berlin, p. 237 ss.
- 1981a "La reforma del derecho penal", en *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, p. 69 ss.
- 1981b "Der fehlgeschlagene Versuch", en *Jus*, p. 1 ss.
- 1976 *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción de Diego Manuel Luzon, Madrid.
- 1974a "«Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien", en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin, p. 171 ss. Traducción de MUÑOZ CONDE, "«Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías jurídicopenales sistemáticas", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, 1981.
- 1974b "Kriminalpolitische Ueberlegungen zum Schuldprinzip", en *Strafrecht und Strafrechtsreform* (editores K. MADELENER, D. PAPENFUSS y W. SCHÖNE), Köln/Berlin/Bonn/München.
- 1973a *Strafrechtliche Grundlagenprobleme (recueil d'articles)*, Berlin/New York.
- 1973b *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., Berlin/New York. Hay traducción de la 1ª ed. a cargo de MUÑOZ CONDE, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Barcelona 1972.
- 1970 "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, p. 133 ss.
- 1968 "Strafzweck und Strafrechtsreform", en *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*.
- 1966 "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en *Jus*, p. 377 ss.
- 1962 "Zur Kritik der finalen Handlungslehre", en *ZStW* 74, p. 515 ss.

ROXIN, Claus/ARZT, Günther/TIEDEMANN, Klaus

- 1994 *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 3ª ed., Heidelberg. Versión española, notas y comentarios de Luis Arroyo Zapatero, de la 1ª ed., Barcelona, 1989.

ROXIN, Claus/SANCINETTI, Marcelo

- 2002 *Desviación del curso causal y "dolus generalis"*, Buenos Aires.

ROY FREYRE, Luis

- 1998 *Causas de la extinción de la acción penal y de la pena*, Lima.
- 1986 *Derecho penal peruano*, PE, T. I, Lima.
- 1975 *Derecho penal peruano*, PE, T. II, Lima.
- 1983 *Derecho penal peruano*, PE, T. III, Lima.

RUBIO CORREA, Marcial/BERNALES BALLESTEROS, Enrique

- 1981 *Perú: Constitución y sociedad política*, Lima.

RUBIO CORREA, Marcial/EGUIGUREN PRAELI, Francisco/BERNALES BALLESTEROS, Enrique

- 2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima.

RUDOLPHI, Hans-Joachim

- 1974 "Recens. de Arzt, Willensmangel bei der Einwilligung", en *ZStW* 86, p. 82 ss.
- 1970 "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs", en *Festschrift für R. Hönig*, p. 151 ss.
- 1969 "Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre", en *JuS*, p. 549 ss.

RUDOLPHI, Hans-Joachim/ HORN, Eckhard/SAMSON, Erich

- 2009 *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, AT 1 (§§ 1-37), AT 2 (§§38-79b) 7., teilweise 8. neubearbeitete Auflage. Lieferung, Neuwied/Kriftel/Berlin, Noviembre.

RUÍZ VADILLO, Enrique

- 1984 "Descriminalización y despenalización. Reforma penal y descriminalización", en *Reformas Penales en el mundo de hoy*, San Sebastián, p. 378 ss.

RUSCA, Michele

- 1981 *La destinée de la politique criminelle de Carl Stooss*, Tesis, Fribourg.

RUSCONI, Maximiliano

- 1997 "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Código Penal de la República de Guatemala (1991)", en *ADP 1996. La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, p. 173 ss.

SAINZ CANTERO, José A.

- 1990 *Lecciones de Derecho Penal*. PG, 3ª ed., Barcelona.

- 1978 "La sustitución de la pena de privación de libertad", en *Estudios Penales y Criminológicos* N° II, p. 235 ss.

SALAZAR BONDY, Augusto

- 1970 "Dependencia y Cultura", en *Perú actual (sociedad y política)*, México.

SALDAÑA, Quintiliano

- 1917 *Historia del derecho penal en España*, adición a la traducción de Franz VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, T. I, Madrid, 1914-1917.

SALVAGE, Philippe

- 1991 "Le consentement en droit pénal", en RSC, p. 699 ss.

SAMSON, Erich

- 1972 *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Metzner/Frankfurt.

SANCINETTI, Marcelo

- 2003 *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires.
 2001 "Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte General de los códigos penales", en RDPC, 2a época, N° 8, p. 207 ss.
 2000 "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en RPCP, Año V, N° 9, p. 561 ss.
 1997 *Subjetivismo e imputación objetiva*, Buenos Aires.
 1987 "Obediencia debida y Constitución nacional", en DP, N° 39.

SAND, Peter H.

- 1974 "The harmonisation of African Law", en *Current trends in African legal Geography: the interfusion of legal systems*, Milano, p. 117.

SAN MARTÍN CASTRO, César

- 2006 *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Lima.
 2003 *Derecho Procesal Penal*, Vol. I - II, 2ª ed., Lima.
 2002 "Algunos aspectos de la justicia militar (A propósito del caso peruano)", ADP 2001/2002. *La reforma del Derecho penal militar*, Lima, p. 99 ss.
 1999 *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, Lima.
 1997 "Proceso penal, anomalía síquica grave y delito", en *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Lima, p. 40.

SAN MARTÍN CASTRO, César/MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel

- 2010 "La reforma de la justicia militar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y el contenido material del delito de función", en *ADP 2008. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, p. 59 ss.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo

- 2009 *El nuevo proceso penal*, Lima.
2004 *Manual de derecho procesal penal*, Lima.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier

- 2002 *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid.
1999 *Pflichtdelikt und Beteiligung. zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín.
1995 *Intervencion omisiva, posicion de garante y prohibicion de sobrevaloracion del aporte*, Bogotá.

SANDOVAL, Juan Carlos

- 2002 "Legislación de emergencia y especialidad del delito militar", en *ADP 2001/2002. La Reforma del Derecho penal militar*, Lima, p. 173 ss.

SANTA CRUZ, Julio César

- 2004 *Razonamiento jurídico penal y aplicación de la pena*, Lima.

SASTRE ARIZA, Santiago

- 2001 "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica", en *Doxa* N° 24, p. 581 ss.

SAUER, Wilhelm

- 1956 *Derecho penal*. PG, traducido por JUAN DEL ROSAL y José CEREZO MIR, Barcelona.

SAX, Walter

- 1972 "Grundsätze der Strafrechtspflege", en *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, 2ª ed., Berlín.

SCHAFF, Adam

- 1973 *Ensayos sobre filosofía del lenguaje*, Barcelona.

SCHAFFSTEIN, Friedrich

- 1974 "Handlungsunwerth, Erfolgswert und Rechtsfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten", en *Festschrift für Hans Welzel*, p. 557 ss.

- 1970 "Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht", en *Festschrift f. Hönig*, p. 169 ss.
- 1960 "Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre", en *ZStW* 72, p. 369 ss.
- 1937 "Der Streit um das Rechtsgutverletzungdogma", en *DStR*, p. 335 ss.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich/BEULKE, Werner
- 1998 *Jugendstrafrecht: eine systematische Darstellung*, 13. Auflage, Stuttgart.
- SCHÄRER, Frédéric
- 1955 "Le droit pénal aérien suisse", en *RPS* 70, p. 166 ss.
- SCHMID, Niklaus
- 1991 "Das fortgesetzte Delikt am Ende?", en *Recht*, p. 134 ss.
- SCHMID, Pierre/FREI, Lionel/WYSS, Rudolf/SCHOUWEY, Jean-Dominique
- 1981 "L'entraide judiciaire internationale en matière pénale", en *RDS* 100 T. II, p. 245 ss.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard
- 1986 "Was ist aus der finalen Handlungstheorie geworden?", en *JZ*, p. 109 ss.
- 1980 "Die Grenzen zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat", en *JuS*, p. 241 ss.
- 1975 *Strafrecht: AT: Lehrbuch*, Tübingen.
- 1966 "Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins", en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, , p. 317 ss.
- SCHMIDT, Eberhard
- 1995 *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, (2a impression de la 3^a ed.), Göttingen.
- 1929 "Das Reichsgericht und der "Übergesetzlichenotstand", en *ZStW* 49 (1929), p. 350 ss.
- SCHMITT, Rudolf
- 1985 "Der Anwendungsbereich von §1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz)", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, T. I, Berlin, p. 223 ss.
- 1963 "Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht", en *ZStW* 75, p. 43 ss.
- SCHÖNE, Wolfgang
- 2010 *Técnica jurídica. Método para la resolución de casos penales*, Asunción.

- 2009 *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Asunción, (coord.).
- 2005 Hans Welzel y la nueva imagen del sistema final: el finalismo entre ciencia, política criminal y legislación, en: *Moisés Moreno Hernández, Eberhard Struensee, José Cerezo Mir y Wolfgang Schöne (coord.): Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo de su 100 aniversario (25 de marzo de 2004)*, México, p. 257 y ss.
- 1996 *Imprudencia, tipo y ley penal*, Bogota.
- 1986 "Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz", en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlín, New York, p. 649 ss.
- 1974 *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*.
- SCHÖNIG, Roger
- 1968 "Zur Feststellung des Todeszeitpunkt", en *NJW*, p. 189 ss.
- SCHRÖDER, Adolf
- 1969 "Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht", en *ZStW*, p. 7 ss.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst
- 2001 *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26ª ed., München.
- SCHOTTLÄNDER, Adolf
- 1911 *Die geschichte Entwicklung des Satzes: nulla poena sine lege*, Breslau/Schletter.
- SCHOUWEY, Jean-Dominique
- 1989 "Les crimes internationaux et le droit pénal interne (rapport suisse)", en *RIDP* 60, p. 465 ss.
- 1988 "L'exécution en Suisse de jugements pénaux prononcés à l'étranger", en *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers*, Enseignement de 3e cycle de droit 1987 (responsable F. Knoepfler), Fribourg, p. 249 ss.
- SCHREIBER, H.
- 1968 "Die Zulässigkeit der rückwirkendes Verlängerung der Verjährungsvorschriften", en *ZStW* 80, p. 348 ss.
- SCHRÖDER, Horst
- 1969 "Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht", en *ZStW* 81, p. 13 ss.
- 1962 Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch", en *Jus*, p. 81 ss.
- 1949 "Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs", en *Festschrift für Sauer*, p. 207 ss.

SCHROTH, Hans Jürgen

- 1993 *Unternehmen als Normadressanten und Sanktionsobjekt*, Giessen.

SCHROTH, Ulrich

- 1998 *Vorsatz und Irrtum*, München.
1977 "Probleme und Resultate der Hermeneutik - Diskussion", en *Einführung en Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (editores A. KAUFMANN/W. HASSEMER), Heidelberg/Karlsruhe, p. 188 ss.

SCHUBARTH, Martin

- 1995 "Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität", en *Recht* 4, p. 151 ss.
1982 "Kommentar zum schweizerischen Strafrecht", en *BT*, Bd. I, Bern.
1968 *Die Systematik der Aneignungsdelikte*, Tesis, Basel.

SCHULTZ, Hans

- 1992 "Fünzig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch", en *RPS* 109, p. 3 ss.
1991 "Schweizer Strafrecht 1991: Rückblick und Ausblick", en *RDS* 110, T. I, p. 173 ss.
1987 *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern.
1985a "Krise der Kriminalpolitik?", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, T II, Berlin, p. 791 ss.
1985b *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern.
1984 "Zur Revision des Strafgesetzbuches vom 9. Oktober 1981: Gewaltverbrechen", en *RPS* 101, p. 113 ss.
1982a "Vierzig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch", en *RPS* 99, p. 1 ss.
1982b *Einführung en den allgemeinen Teil des Strafrechts*, T. I-II, 4ª ed., Bern.
1981 "Das neue Schweizer Recht der internationalen Zusammenarbeit en Strafsachen", en *RSJ* 77, p. 94 ss.
1978 "Wandlungen im internationalen Strafrecht der Schweiz", en *Gedächtnisschrift für H. Schröder*, München, p. 37 ss.
1974a "Les problèmes actuels de l'extradition", en *RIDP* 45, p. 499 ss.
1974b *RJB* 110, p. 378.
1973 "Der Bedingte Strafvollzug nach dem Bundesgesetz vom 18", en *RPS* 89, p. 52 ss.

- 1972 "Dreissig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch", en *RPS* 88, p. 1 ss.
- 1970 "Die zweite Teilrevision des schweizerischen Strafgesetzbuches", en *RJB* 106, p. 1 ss.
- 1968 "Les problèmes actuels de l'extradition (rapport général provisoire)", en *RIDP* 39, p. 785 ss.
- 1967a "Compétences des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger", en *RSC*, p. 305 ss.
- 1967b "Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1966", en *RSJB* 103, p. 419 ss.
- 1967c "Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger", en *RSC*, p. 305 ss.
- 1964 "Neue Probleme des internationalen Strafrechts und Auslieferungsrechts", en *RSJ* 60, p. 81 ss.
- 1963a "Neue Entwicklungen im sogenannten internationalen Strafrecht", en *Festschrift für H. von Weber*, Bonn, p. 305 ss.
- 1963b "Les effets internationaux de la sentence pénale (rapport suisse)", en *RIDP* 34, p. 177 ss.
- 1961 "Zur Bundesgerichtlichen Rechtsprechung über den Sachverhaltsirrtum, en StGB Art. 19", en *RPS* 77, p. 74 ss.
- 1960a "L'empire de la loi pénale dans l'espace", en *FJS* 1208-1209 (mise à jour: 1er mars).
- 1960b "Le lieu de commission (art. 7 CP)", en *FJS* 1210 (mise à jour: 1er mars).
- 1960c "Der Begehungsort", en *FJS* N° 1210, Berna.
- 1958 "L'application de la loi pénale dans le temps", en *FJS* 1203 (mise à jour: 1er juillet).
- 1957 "Die räumliche Geltung des schweizerischen Strafgesetzbuches nach der neueren Gerichtspraxis", en *RPS* 72, p. 306 ss.
- 1954 "Der Begriff der Auslieferung en der Bestimmungen über die räumliche Geltung des schweizerischen Strafrechts", en *RPS* 69, p. 376 ss.
- 1953 *Das schweizerische Auslieferungsrecht*, Basel.
- s/f "Teilnahme", en *FJS* N° 1189 - 1191.
- s/f "Actes licites", en *FJS* N° 1204 - 1207.

SCHULZ, Joachim

- 1987 "Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung. Zur Fassung der Theorie von der gesetzmässigen Bedingung", en *Festschrift für Karl Lackner*, Berlin/New York, p. 39 ss.

SCHUMANN, Heribert

- 1989 "Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch BGH", en JZ 44, p. 427 ss.
- 1986 *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen.

SCHÜNEMANN, Bernd

- 2001 "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", GA 2001, p. 205 ss.
- 1995 "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann*, Madrid, p. 565 ss.
- 1988 "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en ADPCP, 1988-II, p. 533 ss.
- 1984 *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín - New York.
- 1979 *Unternehmenskriminalität und Strafrecht eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem u. geplantem Straf- u. Ordnungswidrigkeiten-recht*, Berlín.
- 1975 "Moderne Tendenzen en der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", en JA, p. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 797 ss.

SCHÜTZ, Bernard

- 1989 "Les jours-amende entre l'espoir et la réalité", en *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, París, p. 460 ss.

SCHWANDER, Vital

- 1970 "Das Territorialitätsprinzip im schweizerischen Strafrecht", en *Recueil des travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Basel, p. 365 ss.
- 1966 *Das schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis*, 2ª ed., Zürich.
- 1965 *Actes du XIIIème Congrès international de droit pénal*, París.
- 1960 "L'application de la loi pénale étrangère par le juge pénal national (rapport suisse)", en RIDP 31, p. 576 ss.

SCHWARZ, Andreas B.

- 1938 "La réception y l'assimilation des droits étrangers", en *Introduction à l'étude du droit comparé - Recueil des travaux en Hommage d'E. Lambert*, París, p. 398.

SCHWARZENEGGER, Christian

- 2000 "Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet", en RPS 118 p. 109 ss.

SCHWENTER, Jean-Marc

- 1983 "De quelques problèmes, réels ou imaginaires, posés par les nouvelles dispositions réprimant les actes de violence", en RPS 100, p. 281 ss

SCHWOB, Renate

- 1985 "Droit pénal administratif de la Confédération, I à V, FJS 1286-1290 (mise à jour).

SEEGER, Hermann

- 1962 *Ueber die Rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze.*

SEELMANN, Kurt

- 1999 *Strafrecht AT: Kurzlehrbuch zum allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafrechts*, Basel.

SEILER, Walter

- 1967 *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Fribourg.

SILVA FRANCO, Alberto

- 1986 *Temas de direito penal*, São Paulo.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

- 2004 *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima.
- 2003 "¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?", en DÍEZ RIPOLLÉS Y OTROS (edit.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, Madrid, p. 977 ss.
- 2002 "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español", en *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, p. 200 ss.
- 2000 *Estudios de derecho penal*, Lima.
- 1999 *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*. Madrid (2ª ed. 2001).
- 1997 *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona.

- 1995 "La responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", en *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, 1995, p. 357 ss.
 - 1993 "Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1ª del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)", en *Derecho penal de la circulación. Aspectos civiles y penales*, Madrid.
 - 1986 *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona.
- SILVA SANTISTEBAN, José
- 1984 *Derecho natural o filosofía del derecho*, Lima.
- SINA, Peter
- 1962 *Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, *Baseler Studien zur Rechtswissenschaft*, T. 62, Basel.
- SINISCALCO, Marco
- 1965 "Tempus commissi delicti, reato permanente e successione di leggi penali", en *Studi in onore de Antolisei*, vol. III, Milano, p. 248 ss.
- SOBREMONTÉ, José
- 1982 "Proyecto (1980) de Código penal y las penas cortas de prisión", en *CPC* N° 18, p. 562 ss.
- SOBREVILLA, David
- 1975 "La cultura y la filosofía de la dominación, Apuntes sobre un planteo de Augusto Salazar Bondy", en *Apuntes*, año 1, N° 1, Lima, p. 49 ss.
- SOCIÉTÉ SUISSE de Droit Pénal
- 1994 "Vernehmlassung zur Totalrevision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches", en *RPS* 112, p. 354 ss.
- SOFOS, Themistoklis
- 1999 *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, Berlín.
- SOLER, Sebastián
- 1976a *Derecho penal argentino*, T. I-V, 7a reimpresión, Buenos Aires.
 - 1976b "La formulación actual del principio «nullum crimen sine lege»", en *Fe en el Derecho*, Buenos Aires.

- 1969 *Las palabras de la ley*, México.
 1962 *La interpretación de la ley*, Barcelona.
 1956 *Derecho penal Argentino*. T. II.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro.

- 1986 *Ciencia Penitenciaria*, 3ª ed., Lima.

SOMMARUGA, Alberto

- 1951a "La legítima defensa en la doctrina y en el código penal peruano", en *RDGP*, Lima, p. 520 ss.
 1951b "La antijuricidad elemento del delito", en *RDGP*, p. 310 ss.

SPILLMANN, Walter

- 1960 *Die Strafausschliessungsgründe im schweizerischen Strafgesetzbuch*, Tesis, Zürich.

SPOLANSKY, Norberto

- 1968 "Imputabilidad y comprensión de la criminalidad (comentario a fallo)", en *RDGP*, p. 83 ss.

STAEHELIN, Andreas

- 1980 "Helvetik", en *Handbuch der Schweizer Geschichte Band II*, Zürich.

STÄMMLER, Rudolf

- 1980 *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2ª ed., 1932. Traducción de W. Roces, *Tratado de filosofía del derecho*, México.

STAVENHAGEN, Rodolfo

- 1968 *Clase, colonialismo y aculturación. Ensayos sobre las clases sociales en México*, México.

STEFANI, Gaston/LEVASSEUR, Georges/BOULOC, Bernard

- 2003 *Droit pénal général*, 18ª ed., París.

STETTLER, Martin

- 1986a *Avant-projet de loi fédérale concernant la condition pénale des mineurs y rapport explicatif*, mars, 1986.
 1986b "Une révision totale du droit pénal des mineurs: options générales et particulières", en *RPS* 103, p. 129 ss.

- 1980 *L'évolution de la condition pénale des jeunes délinquants examinée au travers du droit suisse et de quelques législations étrangères*, Tesis, Genève.

STEULLET, Alain

- 1983 *La victime de l'atteinte à l'honneur*, tesis Neuchâtel, Delémont.

STOOS, Carl

- 1929 "Der allgemeine Teil des schweizerischen Strafgesetzentwurfes nach del Beschlüssen des Nationalrates", en RPS 42, p. 129 ss.
- 1905 "Strafe und sichernde Massnahme", en RPS 18, p. 1 ss.
- 1904 *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2ª ed., Viena (reimpr. 1913).
- 1901 "Verbrechen und Strafe kriminalpolitisch untersucht", en RPS 14, p. 385 ss.
- 1899 *Bericht über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission dem hohen eidgenössischen Justizdepartement erstattet von Carl Stooss*, Bern.
- 1896 "Der Geist der modernen Strafgesetzgebung", en RPS 9, p. 269 ss.
- 1894a *Der Kampf gegen das Verbrechen*, Bern.
- 1894b "Was ist Kriminalpolitik?", en RPS 7, p. 228 ss.
- 1894c *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Vorentwurf mit Motiven im Auftrage des schweizerischen Bundesrates*, Bern.
- 1894d *Avant-projet de code pénal et motifs à l'appui*, traducido por A. Gautier, Berna.
- 1893a *Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches*. AT, Basel, Genf.
- 1893b *Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Basel-Genf, 1893, (Exposé des Motifs de l'Avant-projet du Code pénal Suisse, traduit de l'allemand par A. Gauthier) Bâle y Genève.
- 1893c *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts im Auftrag des Bundesrates vergleichend*, Basel, Genève.
- 1893d *Exposé des motifs de l'Avant projet du Code pénal suisse. Partie générale*, Bâle et Genève.
- 1891 "Welche Anforderungen stellt die Kriminalpolitik an ein eidgenössisches Strafgesetzbuch?", en RPS 4, p. 245 ss.
- 1878 *Zur natur der vermögensstrafen*, Bern.

STRAHL, Ivar

- 1969 "Les sanctions", en ANCEL, Marc/STRAHL, Ivar, *Le droit pénal des pays scandinaves*, Paris, p. 119 ss.

- 1951 "Les jours-amendes dans les pays nordiques", en *Revue de sciences criminelles et droit pénal comparé*, p. 60 ss.

STREE, Walter

- 1982 En SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 21ª ed., München.

STRATENWERTH, Günter

- 2000a *Schweizerisches Strafrecht, BT, T. II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 5ª ed., Bern.
- 2000b *Strafrecht, AT, T. I: die Straftat*, 4ª ed., Köln/Berlin.
- 1996 *Schweizerisches Strafrecht, AT, T. I, Die Straftat*, 2ª ed., Bern.
- 1992a "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", en *Festschrift für Rudolf Schmitt*, Tübingen, p. 295 ss.
- 1992b "Objektsirrtum und Tatbeteiligung", en *Festschrift für Jürgen Baumann*, zum 70. Geburtstag, 22. Juni, p. 57 ss.
- 1989 *Schweizerisches Strafrecht, AT, T. II, Strafen und Massnahmen*, Bern.
- 1982a *Derecho penal. PG*, Traducción de la 2ª ed. alemana por Gladis Romero, Madrid.
- 1982b *Die Zukunft des Strafrechts: der Schuldprinzip*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977. Traducción de E. Bacigalupo, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid.
- 1979 "Strafrecht und Sozialtherapie", en *Festschrift für P. Bockelmann*, München, p. 901 ss.
- 1974 "Unbewusste Finalität?", en *Festschrift für Hans Welzel*, p. 289 ss.
- 1972 *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen.
- 1971 *Strafrecht, AT I: die Straftat*, Köln/Berlin/Bon/München.
- 1969a "Zum Streit der Auslegungstheorien", en *Festschrift für O. Germann*, Bern, p. 257 ss.
- 1969b "Zum juristischen Begriff des Todes", en *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt am Main, p. 528 ss.
- 1965 "Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht", en *RPS* 81, p. 179 ss.
- 1963 "Handlungs und Erfolgsunwert im Strafrecht", en *RPS* 79, p. 233. ss.
- 1959 "Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit", en *ZStW* 71, p. 51 ss.
- 1958 *Verantwortung und Gehorsam*.

STRATENWERTH, Günter/JENNY, Guido

- 2003 *Schweizerisches Strafrecht, BT, T. I, Straftaten gegen Individualinteressen*, 6ª ed., Bern.

STRUENSEE, Eberhard

- 1998 "Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo", en *RPCP* N° 6, p. 751 ss.
 1987a "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", en *GA*, p. 97 ss.
 1987b "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", en *JZ* 42, p. 53 ss.

SUAREZ GONZALEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel

- 1996 "Estudio preliminar", en Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, p. 21 ss.

SUSMAN, Fredirich B./BAUM, Frederik S.

- 1968 *Law of juvenile delinquency*, Dobbs Ferry Ocena Publications.

SZERESZEWSKI, Emile

- 1947 "Crimes ou délits commis à l'étranger contre un Suisse ou par un Suisse", en *RPS* 62, p. 235 ss.

SZNICK, Valdir

- 1985 "A pena de trabalho e suas características", en *Justicia* N° 130, p. 69.

TALAVERA, Abraham

- 1976 *Nueva estructura del fuero privativo militar en la reforma del Poder judicial*, Tesis, UNMSM, Lima.

TALAVERA, Pedro

- 2002 "Ley", en Jesús CONILL (coordinador), *Glosario para una sociedad intercultural*, Valencia, p. 242 ss.

TALAVERA ELGUERA, Pablo

- 2004 *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Lima.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando

- 1998 "El sujeto de derecho", en ERNESTO GARZÓN VALDEZ/FRANCISCO LAPORTA, *El derecho y la justicia*, Madrid, p. 293 ss.

TARELLO, Giovanni

1980 *L'interpretazione della legge*, Milán.

TAMARIT SUMILLA, Josep María

1996 "De las penas privativas de derechos", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*.

TEMME, Jodocus Deodatus Hubertus

1855 *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts nach den Strafgesetzbüchern der Schweiz*, Aarau.

TERRADILLOS BASOCO, Juan

2003 "Culpabilidad - Responsabilidad", en ADP 2003. *Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 331 ss.

1998 "Teoría del delito. Nuevos planteamientos". Acción, en TERRADILLOS BASOCO, JUAN M./DE LA CUESTA AGUADO, Paz María (coord.), *Cuestiones fundamentales del derecho penal*, Cádiz.

1995 *Derecho penal de la empresa*, Valladolid.

1987 *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid.

TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE LA CUESTA AGUADO, Paz María

1998 *Cuestiones fundamentales del derecho penal*, Cádiz.

THORMANN, P. /VON OVERBECK, A.

1940 *Das schweizerisch Strafgesetzbuch - Kommentar, Allgemeine Bestimmungen (art. 1-110)*, Zürich.

THYRÉN JOHANN, C.

1910 *Prinzipien einer Strafgesetzsreform*, Berlin-Lund.

TIEDEMANN, Klaus

2010 *Wirtschaftsstrafrecht*, Köln/Berlín/München.

2009 "Requisitos fundamentales de una regulación de la Parte General", en HURTADO POZO (edit.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal 2009*, Lima, p. 21 ss.

2007 *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Lima.

- 2003 "Vom Nutzen der Rechtsvergleichung für das Wirtschaftsstrafrecht-Kurzen Bemerkungen zum «Corpus Iuris» und zu den «Europadelikten», en NIGGLI, Marcel/QUELOZ, Nicolás (editores), *Strafjustiz und rechtsstaat, Festschrift Franz Riklin/José Hurtado Pozo*, Zürich/Basel/Genf, 2003, p. 69 ss.
- 1998 "Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho Comaparado", en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSAC (editores), *La reforma de la justicia penal*, Castellón.
- 1996 "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en ADP 1996. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, p. 98 ss.
- 1994 "Das Strafprozessrecht", en ROXIN, CLAUDIUS/ARZT, GÜNTHER/TIEDEMANN, KLAUS, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 3ª ed., Heidelberg, p. 129 ss.
- 1993 "Strafrecht in der Marktwirtschaft", en *Festschrift für Walter Stree/Johannes Wessels*, 1993, p. 527 ss.
- 1989 "El derecho procesal penal", en *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Versión española y comentarios de Luis ARROYO ZAPATERO/Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, Barcelona.
- 1985a *Poder económico y delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Barcelona.
- 1985b "Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, T. II, p. 1411 ss.
- 1981 "Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la criminología en la República Federal de Alemania", en CPC, p. 265 ss.
- 1980 *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, editor, Köln.
- 1976 *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, TI-II, Reinbek-Hamburg.
- 1974a "Zeitlichen Grenzen des Strafrechts", en BAUMANN, JÜRGEN/TIEDEMANN, KLAUS, *Einheit und Vielheit des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, p. 193 ss.
- 1974b "Fortentwicklung des Strafrechts", en ZStW 86, p. 303 ss.
- 1969 *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen.

TIPKE, Klaus/LANG, Joachim

- 1998 *Steuerrecht*, 16ª ed., Köln.

TOEPFEL, Friedrich

- 1992 *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín.

TOLEDO, Octavio de

- 1990 "Función y límite del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *ADPCP* XLIII, p. 5 ss.

TORIO LÓPEZ, Ángel

- 1981 "Los delitos de peligro hipotético", en *ADPCP*, p. 838 ss.

TOZZINI, Carlos

- 1968 "El dominio final de la acción en la autoría y en la participación", en *RDPC*, p. 81 ss.

TRAEGER, Ludwig

- 1908 *Die zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, AT, T. VI, Berlin.

TRAVERS, Maurice

- 1920 *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, T. I-II, Paris.

TRECHSEL, Stefan

- 1997 *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2ª ed., Zürich.
1967 *Der Strafgrund der Teilnahme*, Tesis Bern.

TRECHSEL, Stefan/NOLL, Peter

- 1998 *Schweizerisches Strafrecht*, AT, T. I, *Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 5ª ed., Zürich.

TRIFFTERER, Otto

- 1985 "Völkerstrafrecht im Wandel?", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, T. II, Berlin, p. 1477 ss.

TRÖNDLE, Herbert

- 1975 "Geldstrafe und Tagessatzsystem", en *OeJZ*, p. 597.
1974a *Leipzigerkommentar. Strafgesetzbuch*. T. I, Berlin/New York.
1974b "Die geldstrafe in der praxis und probleme ihrer durchsetzung unter besonderer berücksichtigung des tagessatzsystems", en *ZStW* 86 (1974), p. 546 ss.

TROLLER, Alois

- 1968 "Rechtsdogmatik und Phänomenologie", en *Festschrift für Schöenberger*, p. 23 ss.

TSCHÜMPERLIN, Urs

Die elterliche Gewalt en Bezug auf die Person des Kindes: (Art. 301 bis 303 ZGB), Fribourg, 1989.

TULKENS, J.

1989 *L'élaboration des règles minima pour le traitement en milieu libre.*

TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg

1995 *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11ª ed., Zürich.

TWINING, William/MIERS, David

1990 *Come far cose con regole, Interpretazione ed applicazione del diritto*, (traducción del inglés por C. Garbarino), Milano.

UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José

1995 "Cultura inquisitiva y presos sin sentencia", en *Ius et veritas* N° 11, p. 85 ss.

URQUIZO OLAECHEA, José

2006 "Constitución y culpabilidad penal", en *Revista Institucional, Aportes al derecho penal desde la perspectiva constitucional*, N° 7, p. 155 ss.

2003 "¿Bien jurídico?", en *Sistemas penales iberoamericanos, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Lima, p. 283 ss.

2002 "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración de justicia", en *RPCP*, N° 12, p. 229 ss.

2000 *El principio de legalidad*, Lima.

1998 El bien jurídico, en *RPCP*, N° 6, p. 805 ss.

1997 "El principio de la prohibición de analogía in malam partem en el derecho penal", en *RPCP* N° 9, Lima, p. 627 ss.

1993 "El principio de combinación en el nuevo Código Penal", en *RPCP*, Año I, N° 1, Lima.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza

1997 "El sistema de penas", en DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, Valencia.

VALLE RANDICH, Luis del

1967 *Derecho procesal penal*, Lima.

VALLE RUESTRA, Javier

2004 *Tratado de la Extradición. Volumen I*, Lima.

VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia

- 1990 *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, Madrid.

VAN INWAGEN, Peter

- 1978 "Die Unvereinbarkeit von freien Willen und Determinismus", en Pothhast Ulrich (edit) *Freies Handeln und Determinismus*, Frankfurt a. M., p. 115.

VAN VEEN, A.

- 1987 "La peine privative de liberté: ses conséquences"; en *Symposium le centenaire de la peine privative de liberté aux Pays-Bas*, p. 35 ss.

VASSALLO SAMBUCETI, Efraín

- 2001 *La acción civil en el proceso penal*, Lima.

VASSALLI, Giuliano

- 1969 *Giurisprudenza Costituzionale*, Roma.

VÁSQUEZ DÁVILA, Lily Norka

- 2007 "Ejecución y supervisión de las penas limitativas de derechos", en *Nuevos criterios para la determinación de la pena*, Lima, p. 89 ss.

VEGA SANTA GADEA, Fernando

- 1973 "La evolución de la pena privativa de la libertad en el Perú", en *Derecho* N° 31, p. 178 ss.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando

- 2010 *Manual de Derecho Penal*, 4ª ed., Bogotá.
 2009 *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Medellín.
 2003 "El delito continuado", en ADP 2003. *Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano*, Lima, p. 381 ss.

VELLUZZI, Vitto

- 1998 "«Interpretación sistemática»: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación", en *Doxa*, p. 65 ss.

VENENGO, Roberto J.

- 1996 "Interpretación del derecho", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto/LAPORTA, Francisco J., *El derecho y la justicia*, Madrid.

VEST, Hans

- 1986 "Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, en Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Rechtswissenschaft; T 585, Bern.

VIDAL, Georges/MAGNOL, Joseph

- 1949 *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9ª ed., T. 2, París.

VIDAURRE, Manuel Lorenzo de

- 1828 *Proyecto de un código pena. Contiene una exposición prolija de la entidad de los delitos en general y de la particular naturaleza de los más conocidos. Se señalan las penas que parecen proporcionadas. Al último se agrega una disertación sobre la necesaria reforma del Clero*, Boston.

VILLA STEIN, Javier

2008. *Derecho Penal*. PG, 3ª ed., Lima.

VILLAMOR, Fernando

- 1977 *La codificación penal en Bolivia*, La Paz.

VILLANUEVA FLORES, Rocío

- 1996 "Notas sobre la interpretación jurídica (a propósito de la Ley N° 26260) y la violencia familia", en *Violencia contra la mujer: reflexiones sobre el Derecho*, Lima, p. 102 ss.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

- 2006 *Derecho Penal*. PG, Lima.
2003 "Concurso de delitos y concurso aparente de leyes", en *Libro Homenaje a Bramont Arias*, Lima 2003, p. 312 ss.
2001 *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Lima.

VIOLA, Francesco

- 1989 "Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giurídica", en *RIFD*, p. 336 ss.

VICH, Víctor

- 2001 "Sobre cultura, heterogeneidad, diferencia", en *Estudios Culturales. Discursos, poderes, pulsiones*, Lima, p. 27 ss.

VIVES ANTÓN, Tomás (coord.)

- 1996 *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia.

VOUIN, Robert

- 1949 *Manuel de droit criminel*, París.

WAABEN, Knud

- 1969 "La théorie générale de l'infraction", en M. ANCEL/E. STRAHL (edit.), *Le droit pénal des pays scandinaves*, París.

WACHTEL, Nathan

- 1973 *Sociedad e ideología. Ensayos de historia y antropología andinas*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima.

WAIBLINGER, Max

- 1958 "Versuch", en *FJS* N° 1119 - 1120, Ginebra.
- 1957 "Subjektivismus und objektivismus in der neueren Lehre von Rechtsprechung zum Versuch", en *ZStW* 69, p. 214.
- 1956 "Pas de peine sans loi (art. 1 CP)", en *FJS* 1192 (mise à jour: 21 décembre 1956).
- 1955 "Die Bedeutung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege" für die Anwendung und Fortentwicklung des schweizerischen Strafrechts, en *Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht*", en *RJB* 91bis, p. 212 ss.
- 1952 "Die Rechtsprechung des Bundesgerichts en den Jahren 1948/49, Strafrecht und Strafprozess", en *RSJB* 88, p. 177 ss., 225 ss.
- s/f "Rechtsfertigungsgründe", en *FJS*, 1204-1207.

WAISMANN, Friedrich

- 1970 *Los principios de la filosofía lingüística*, traducido por José Antonio Robles, México.

WALDER, Hans

- 1982 "Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch", en *RPS* 99, p. 225 ss.
- 1979 "Vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag, StrGB art. 111-113", en *RPS* 96, p. 117 ss.
- 1977 "Die Kausalität im Strafrecht", en *RPS* 93, p. 113 ss.
- 1968 "Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten", en *RSJB* 104, p. 161 ss.
- 1965 "Der Affekt und seine Bedeutung en Schweizerischen Strafrecht", en *RPS* 81, p. 24 ss.

WARDA, Günter

- 1985 "Funktionen und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit", en *Festschrift für D. Oehler*, p. 241 ss.

- 1964 "Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre", en *JuS*, p. 81 ss.
1955 *Die Abgrenzung von Tatbestands und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlin.

WEEZEL, Alex van

- 2008 "¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J. P. Matus", en *Política Criminal*, N° 6, D2-6, p. 1-5 (http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_2_6.pdf).

WEHRLE, Stefan

- 1986 "Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regressverbot?", en *Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe C, Strafrecht*; T. 5.

WEINBERGER, Ota

- 1988 *Norm und Institution, eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Wien.

WELZEL, Hans

- 1976 *Derecho penal alemán*. PG, traducción de Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Santiago de Chile.
1975 "La dogmática en el Derecho penal", en *Cuadernos de los Institutos* N° 116, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Penal, Córdoba, p. 35 ss.
1969a *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª ed., Berlin.
1969b "Gedanken zur Willensfreiheit" en *Karl Engisch-Festschrift*, Frankfurt a. M., p. 91 ss.
1966 "Die deutsche Strafrechtsdogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre", en *JuS*, p. 421 ss.
1964 *Das neue Bild: Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, 1953. Traducción de José CEREZO MIR, *El nuevo sistema de derecho penal*, Barcelona.
1941 "Persönlichkeit und Schuld", en *ZStW* 60, p. 428 ss.
1939 "Studium zum System des strafrechts", en *ZStW* 58, p. 491 ss.

WESSELS, Johannes

- 1980 *Derecho penal*. PG, traducción de C. Finzi, Buenos Aires.

WESSELS, Johannes/Beulke, Werner

- 2001 *Strafrecht I, Die Straftat und ihr Aufbau*, 31ª ed., Heidelberg.

WEX, Peter

- 1965 *Die Grenzen Normativer Tatbestandsmerkmale im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz nullum crimen sin lege*, Berlin.

WILFRAT, Max

- 1968 "Gefährdung des Lebens nach Art. 129 StrGB", en RPS 84, p. 225 ss.

WILI, Alexander

- 1960 *Schuld und Irrtum im schweizerischen Strafrecht*, p. 38 ss.

WIPRÄCHTIGER, Hans

- 1995 "Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werurteilen", en *Recht* 4, p. 143 ss

WOLFFERS, Artur

- 1986 "Zum Legalitätsprinzip im Schweizerischen Strafrecht", en *RJB* 122, p. 569 ss.

WRIGHT, Henrik von

- 1970 *Norma y acción. Una investigación lógica*, traducido por Pedro García Ferrero, Madrid.

WROBLEWSKY, Jerzy

- 1972 "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", en *APD* 17, p. 51 ss.

WÜRTENBERGER, Thomas

- 1965 *La situazione spirituale della scienza penalistica en Germania*.
1959 *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2ª ed., Karlsruhe.

WÜRFEL, Jörg

- 1971 *Rechtmäßiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht*, Tesis, Göttingen.

WYRSCH, Jakob

- 1968 "Über "Schwere Bewusstseinstörung" (Art. 10 StrGB) und "En seinem Bewusstsein beeinträchtigt" (Art. 11 StrGB)", en RPS 84, p. 113 ss.
1955 *Gerichtliche Psychiatrie: ein Lehrbuch für Juristen und Mediziner*, 2ª ed., Bern.

ZACCARIA, Giuseppe

1990 *L'arte dell'interpretazione*, Padova.

ZÄCH, Roger

1977 "Tendenzen der juristischen Auslegungslehre", en *RDS* 96, T. I, p. 313 ss.

ZACZYK, Rainer

1993 *Strafrechtliches Unrecht und die Verantwortung des Verletzten*, Heidelberg.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

1991 "La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo", en *Cuadernos de la Cárcel*, Buenos Aires, p. 61 ss.

1989 *En busca de las penas perdidas*, Lima.

1988 *Política criminal*, 2ª ed., Lima.

1987 *Manual de derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Buenos Aires.

1986 (Editor) *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*. Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Buenos Aires.

1982 *Manual de derecho penal. Parte General*, Buenos Aires.

1973 *Teoría del delito*, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro

2000 *Derecho Penal*. PG, Buenos Aires.

ZAGREBELSKY, Gustavo

1995 *El derecho dúctil*, Madrid.

ZARZOSA CAMPOS, Carlos

1993 *Derecho Penal. Parte General I*, Trujillo.

ZAVALA LOAYZA, Carlos

1947 *El proceso penal y sus problemas*, Lima.

1941 *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú*, Lima.

ZAYTAY, Imre

1957 "La réception de droits étrangers et le droit comparé", en *RIDC*.

ZELLER, Ernst

- 1989 *Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die juristische Praxis*, Zürich.

ZIELINSKI, Diethart

- 1990 *Alternativkommentare (Reihe Alternativkommentare, Gesamtherausgeber R. Wassermann), Kommentar zum Strafgesetzbuch, Teilband 1 (Redaktion: Kurt Seelmann), §§ 15-16*, Neuwied.
- 1973 *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtbegründung und Unrechtsausschluss*, Berlin.

ZIFFER, Patricia

- 1996 *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires.
- 1994 "La discusión en torno al concepto de culpabilidad", en *RPCP* N° 3, p. 259 ss.

ZIPF, Heinz

- 1973 *Kriminalpolitik. Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe.
- 1970 *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum strafrechtlichen Risiko im Sport*, Neuwied.
- 1969 *Die Strafmassrevision*, Munich.

ZIPPELIUS, Reinhold

- 1980 *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 3ª ed. München.
- 1974 *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2ª ed., München.

ZLATERIC, Bogolan

- 1968 *Droit pénal international (Cours de droit pénal approfondi)*, Année scolaire 1967 - 68, T. I-II, Cairo.

ZOLLER, Albert

- 1946 *Die Abgrenzung des dolus eventualis von der bewussten Fahrlässigkeit in der Praxis*, Tesis, Fribourg.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel

- 2006 "Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica", en *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, T. I, Lima, p. 501.

- 1980 "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", en CPC, N° 11, p. 83 ss.

ZÚÑIGA GUARDIA, Iván

- 1957 *La teoría jurídica del homicidio en el código penal peruano. Un proceso por homicidio político*, Lima.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

- 2009 *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª ed., Pamplona.
- 2003a *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona.
- 2003b "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP: Principales problemas de aplicación", en ADP 2003. *Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal Peruano*, Lima, p. 473 ss.
- 1992 "La obediencia debida y el nuevo Código Penal: consideraciones dogmáticas y político criminales", en *Derecho* N° 46, Lima, p. 139 ss.
- 1991a "El nuevo Código Penal Peruano", en ADPCP, Madrid, N° 44, p. 515 ss.
- 1991b "La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales", en NFP, N° 53, p. 331 ss.

ZÜRCHER, Emil

- 1914 *Exposé des motifs de l'Avant-projet d'avril 1908 (traduit par A. Gautier)*, Bern.

**Este libro se terminó de imprimir en el mes de agosto
del año 2011, en los talleres gráficos de IDEMSA
Calle Gabriel Delgado N° 540, Cercado. Lima-Perú (RUC 20100556953)**

