Derecho Penal: parte general

DINO CARLOS CARO CORIA
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

ESCUELA DE DERECHO LP

Pasión por el DERECHO

Derecho Penal: parte general

Derecho Penal: parte general

DINO CARLOS CARO CORIA

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

Título de la obra:
Derecho Penal: parte general

© Dino Carlos Caro Coria
© Luis Miguel Reyna Alfaro

Primera edición, mayo 2023

Tiraje: 4000 ejemplares

Editado por:
© Escuela de Derecho LP S. A. C.
para su sello editorial LP
Av. Faustino Sánchez Carrión 615, oficina 502
Jesús María, Lima-Perú.
Teléfono: 921 492 114
Correo electrónico: editorial@lpderecho.pe

Diseño y diagramación:
Anyela Carla Aranda Rojas

ISBN: 978-612-49315-0-5

Registro del Proyecto Editorial: 31501132300257

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú: 2023-04528

Impreso por:
Page & Design EIRL
Av. Ancón 1016, Puente Piedra, Lima
Mayo 2023

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta
obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

CONTENIDO

Abreviaturas 23
Distribución de la obra 25
Prólogo 29

PARTE I
FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y BASES POLÍTICO-CRIMINALES DEL DERECHO PENAL PERUANO

Capítulo I
APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL SISTEMA PENAL PERUANO

I. Presentación 35
II. Principio de *lex non scripta* 35
III. La estabilidad normativa como objetivo de la sanción penal. La pena como imperativo categórico. La palabra del inca como «fuente de la ley». La víctima «convidada de piedra» del conflicto penal en el incario. La prevención mediante intimidación 36
IV. El sistema de pena tasada y su fundamentación en criterios de prevención y predictibilidad. La reincidencia 39
V. Efectos procesales de la filosofía punitiva del incario 40
1. Ausencia de pluralidad de instancias 40
2. Trascendencia de las dilaciones indebidas. El deber de garante del fiscal 41
3. Publicidad del juicio y el sistema de prueba «tasada» 43
VI. Los *enemigos* en el derecho penal del incario 44
VII. Epílogo 46

Capítulo II
CÓDIGO PENAL DE 1991 E ITINERARIOS DE REFORMA

I. Introducción 47
II. Fundamentos de la legislación vigente y génesis del Código Penal de 1991 54
III. Itinerarios de una reforma ideal 71

Capítulo III
¿QUÉ QUEDA DE LOS PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES DEL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991? A SU VEZ, UNA CRÍTICA AL RETORNO DEL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL ESTADO LIBERAL

I. El Código Penal y sus principios inspiradores 79
II. Las (contra) reformas del Código Penal 80
III. Cambio social y su proyección en el ámbito de la tutela de bienes jurídicos: de la *sociedad industrial* a la *sociedad de riesgos* 82
IV. El fenómeno de expansión del derecho penal en la sociedad posindustrial 84
1. La seguridad como clamor social 84
2. El papel de los medios de comunicación social en la expansión del derecho penal 85
3. La identificación con la víctima y el uso político del derecho penal 87
4. La relevancia de los organismos no gubernamentales en la expansión del derecho penal 89
5. La ausencia de cláusula de reserva de ley orgánica en materia penal 91
V. Las manifestaciones del fenómeno de expansión del derecho penal 92
1. La utilización simbólica del derecho penal 92
2. La criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico 94
3. El retorno del punitivismo y sus discursos fundamentadores 96
VI. La influencia de los discursos represivos norteamericanos en la política criminal peruana 99
VII. Conclusiones 104

Capítulo IV
ESTADO DE DERECHO Y ORDEN JURÍDICO-PENAL (A SU VEZ, UN ESTUDIO CRÍTICO SOBRE EL *DERECHO PENAL DE ENEMIGOS* DE GÜNTHER JAKOBS)

I. Introducción 107
II. Fundamentos del planteamiento de Jakobs 108
1. El sistema funcionalista del derecho penal 108
III. La evolución del discurso de Jakobs en torno al *derecho penal de enemigos* 115
IV. El necesario rechazo al *derecho penal de enemigos* 119

PARTE II
PRINCIPIOS Y APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

Capítulo I
PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I. Introducción 123
II. Su origen histórico 123
III. Justificación jurídico-política y justificación jurídico-penal del principio de legalidad 124
1. Justificación jurídico-política: el principio de legalidad como *garantía de libertad del ciudadano (seguridad jurídica)* 124

2. Justificación jurídico-política: el principio de legalidad como *garantía de la división de poderes* ... 126
3. Justificación jurídico-penal: el principio de legalidad como mecanismo de prevención ... 126
4. Justificación jurídico-penal: el principio de legalidad como expresión del principio de culpabilidad ... 127
IV. Consecuencias prácticas del principio de legalidad ... 127
1. Principio de ley escrita (exclusión de la costumbre como fuente de los delitos y de las penas y reserva de ley) ... 127
2. Principio de ley previa (irretroactividad de la ley penal, retroactividad benigna de la ley penal) ... 132
3. Principios de ley cierta y de ley estricta (mandato de determinación y de taxatividad de la ley penal) ... 133
3.1. La certeza en la ley penal: la situación de los elementos *normativos* y de las *leyes penales en blanco* ... 133
3.2. La prohibición de analogía en materia penal (y sus límites con la interpretación) ... 137
4. Garantía de ley orgánica y principio de reserva en materia penal ... 142
4.1. Principio de legalidad y fundamentos de la reserva de ley ... 142
4.2. La extensión de la garantía de ley orgánica a la materia procesal penal y penitenciaria ... 146
5. La interpretación penal ... 147
5.1. Fundamentos constitucionales de la interpretación penal ... 147

Capítulo II
PRINCIPIO DE LESIVIDAD

I. El objeto de protección en la dogmática penal contemporánea ... 151
1. Generalidades ... 151
II. Relevancia del concepto material de bien jurídico ... 153
III. Valoración crítica del Estado actual ... 155
1. Antecedentes ... 155
2. Las modernas orientaciones sociológicas y constitucionalistas ... 159
2.1 Posturas sociológico-funcionalistas ... 159
2.2. Excurso: valoración del modelo funcional de Jakobs ... 163
A. La estabilidad de la norma como objeto de tutela penal ... 163
B. Perspectiva intrasistémica ... 167
C. Crítica extrasistémica ... 173
2.3. Tesis constitucionalistas ... 181
A. Perspectiva general ... 181
B. Constitucionalismo estricto ... 184
C. Constitucionalismo amplio ... 186
IV. Toma de postura ... 190
1. Presupuestos ... 190
2. El bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena ... 192
V. Perspectivas *de lege ferenda* ... 202

Capítulo III
LA MODERNA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO-PENAL

I. Por un concepto material de bien jurídico-penal 205
1. Preliminares 205
2. Importancia del concepto material 207
II. Evolución del concepto y valoración crítica 209
1. Los antecedentes 209
2. Las modernas orientaciones sociológicas y constitucionalistas 213
2.1. Teorías sociológico-funcionalistas 213
2.1.1. La vigencia de la norma como bien jurídico-penal. El necesario distanciamiento del funcionalismo sistémico de Günther Jakobs 218
A. La estabilización de la norma como objeto de tutela penal 218
B. ¿Crítica intrasistemática? De Luhmann a Jakobs 222
C. Crítica extrasistemática, réplica y dúplica 229
2.2. Tesis constitucionalistas 237
2.2.1. Perspectiva general 237
2.2.2. Constitucionalismo estricto 240
2.2.3. Constitucionalismo amplio 242
III. Toma de posición 246
1. Presupuestos 246
2. El bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena 248

Capítulo IV
PRINCIPIO DE CULPABILIDAD
Dolo, culpa y responsabilidad objetiva

I. Planteamiento 259
II. El control penal y los límites a la función punitiva 260
III. El principio de culpabilidad 262
1. El concepto amplio y el concepto estricto de culpabilidad 262
2. La crisis de la culpabilidad y su función limitadora del control penal 262
3. Contenido del principio de culpabilidad 263
4. El principio de responsabilidad subjetiva 264
4.1. Contenido 264
4.2. Fundamentación 265
4.3. Garantías que implica el principio de responsabilidad subjetiva 266
4.3.1. A nivel de la criminalización primaria 266
4.3.2. A nivel de la criminalización secundaria 266
5. Admisión en el sistema jurídico peruano 267
5.1. Nivel constitucional 267
5.2. Nivel legislativo 268
5.2.1. Experiencia anterior a la «reforma» de 1991 268
5.2.2. La «reforma penal» de 1991 269

Capítulo V
LA APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LEY PENAL

I. Aplicación espacial de la ley penal en la sociedad global 271
II. Principio de territorialidad de la ley penal y principio del pabellón 277
III. Aplicación extraterritorial de la ley penal nacional 280
1. Principio real, de defensa o de protección de intereses 281
1.1. Primer supuesto 281
1.2. Segundo supuesto 282
1.3. Tercer supuesto 284
2. Principio personal, de personalidad o de la nacionalidad 284
2.1. La extradición 286
3. Principio de justicia universal 291
4. Principio de cumplimiento de obligaciones internacionales 297
IV. Justicia penal por representación 297
V. Excepciones a los supuestos de aplicación extraterritorial de la ley penal nacional... 298
VI. El principio de ubicuidad 300

PARTE III
TEORÍA DEL DELITO

Esquema conceptual 305

Capítulo I
INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO

I. Aspectos generales 307
II. Teoría jurídica del delito 308
1. ¿Cómo surge la teoría general del delito? 308
2. ¿Qué es la teoría general del delito? 308
3. ¿Cuál es la importancia de la teoría general del delito? 311
III. Concepto de *delito* 311
IV. Elementos y estructura del delito 313

Capítulo II
LAS CATEGORÍAS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL DELITO

I. Cuestiones preliminares 315
II. Categorías fundamentales de la teoría general del delito 316
1. Tipicidad 316
2. Antijuricidad 317
3. Culpabilidad 318
4. Punibilidad 320
III. El ilícito o injusto y la responsabilidad o culpabilidad 321
IV. Conveniencia metodológica de la adopción de un sistema bipartito del derecho penal 322
1. Aproximación general 322
2. Teoría de los elementos negativos del tipo 323
3. Estructura bipartita o tripartita 324
4. Toma de postura 326

Capítulo III

LA ACCIÓN (Y OMISIÓN) JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE

I. El comportamiento humano como base de la teoría del delito 329
II. La dicotomía de la «acción» de las personas jurídicas 330
III. El comportamiento penalmente relevante 331
IV. El concepto jurídico-penal de *acción* 332
V. Propuestas conceptuales 333
1. Teoría de la acción causal 333
2. Teoría de la acción final 335
3. Teoría de la acción social 336
4. Teoría personal de acción 337
VI. Sujeto de la acción 338
VII. La ausencia de acción 339
1. Fuerza física irresistible 340
2. Movimientos reflejos 341
3. Estados de inconsciencia 342
VIII. La omisión 342

Capítulo IV

LA TIPICIDAD (I)

Cuestiones fundamentales

I. Tipicidad y tipo penal 345
12 II. Las funciones del tipo penal 346
1. Función de garantía 346
2. Función indiciaria 346
3. Función motivadora 346
4. Función de selección de las conductas penalmente relevantes o de discriminación 347
III. Estructura de los tipos penales 347
IV. Elementos lingüísticos del tipo penal 347
1. Elementos descriptivos del tipo 347
2. Elementos normativos del tipo 348
V. Clasificación de los tipos penales 348
A. Según los sujetos 349
A.1. Según la delimitación típica del sujeto activo 349
A.1.1. Delitos comunes 349
A.1.2. Delitos especiales 349
A.1.2.1. Delitos especiales propios 349
A.1.2.2. Delitos especiales impropios 349
A.1.3. Delitos de propia mano 350
A.2. Según el número de sujetos que intervienen en su ejecución 350
A.2.1. Delitos unipersonales o monosubjetivos 350
A.2.2. Delitos plurisubjetivos o pluripersonales 350
A.2.2.1. Delitos de convergencia 350
A.2.2.2. Delitos de encuentro 350

B. Según la acción 351
B.1. Delitos de acción y omisión 351
B.1.1. Delitos de acción 351
B.1.2. Delitos de omisión 351
B.1.2.1. Delitos de omisión propia 352
B.1.2.2. Delitos de omisión impropia 352
B.2. Delitos de mera actividad o resultado 352
B.2.1. Delitos de mera actividad 352
B.2.2. Delitos de resultado 352
B.2.2.1. Delitos de medios determinados 352
B.2.2.2. Delitos resultativos 353
C. Por la construcción técnica del tipo 353
C.1. Delitos de un acto 353
C.2. Delitos de pluralidad de actos 354
D. Según la forma de consumación 354
D.1. Delitos instantáneos 354
D.2. Delitos permanentes 354
D.3. Delitos de estado 355
E. Según su relación con el bien jurídico 355
E.1. Delitos de lesión 355
E.2. Delitos de peligro 355
E.2.1. Delitos de peligro concreto 356
E.2.2. Delitos de peligro abstracto 356
E.2.2.1. Delitos de peligro abstracto formal 356
E.2.2.2. Delitos de peligro abstracto material 356
F. Según su estructura 358
F.1. Tipos básicos 358
F.2. Tipos derivados 358
VI. Problemas de tipificación: la adecuación social y los tipos penales abiertos o en blanco 359
1. La adecuación social 359
2. Los tipos penales abiertos o en blanco 360
2.1. Algunas precisiones sobre su admisibilidad 360
2.2. La distinción entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo penal 363

Capítulo V
LA TIPICIDAD (II)
La tipicidad en los delitos de comisión dolosa

I. Cuestiones preliminares 365
II. Estructura del tipo en los delitos de comisión 365
III. Tipo objetivo de los delitos de comisión 365
A. Los sujetos 366
B. La acción y el resultado 366
C. Objeto de la acción 366
D. Imputación al tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva 367

1. La causalidad 367
1.1. Su origen 367
1.2. Teoría de la equivalencia de condiciones 368
1.3. Teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación 371
1.4. Teoría de la relevancia de la condición o de la causalidad relevante 373
2. La imputación objetiva del resultado 373
2.1. Su origen 374
2.2. Contenido teórico 376
2.2.1. Creación de un riesgo no permitido y realizado en el resultado específico 376
2.2.1.1. El principio de confianza 380
2.2.1.2. La prohibición de regreso 380
2.2.2. El fin de protección de la norma 380
IV. Tipo subjetivo de los delitos de comisión dolosa 381
1. El dolo 382
A. Dolo volitivo 382
B. Dolo cognitivo 383
C. Clases 386
C.1. Dolo directo 387
C.2. Dolo indirecto o de consecuencias necesarias 387
C.3. Dolo eventual 387
2. Los elementos subjetivos adicionales al dolo 387
V. Ausencia de dolo 388
1. El error que recae sobre el tipo penal 388
2. Modalidades de error de tipo 389
2.1. Error sobre el objeto 389
2.2. Error sobre el proceso causal 389
2.3. *Aberratio ictus* 390

Capítulo VI
LA TIPICIDAD (III)
La tipicidad en los delitos dolosos de omisión (propia e impropia)

I. Cuestiones preliminares 391
II. Estructura del tipo en los delitos de omisión (propia) dolosa 391
III. Tipo objetivo de los delitos de omisión (propia) dolosa 391
1. La situación generadora del deber de actuar 392
2. La no realización de la acción esperada 392
3. Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción 392
IV. Tipo subjetivo de los delitos de omisión (propia) dolosa 393
V. La cuestión de los delitos de omisión impropia 393
1. Cuestiones iniciales: su admisibilidad 393
2. Requisitos para la imputación por delito omisivo impropio 394
3. Los delitos de omisión impropia en el Código Penal 395

Capítulo VII

LA TIPICIDAD (IV)

La tipicidad en los delitos culposos (de comisión u omisión)

I. Cuestiones preliminares 397
II. La estructura del tipo en los delitos culposos (de comisión u omisión) 398
III. El deber objetivo de cuidado y su infracción 398
IV. El resultado 400
V. El contenido de la culpa o imprudencia 400
1. La impericia 401
2. La negligencia 401
3. La imprudencia en sentido estricto 401
4. La innecesaria distinción entre culpa consciente e inconsciente 401
VI. Los delitos preterintencionales 402
VII. La regulación del delito culposo en el Código Penal 403
VIII. Imputación objetiva y autoría en los delitos imprudentes (a propósito de la STS español del 27 de enero de 1984) 403
1. Los hechos 403
2. El problema principal 404
3. El análisis 404
3.1. La posición de Silva Sánchez 404
3.2. La posición de Luzón Peña 405
4. Conclusiones 408

Capítulo VIII

LA TIPICIDAD (V)

La extensión de la tipicidad: las formas imperfectas de realización del tipo penal (la tentativa)

I. La extensión del tipo penal 409
II. Concepto de *tentativa* 409
III. Naturaleza jurídica 410
IV. *Iter criminis* (etapas de realización del delito): actos preparatorios y ejecutivos 411
1. La ideación 411
2. La preparación 411
3. La ejecución 411
4. La consumación 412
V. Teorías sobre el inicio de la ejecución 413
1. Teoría objetiva 413
2. Teoría objetivo-subjetiva 413
VI. La tentativa acabada y la tentativa inacabada 416
1. La tentativa acabada 416
2. La tentativa inacabada 417
VII. La tentativa punible e impune 417
1. La tentativa inidónea 417
2. El desistimiento en la tentativa 419
VIII. La penalidad de la tentativa 420

Capítulo IX
LA TIPICIDAD (VI)
La extensión de la tipicidad: la participación en el delito

I. Autoría y participación: cuestiones iniciales 421
II. La autoría 421
III. La distinción entre autoría y participación: teorías 422
1. Teorías extensivas de autoría: la teoría subjetiva 422
2. Las teorías restrictivas: la teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho 423
IV. La autoría y sus expresiones desde la teoría del dominio del hecho 424
1. Autor directo 424
2. Autor mediato 425
3. Coautoría 444
V. La participación: su accesoriedad (limitada), el título de imputación y sus formas .. 449
1. La accesoriedad (limitada) de la participación 449
2. El título de la imputación 449
3. Las formas de la participación 450
3.1. La instigación o inducción 450
3.2. La cooperación o complicidad 450
A. El aporte debe ser causal para el resultado típico 451
B. El aporte debe incrementar y realizar el riesgo jurídicamente desaprobado 453
C. La situación de las acciones cotidianas o conductas neutrales 454
VI. Problemas de la participación en los delitos especiales: la incomunicabilidad de circunstancias personales 459
1. La teoría de la unidad del título de imputación 459
2. La teoría de la ruptura del título de imputación 460
3. La incomunicabilidad de las circunstancias personales 460

Capítulo X
LA TIPICIDAD (VII)
Autoría e intervención delictiva: cuatro ideas nucleares

I. Introducción 463
II. Primera tesis: La dogmática de la autoría permite una aplicación menos arbitraria del poder penal 464
III. Autoría y participación y su correlación con el principio de protección de bienes jurídicos 465
1. La lesividad como factor de distinción entre autor y partícipe 465
2. Intrascendencia de planteamientos subjetivistas 466
3. *Iter criminis*, autoría y participación 466
IV. La normativización en la teoría de la autoría y la participación 467
1. Welzel 468
2. Roxin y la normativización del derecho penal 468
3. Jakobs y la renormativización del derecho penal 469
4. Autoría, participación e imputación penal 470
V. Autoría, participación y proporcionalidad 471

Capítulo XI
LA ANTIJURICIDAD (I)
Aspectos generales de la antijuricidad

I. Concepto y naturaleza jurídica 475
II. Antijuricidad formal y antijuricidad material 476
III. Antijuricidad, injusto y tipo de injusto 477
IV. Desvalor de acción y desvalor de resultado 477
V. Presupuestos de las causas de justificación 477
VI. El elemento subjetivo de las causas de justificación: el error sobre el presupuesto de la justificación 478

Capítulo XII
LA ANTIJURICIDAD (II)
Causas de exclusión de la antijuricidad o de justificación

I. Aspectos generales 479
II. Legítima defensa 479
III. Estado de necesidad justificante 481
IV. El miedo insuperable 484
V. El consentimiento 484
VI. El cumplimiento de un deber (aproximación desde la regulación peruana y española) 485
1. Objeto de estudio: deberes derivados o no del ejercicio de un oficio o cargo ... 486
2. Naturaleza jurídica de la eximente 487
2.1. Atipicidad objetiva: la teoría de la atipicidad conglobante de Zaffaroni 487
2.1.1. Tipo y tipicidad conglobante 487
2.1.2 La atipicidad conglobante resultante del mandato de la conducta realizada (cumplimiento de un deber jurídico) 488
2.1.3. Críticas 489
2.2. La doctrina mayoritaria: causa de justificación 490
2.3. Causa de inculpabilidad: causal de inexigibilidad 491
3. Función político-criminal del cumplimiento de un deber 491
4. Fundamento 492
5. Exigencias para la aplicación de la eximente: el silencio del legislador y las elaboraciones doctrinales en torno a algunos casos especiales de cumplimiento de un deber 492
5.1. Consideraciones generales 492
5.2. La doctrina alemana sobre la colisión de deberes y su influencia en España. 493
5.2.1 La equiparación entre cumplimiento de un deber y colisión de deberes: la teoría de Cerezo Mir 493

Capítulo XIII
LA CULPABILIDAD (I)
Aspectos generales de la culpabilidad

I. Aspectos generales 497
II. Culpabilidad de acto y culpabilidad de autor 497
1. La culpabilidad de autor 497
2. La culpabilidad de acto o por el hecho 498

III. Evolución de la culpabilidad 498
IV. Teorías de la culpabilidad 498
1. Teoría psicológica de la culpabilidad 498
2. Teoría normativa de la culpabilidad 499
3. La culpabilidad en la actualidad 500
V. Concepto y elementos de la culpabilidad 500
1. Concepto de *culpabilidad* 501
2. Elementos de la culpabilidad 502
2.1. La capacidad de culpabilidad o imputabilidad 502
2.2. El conocimiento de la antijuricidad 503
2.3. La capacidad de motivación (exigibilidad de otra conducta) 504

Capítulo XIV
LA CULPABILIDAD (II)
Causas de inimputabilidad y de exculpación

I. Aspectos generales 505
II. Causas de inimputabilidad: minoría de edad, anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y de la percepción 505
1. Minoría de edad 506
2. Anomalía psíquica 506
3. Grave alteración de la conciencia 507
4. Grave alteración de la percepción 507
III. Ausencia de conocimiento de la antijuricidad: error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado 508
1. Error de prohibición 508
2. Error de comprensión culturalmente condicionado 509
3. El error (de tipo y de prohibición) en la jurisprudencia 509
3.1. Selección de casos de la jurisprudencia 510
3.1.1. Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2010 (Recurso de Nulidad 4616-2008, Ucayali, Sala Penal Transitoria): alegación de error de prohibición por parte de agresor sexual reincidente 510
3.1.2. Ejecutoria Suprema del 20 de agosto de 2009 (Recurso de Nulidad 2028-2009, Ica, Sala Penal Permanente): alegación de error de prohibición en el delito de tenencia ilegal de armas 511
3.1.3. Ejecutoria Suprema del 9 de abril de 2015 (Recurso de Nulidad 2207-2013, Lima, Sala Penal Transitoria): error de prohibición por creencia errónea de funcionaria pública de la existencia de facultad de disposición de bienes dados de baja 512
3.2. Presupuestos teóricos básicos 513
3.2.1. El carácter vencible o invencible del error de prohibición en la dogmática de Villavicencio Terreros 514
4. Reflexiones finales 517
IV. Causas de exculpación por no exigibilidad de otra conducta: estado de necesidad exculpante y obediencia debida 528
1. Estado de necesidad exculpante 528
2. Obediencia debida 530

Capítulo XV
LA PUNIBILIDAD
I. Introducción 531
II. Condiciones objetivas de punibilidad 531
III. Causas de exclusión de pena 532
IV. Condiciones objetivas de punibilidad y diferencia con las condiciones objetivas de procedibilidad 532

Capítulo XVI
LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS
I. Aspectos generales 535
II. El concurso ideal 537
III. El concurso real 537
IV. El concurso aparente de leyes 540
V. El delito masa 540
VI. El delito continuado 541
1. Concepto y regulación legal 541
2. Elementos del delito continuado 542
3. El delito continuado en el derecho administrativo sancionador 543

PARTE IV
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Capítulo I
FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LA REACCIÓN PENAL .....
I. El derecho penal como medio de control social 549
II. La pena y el Estado de derecho 550
III. La pena como reacción y prevención 552

Capítulo II
MODELOS ACTUALES DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA
I. Marco constitucional e instrumentos internacionales 553
II. Función de la pena en el marco del Código Penal 554

Capítulo III
LAS TEORÍAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA
I. Teorías de la pena 557
II. Teorías absolutas 558
III. Teorías relativas 560
1. Prevención general 560
1.1. Prevención general negativa 561
1.2. Prevención general positiva 562
2. Prevención especial 564
2.1. Prevención especial negativa 565
2.2. Prevención especial positiva 566

IV. Teorías unitarias 568
1. Teoría dialéctica de la unión o teoría unificadora preventiva 569
V. La pena como instrumento en la función de tutela de bienes jurídicos 570

Capítulo IV
EL SISTEMA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO
Introducción
I. La perspectiva preventiva y retribucionista 573
II. El sistema de consecuencias jurídicas del delito: derecho de penas y de medidas de seguridad 574
III. Derecho penal *ex ante* y *ex post* 575

Capítulo V
SISTEMA DE PENAS (I)
La pena privativa de libertad
I. El sistema de penas en el Código Penal peruano: sus clases 577
II. La pena privativa de libertad 578
III. Modalidades de las penas privativas de libertad 578
1. Las penas privativas de libertad temporales o de plazo determinado 578
2. Cadena perpetua o de duración indeterminada 578

Capítulo VI
SISTEMA DE PENAS (II)
Las penas restrictivas de libertad, limitativas de derechos y de multa
I. Las penas restrictivas de libertad: concepto y fundamentos 581
II. Las clases de penas restrictivas de libertad: la expatriación y la expulsión 581
III. Las penas limitativas de derechos: concepto y fundamentos 582
IV. Clases de penas limitativas de derechos: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación 582
1. La pena de prestación de servicios comunitarios 582
2. La pena de limitación de días libres 583
3. La pena de inhabilitación 584
V. La pena de multa 592

Capítulo VII
DETERMINACIÓN, APLICACIÓN Y CONVERSIÓN DE LA PENA
I. Aspectos generales 595
II. Fundamentación e individualización de la pena: la teoría del espacio de juego como criterio base en la determinación de la pena 595
III. El cómputo de la prisión preventiva 598
IV. La determinación de la pena en el concurso 598
V. La conversión de la pena privativa de libertad y su revocación 607
VI. La conversión de la pena de servicios a la comunidad y limitación de días libres 608
VII. La conversión de la pena de multa 608

Capítulo VIII

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO Y EXENCIÓN DE PENA

I. Concepto de la suspensión de la ejecución de la pena 609
II. Requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena 609
III. Revocación de la suspensión de la ejecución de la pena 611
IV. Efectos jurídicos de la suspensión de la ejecución de la pena 611
V. Concepto de la reserva del fallo condenatorio 611
VI. Requisitos de la reserva del fallo condenatorio 612
VII. Revocación de la reserva del fallo condenatorio 613
VIII. Efectos jurídicos de la reserva del fallo condenatorio 613
IX. La exención de la pena 614

Capítulo IX

LA REHABILITACIÓN

I. Concepto y fundamentos 617
II. Procedencia 618

Capítulo X

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. Naturaleza jurídica 619
II. Su regulación 619
III. Clases 619
A. La internación 619
B. El tratamiento ambulatorio 620

Capítulo XI

LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

I. La prescripción 621
1. Concepto 624
2. Los plazos de la extinción de la acción penal por prescripción 625
3. Sobre la relevancia del artículo 46-A del Código Penal en el cómputo de la prescripción de la acción penal 625
II. Las agravantes genéricas y los plazos de prescripción 627
1. Teoría abstracta. No modificación automática de los plazos de prescripción 628
2. Teoría concreta. Modificación automática de los plazos de prescripción 629
3. Teoría mixta 630
III. Análisis específico de la agravante genérica del artículo 46-A 631
IV. La aplicación del aumento de los plazos de prescripción a los diversos partícipes del delito 633
1. La incomunicabilidad de las agravantes referidas a elementos personales del autor 633
2. Las agravantes referidas al hecho 634
3. Las agravantes referidas al autor 634
V. Duplicación del plazo de prescripción 636
VI. La interrupción y suspensión del plazo de prescripción de la acción penal 637

VII. Aplicación temporal del artículo 339.1 del CPP 638
VIII. Clases de prescripción 642
IX. Plazos 642
X. Renuncia a la prescripción 651
XI. Amnistía, indulto y derecho de gracia 652

Capítulo XII
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. La regla general: *societas delinquere non potest.* El Código Penal peruano no admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas 653
II. La Ley 30424 incorpora una responsabilidad *sui generis* 653
III. Las sanciones penales para las empresas: las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas 654
IV. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas han cumplido una función simbólica 655
V. La aplicación de las consecuencias accesorias requiere comprobar la *peligrosidad objetiva* de la persona jurídica 657
VI. Efectos de las mutaciones en la persona jurídica 659
VII. Condiciones procesales para la imposición de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas 660

Capítulo XIII
LA REPARACIÓN CIVIL *EX DELICTO*

I. Estructura de la regulación de la reparación civil 663
II. La ejecución del hecho como factor generador de la responsabilidad civil derivada del delito. La acumulación de pretensiones penales y civiles en el proceso penal 664
III. Contenido de la reparación civil 667
IV. Las personas civilmente responsables 668
  A. La responsabilidad civil de las personas naturales o jurídicas responsables penalmente 668
  B. La responsabilidad civil de terceros 669
V. La disponibilidad del ejercicio de la acción civil: renuncia a la responsabilidad civil derivada del delito y la reserva de la responsabilidad civil derivada del delito 670

BIBLIOGRAFÍA 677

ABREVIATURAS

AP	:	Acuerdo Plenario
CP	:	Código Penal
C de PP	:	Código de Procedimientos Penales
CPP	:	Código Procesal Penal
CSJL	:	Corte Superior de Justicia de Lima (Perú)
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional

DISTRIBUCIÓN DE LA OBRA

Dino Carlos Caro Coria

Parte I: capítulo II

Parte II: capítulos I (apartado V), II, III y IV

Parte III: capítulos III (apartado VI), V (apartados IV y V), VII (apartados VI y VIII), VIII (apartado V), XI (apartados V y VI), XII (apartado VI), XIII (apartado V) y XV

Parte IV: capítulos II, VIII (apartado IX) y XI (excepto el apartado VII)

Luis Miguel Reyna Alfaro

Parte I: capítulos I, III y IV

Parte II: capítulos I (excepto el apartado V) y V

Parte III: capítulos I, II, III (excepto el apartado VI), IV, V (excepto los apartados IV y V), VI, VII (excepto los apartados VI y VIII), VIII (excepto el apartado V), IX, X, XI (excepto los apartados V y VI), XII (excepto el apartado VI), XIII (excepto el apartado V), XIV y XVI

Parte IV: capítulos I-VIII (excepto el apartado IX), IX, X, XII, XIII

A los maestros Luis Roy Eduardo Freyre y Juan Portocarrero Hidalgo

To sirs, with love

Prólogo

El Código Penal de 1991 ya cumplió treinta y dos años de vigencia sin que los fines de ordenación, sistematización y sujeción a los fundamentos de una parte general acorde con el programa penal de la Constitución, hayan encontrado una realización siquiera visible. El pronto desdibujamiento, en los años noventa, incluso a través de decretos leyes "de emergencia", y el recurso a cientos de reformas excepcionales, hacen prácticamente irreconocible aquella codificación claramente garantista y democrática, como lo declaraba la exposición de motivos y el propio contenido de la obra original del legislador.

En este panorama de "malos tiempos para la codificación penal", parafraseando a Jesús-María Silva Sánchez desde luego, surge la cuestión sobre el valor de la sistemática de la parte general, tan anunciada como citada, aunque pocas veces asumida consecuentemente o hasta sus últimas consecuencias, no sólo por los prácticos del derecho penal, sino incluso por la propia academia que construye la dogmática penal. Huelgan los ejemplos, a nivel local y comparado, tribunales que se aferran a conocidos principios garantistas como la legalidad, la lesividad o la proporcionalidad, para terminar, por ejemplo, en nombre del "derecho a la verdad" o en defensa de los intereses de la víctima o del Estado, justificando procesamientos, prisiones preventivas y eventuales condenas de dudosa constitucionalidad por su escaso apego a esos principios que emanan de la Carta Magna. Soluciones como la imprescriptibilidad sin una norma penal previa, en tiempo de paz y sin una coyuntura de excepción como los juicios de *Nürnberg*, los *zombie trial*, es decir, la resurrección de procesos que ya habían adquirido la calidad de cosa juzgada, o las interpretaciones amplificadas de la tipicidad "acordes con la reglas de la imputación objetiva" —cuando es aceptado que es un método para acotar la extensión del tipo—, son simples ejemplos de la instrumentalización del derecho penal, una dogmática penal "a la carta" o "para todo", en palabras de José Hurtado Pozo.

Y aunque lo anterior es moneda corriente en la historia universal de la jurisprudencia, tampoco son inusuales los planteamientos dogmáticos que difícilmente pueden asumir una metodología hasta el final. Como botón de

muestra, a fines de los noventa, un sector de la doctrina iberoamericana hizo suyo el método normativista de Jakobs, renunciando con ello, expresamente, a que el Derecho penal tenga por finalidad la protección de bienes jurídicos, es por ello extraño que luego en los comentarios de la parte especial casi todos se refieran en algún momento a la vieja herramienta del bien jurídico para delimitar los alcances del tipo, aunque algunos refiriéndose al "interés protegido", "al interés tutelado" o "lo que el legislador quiere proteger", lo que hace más bien recordar al ámbito de protección de la norma postulado por Roxin. La segunda muestra, al otro lado de la orilla si se quiere, es lo que se aprecia en la propia obra de Roxin sobre la imputación objetiva, desde sus primeros artículos de fines de los años sesenta, hasta la cuarta edición de 2005 de su Parte General (tomo I) —la quinta edición de 2020 corresponde a Roxin/Greco—, sin perjuicio de acuñar los grandes principios como la disminución del riesgo o la no realización del éste en el resultado, se aprecia la introducción de no pocos casos o grupos de casos que parecen incluso superponerse unos a otros, así como excepciones a la regla sin una explicación dogmáticamente clara, que no emanan de una sistemática sino de justificaciones político criminales tampoco expuestas o discutidas, lo que en ocasiones parece llevarnos a un casuismo poco anhelado bajo la pretensión de construir un sistema que ofrezca soluciones generales y sistemáticas.

Evidentemente el panorama penal no se reduce al binomio Roxin/Jakobs, como tantas veces se ha querido plantear, con algo de maniqueísmo, pero en definitiva estamos antes los exponentes de dos métodos que, en sus extremos, siguen marcando el desarrollo de la dogmática penal contemporánea. El banco de prueba ha venido de la mano con el análisis de las formas de criminalidad no convencional, en concreto la delincuencia empresarial y el crimen organizado. En el Derecho penal económico, dado que la empresa es una estructura con una organizada asignación de roles y funciones, la imputación objetiva normativista (Jakobs) viene gobernando las soluciones dogmáticas, prácticamente sin mayor discusión, más allá de cualquier neologismo o el recurso a variantes gramaticales que no afectan el fundamento metodológico de la imputación fundada en roles, funciones o competencias. Sin embargo, en el tratamiento de la criminalidad organizada, aquél denostado derecho penal del enemigo descrito por Jakobs a fines de los noventa, imperan las soluciones político criminalmente "correctas", aunque el criterio de corrección casi nunca se corresponda como la aspiración garantista o reduccionista de Roxin, sino con una verdadera expansión del derecho penal en defensa del Estado (corrupción, inmigración ilegal), de las víctimas (delitos internacionales, violencia de genero) o incluso de la memoria histórica (negacionismo).

En este contexto, un trabajo más sobre la parte general pareciera entonces que tiene poco que aportar. Sin embargo, nuestra pretensión es bastante modesta: ofrecer al estudioso y práctico una herramienta básica para la comprensión del derecho penal vigente, es decir, un panorama general sobre el estado actual de la dogmática penal peruana y comparada, a propósito de las normas locales que, en ese sentido, no son más que soluciones legislativas, una foto del momento que puede cambiar en función de ese panorama que queremos reflejar. Y si en algo podríamos dar un paso es en presentar una exposición sistemática de la parte general, coherente, consecuente con los principios rectores que emanan del programa penal de la Constitución. Dicho de otro modo, y como seguramente podrá leerse en tantas otras partes y desde hace varias décadas, nos inspira el deseo de aportar en la edificación de una dogmática normativamente correcta, pero acorde con esos valores político criminales que no deben convertirse en el motivo de excepciones a la regla, sino en el fundamento de cualquier planteamiento normativista, esto es, una pretendida superación de la antinomia entre lo normativo y la política criminal.

Expresión de lo anterior, por ejemplo, es que los autores confluimos ya en 2021, cuando estas páginas empezaron a sistematizarse, en una concepción dogmática acorde con la teoría de los elementos negativos del tipo, entre otros motivos, por la inconsistencia lógica de que una conducta pueda estar prohibida y a la vez permitida, el injusto penal no contiene con la tipicidad un juicio provisional de ilicitud, dependiente de la presencia o no de una justificante, la norma primaria dirigida al ciudadano, y más en un sistema que se jacte de ser acorde con los principios de legalidad (certeza), responsabilidad subjetiva (imputación fundada en la previsibilidad) y culpabilidad estricta, no puede contener una mandato prohibitivo o preceptivo difuso, provisional o condicional, como el que emana de considerar que la tipicidad es apenas *ratio cognoscendi* de la antijuricidad. En un derecho penal en el que impere la claridad normativa, la predictibilidad, la cognoscibilidad previa o *ex ante* sobre los límites entre lo prohibido y lo permitido, la tipicidad no puede ser sino un juicio acabado, la *ratio essendi* de la antijuricidad.

Con todo, esperamos que este trabajo sea una fuente más de debate, crítica y contradicción. Si algo de esto logramos, entonces el esfuerzo editorial estará más que compensado.

En San Isidro, en el día del trabajo de dos mil veintitrés.

Dino Carlos Caro Coria

Luis Miguel Reyna Alfaro

PARTE I

Fundamentos históricos y bases político-criminales del derecho penal peruano

Capítulo I

APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL SISTEMA PENAL PERUANO

I. Presentación

El objetivo de este capítulo inicial —claramente introductorio— es poner a consideración del lector ciertas prácticas de la justicia penal del incario reconocidas a través de la lectura de uno de los cronistas más significativos: el Inca Garcilaso de la Vega[1]. De esta forma, se introduce una variable digna de tener presente en el estudio de la ciencia jurídico-penal de nuestro continente, a saber, la variable histórica.

Ahora bien, es importante precisar que no ingresaremos al examen de los «delitos» castigados, sino que más bien veremos las reglas generales, el modo y la forma como se aplicaba la ley penal en el incario conforme con los desarrollos del reconocido cronista mestizo.

II. Principio de *lex non scripta*

Como se sabe, los incas no conocieron la escritura[2], por lo que existía un sistema de *lex non scripta* transmitida de forma oral entre los súbditos del

[1] Miloslav Stingl refiere, con respecto a la obra del Inca Garcilaso de la Vega, que es «[e]l intento más logrado de exponer la historia y la cultura incásica» (Stingl: *El imperio de los incas. Esplendor y decadencia de los hijos del sol*, 23). Ello, conforme pone de relieve Charles Walker al analizar la influencia de la obra del Inca Garcilaso en la rebelión de Túpac Amaru, se debe a que el cronista mestizo «[p]resentó a los incas como dignos, consumados gobernantes, que habían conquistado e incluso civilizado un vasto "territorio" dando origen a un auténtico "nacionalismo neoinca"» (Walker: *La rebelión de Túpac Amaru*, 50).

[2] Aunque existía el sistema de *quipus* o *quipos*, este suele ser referido como un mecanismo de *administración contable del Tahuantisuyo* (expresamente en ese sentido, Pease: *Los incas*, 92 y ss., donde además recusa su condición de escritura). El cronista Martín de Murúa afirma expresamente que «[t]odas estas ordenanzas, que se mandaron guardar con grandísimo rigor, las dio el Ynga puestas con sus *ñudos* en los cordeles que hemos dicho que ellos llaman *quipos*» (Murúa: *Historia general del Perú*, 394; aunque conviene reconocer que en la misma obra (p. 341) el cronista vasco parece contradecirse). Por su parte, María Rostworowski de Diez Canseco describe el *quipu* como «cuerdas de distintos colores y nudos que servían para

Imperio incaico[3]. Como dice el cronista Murúa: «Todos los delitos y negocios administraban y castigaban de memoria, por la buena razón natural, haciendo luego ejecutar lo que mandaban, sin remisión ninguna»[4].

El sistema jurídico del Imperio incaico estuvo conformado por dos ramas: el derecho penal y el derecho civil. Sin embargo, en la medida en que los aspectos regulados por esta última rama (propiedad, comercio, por ejemplo) eran escasos en el sistema económico del incario, predominaban las regulaciones en torno a los delitos y el modo como debían ser castigados[5].

La conformación de las conductas sancionadas por la ley no escrita se centra en las premisas de funcionamiento del Imperio inca: *ama sua* (no seas ladrón), *ama llulla* (no seas mentiroso) y *ama quella* (no seas perezoso). Murúa y Stingl[6], en esa línea, relacionan la sanción penal de la holgazanería y el ocio, y su drasticidad, con el hurto, por ser considerados ambos una forma de robarle al monarca, ya que la economía andina se basaba «en el uso y administración de la mano de obra»[7].

III. La estabilidad normativa como objetivo de la sanción penal. La pena como imperativo categórico. La palabra del inca como «fuente de la ley». La víctima «convidada de piedra» del conflicto penal en el incario. La prevención mediante intimidación

Como se apreciará en las líneas siguientes, muchas de las lógicas que guiaron la justicia penal del incario rememoran planteos de la modernidad. En la lectura de la obra del Inca Garcilaso de la Vega, se reconoce la *estabilidad normativa* como uno de los componentes de la imposición de la sanción penal en el Imperio incaico.

En efecto, al explicar el porqué de la severidad de las penas, el Inca Garcilaso de la Vega señala lo siguiente:

> [...] el castigo era riguroso, que por la mayor parte era de muerte, por liviano que fuese el delito, porque decían que no lo castigaban por el delito que habían hecho, no por la ofensa ajena, sino por haber quebrantado el mandamiento y rompido la palabra del inca.[8]

---

contabilizar objetos y también hechos históricos» (Rostworowski de Diez Canseco: *Historia del Tahuantinsuyu*, 299).

[3] Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 242.

[4] Murúa: *Historia...*, *op. cit.*, 341.

[5] *Ibid.*, 345; Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 242-243.

[6] Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 248.

[7] Pease: *Los incas*, 65. De forma similar, Rostworowski de Diez Canseco: *Historia...*, *op. cit.*, 37: «[E]l equivalente al tributo fue la fuerza de trabajo organizada por *mita* o turnos».

[8] Inca Garcilaso de la Vega: *Comentarios reales: el origen de los incas*, 154. No puede negarse, sin embargo, que la drasticidad de las penas generaba efectos de prevención

De esta cita se desprende que «la palabra del inca», como ha destacado también Stingl, «era fuente de toda la ley del Estado»[9]. La evocación a la prevención estabilizadora de Jakobs en la anterior cita al Inca Garcilaso de la Vega es casi automática[10].

Pero la filosofía punitiva de los incas permite reconocer también la idea, de origen kantiano, de la pena como *imperativo categórico*[11], en virtud de la cual la pena se aplica sin excepciones. Al respecto, el Inca Garcilaso de la Vega afirma lo siguiente:

> [...] aunque el ofendido se apártese en la querella, o no la hubiese dado, sino que procediese la justicia de oficio, o por vía ordinaria, de los fiscales o caporales, le daban la pena entera que la ley mandaba dar a cada delito.[12]

El mencionado *carácter imperativo* de la punición se trasladaba también al plano de la medida de la pena[13], la cual tiene consecuencias derivadas. Una de las más importantes era la «expropiación» del conflicto a la víctima del delito[14],

intimidatoria, como parece proponer Villamor Lucía (*vid.* Villamor Lucía: *La codificación penal en Bolivia*, 30).

[9] Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 243.

[10] Como indica Jakobs en su propuesta: «La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada» (*vid.* Jakobs. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 9 y ss.).

[11] La idea de la pena como *imperativo categórico* en Kant se reconoce en el famoso «ejemplo de la isla», donde este filósofo, pensando en la decisión de una hipotética sociedad conformada por los habitantes de una isla, de disolverse, sostiene que debería castigarse al último asesino a fin de que su crimen no recayera sobre el pueblo como cómplice.

[12] Inca Garcilaso de la Vega: *Comentarios...*, *op. cit.*, 154. También, Murúa: *Historia...*, *op. cit.*, 346: «En el castigo de todos los delitos y desordenes, había gran cuidado y vigilancia, y se ejecutaban las penas dichas arriba sin remisión ninguna y con gran rigor». La escasa trascendencia del consentimiento y el perdón del ofendido o de su familia son expresados en Villamor Lucía: *La codificación...*, *op. cit.*, 31.

[13] Sin embargo, Trimborn revela algunos supuestos excepcionales donde el perdón del ofendido podría derivar en una reducción de la pena. En casos de adulterio, si el marido afectado perdonaba, no se aplicaba la pena de muerte (se aplicaba otra pena); en el caso de desobediencia al curaca, si este perdonaba al infractor, el hecho podía quedar sin sanción (*vid.* Trimborn: *El derecho en las altas culturas de América*, 35). También la crónica de Guamán Poma de Ayala revela la posibilidad de perdón del inca cuando se imponía la pena de reclusión en el *zancay* —una mazmorra a la que ingresaban quienes cometían delitos graves contra el inca o sus familiares (por ejemplo, tratar de envenenarlos o embrujarlos mediante brebajes) y donde se introducían animales feroces (leones, tigres, osos) y sabandijas ponzoñosas (víboras, alacranes, arañas)—. Luego de dos días de sobrevivencia milagrosa, el inca «mandaba sacar [...] y le daba por libre, sin culpa; y así lo perdonaba y lo volvía al honor» (*vid.* Guamán Poma de Ayala: *Nueva corónica y buen gobierno*, 217).

[14] Sobre la «expropiación» del conflicto a la víctima y la necesidad de su «devolución», *vid.* Christie: «Los conflictos como pertenencia», 159-182, 169; Silva Sánchez: «Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación», 216; Villavicencio Terreros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 56.

no solo porque su perdón —como hemos visto— resultaba intrascendente, sino porque se desconocían mecanismos de composición o de reparación a la víctima, e incluso se llegaba a rechazar cualquier efecto atenuante de los actos de venganza sangrienta realizados por su familia, que eran considerados en el incario como un acto de usurpación de funciones públicas[15].

Como es notorio, la severidad de la pena tenía un claro propósito intimidatorio (prevención mediante intimidación, en el sentido de Feuerbach). Las expresiones de Trimborn en torno a la configuración del derecho penal en las culturas prehispánicas son didácticas: el derecho penal era «verdaderamente draconiano, basado en la idea de la protección de los intereses públicos por medio de la *intimidación ejemplar* ante la realización de una *voluntad* contraria al derecho»[16].

Como es propio de las teorías intimidatorias, la imposición efectiva y sin excepciones de la pena provocaba un efecto de inhibición en el potencial delincuente. En ese sentido, Murúa refiere: «A esta causa [imposición efectiva de la pena] se cometían pocos delitos, porque el temor [...] es el que mueve a esta gente y los lleva a hacer cosas de virtud»[17].

Castigo. Justicia. Sancai / Inquisicion / Yaya Pachacámac [Padre Creador] / uanurac yaya [voy a morir, padre.] / cay sancuypu [este mi corazón] / yuyas carmi [está recordando] / Caypaccho yaya [Para esto Padre] / yumauarcanqui [me engendraste.] / mama uachauarcanqui [madre me diste a luz.] / Zancay usclla [(arbusto espinoso) sólo el.] / micuay huchazapa [devorador, comer mi] / sancoyta (corazón) / Maypin canqui [¿Dónde estás?] / huchazapapas [devorador, salvanos] / camachic quispichiuay [juntos a los hombres] / runacámac Dios [Dios (librame Dios de los hombres)] / castigos.

215

Imagen extraída de la *Nueva corónica y buen gobierno* de Guamán Poma de Ayala

[15] Trimborn: *El derecho...*, *op. cit.*, 32-33. Precisamente por esa razón —evitar la venganza privada— surgía la obligación de la denuncia en casos de adulterio.

[16] *Ibid.*, 27.

[17] Murúa: *Historia...*, *op. cit.*, 346 (entrelínea agregada).

IV. El sistema de pena tasada y su fundamentación en criterios de prevención y predictibilidad. La reincidencia

Los incas utilizaban el sistema de *pena tasada* de acuerdo con dos consideraciones fundamentales: primero, se consideraba que otorgar al juez la facultad de determinar la pena *disminuía la majestad de la ley hecha por el inca*; segundo, se consideraba que la falta de experiencia de los jueces o la posibilidad de que sean cohechados provocarían una «grandísima confusión en la república»[18]; es decir, refiere a criterios de seguridad jurídica y predictibilidad.

La corrupción, ciertamente, no fue ajena a nuestras antiguas culturas prehispánicas. Cristóbal de Molina (1529-1585), en su obra *Relación de las fábulas y ritos de los incas*, reconoce cómo los «hechiceros», a cargo de las huacas y ante quien los pobladores solían confesarse, recibían sobornos para mantener en secreto aquellas confesiones que pudiesen merecer la muerte en caso de hacerse públicas, como era su obligación[19]. El propio Inca Garcilaso de la Vega hace expresa referencia a la punición con pena capital de los jueces corruptos: «Los jueces que reciban a escondidillas las dádivas de negociantes y pleiteantes deben ser tenidos por ladrones, y castigados con muerte como tales»[20].

Como se ha observado anteriormente, en el incario la drasticidad de las penas —y su forma de ejecución—[21], así como la prevalencia de la pena de muerte, eran características del sistema penal, y esto respondía a una visión teocrática del delito[22]. Todo delito o falta, por más leve que fuese, era considerado como «una violación al orden sagrado e intocable que reinaba en el Imperio»[23].

[18] Inca Garcilaso de la Vega: *Comentarios...*, *op. cit.*, 156.

[19] Molina: *Relación de las fábulas y ritos de los incas*, 27-28.

[20] Inca Garcilaso de la Vega: *Comentarios...*, *op. cit.*, 505.

[21] Puede mencionarse, a modo referencial, la ejecución de la pena por apedreamiento, despeñamiento, ahorcamiento o *hivaya* (pena aplicable a los funcionarios públicos por actuación negligente y que consiste en arrojar sobre su espalda una piedra enorme; al respecto, *vid.* Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 244-245), la muerte mediante golpe de mazo o *champi* (pena aplicable a los altos funcionarios incas o ciudadanos respetables consistente en darle con el *champi* tres o cuatro golpes en la espalda), la muerte en el *zancay* o *sancahuasi* (al respecto, *vid.* Guamán Poma de Ayala: *Nueva...*, *op. cit.*, 217; Murúa: *Historia...*, *op. cit.*, 343-344) y la muerte cmediante el colgado de los cabellos en la peña llamada *arahuay* (*ibid.*, 220). Afirmando la drasticidad de la reacción penal en el incario, *vid.* Bramont Arias: *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*, 167.

[22] Inca Garcilaso de la Vega: *Comentarios...*, *op. cit.*, 154.

[23] Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 244. No obstante, entre los cronistas, es posible encontrar repudiables justificaciones asociadas a la «personalidad del indio» peruano, lo que explicaba el carácter draconiano de las sanciones en torno a la holgazanería. En ese sentido, fray Martín de Murúa señala: «Son los indios, por la mayor parte, perezosos y que si no es por la fuerza, o grandísima necesidad, no echaran mano a darse al trabajo, tristes, melancólicos, cobardes, flojos, tibios, viles, mal inclinados, mentirosos, ingratos a quien les hace bien, de poca memoria y de ninguna firmeza en cosa que tratan, y algunos hay ladrones y embaidores, y en general todos dados a supersticiones y hechicerías, abusioneros, entregados totalmente a

Es posible, sin embargo, observar que ciertos cronistas refieren a penas diferenciadas en el caso de hurtos de poca significación y cuando el autor era reincidente. Así, según Murúa: «Por la primera vez que cogían en hurto a algún indio, lo azotaban cruelmente, a la segunda vez lo atormentaban y, a la tercera, sin remedio ni excusa moría»[24]. Esta lógica no se aplicaba si el hurto era *cosa notable*, pues en esos casos «le colgaban de los pies hasta que moría miserablemente»[25].

Pareciera que el carácter excepcional de la imposición de pena distinta a la muerte estaba asociado al impacto público del hecho. Este razonamiento cobra sentido a la luz de la misma referencia del cronista Murúa respecto a la aplicación de la pena *talional* en caso de atentados contra la integridad física: «El que a otro por injuriarlo le sacaba algún ojo o le hacía otro mal, llevaba la misma pena»[26].

Trimborn menciona otros supuestos de sanción diferenciada con sustento en el carácter reincidente del autor: embriaguez, falso testimonio, deserción de los *mitmaqkuna*, desplazamiento de mojones, desobediencia a los curacas, asesinato de un libre común de parte de un curaca y violación de una virgen: «Al que forzaba mujer soltera —informa Murúa—, por la primera vez le daban castigo de piedra, y a la segunda, pena de muerte»[27].

V. Efectos procesales de la filosofía punitiva del incario

1. Ausencia de pluralidad de instancias

Del carácter imperativo de la imposición de la pena y de la adopción del sistema de pena tasada, se desprende una consecuencia procesal completamente acorde con el modelo de justicia criminal adoptado en el incario: la ausencia del derecho a la pluralidad de instancias. Al respecto, el Inca Garcilaso de la Vega indica: «No tuvieron apelaciones de un tribunal para otro en cualquier pleito que hubiese civil o criminal, por-

dos vicios, lujuria y embriaguez [...]. Pues siendo de esta naturaleza e inclinación, los indios fueron gobernados en tan largas y distintas provincias por el Ynga, de tal suerte que aun ocultísimamente en las más apartadas regiones del Reino, no osaban traspasar ni exceder de sus mandatos, como si él estuviese presente porque, como les conoció el humor, llevólos por allí, enfrentándolos en sus vicios y castigándolos con suma severidad, sin perdonarles ninguno, que fue medio eficacísimo para tener sujetos tanta infinidad de indios» (Murúa: *Historia...*, *op. cit.*, 339).

[24] *Ibid.*, 345.

[25] *Idem.*

[26] *Ibid.*, 393.

[27] Murúa citado en Trimborn: *El derecho...*, *op. cit.*, 47.

que no pudiendo arbitrar el juez, se ejecutaba llanamente en la primera sentencia la ley que trataba aquel caso y se fenecía el pleito»[28].

La lógica del razonamiento es bastante simple: si el juez *debe imponer siempre una pena*, no tendría sentido recurrir a otro juez que no pueda dictar algo distinto.

2. Trascendencia de las dilaciones indebidas. El deber de garante del fiscal

Los efectos de las dilaciones indebidas del proceso sobre el impacto preventivo de la pena se presentan en la obra del Inca Garcilaso de la Vega, donde se observa que las cargas funcionales sobre los fiscales o acusadores en torno a la celeridad fueron sumamente onerosas:

> Y el que dejaba de acusar el delito del súbdito, aunque fuese holgar un día solo, sin bastante causa, hacia suyo el delito ajeno, y se castigaba por dos culpas: una por no haber hecho bien su oficio, y otra por el pecado ajeno, que por haberlo callado lo había hecho suyo.[29]

La imposición de un deber cualificado en el fiscal con respecto a la persecución del delito, en virtud de la cual sus eventuales omisiones funcionales derivaban en la atribución *de facto* del delito no perseguido, tenía un efecto significativo en la prevención de la criminalidad. El Inca Garcilaso de la Vega señala al respecto que el fiscal:

> [...] procuraba con todo cuidado y diligencia hacer bien su oficio y cumplir con su obligación; y de aquí nacía que no había vagabundos ni holgazanes, ni nadie osaba hacer cosa que no debiese, porque tenía el acusador cerca, y el castigo era riguroso.[30]

Vemos aquí cómo una variable común dentro del *análisis económico del derecho penal* (el de la efectividad de la imposición de la sanción penal) era ya considerada dentro del sistema punitivo del incario.

La imposición de posiciones de garantía no resulta extraña en el derecho penal del incario. El Inca Garcilaso de la Vega refiere a la ostentación, por parte del padre, de una posición de garante respecto de las infracciones cometidas por el hijo:

---

[28] Inca Garcilaso de la Vega: *Comentarios...*, *op. cit.*, 157; igualmente, Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 245.

[29] Inca Garcilaso de la Vega: *Comentarios...*, *op. cit.*, 154.

[30] *Idem.*

> [...] al padre castigaban ásperamente por no haber doctrinado y corregido su hijo desde la niñez, para que no saliera travieso y de malas costumbres. Estaba a cargo del decurión acusar al hijo de cualquier delito también como al padre; por lo cual criaban los hijos con tanto cuidado de que no anduviesen haciendo travesuras ni desvergüenzas por las calles ni por los campos.[31]

En la obra del Inca Garcilaso de la Vega se observa también cómo la infracción de deberes especiales generaba la imposición de sanciones penales intensificadas. Así, indica:

> Cualquiera juez, o gobernado, u otro ministro inferior que se hallase no haber guardado justicia en su judicatura, o que hubiese hecho cualesquiera otro delito, era castigado más rigurosamente que cualquiera otro común en igual delito, y tanto más rigurosamente, cuanto más superior era su ministerio; porque decían que no se podía sufrir que el que había sido escogido para hacer justicia hiciese maldad, ni que hiciese delitos el que estaba puesto para castigarlos; que era ofender al sol y al inca, que le había elegido para que fuese mejor que todos sus súbditos.[32]

Esta última idea no debe llevarnos a pensar que la justicia en el incario carecía de sentido garantista. En efecto, respecto al antes mencionado interés en la solución de las causas judiciales sin dilaciones excesivas, el Inca Garcilaso de la Vega menciona que el juez debía resolver las causas con celeridad, en estricta sujeción a la ley y respetando el derecho de las partes a ser oído: «En cada pueblo había juez para los casos que allí se ofreciesen; la cual era obligado a ejecutar la ley, en oyendo a las partes, en cinco días»[33].

La idea del *acceso a la justicia* subyace también en la cita del Inca Garcilaso de la Vega. Se buscaba lo siguiente:

> [...] ningún pleiteante saliese de su pueblo o de su provincia a pedir justicia. Porque los reyes Incas entendieron bien que, a los pobres, por su pobreza, no les estaba bien seguir su justicia fuera de su tierra ni en muchos tribunales, por los gastos que se hacen y molestias que se padecen, que muchas veces monta más esto que lo que van a pedir.[34]

---

[31] Inca Garcilaso de la Vega: *Comentarios...*, *op. cit.*,155; Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 245.

[32] Inca Garcilaso de la Vega: *Comentarios...*, *op. cit.*, 161-162.

[33] *Ibid.*, 157. Similar es la referencia de Stingl al curso y prontitud del procedimiento penal: «El procedimiento se iniciaba con una denuncia, que podía ser presentada por el perjudicado o por cualquier otro, ante el funcionario estatal correspondiente, con debida jurisdicción. El delincuente era detenido hasta la iniciación del juicio propiamente dicho; pero este debía iniciarse dentro de los cinco días de la detención» (*vid.* Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 244).

[34] Inca Garcilaso de la Vega: *Comentarios...*, *op. cit.*, 158.

3. Publicidad del juicio y el sistema de prueba «tasada»

En la obra *El imperio de los incas* de Miloslav Stingl se destaca el carácter público de los juicios: «El juicio se celebraba al aire libre y, casi siempre, en público»[35]. Por su parte, fray Martín de Murúa, en su obra *Historia general del Perú*, refiriendo la forma como se desarrollaban los juicios contra la élite incaica (orejones, *tocoricuc*, curacas, ciudadanos poderosos), señala que el inca, una vez que indagó sobre el delito y la persona que lo habría cometido, solía mandar a un representante —generalmente uno de los orejones— a que averigüe la verdad de los hechos, la que una vez constatada determinaba que:

> [...] el Ynga hacía llamar a sus consejeros y demás personas principales, que estaban en el Cuzco, y habiéndose juntado traían al delincuente delante de ellos, y estando presente les hacía un parlamento, trayéndoles a la memoria su obligación y reprendía el delito, y los daños que del habían procedido y exhortaba a los del Consejo que no cometiesen ellos semejantes culpas.[36]

La explicación de esta forma de proceder se relaciona seguramente con el impacto —en sentido de prevención intimidatoria— de la imposición pública de la condena penal.

El mismo autor refiere que la prueba que se actuaba en estos juicios públicos era siempre el testimonio de los hombres, nunca de mujeres. El inca Túpac Yupanqui, a quien Murúa atribuye ser responsable de «las más principales leyes y el orden y concierto y cuidado que en la observancia de ellas tuvieron los indicios»[37], impuso la prohibición de testimonios de referencia y la invalidez del testimonio de las mujeres y de los indios pobres[38].

Una especie de testimonio privilegiado, es decir, de mayor valor probatorio, parecía ser el de los *yacarcaes*, «hechiceros» de la época, a quienes se les atribuía algún pacto con el demonio y que eran temidos incluso por el propio inca. Estos hechiceros tomaban confesión y, de escuchar alguna revelación ilícita, la hacían pública, con la consiguiente severa sanción a los implicados, que incluía la muerte. Las crónicas, sin em-

---

[35] Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 245.

[36] Murúa: *Historia...*, *op. cit.*, 343.

[37] *Ibid.*, 392.

[38] «Mandó [el inca Túpac Yupanqui] que no hubiese testigos de oídas sino oculares, y que la mujer que no pudiese ser testigo, ni indio pobre, por ella la liviandad y en él la codicia, les harían decir contra la verdad» (*idem*, entrelínea agregada). Sobre el testimonio de las mujeres, estas son «falsas por naturaleza e indignas de crédito» (Stingl: *El imperio...*, *op. cit.*, 245).

bargo, revelan que los *yacarcaes* solían ser sobornados para mantener una confesión en secreto[39].

VI. Los *enemigos* en el derecho penal del incario

La crónica del Inca Garcilaso de la Vega permite reconocer rasgos de trascendencia político-criminal: la existencia del espacio para un auténtico *derecho penal de enemigos*. En efecto, de forma similar a como Jakobs describe la articulación del sistema penal frente a los enemigos[40], en el incario, la respuesta frente a la *sodomía* y al asesinato mediante veneno muestra caracteres similares[41].

Sobre lo primero, el Inca Garcilaso de la Vega describe la reacción del inca al tomar conocimiento, tras la conquista del valle de Hacari, de que algunos de sus pobladores practicaban la sodomía:

> Envió a mandar [el inca] que dejasen el orden acostumbrado para el gobierno, se volviesen al Cozco. Y en particular mandó que con gran diligencia hiciesen pesquisa de los sodomitas, y en pública plaza quemasen vivos los que hallasen, no solamente culpados, sino indiciados, por poco que fuesen, asimismo quemasen sus casas, y las derribasen por tierra, y quemasen los árboles de sus heredades, arrancándolos de raíz, porque en ninguna manera quedase memoria de cosa tan abominable, y pregonasen por ley inviolable que de allí adelante se guardasen de caer en semejante delito, so pena de que por el pecado de uno sería asolado todo su pueblo, y quemados sus moradores en general, como entonces lo eran en particular.[42]

Sobre lo segundo, Guamán Poma de Ayala describe el trato especialmente drástico infligido a quienes «dan bebedizos y ponzoñas»[43]. En estos casos se quitaba la vida no solo al agresor, sino a toda su descendencia y «casta y ayllo»[44]. Solo «escapaban los niños que fuesen de teta porque no sabían el oficio»[45].

---

[39] Molina: *Relación...*, *op. cit.*, 27-28.

[40] Sobre esta cuestión, *vid.* Jakobs: «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», *passim*; Polaino-Orts: *Derecho penal del enemigo*, *passim*; Zaffaroni: *El enemigo en el derecho penal*, *passim*; Reyna Alfaro y Cuaresma Terán (dirs.): *Derecho penal y Estado de derecho*, *passim*.

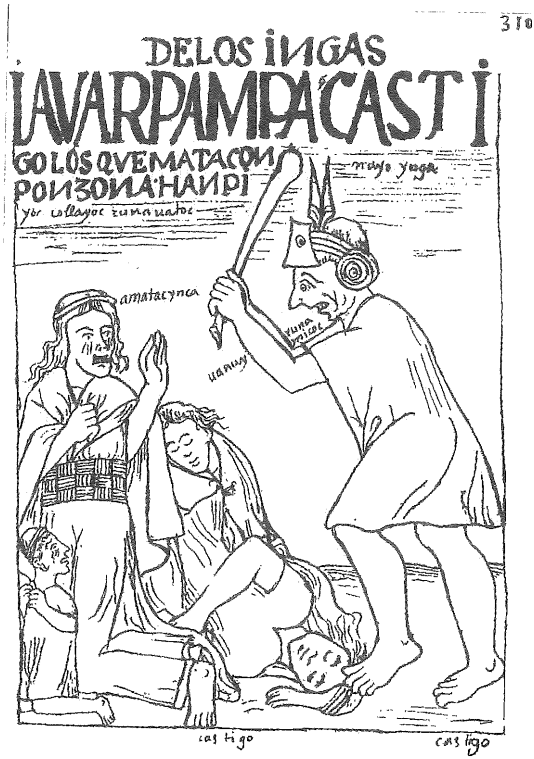
[41] Es necesario aclarar que la equivalencia propuesta entre la respuesta penal en el incario con el *derecho penal del enemigo* de Jakobs no supone plantear su identidad, sino que se refiere únicamente a que en ambos casos se aprecia un trato diferenciado entre el *ciudadano* y el *enemigo*.

[42] Garcilaso de la Vega: *Comentarios...*, *op. cit.*, 235-236.

[43] Guamán Poma de Ayala: *Nueva...*, *op. cit.*, 222.

[44] *Idem*.

[45] *Idem*.



De los ingas / Yauarpampa [Pampa de sangre] castigo a los que matan con ponzoña, hampiyoc [curanderos], collayoc runa uatec [visitante del Collao] / Amatac Inga [no, por favor, Inga] / uanuy runa micoc [muere, comedor de hombres] / Mayo Inga.

221

Imagen extraída de la *Nueva corónica y buen gobierno* de Guamán Poma de Ayala

La presencia de rasgos del derecho penal de enemigos se prolongará después del incario, conforme se aprecia en la *Descripción del virreinato del Perú* de Pedro de León Portocarrero, en la que, además de reconocerse algunos datos de la estructura judicial[46] y de la infraestructura penitenciaria[47], se reconocen también algunas señales de un derecho penal de enemigos configurado en términos raciales. En dicha obra se hace referencia a la prohibición de pose-

[46] Se indica que habían dos fiscales: uno del crimen, otro civil. León: *Descripción del virreinato del Perú*, 19.

[47] Se refiere a la ubicación de la *cárcel de la Corte*, en la esquina que corresponde a las carnicerías y casas de don Francisco de la Cueva (*ibid.*, 20) y de las cárceles secretas de la Inquisición (*ibid.*, 46).

sión de armas impuesta a los individuos de raza negra[48] y a su presencia en las zonas peligrosas de la ciudad[49].

VII. Epílogo

El análisis de nuestras codificaciones penales permite reconocer una tendencia a asumir influencias de diversos orígenes (derecho español[50], italiano[51], suizo, alemán y —en nuestros días— estadounidense[52]) que pueden llevar a la pérdida de nuestra identidad cultural. A través del presente trabajo se ha podido reconocer variables históricas que resultan, sin duda, útiles para la articulación de una política criminal coherente con nuestro entorno cultural, que supere las deficiencias de una legislación impuesta culturalmente[53] y que permita superar el defecto común de nuestra política criminal: la importación de leyes penales[54]. Esta deficiencia, por cierto, alcanza a la doctrina, que suele ser afín a la adopción irreflexiva de planteos foráneos. Ya lo señalaba Jiménez de Asúa: «En el Perú hallaron eco todas las direcciones que se abrieron en el área de la ciencia penal»[55].

[48] «Siempre están con temor que no se alcen los negros; por esta causa no se le(s) consciente que traigan armas. Algunos negros de oidores y capitanes y otros ministros de justicia se le(s) permite que traigan espada, y a los negros que van por leña al monte y por yerba al campo y a los arrieros se les consciente un cuchillo. A cualquier otro negro que le hallaren cuchillo u otro género de arma lo azotan» (León: *Descripción...*, *op. cit.*, 26).

[49] «A la entrada de Lima está Peralvillo donde aletean los negros malhechores» (*ibid.*, 53).

[50] De hecho, solo en 1853 se iniciaron los trabajos preparatorios destinados a la elaboración de los proyectos del Código Penal y del Código de Procedimientos en Materia Penal, que se publicaron en 1863. Como señala Basadre, el proyecto promulgado «no apartó al Código Penal peruano, en lo fundamental, de su modelo, el Código Penal español de 1850, o más exactamente, el de 1848» (Basadre: *Historia de la República del Perú*, 297).

[51] Reyna Alfaro: «Presentación», 13-18.

[52] Así, con especial referencia al impacto en la legislación procesal penal, *vid.* Reyna Alfaro: *La terminación anticipada en el Código Procesal Penal*, 118 y ss.

[53] Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 89.

[54] Hurtado Pozo: *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, *passim*.

[55] Jiménez de Asúa: *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 22.

Capítulo II

CÓDIGO PENAL DE 1991 E ITINERARIOS DE REFORMA

I. Introducción

1. «La reforma del derecho penal es tan antigua como el derecho penal mismo». Con estas expresiones anunciaba Jescheck el gran movimiento internacional de reforma que, desde la segunda mitad del siglo pasado y sin parangón en la historia, tiene lugar en orden a la renovación de los sistemas penales[56] que seguramente acompañará al desarrollo del *ius puniendi* durante muchos años más[57]. En ese contexto, se aprobó el vigente Código Penal peruano de 1991 no como iniciativa del Congreso de la República o resultado del consenso de los diversos sectores de la sociedad, sino como decisión política del Poder Ejecutivo, a través del Decreto Legislativo 635, en ejercicio de facultades delegadas, en otras palabras, como producto de la renuncia del Poder Legislativo a regular los límites penales de la libertad constitucionalmente garantizada, el cual fue una práctica que ha imperado en los últimos años y que ha diezmado sensiblemente la reserva de ley derivada del principio de legalidad[58] y, por esa vía, la libertad.

No es casualidad que las normas penales con mayores signos de arbitrariedad entre 1990 y 2020 se hayan dictado bajo el ropaje de decretos leyes o decretos legislativos, muchos contrarios al texto expreso y claro de la Constitución y los principales instrumentos de derechos humanos que vinculan al Estado peruano. Ello debe conducirnos a una revisión de la legislación penal vigente, así como a evaluar la necesidad de establecer en sede constitucional que la regulación penal le compete exclusivamente al Congreso de la República o, más aún, debe hacerse como

[56] Jescheck: «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal», 9.

[57] Roxin augura que, pese a todo, «el derecho penal todavía existirá dentro de cien años» (*vid.* Roxin: «El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo», 440-446).

[58] Urquizo Olaechea: *El principio de legalidad*, 32-33.

en el modelo de la Constitución española de 1978, que debe adoptarse mediante un *quorum* parlamentario calificado[59]. *De lege ferenda* ya se plantea esta alternativa: el párrafo primero *in fine* del art. 2 del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, del 5 de abril de 2002, establece que la materia penal deberá regularse mediante ley orgánica, aprobada por más de la mitad del número legal de miembros de la Cámara.

2. Aún se impone una reforma urgente y parcial frente a esta legislación que, en modo alguno, puede estimarse en el Estado actual como «carta magna del delincuente»[60] o la ley del más débil[61]. La Ley 27421, del 7 de febrero de 2001, creó una Comisión Revisora del Código Penal «a fin de elaborar un "Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal"». Esta decisión se incardinó en una coyuntura especialmente turbulenta para el derecho penal peruano. La transición política iniciada en noviembre de 2000, tras diez años de un gobierno seriamente distanciado de los fundamentos democráticos más elementales, ha despertado el deseo colectivo de recuperar la institucionalidad del Estado, incluso a través de los medios que dispensa el control penal.

Así, se aprecia en una primera fase el inédito procesamiento de miembros «intocables» de una red activa de corrupción y abusos durante el gobierno de 1990 a 2000, la cual incluyó a altos funcionarios de los poderes públicos, empresarios de importantes industrias y medios de comunicación, o personas implicadas en el tráfico de drogas, el lavado de dinero y el tráfico de armas, además de involucrados en la violación de los derechos humanos mediante la tortura y la desaparición forzada. En una segunda fase, que empieza a mediados de la década pasada, y

[59] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Ministerio de Justicia del Perú. «De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia». Informe de la Misión «Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú» (inédito, abril, 2001, capítulos III y IV). Dicha misión recomienda, como primera propuesta en materia de acceso a la justicia penal, una «[n]o injerencia en las decisiones parlamentarias relativas a derechos fundamentales». Se considera que «[e]n la última década la dirección de la política criminal en el Perú ha estado en manos del Poder Ejecutivo, que ha gozado de amplias facilidades para influenciar en el proceso formulador de normas en materia penal —en claro detrimento del Parlamento—. La legislación penal especial, que desafortunadamente ha distorsionado todo el sistema penal, es el ejemplo más claro de la tendencia». Además, concluye que «[e]sta circunstancia contribuye a la formación de una cultura autoritaria entre los ciudadanos e impide un consenso de las fuerzas políticas y sociales. Fomenta la arbitrariedad y la servidumbre de la legislación penal a los intereses políticos»; por ello, recomienda « [i]ncrementar la participación y liderazgo del Parlamento en la elaboración de normas penales tornando en imprescindible que aquellas normas que afectan a derechos fundamentales de la persona, fueran de su exclusiva competencia».

[60] Parafraseando a Liszt: «Ueber den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts», 80.

[61] Parafraseando a Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 15 y ss.

que perdura hasta nuestros días de manera igualmente significativa y perniciosa, se ha reconocido la capacidad erosiva de la corrupción que incluso ha afectado a las propias instituciones encargadas de la administración de justicia.

3. Estas importantes iniciativas no deben, sin embargo, orientarse por el afán de «superar el pasado a través del derecho penal», aunque no se puede dejar de comprender —y solo eso— el deseo colectivo de prevención general (de mera retribución) frente a los graves delitos cometidos principalmente mediante el abuso del cargo público.

Pero ese sentimiento social contra la impunidad no deroga los fundamentos constitucionales del derecho penal; de allí, por ejemplo, que algunos defensores de los investigados —tanto importantes abogados como profesores universitarios— hayan cuestionado la legitimidad de las normas que permiten, por ejemplo, la detención preliminar, la incautación o el levantamiento del secreto bancario desde la etapa fiscal sin necesidad de descargo previo ni proceso judicial en curso (Ley 27379, del 21 de diciembre de 2000)[62]. Esta línea crítica se reconoce también con relación a normas más recientes (Código Procesal Penal) que implican la restricción o limitación cautelar de los derechos del imputado (congelamiento administrativo de fondos, detención judicial preliminar, prisión preventiva).

La trascendencia de estas investigaciones para la sociedad civil peruana ha despertado el interés de notables juristas de la comunidad iberoamericana. Se ha prestado, por ejemplo, atención a los límites constitucionales de la actividad probatoria al sostener que los vídeos o documentos «obtenidos irregularmente» constituyen prueba prohibida que, por lo tanto, deben ser excluidos del proceso penal[63].

4. Si lo que se persigue es la superación del presente perturbado por el pasado, no debe perderse de vista que la actual alteración de los bienes afectados no puede ser eliminada mediante el derecho penal, especialmente si la pena no se concibe como una irracional secuencia de dos males: el delito y la venganza de las víctimas[64]. Una sanción encaminada a la prevención no se condice con un derecho penal de la coyuntura[65]. De allí que una reforma plena mediante un nuevo código penal tal vez

[62] Críticamente, *vid.* Reyna Alfaro: *Comentarios a la legislación anticorrupción*, 58-62.

[63] Ampliamente sobre este problema, *vid.* San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, 86-100.

[64] Jakobs: «¿Superación del pasado mediante el derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político», 138.

[65] Roxin: «Problemas actuales de la política criminal», 94-96.

deba esperar a un previo consenso sobre los fundamentos de la actividad reformadora, de modo tal que se atienda no solo los problemas urgentes, sino también los derivados de la desordenada regulación de los delitos de funcionario público o de los vacíos del actual tratamiento de los delitos socioeconómicos.

Debe prestarse importancia también a problemas que suelen pasar desapercibidos, como el rol de la víctima, la relevancia de las reparaciones espontáneas y la tercera vía del derecho penal, o la posible necesidad de regular con mayor exhaustividad las reglas de individualización judicial de la pena y las medidas de seguridad, que sin duda son aspectos técnicos, pero con enormes consecuencias para la libertad constitucionalmente protegida.

Del mismo modo, la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI)[66] ha abierto el debate relativo a las medidas de implementación que deben adoptarse en el ordenamiento peruano[67]. Como he puesto de relieve en otro lugar[68], ello implica comprender los principales antecedentes y fundamentos dogmáticos de las reglas del Estatuto de Roma. La tarea es difícil, porque la regulación supranacional evidencia la asunción de soluciones de compromiso entre el *common law* y los sistemas continentales[69]; además, «responde a un modelo de fusión de las diversas perspectivas jurídicas implicadas en el funcionamiento de la Corte»[70], lo cual nos ubica frente a instituciones jurídicas novedosas en nuestro ordenamiento. Pues bien, aunque no se cuenta en Perú con un proyecto de Código Penal Internacional como el que se viene discutiendo en Alemania (*VStGB-Entwurf*), el Ministerio de Justicia ha anunciado extraoficialmente el deseo de contar con un programa de implementación del ECPI, lo que —hasta donde se alcanza ver— deberá contemplar principalmente un análisis del ordenamiento penal y procesal penal.

[66] Realizado mediante la Resolución Legislativa 27517, del 16 de setiembre de 2001. El proceso de ratificación del Estatuto contó con el dictamen favorable de las comisiones de Justicia (abril de 2001) y de Relaciones Exteriores (mayo de 2001) del Congreso de la República. *Vid.* Defensoría del Pueblo: *Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma*, 38 y ss.

[67] *Vid.* Salmón (coord.): *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, *passim*.

[68] *Vid.* Caro Coria: «Prólogo», núms. 5 y 6, 19-20.

[69] Ragués i Valles: «El Tribunal Penal Internacional. La última gran institución del siglo XX» en *La Ley*, 4.

[70] Laurenzo Copello: «Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma» en *Jueces para la Democracia*, 93-94.

En efecto, desde el punto de vista penal material, debe evaluarse, por ejemplo, la congruencia entre el elemento de intencionalidad, el error de hecho y de derecho de los arts. 30 y 32 del ECPI con la delimitación del dolo y las formas de error de tipo y prohibición desde la perspectiva legal y jurisprudencial peruana. También debe estudiarse la posibilidad de asimilar las reglas de la responsabilidad individual y del mando de los arts. 25 y 28 a las formas de autoría y participación y la regulación de la omisión de nuestro Código Penal, entre otros aspectos relativos a la parte general.

El análisis de la parte especial evidencia, por ejemplo, que los crímenes de lesa humanidad, aunque pueden ser sancionados bajo otras figuras del Código Penal (CP) y del Código de Justicia Militar (CJM), carecen de una previsión específica en el ordenamiento peruano, por lo que pueden reconocerse vacíos de punición. La regulación del genocidio, la tortura y la desaparición forzada requiere ser adaptada a los términos del ECPI. Otros vacíos de punición se presentan en el *apartheid* o en torno a la cláusula abierta del art. 7.1.k del ECPI, que prohíbe otros «actos inhumanos de carácter similar». Asimismo, se requiere mayor desarrollo de la regulación de los crímenes de guerra, que solo tienen importancia residual en el CP y en el CJM, mientras que el crimen de agresión cuenta apenas con una regulación limitada en el CP[71].

No menos relevantes son las necesidades de implementación en el terreno procesal penal, por ejemplo, para definir los alcances de la competencia complementaria (ECPI, art. 19)[72] o las reglas de cooperación del Estado peruano con la Corte Penal Internacional (arts. 86 y ss.) en materia de detención del imputado (ECPI, arts. 59 y 92), identificación y búsqueda de personas u objetos, práctica de pruebas, interrogatorio de personas, notificación de documentos, práctica de allanamientos y decomisos, entrega de registros y documentos, protección de víctimas y testigos (ECPI, art. 93.1), así como otras formas de cooperación[73].

5. Una reforma parcial y urgente de la legislación penal es un paso necesario hacia la democratización del derecho penal vigente. Esta tarea tampoco es ajena a la definición de objetivos claros en el terreno po-

[71] Caro Coria: «La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», 141 y ss.

[72] San Martín Castro: «Los principios de legalidad penal y de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», 129 y ss.

[73] Villavicencio Terreros: «Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional», 218 y ss.

lítico-criminal, de modo que se superen las todavía visibles marchas y contramarchas del legislador, como se evidenció con la derogación de la cadena perpetua, mediante la Ley 27472, del 5 de junio de 2001, para los delitos de abuso sexual de menor (CP, art. 173)[74], y la casi inmediata reinstauración de dicha pena por el propio Congreso, mediante la Ley 27507, del 13 de julio de 2001, producida por las campañas de opinión pública «contra la impunidad de los violadores» y enarbolada por sectores de la sociedad civil y determinados medios de comunicación[75].

6. Similares razones de coyuntura explicaron la súbita publicación, del 1 de julio de 2001, de los proyectos de Ley Orgánica de la Justicia Militar y de Código de Justicia Militar[76], en las postrimerías del llamado *gobierno de transición*. Como se sabe, en el Perú las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la militar son muy sensibles, especialmente desde la inconstitucional definición, a favor de esta última, de la contienda de competencia en el caso de La Cantuta[77]. La expansión de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles en casos de terrorismo, traición a la patria o terrorismo especial no encontraba ya límites cuando se utilizó para controlar a exmiembros de las Fuerzas Armadas o civiles que prestaban algún servicio para tales fuerzas[78] o, lo más grave, para encubrir actos de sus miembros en agravio de bienes jurídicos no militares como la vida, la libertad o la integridad psicofísica. Así sucedió, precisamente, en los hechos de La Cantuta y Barrios Altos, los cuales, como se sabe y ha sido lugar común en las dictaduras latinoamericanas[79], se pretendió dejar impunes mediante las leyes de amnistía 26479, del 15 de junio de 1995, y 26492, del 2 de julio del mismo año.

Estos preceptos son «carentes de efectos jurídicos» por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así lo declara la sentencia de la Corte Interamericana de San José, del 14 de marzo de 2001, en el caso Barrios Altos vs. Perú, donde se ordenó al Estado peruano investigar los hechos y establecer quiénes son los responsables de esas

[74] Sobre la inconstitucionalidad de dicha sanción, *vid.* Caro Coria y San Martín Castro: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 122-123.

[75] *Vid.* Teleley (disponible en: <bit.ly/3HLchnA>), la exposición de motivos de los proyectos de Ley 1895/2001, del 7 de junio de 2001, presentado por el congresista Manuel Masías Oyanguren, y 1900/2001, del 11 de junio de 2001, suscrito por el congresista Luis Bernardo Guerrero Figueroa.

[76] Publicado como separata especial de Diario Oficial *El Peruano*, del 1 de julio de 2001.

[77] Cubas Villanueva: *La Cantuta. Crónicas de la investigación fiscal*, 215 y ss.

[78] Eto Cruz, Landa Arroyo y Palomino Manchego: «La jurisdicción militar en el Perú», 379 y ss.

[79] Ambos: *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina, passim.*

graves violaciones de los derechos humanos[80]. Ello ha motivado el inicio de múltiples investigaciones judiciales, así como las actuaciones de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación[81].

Estos problemas subsisten en los citados proyectos. El de ley orgánica aún concibe el fuero militar como una extensión administrativa de las Fuerzas Armadas, sin incardinarlo dentro de la organización del Poder Judicial, y cifra el concepto de delito de función al margen de la necesidad de agravio a intereses estrictamente militares, como plantea la doctrina[82], lo que tiene correlato en la parte especial del Código de Justicia Militar, plagado de tipos que afectan bienes jurídicos protegibles en el fuero ordinario o que, sencillamente, configuran meras infracciones administrativas. Por lo demás, la parte general del Proyecto de Código de Justicia Militar se distancia de los postulados básicos relativos al «hecho punible» del Código Penal y establece criterios de imputación tributarios de un derecho penal de autor o de la responsabilidad objetiva, mientras que la regulación procesal plantea la subsistencia del modelo inquisitivo en desmedro del acusatorio que debe regir en la jurisdicción penal en general, lo que incluye tanto la ordinaria como la militar, y por extensión la de menores.

La superación de estas deficiencias implica una profunda tarea que debe incardinarse dentro de un amplio proceso de democratización y reforma de las Fuerzas Armadas y policiales[83] que, ya con contramarchas, se encuentra aún en sus inicios.

[80] Defensoría del Pueblo: *Amnistía vs. derechos humanos. Buscando justicia*, 105 y ss.

[81] Pero a contracorriente, cabe llamar la atención sobre la investigación penal contra un grupo de los oficiales militares que en abril de 1997 participaron en el llamado *Operativo Chavín de Huántar*, que puso fin al secuestro de varias personas por más de cuatro meses en la residencia del embajador del Japón en Lima, a cargo del grupo armado MRTA. A partir de las investigaciones preliminares del Ministerio Público se afirma la presencia de indicios de ejecuciones extrajudiciales de aquellos terroristas que se habrían rendido tras el rescate, ello condujo al fiscal a solicitar la detención preliminar de los investigados, orden que decretó el Poder Judicial. Con ello, se abrió un amplio debate sobre la legalidad de la propia investigación y de la medida de detención. Frente a ello, varios grupos parlamentarios han presentado entre el 15 y 16 de mayo de 2002 los proyectos de Ley de Amnistía 2861, 2865, 2877 —que plantea la extensión de los alcances de la Ley 26479 de amnistía de 15 de junio de 1995, con lo que parte de ratificar la vigencia de la misma norma que fue declarada ineficaz por la Corte Interamericana de Derechos Humanos— y 2895 para poner fin a una investigación seguida contra «héroes nacionales» (*vid.* la sección de «Proyectos y Legislación». Disponible en: <bit.ly/3ENrhQw>). Ante ello, varias instituciones, como la Comisión de la Verdad y Reconciliación, al igual que la Defensoría del Pueblo, vienen expresando su preocupación por esta atmósfera de posible injerencia política contra el debido juzgamiento de hechos graves que afectan los derechos humanos.

[82] San Martín Castro: *Derecho procesal penal*, 103-105.

[83] Caro Coria: «Interés público, derecho penal y poder de Policía», 246-249.

7. Si la coyuntura no permite acercarnos mucho más a un derecho penal del Estado social y democrático de derecho, conviene todavía reflexionar sobre los fundamentos de la legislación vigente (II) y los que deben imperar en el «permanente» proceso de reforma penal, emprendido desde fines de 2000 (III).

II. Fundamentos de la legislación vigente y génesis del Código Penal de 1991

8. Como se ha puesto antes de relieve[84], la recepción del derecho penal europeo en general, en varios momentos de la codificación penal peruana, desde el siglo XIX y hasta la actualidad, quizás no ha dejado de manifestarse como un simple «desembarco de textos o modelos»[85], es decir, sin que se adapten las instituciones extranjeras a las exigencias y limitaciones de nuestro sistema jurídico y de la realidad nacional[86].

Solo el proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre, publicado en Boston en 1828[87], se alejó intencionalmente de la influencia del Código Penal español de 1822[88] para adoptar los modelos franceses e ingleses de la época, en busca de un derrotero para la elaboración de un código original a partir del estudio y recepción de las ideas europeas[89]. Sin embargo, el retorno al derecho peninsular operó con la puesta en vigor del Código Penal boliviano, por orden del general Santa Cruz[90], en el Estado Sud-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana. El Código confederado tuvo como fuentes el Código español de 1822[91], inspirado en el «movimiento de la Enciclopedia», el «movimiento codificador francés»[92], el Código de Napoleón de 1810 y el derecho histórico español[93]. Este Código rigió apenas entre el 13 de octubre de 1836 y julio de 1838, tras la caída de la Confederación.

[84] Caro Coria: «Presentación», XIV, XV.

[85] Zaffaroni: «Introducción a la codificación penal latinoamericana», 38 y ss.

[86] Hurtado Pozo: *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, 101 y ss.

[87] Vidaurre: *Proyecto de Código Penal (texto completo, según la edición de Boston de 1828), passim.*

[88] Villa: *Derecho penal. Parte general*, 84.

[89] Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 106.

[90] *Vid.* Código Penal Santa-Cruz, del Estado Sud-Peruano.

[91] Para Bramont Arias, el Código de Santa Cruz «no era otra cosa que una edición reformada del Código español de 1822 —tal vez mejor dicho mal reformada—» [Bramont Arias: *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*, 110].

[92] Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 106-107.

[93] *Vid.* Código Penal Santa-Cruz, del Estado Sud-Peruano, *op. cit.*, III; Villavicencio Terreros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 73.

Posteriormente, el Código Penal peruano de 1863[94] tuvo una marcada inspiración en el Código Penal español de 1848, reformado en 1850[95], el cual recibió a su vez la influencia del Código brasileño de 1830, inspirado, a su vez, en el Código napolitano, así como este en el Código francés de 1810[96]. El Código de 1863 fue casi inmediatamente sometido a un proceso de reforma, que fue «avivado al expedirse en España el Código Penal de 1870»[97] a través de las comisiones del 17 de marzo de 1871 y del 18 de octubre de 1873, que elaboraron el Proyecto de 1874[98]; de 3 de julio de 1877, que escribió el Anteproyecto de 1877[99]; y la de 27 de enero de 1900, que escribió el Anteproyecto de 1900-1902[100]. Estos proyectos mantuvieron la influencia hispana de la época. Ninguno se materializó en un texto legislativo quizás porque no significaron un cambio importante en las instituciones del Código de 1863[101], en cuya interpretación concurrieron diversas concepciones ibéricas, como la «doctrina expiacionista» (defendida por Francisco Pacheco en el sentido ecléctico de Rossi y enarbolada en nuestro medio por Ricardo Heredia) la escuela alemana del derecho natural (cimentada por Krause y difundida por Ahrens y Roeder, y por José Silva Santisteban en Perú), la reacción contra esta concepción (a cargo de Manuel Vicente Villarán y Juan Bautista de Lavalle) y el positivismo italiano (acogido por Javier Prado Ugarteche y Óscar Miró Quesada)[102].

9. En este contexto ideológico se promovió la aprobación del llamado *código Maúrtua* de 1924, el cual recoge la experiencia codificadora helvética expresada en los anteproyectos de agosto de 1915 y 1916 y del Proyecto suizo de 1918[103]. El antecedente nacional inmediato del Código de 1924 es el Proyecto de 1916, cuyo autor y ponente fue Víctor M. Maúrtua[104], en virtud del encargo establecido por la Ley 2110, del 27 de enero de 1915. Este Proyecto fue revisado por una comisión en virtud de la Ley 4460, del 30 de diciembre de 1921, y

---

[94] *Vid.* Código Penal del Perú, edición oficial de 1862; Heredia: *Lecciones de derecho penal filosófico, passim*; Silva Santisteban: *Derecho natural o filosofía del derecho, passim*; Viterbo Arias: *Exposición comparada y comentada del Código Penal de 1863, passim.*

[95] Zavala Loaiza: *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú*, 31.

[96] Jiménez de Asúa: *Tratado de derecho penal*, 760.

[97] Zavala Loaiza: *Sinopsis...*, *op. cit.*, 58.

[98] Bramont Arias: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 113.

[99] *Vid.* Cámara de Diputados: *La reforma del Código Penal.* Tomo I, 3 y ss.

[100] *Ibid.*, 179 y ss.

[101] Bramont Arias: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 113-114.

[102] Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 109-110.

[103] Villavicencio Terreros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 73; Bramont Arias: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 116.

[104] *Vid.* Cámara de Diputados: *La reforma del Código Penal.* Tomo II, 5 y ss.

aprobado sin discusión parlamentaria mediante la Ley 4868, del 11 de enero de 1924.

El código Maúrtua estuvo influenciado por el italiano código Zanardelli de 1889 en cuanto a la forma sistemática de tratar primero lo relativo a la ley penal, después la sanción y finalmente las infracciones, así como también el sistema de penas privativas de libertad paralelas. Además se aprecia la injerencia del Proyecto Ferri de 1921 en el tratamiento de la peligrosidad, el régimen de prisión y la relegación como medida de seguridad para los multirreincidentes especialmente peligrosos. Otras fuentes relevantes son el Código argentino de 1922, el uruguayo de 1889, en la regulación de las faltas, y el Proyecto sueco de 1918, en el sistema de días-multa[105]. No se renunció totalmente a la fuente hispana como se observa, por ejemplo, en el tratamiento de las causales de exclusión de responsabilidad penal porque se conservó ciertos elementos del Código peruano de 1863[106]. En un grado mucho menor, se ha citado como fuentes los proyectos de Servia de 1910 y de Suecia de 1916[107], así como el Código Penal holandés de 1881 en cuanto a la aplicación de la ley penal y el concurso de infracciones[108]. Precisa Estuardo Núñez que el Código de 1924 recibió también una influencia nada irrelevante del Anteproyecto alemán de 1909, así como de la doctrina y ley germanas[109].

Como bien se adelantó, el Código Penal de 1924 tuvo influencia predominantemente helvética. En efecto, la distribución de materias de la parte general[110] y la clasificación de los delitos de la parte especial son análogas al del Proyecto suizo de 1918[111] sin soslayarse el influjo de los anteproyectos de 1915 y 1916 al extremo de que se transcribieron disposiciones de aquellos textos casi literalmente, de forma que profesores e intérpretes como Paul Logoz recurrieron a los comentarios suizos para entender el derecho vigente en el Perú[112].

El código Maúrtua incorporó novedosas instituciones penales, principalmente en la parte general, en materia de penas y reglas de imputa-

[105] Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 111.

[106] *Ibid.*, 110, 126.

[107] Jiménez de Asúa: *Derecho penal en la República del Perú*, 45; Altmann Smythe: *Reseña histórica de la evolución del derecho penal*, 248.

[108] Benites Sánchez: *Derecho penal peruano*, 19; Hurtado: *Manual...*, *op. cit.*, 111.

[109] Núñez: *La influencia alemana en el derecho peruano*, 29-31.

[110] Hurtado Pozo: *L'influence de la législation pénale suisse sur le Code Pénal péruvien (partie générale), passim.*

[111] Bramont Arias: *Derecho penal...*, 115.

[112] Jiménez de Asúa: *Tratado...*, 1205.

ción. En la misma línea de los proyectos suizos antes citados, se adoptó la orientación pluralista o ecléctica de la política criminal entre los extremos de la concepción clásica derivada del modelo del Código Penal italiano de 1889 y los postulados de la escuela positivista expresada en el Proyecto Ferri de 1921[113]. Sin embargo, ello no denota que la reforma penal de 1924 estuviera determinada por un cambio en la concepción jurídica nacional. Así, la recepción de las fuentes extranjeras se redujo casi a la importación de normas foráneas en vez de ser un producto de la evolución interna de la legislación y de las ideas penales existentes en el medio ni fue una respuesta adecuada a las condiciones de nuestro país. De allí que, para Hurtado Pozo, el Código peruano es comparable a un «mosaico asimétrico elaborado con diversos materiales» cuyo único factor común se cifra en su procedencia del derecho eurocontinental[114]. Pero lo más grave de todo radicó en que dicha forma de legislar determinó un profundo distanciamiento de la norma penal frente a la realidad. Como dijo Manuel G. Abastos, «el raro destino del código Maúrtua ha sido envejecer sin haber sido aplicado ni suficientemente estudiado»[115].

Pese a ello, el Código de 1924 fue valorado por los penalistas más importantes de la época como un texto muy avanzado[116]. Bien puso de relieve Jiménez de Asúa que:

> El Código peruano pertenece a la escuela político-criminal, en su sector más avanzado, por la dualidad de los medios puestos en la lucha contra el crimen —penas y medidas de seguridad— [...]; pero, por la acogida de la sentencia indeterminada, incluso para ciertas penas, y por la ideología que preside la nueva ley, se aproxima al proyecto italiano, hijo del reciente sesgo jurídico dado por la escuela positivista [...]. En suma, el código del Perú puede figurar entre los más avanzados documentos legislativos y es uno de los hechos más importantes de la legislación penal contemporánea.[117]

10. No es extraño entonces que tan solo un año después de la entrada en vigor del código Maúrtua, mediante la Ley 5168, del 31 de julio de 1925, se creó una comisión integrada por Ángel Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez con el objeto de proponer las necesarias reformas de la legislación penal, propuesta que se concretó en el Proyecto de 1928[118].

---

[113] Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 113.

[114] Hurtado Pozo: *La ley...*, *op. cit.*, 125.

[115] *Ibid.*, 126.

[116] Kunicka-Michalska: «La reforma del derecho penal en el Perú y sus antecedentes» en *Actualidad Penal*, 107.

[117] Jiménez de Asúa: *Derecho...*, *op. cit.*, 72.

[118] *Vid.* Proyecto de Código Penal. Lima, 1928.

Tal como previó en su momento Jiménez de Asúa[119], no solo fue una revisión del Código de 1924, sino un modelo diferente en los principios generales y los delitos en particular[120].

Los posteriores intentos de reforma penal se remontan a 1965. Durante el primer gobierno de Belaúnde Terry se creó, mediante el Decreto Supremo 136-AL, del 25 de marzo, una comisión encargada de revisar el Código de 1924, la cual fue presidida por Torres Malpica e integrada por penalistas importantes como Bramont Arias, Roy Freyre y Peña Cabrera. Esta comisión produjo, ya durante el gobierno militar de Velasco Alvarado, el Anteproyecto del 7 de junio de 1972, cuyo texto mantuvo los postulados básicos de 1924 y se orientó a controlar los excesos de la dictadura militar[121], razón por la que quizás no pudo cobrar vigencia.

11. El programa penal de la Constitución de 1979 puso en vigor un conjunto de garantías no tenidas en cuenta durante el régimen militar de 1968 a 1980[122]. La Constitución no reclamaba necesariamente la aprobación de un nuevo código penal pese a lo cual desde 1984 se emprendió la tarea prelegislativa dadas las limitaciones de las reformas operadas desde 1980, la falta de un programa de política criminal, integral y viable[123] y la «euforia» del movimiento internacional de reforma penal gestado desde el Proyecto Alternativo alemán de 1966, pero cuya fuerza no pudo percibirse en Latinoamérica sino hasta principios de 1980. A la mitad de dicha década ya advertía Prado Saldarriaga cómo en los anteriores 15 años se había «desarrollado un consenso en cuanto a diagnosticar y aceptar la necesidad de reformar el código Maúrtua o, cuando menos, de actualizar sus normas»[124]. Sin embargo, la tarea reformadora sería más bien desordenada al extremo de que una comisión no había siquiera publicado sus propuestas y ya otra había sido nombrada para los mismos fines.

Una orientación conservadora primó en nuestros primeros proyectos de un «código penal de la democracia», de setiembre y octubre-noviembre de 1984, agosto de 1985 y marzo-abril 1986, influenciados por la inercia del Código de 1924 y el tecnicismo de la parte general del Código Penal Tipo para Latinoamérica[125], cuya redacción se concluyó en Sao

[119] Jiménez de Asúa: *Derecho...*, *op. cit.*, 73-74.

[120] Villavicencio Terreros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 74.

[121] Peña Cabrera: *Tratado de derecho penal. Estudio programado de la parte general*, 164-165.

[122] Prado Saldarriaga: *Derecho penal y política*, 50-58.

[123] Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 72 y ss., 85 y ss.

[124] Prado Saldarriaga: *Política criminal peruana: aborto, anticonceptivos, tráfico ilícito de drogas, delitos sexuales, reforma penal*, 271.

[125] Especialmente en las propuestas de 1984, Villavicencio Terreros: *Lecciones...*, 73, nota 68.

Paulo en 1971[126] y estuvo inspirada a su vez, entre otras fuentes, por el Proyecto Oficial alemán de 1962[127].

Otras fuentes importantes de estos primeros textos se concretan en el Código colombiano de 1980 y el brasileño de 1984[128]. El Proyecto de setiembre de 1984[129], pese a ser el fruto de tres años de intenso trabajo de la comisión creada mediante la Resolución Suprema 070-81-JUS, del 8 de setiembre de 1981, manifestó una conformidad general con el estado de la legislación penal, mantuvo casi todas las instituciones de la parte general y especial y propuso ligeras modificaciones a fin de adaptar el Código de 1924 a los postulados básicos de la Constitución de 1979. Muy al margen estuvieron las reflexiones político-criminales, como era tradición en nuestro medio desde el siglo XIX. No se cuestionó la eficacia de la regulación *de lege lata* ni se diagnosticaron las dificultades de su aplicación en nuestra realidad. La no publicidad de una exposición de motivos o actas de los trabajos preparatorios es representativa de esta orientación.

Los proyectos de octubre-noviembre de 1984[130] y agosto de 1985[131], tampoco acompañados de explicación alguna, fueron producto de la Comisión Revisora creada mediante la Ley 23859, del 5 de julio de 1984, la cual otorgó facultades delegadas al Poder Ejecutivo para aprobar un nuevo código penal, mas no se materializó ante la ausencia de una coyuntura favorable. El primero de estos proyectos, elaborado en el tiempo récord de un poco más de tres meses, prácticamente se limitó a reproducir las discutibles disposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica[132].

Estuvo ausente, en tan sumario periodo, la definición de metas político-criminales. Como advirtió Prado Saldarriaga, era necesario desarrollar un mínimo de investigación criminológica y tratar de consensuar las bases o principios que debían inspirar la parte general y la definición del catálogo de delitos, entre ellos, los principios de legalidad y reserva, mínima intervención, lesividad, resocialización, culpabilidad, humanidad, *ultima ratio* penal, entre otros[133], es decir, principios cuyo asidero constitucional podían admitirse en el marco de la carta de 1979.

---

[126] Grisolía: *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte general I-II, passim*; Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas: *Derecho penal latinoamericano comparado*, 1 y ss.

[127] Zaffaroni: «Introducción...», *op. cit.*, 106-107.

[128] Prado Saldarriaga: *Política...*, *op. cit.*, 272; Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 86.

[129] Diario Oficial *El Peruano*, del 3 al 5 de setiembre de 1984.

[130] Diario Oficial *El Peruano*, del 20 y 30 de octubre de 1984 y 3 y 4 de noviembre de 1984.

[131] Diario Oficial *El Peruano*, del 19 a 21 de agosto de 1985.

[132] Prado Saldarriaga: *Derecho penal y política*, 63.

[133] Prado Saldarriaga: *Política...*, *op. cit.*, 275-277.

La propuesta de agosto de 1985, derivada de la misma comisión, no es sino la de octubre-noviembre de 1984 con algunas enmiendas[134]. Bien ha criticado Hurtado Pozo que su defecto principal, al igual que su fuente básica, el Código de 1924, fue su excesiva pretensión de perfeccionismo técnico y teórico. La preocupación de los autores no fue de política criminal, no se cuestionó la efectividad de la ley vigente ni se trató de sustituirla por una más pragmática y adecuada a nuestra realidad[135].

La Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, creada mediante la Resolución Ministerial 193-85, del 31 de julio de 1985, elaboró el Proyecto de marzo-abril de 1986[136], el cual tuvo, como principales insumos, los proyectos de octubre-noviembre de 1984 y agosto de 1985 y reprodujo en consecuencia los defectos antes mencionados. Esta propuesta fue especialmente debatida en el seno de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos[137], donde Zaffaroni puntualizó que un nuevo código penal peruano «tendría que inspirarse en una filosofía bien distinta a la que responden el código vigente y el proyecto» y basarse en un derecho penal de acto y no de autor, y debe la reforma tener en claro ciertos objetivos político-criminales[138].

Por su parte, Solís Espinoza señaló que la problemática del delito debía analizarse desde una perspectiva criminológica, social, económica y de la realidad peruana sin dejar de lado los aspectos normativos[139]. Para Peña Cabrera, a su vez, era necesario trabajar intensamente el problema de las penas, su sistema y el respectivo correlato en el terreno de la ejecución penal[140], mientras que Villavicencio Terreros criticó, más bien, el abandono de la fuente helvética en materia de delitos de peligro común[141], en tanto que Sánchez Velarde evaluó los problemas del proyecto vinculados a la despenalización[142].

12. La Ley 24911, del 25 de octubre de 1988, bien avanzado en el gobierno del Partido Aprista, amplió el plazo previsto por la Ley 23859 en orden a que el Poder Ejecutivo promulgue un nuevo código penal mediante un decreto legislativo. La nueva Comisión Revisora tuvo como mate-

[134] *Vid.* cuarto párrafo de los «Antecedentes» de la exposición de motivos del Código Penal de 1991.

[135] Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 86 y 87-90.

[136] Diario Oficial *El Peruano*, del 31 de marzo al 2 de abril de 1986.

[137] AA. VV.: *Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal, passim.*

[138] Zaffaroni: «La parte general del proyecto de Código Penal de abril de 1986», 13-16.

[139] Solís Espinoza: «La delincuencia común, política y de cuello blanco», 73-74.

[140] Peña Cabrera: «Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal», 96.

[141] Villavicencio Terreros: «Delitos de terrorismo en el proyecto de Código Penal», 101-115.

[142] Sánchez Velarde: «Despenalización en el proyecto de Código Penal de 1986», 117-134.

ria prima el Proyecto de 1986 y estuvo integrada por penalistas como Roy Freyre y Bramont Arias y, en calidad de colaboradores, participaron, entre otros, Peña Cabrera, Villavicencio Terreros, San Martín Castro y Prado Saldarriaga. Dicha Comisión publicó, en primer término, una propuesta de parte general en setiembre de 1989[143] y luego, en julio de 1990, hacia el final del gobierno de García Pérez, el proyecto completo de Código Penal[144].

Dichas propuestas eran más acordes con las modernas tendencias del derecho comparado, pero lo más importante es que tomaron como punto de partida el reconocimiento de la profunda crisis del derecho penal y, en especial, de la ejecución penitenciaria, así como las limitaciones de nuestra realidad. Ello condujo a la Comisión a adoptar los presupuestos básicos de un derecho penal de mínima intervención, es decir, los principios de culpabilidad, lesividad, prevención, *ultima ratio*, entre otros[145].

Entre las fuentes más importantes cabe citar el Proyecto de Código Penal español de 1980, la Propuesta Alternativa de la Parte General del Grupo Parlamentario Comunista de 1982, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal español de 1983, el texto refundido de Código Penal español de 1944 —reformado conforme a los principios constitucionales en 1983—, el Proyecto Alternativo alemán de 1966 y la parte general del Código Penal germano (StGB) —que entró en vigor el 1 de enero de 1975—, el Código Penal brasileño de 1984, el Código Penal de Portugal de 1982, el Código Penal de Colombia de 1980, el Proyecto de Código Penal argentino de 1987, el Proyecto peruano de 1986 y el código Maúrtua de 1924[146].

El retorno a las fuentes españolas y la intensificación de la influencia alemana son especialmente visibles en la parte general, publicada en 1989, donde se introducen, por ejemplo, las cláusulas alemanas de la omisión (art. 18) y de la actuación «en lugar de otro» (art. 32), también recogidas en las fuentes hispanas. Se renuncia a los conceptos de tentativa y frustración a favor de normas acordes con los criterios germanos de tentativa inacabada y acabada (arts. 21 y ss.). La influencia española se observa claramente, por ejemplo, en el tratamiento de las consecuencias accesorias para la persona jurídica (art. 105), inspirado en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983.

[143] Diario Oficial *El Peruano*, del 9 setiembre de 1989.
[144] Diario Oficial *El Peruano*, del 17 de julio de 1990.
[145] Exposición de motivos del Proyecto de 1990, 7 y ss.
[146] Villavicencio Terreros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 74, nota 69. También la exposición de motivos del Código Penal peruano de 1991, *passim*.

Este tecnicismo de la parte general, claramente advertido en la exposición de motivos del Código de 1990[147], no imperó en la parte especial publicada ese año. Si bien el proyectista tuvo la iniciativa de modernizar el catálogo de delitos y de codificar la ya profusa legislación complementaria, se enfrentó al viejo problema de concretar tipos penales acordes con los principios limitadores del *ius puniedi* derivados de la Constitución y, en muchos casos, anunciados en la parte general. De un lado se descriminalizaron figuras delictivas que ya habían sido cuestionadas por la doctrina nacional, sea por desuso —como el duelo o la piratería—, por establecer reglas de responsabilidad objetiva —como la figura de la riña— o por desvincularse del principio de lesividad —según se observaba en el adulterio—.

Asimismo, no puede soslayarse el valor de incorporar figuras modernas como el homicidio por piedad, el genocidio, los delitos contra la intimidad, los delitos laborales, el fraude en la administración de sociedades mercantiles o cooperativas, los delitos económicos o los delitos ambientales. Pero llama la atención que la propia exposición de motivos declare el distanciamiento de una concepción moral del derecho penal[148], mientras que en los delitos sexuales se considera como bien jurídico «las buenas costumbres» y el «honor sexual». Un aspecto especialmente problemático durante la coyuntura de 1990 era el tratamiento del terrorismo. El proyectista mantuvo el núcleo de conductas previstas en la legislación anterior, pero recurrió a penas graves de hasta 25 años de privación de libertad que contrastaban con la orientación resocializadora que se pretendía dispensar a la pena[149].

Otra propuesta polémica fue la descriminalización del aborto por indicación ética y eugenésica (CP, art. 120, nums. 2 y 3), la cual produjo una importante reacción contraria de los sectores conservadores de la sociedad y de la Iglesia católica al extremo de que, al aprobarse el Código Penal de 1991, tuvo que preverse una sanción simbólica para estas conductas de hasta tres meses de privación de libertad (CP, art. 120). Estos aspectos problemáticos de la parte especial, presentados solo a modo de ejemplos, son representativos de un elemento común que ha acompañado a la reforma penal peruana de los últimos decenios y no de la politización del proceso de selección de conductas punibles y sus sanciones, que sin duda es un factor inevitable en toda labor relativa a la parte especial —y hasta quizás deseable, en tanto se observen determinados parámetros

[147] Exposición de motivos del Proyecto de 1990, 10.
[148] *Ibid.*, 7.
[149] *Ibid.*, 8.

político-criminales[150]—, sino de la adopción de soluciones penales para resolver problemas puramente coyunturales, atender las demandas del momento o acallar las exigencias de la opinión pública, incluso mediante tipificaciones carentes de lesividad.

Antes bien, la propuesta de 1990 merece, sin lugar a dudas, una valoración positiva. Por primera vez se aprecia claramente un proyecto técnico, comprometido con la necesidad de establecer una legislación penal más acorde con la realidad social del país, que guarde mayor celo frente a las fuentes extranjeras y que, en general, es consecuente con los presupuestos político-criminales previstos en la Constitución.

13. El Proyecto de Código Penal de enero de 1991[151], publicado sin exposición de motivos, fue el producto de la Comisión Revisora creada durante el primer gobierno de Cambio Noventa mediante la Ley 25280, del 30 de octubre de 1990, la cual delegó facultades al Poder Ejecutivo para promulgar, en el plazo de 90 días, un nuevo código penal. La Comisión estuvo integrada por miembros de las cámaras de Senadores y de Diputados, y de diversas instituciones del país, entre cuyos integrantes destacaban los penalistas Méndez Jurado, Portocarrero Hidalgo y Bramont Arias, mientras que Peña Cabrera intervino como colaborador.

Esta propuesta no fue más que una revisión del Proyecto de 1990. Por un lado, se mantuvo casi intacta la parte general y se incorporó un título preliminar como en el Proyecto de 1986 a fin de consagrar los principios reguladores más relevantes del *ius puniendi*. De otro lado, la parte especial acentuó la línea sobrecriminalizadora en materia de tráfico de drogas y terrorismo, sin superar los principales problemas del Código de 1990, en especial el relativo a ser consecuente con el principio de lesividad. El plazo fijado por la Ley 25280 fue ampliado a 60 días más por la Ley 25350, del 10 de febrero de 1991, en virtud de la cual, sobre la base del proyecto de enero de 1991 y sin trámite parlamentario alguno, se aprobó el Código Penal a través del Decreto Legislativo 635, del 8 de abril de 1991, aunque la publicación de las normas se hizo de manera secuencial el 8, 9 y 10 de abril.

[150] Como bien advirtió la Comisión Revisora de 1990: «La Parte General tiene una reconocida dimensión jurídico-filosófica que compete fundamentalmente precisar a los expertos, no así la Parte Especial que demanda, más bien, decisiones políticas que implican, consecuentemente, apreciaciones político criminales que deben ser convenientemente aceptadas por una Comisión Codificadora o Revisora. No olvidemos que la Parte Especial de un Código Penal es el lugar en donde, con motivo de la descripción de las ilicitudes, se reactualizan, determinan, concretizan, reconsideran y complementan los enunciados y cuantificaciones, según el caso, contenidos en la parte general y que se refieren al delito o a sus penalidades» (Exposición de motivos del Proyecto de 1990, 10).

[151] Diario Oficial *El Peruano*, del 20 de enero de 1990.

14. Pese a las tres décadas de vigencia del Código de 1991, es aún difícil establecer una valoración global en torno a una norma que —parafraseando a Manuel G. Abastos al calificar el Código de 1924— viene quizás envejeciendo sin haber sido totalmente aplicada ni suficientemente estudiada. Con seguridad, varias de las consideraciones señaladas en torno a los proyectos de 1990 y 1991 son aquí relevantes, pero no debe perderse de vista que diversas normas y hasta capítulos enteros del Código de 1991 han sido reformados en diversas oportunidades sin quedar en ocasiones rastro del esbozo original en el texto vigente.

A ello se suma la extensa legislación complementaria que, en muchos casos, toma distancia de los principios político-criminales derivados de la carta magna y que ha terminado por desvirtuar la pretensión codificadora que inspiró el proceso de reforma iniciado en 1980.

El nuevo código fue recibido con cierto fervor por la comunidad jurídica nacional. Se había logrado la derogación de un texto anacrónico alejado del desarrollo penal de los últimos 70 años. Debe recordarse además que la euforia del movimiento de la criminología crítica tuvo su auge en nuestro país entre fines de 1980 y principios de 1990, por la cual varios sectores de la comunidad jurídica expresaron un rechazo hacia la legislación vigente por derivar de procesos de criminalización selectivos y discriminatorios[152].

No era, entonces, posible legislar «de espaldas» a la realidad, de allí que de la exposición de motivos se deduzca que la reforma total del ordenamiento penal no solo tuvo como fin adaptar el Código al sistema político dibujado por la Constitución de 1979, sino también a las nuevas realidades de la sociedad peruana y a los avances que presentaban la dogmática penal, la política criminal, la ciencia penitenciaria y la criminología[153]. En tal sentido, como expresa el legislador en la exposición de motivos, «[e]l Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa de que el derecho penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho», que es una declaración acorde con la regulación de los más importantes principios limitadores del *ius puniendi* en el título preliminar como los de legalidad, lesividad, culpabilidad o proporcionalidad.

[152] Yrigoyen Fajardo: «Nociones básicas sobre criminología y sistema penal» en *Separata de criminología*, 5 y ss.; Prado Saldarriaga: *Derecho penal y política*, 59 y ss.; Caro Coria: *La protección penal del ambiente*, 51-91.

[153] Kunicka-Michalska: «La reforma...», *op. cit.*, 112.

Al igual que en el proyecto de 1990, destacan como fuentes el Proyecto de Código Penal español de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal española de 1983, el Proyecto Alternativo alemán de 1966, y el Código Penal germano (StGB), el Código brasileño de 1984 y el Código colombiano de 1980. Nuevamente, cabe subrayar que el legislador procuró no repetir las fuentes extranjeras, pues tomó de ellas lo que consideró conveniente y, en algunos casos, mantuvo las normas nacionales[154]. Como puede observarse desde la exposición de motivos, el tecnicismo imperó en la parte general, la cual reprodujo casi totalmente las normas del Proyecto de enero de 1991 y, por esa vía, las del Proyecto de 1990.

Aunque no es posible detallar de manera exhaustiva las principales innovaciones al Código Penal, cabe al menos resaltar las siguientes: la cláusula de la omisión (art. 13), la regulación diferenciada del error de tipo y el de prohibición (art. 14), el error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15), las formas de tentativa y el desistimiento (arts. 16 y ss.), el tratamiento diferenciado del estado de necesidad justificante y exculpante (art. 20, nums. 4 y 5), el miedo insuperable (art. 20, num. 7), el consentimiento justificante (art. 20, num. 10), la actuación «en lugar de otro» (art. 27), la unificación de las penas privativas de libertad y la eliminación de la reincidencia y habitualidad, las variadas medidas alternativas a la privación de libertad fuera de la condena condicional (reserva del fallo condenatorio, exención de pena y conversiones) y las consecuencias accesorias para la persona jurídica (art. 105).

La injerencia política en la parte especial fue un factor decisivo en la sobrecriminalización del tráfico de drogas y el terrorismo, como ya se advertía desde la propuesta de 1990. La modernización anunciada desde esta se materializó con la eliminación del duelo, la piratería o la riña, y con la incorporación del homicidio por piedad, el genocidio, los delitos contra la intimidad, los delitos laborales, el fraude en la administración de personas jurídicas, los libramientos indebidos y los delitos económicos en general. En cuanto a las sanciones, el legislador de 1991 intentó ceñirse al principio de proporcionalidad de acuerdo con la jerarquía de los bienes jurídicos, incluso en delitos especialmente sensibles ante la opinión pública como los abusos sexuales, el secuestro o el robo, cuya orientación duraría muy poco y concretamente hasta el autogolpe de Estado y la liquidación del Parlamento el 5 de abril de 1992.

[154] Zúñiga Rodríguez: «El nuevo Código Penal peruano» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 516.

En suma, aunque provocó muchas críticas[155], el texto original del Código Penal de 1991 fue considerado como un documento legislativo muy avanzado. Como indicó en su momento Kunicka-Michalska, «[r]ecoge tendencias progresistas en la ciencia penal actual y, sin duda, constituye un éxito en la ciencia penal latinoamericana, así como un acontecimiento en el movimiento de reforma penal contemporáneo»[156].

15. La contrarreforma penal se inició apenas siete meses después de promulgado el nuevo Código Penal. El Decreto Legislativo 736, del 12 de noviembre de 1991, incorporó los arts. 296-A y 296-B a fin de sancionar el lavado de activos derivados del tráfico de drogas o del narcoterrorismo y estableció penas que podían superar los 20 años de privación de libertad. Este y otros decretos legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo a fines de 1991 fueron derogados mediante la Ley 25399, del 10 de febrero de 1992, hecho que, sumado a otros de mayor envergadura política, marcó un serio distanciamiento entre el Gobierno y el Congreso, donde Cambio 90 no gozaba de mayoría parlamentaria.

Tal problema fue «resuelto» con el llamado *autogolpe de Estado* del 5 de abril de 1992, el cual en definitiva marcó un nuevo capítulo en el desarrollo del derecho penal peruano. Hasta fines de ese año se aprobaron, mediante decretos leyes, normas especialmente draconianas, sin participación alguna del Congreso que fue disuelto *de facto* en abril, sobre todo en materia de terrorismo (Decreto Ley 25475, del 6 de mayo de 1992), traición a la patria (Decreto Ley 25659, del 13 de agosto de 1992, y Decreto Ley 25880, del 26 de noviembre de 1992)[157] y lavado de activos (Decreto Ley 25428, del 11 de abril de 1992), con sanciones de hasta cadena perpetua, pese a los cuestionamientos provenientes del Ministerio de Justicia. Con ello se ensombreció totalmente la labor reformadora que había tardado en madurar desde 1980.

Este derecho penal de clara vocación autoritaria trajo consigo graves violaciones a los derechos humanos debido a los excesos en la lucha antisubversiva y por la progresiva expansión de las reglas de la emergencia penal anclada en las concepciones de «seguridad nacional» de la década de 1960[158] hacia otros sectores relacionados con la delincuencia común u ordinaria, como los delitos de secuestro, robo, abigeato o violación sexual.

---

[155] Zúñiga Rodríguez: «El nuevo...», *op. cit.*, 515-524.

[156] Kunicka-Michalska: «La reforma...», *op. cit.*, 123.

[157] Críticamente, *vid.* Prado Saldarriaga: *Comentarios al Código Penal de 1991*, 155 y ss.; Gamarra Herrera: *Terrorismo. Tratamiento jurídico*, 25 y ss.; Rivera Paz: *Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista*, 5 y ss.

[158] Prado Saldarriaga: *Derecho penal y política*, 73.

Esta violencia penal no fue debidamente detenida ni corregida por el Congreso Constituyente Democrático que operó entre 1993 y 1995 ni por el Congreso de la República de 1995 a 2000, periodos donde el Gobierno gozó de una clara mayoría congresal y donde se observa más bien la renuncia del Poder Legislativo a revisar la legislación penal precedente pese a que las razones motivadoras de la emergencia penal habían cesado al menos desde junio de 1995 cuando se pretendió amnistiar mediante leyes del propio Congreso a los autores de graves violaciones a los derechos humanos con el fin de «consolidar la pacificación y la reconciliación nacional».

Esta grave omisión parlamentaria permitió, entre otras soluciones inconstitucionales, el otorgamiento en 1996 de facultades de persecución penal al Órgano Administrador del Tributo (art. 7 del Decreto Legislativo 813), que fue una suerte de oportunidad administrativa nunca conocida que permitió graves actos de persecución política y corrupción, a través de una jurisdicción especializada, integrada por jueces y fiscales nombrados en algunos casos desde el Servicio de Inteligencia Nacional de las Fuerzas Armadas (SIN), como se ha hecho público a través de los videos del caso Montesinos.

Dicha jurisdicción fue ampliada luego mediante la Resolución Administrativa 744-CME-PJ, del 23 de setiembre de 1998, emitida por un órgano inconstitucional, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, creada mediante la Ley 26546, del 21 de noviembre de 1995, para —con el pretexto de «reformar y modernizar la administración de justicia»— someter el Poder Judicial a un control político directo. La citada norma extendió la jurisdicción penal tributaria para perseguir delitos comunes no vinculados con lo tributario: estafas y defraudaciones patrimoniales, delitos contra la función jurisdiccional y delitos contra la fe pública.

Tal extensión concentró la persecución de hechos de relevancia penal empresarial en manos del SIN, desde donde se extorsionó a grupos empresariales y se persiguió a quienes osaron ser desleales al régimen. Como si esto no fuera suficiente, la Resolución Administrativa 1148-2000-CME-PJ, del 3 de junio de 2000, extendió aún más el fuero penal-tributario, esta vez, para hacer frente a las graves denuncias por actos de corrupción de funcionarios en las postrimerías del segundo gobierno de Alberto Fujimori, aunque quizás fue también diseñada ante la eventualidad de que se descubriera la compra del cambio de bancada al oficialismo de congresistas de la oposición electos para el periodo 2000-2005. Así ocurrió, en efecto, en setiembre de 2000 cuando, tras la difusión del famoso video Kouri-Montesinos, una fiscal provincial en lo penal-tributario resolvió no haber mérito para denun-

ciar penalmente el hecho ante el Poder Judicial, lo cual fue una decisión que finalmente no se impuso.

Tampoco puede soslayarse, como parte de la obra penal del segundo gobierno de Fujimori, normas complementarias netamente inconstitucionales como la relativa al delito de contumacia (Ley 26641, del 26 de junio de 1996) o la puesta en vigor en 1998, nuevamente mediante el peligroso recurso a los decretos legislativos de una serie de normas penales (decretos legislativos 895, del 23 de mayo, sobre terrorismo especial; 896 del 24 de mayo, contra delitos agravados; 898, del 27 de mayo de 1998, contra la posesión de armas de guerra; 899 del 28 de mayo, contra el pandillaje pernicioso)[159] y de las llamadas *normas sobre «seguridad nacional»*, las cuales ampararon nuevas sanciones de cadena perpetua o la habilitación de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles que cometían delitos comunes como el secuestro o la extorsión.

Este alejamiento radical de los presupuestos básicos de la Constitución durante el periodo 1991-2000, a través de la legislación complementaria, no dejó de estar presente, aunque con menor intensidad, en la parte general del Código Penal como dan cuenta, por ejemplo, las normas que otorgaron capacidad penal a los menores de 16 años, que fue un exceso corregido en 1995 mediante la Ley 26447, del 21 de abril, que la fijó en 18 años a través de la modificación del art. 20.2 del CP y que promovió el debate sobre los fundamentos del derecho penal de menores, cuyas primeras líneas ofrece el Proyecto de Ley Penal del Adolescente de julio de 2001[160].

Sin embargo, este Proyecto tampoco expresa un sometimiento claro a los criterios y garantías de la imputación penal como plantea la doctrina penal contemporánea[161]. Así, en España se ha promulgado la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la cual supera el común deseo de acudir a una lógica tuitiva o protectora del menor que más bien termina soslayando las garantías para la imputación. En el caso peruano, la reforma del derecho penal de menores plantea varias alternativas, desde la construcción de todo un código penal y procesal penal para menores —opción finalmente adoptada mediante el Decreto Legislativo 1348, Código de Responsabilidad Penal

[159] Críticamente, *vid.* Caro Coria: «Seguridad ciudadana y "decretos de emergencia"» en *Informativo legal BM&U*, 1; Ugaz Sánchez-Moreno: «Grandes urbes e inseguridad ciudadana», 327 y ss.

[160] Publicado como separata especial en el Diario Oficial *El Peruano*, del 26 de julio de 2001.

[161] Martínez Serrano: «Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000», 19 y ss.

de Adolescentes— hasta la más simple, esto es, establecer cláusulas de remisión general a los postulados del Código Penal y de Procedimientos Penales que rigen los principios para atribuir la infracción al autor independientemente de si el menor tiene culpabilidad, una menor culpabilidad o una culpabilidad propia distinta a la construida para los adultos. En todo caso, la ausencia de acuerdo dogmático sobre la «culpabilidad del menor» no debe significar la renuncia legislativa a trasladar, desde el punto de vista político-criminal, las mismas garantías del derecho penal sustantivo al derecho penal del menor y establecer consecuencias, básicamente, desde una perspectiva de prevención especial.

Otra muestra de la dirección autoritaria en materia de parte general deriva de la Ley 27024, del 25 de diciembre de 1999, la cual reformó el art. 22 del CP a fin de excluir la disminución de la pena para los imputables restringidos de 18 a menos de 21 años de edad que hubieran cometido delitos sexuales, tráfico de drogas, terrorismo, terrorismo especial, atentados contra la seguridad nacional, traición a la patria o cualquier otro delito sancionado con cadena perpetua. Del mismo modo, se reformó el art. 29 del CP a fin de ratificar la cadena perpetua como pena en nuestro ordenamiento y elevar el máximo permitido de la privación de libertad temporal a 35 años, cuya modificación introdujo la quinta disposición final del Decreto Legislativo 896, del 23 de mayo de 1999.

16. La nueva Comisión Revisora del Código Penal, creada mediante la Ley 27421, del 7 de febrero de 2001, tuvo la misión de elaborar un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal. Para ello, se le otorgó el plazo de 365 días útiles desde la instalación de la primera legislatura de 2001. La norma no precisó exactamente si la comisión debía elaborar una propuesta de nuevo código o más bien una propuesta de reforma urgente y parcial del Código vigente, como hubiera sido lo más conveniente.

La necesidad de superar los aspectos más graves de la regulación vigente demanda una reforma inmediata sobre la base de determinados principios constitucionales como los de proporcionalidad de las penas, lesividad y legalidad de modo similar a la experiencia española cuando, tras la puesta en vigor de la Constitución española de 1978 y una vez establecidas las bases del régimen democrático, se realizó en 1983 una reforma urgente del texto refundido del Código Penal de 1973. Sin embargo, y en ello radica lo contradictorio de la práctica legislativa, la Comisión Revisora, pese a contar con casi un año y medio de creación, aún no se instala ni se inicia el trabajo prelegislativo. Frente a ello no solo se tiene detenido el proceso de revisión sistemática y urgente de la legislación penal, sino también que dicha tarea viene siendo suplida finalmente por

el Congreso de la República, que, a falta de un programa orgánico de reforma penal, viene legislando desordenadamente y en muchos casos bajo razones meramente coyunturales.

Así, entre agosto de 2001 y la primera quincena de junio de 2002, se han puesto en vigor más de 20 leyes de relevancia penal, algunas como respuesta a un específico problema social. Por ejemplo, la Ley 27686, del 19 de marzo de 2002, elevó las penas de los tipos de los arts. 283 y 315 del CP en casos de «entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos y disturbios», que fue aprobada como reacción ante los múltiples reclamos populares que se veían en nuestro país desde agosto de 2001 y cuya eficacia es casi nula[162], como lo demostraron los acontecimientos de Arequipa suscitados en la segunda y tercera semanas de junio de 2002 contra el proceso de privatización de dos empresas. Un suceso similar aconteció con la Ley 27716, del 11 de mayo de 2002, la cual regula la fabricación, importación, depósito, transporte, comercialización y uso de productos pirotécnicos, aprobada tras el grave incendio de la zona comercial de Mesa Redonda en diciembre de 2001, la cual contempla, en el art. 7, nuevos tipos penales.

No ha sido posible articular coherentemente un proceso de reforma parcial y urgente de la legislación penal. Por ello debe insistirse en que el proceso de aprobación de un nuevo código debe estimarse como una tarea de largo plazo. Se requiere un lapso importante para discutir los fundamentos de una regulación alternativa[163] en consideración de los procesos de reforma constitucional donde viene cobrando fuerza la necesidad de elevar al máximo nivel normativo determinados principios de carácter penal. Así, el citado Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución introduce los «Límites de la potestad punitiva del Estado» (art. 2), la «Orientación de la política criminal y penitenciaria» (art. 3), el «Deber de investigación de violaciones de derechos humanos» (art. 4), entre otras disposiciones propias de un programa penal de la Constitución.

No se trata entonces, como es común hasta ahora en nuestro medio, de que una comisión ilustrada proponga una profunda reforma sin siquiera haberse sometido a debate los principales problemas de la legislación vigente frente a la realidad nacional ni alcanzado consenso sobre los diversos problemas de la parte general y especial que merecen ser atendidos por el legislador. En esa dirección, merece poner de relieve, aunque sea

[162] Caro Coria: «¿Relevancia penal de los "disturbios públicos"? Notas sobre la reforma penal mediante la Ley 27686» en *Legal Express*, 9.

[163] Silva Sánchez: «Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito del nuevo Código Penal español» en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 271 y ss.

de modo general, las principales tendencias de la doctrina penal nacional a fin de establecer esos grandes derroteros *de lege ferenda*.

III. Itinerarios de una reforma ideal

17. Finalmente, y aquí radica un aspecto medular de toda reforma, a pesar de que la reflexión político-criminal ha acompañado en general al discurso de los penalistas peruanos en la última década, en los casi 30 años de vigencia del Código de 1991 no se ha planteado hasta ahora un debate profundo sobre el rol de la política criminal en el trabajo dogmático y en la interpretación del derecho penal vigente, así como el modo como los conocimientos provenientes de la criminología o la victimología pueden ser relevantes para el diagnóstico de la capacidad de rendimiento de la ley penal. Esto, a puertas de una reforma penal en el Perú, nos ubica, *mutatis mutandis*, en una situación similar a la que condujo a la aprobación del Código Penal de 1924 en la que imperaron el tecnicismo jurídico y el deseo de adaptar la legislación foránea a las necesidades propias, pero sin tener en cuenta la realidad político-criminal del país ni la fuerza de la cultura jurídica nacional.

A este hecho se suma que un sector de la doctrina peruana viene defendiendo la adopción del método funcional en el análisis penal, lo que justifica prestar atención a las actuales orientaciones de este método a fin de identificar el rol de la política criminal si es que se piensa todavía —parafraseando a Liszt— en un derecho penal como «barrera infranqueable de la política criminal»[164]. En esa línea de ideas, merece ponerse de relieve la recepción en nuestro medio de los aportes del profesor Jakobs en la interpretación del derecho vigente.

18. En la presentación de una colección de artículos de Jakobs, publicados bajo el título *Bases para una teoría funcional del derecho penal*[165], ya señalé que la difusión y conocimiento de su extensa obra es relativamente reciente en Latinoamérica y, especialmente, en el Perú. La importancia de esta es indiscutible, pues Jakobs es reconocido como uno de los juristas más trascendentes en la ciencia penal contemporánea[166], sobre todo por el desarrollo de un modelo funcionalista normativo del derecho penal que expone principalmente en su obra *Strafrecht, allgemeiner Teil: die*

[164] Liszt: *Strafrechtliche. Aufsätze und Vorträge*, 80.

[165] Caro Coria: «Presentación» en Jakobs, 11 y ss.

[166] En la recensión a la primera edición de 1983 del *Tratado de derecho penal* de Jakobs, su obra fue calificada por Roxin como el más audaz y consecuente esbozo hasta ese entonces de un sistema puramente teleológico con reflexiones originales que anticipaban los próximos 30 años (en «Recensión del libro: *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch*, de Günther Jakobs», 2270).

Grudlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch[167], ya traducido al español en 1995 por Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo[168]. A esta obra, sobre la parte general se suman las múltiples contribuciones del autor orientadas a establecer los fundamentos de una teoría funcional del derecho penal.

Durante el desarrollo de más de cuatro décadas de las tesis normativistas de Jakobs, se aprecia una progresiva desvinculación de la teoría de los sistemas de Luhmann y un acento en su raigambre hegeliana[169]. Antes bien, desde sus inicios, Jakobs tomó distancia de la herencia ontológica del finalismo para dar paso a una renormativización de los conceptos jurídico-penales conforme a la función que corresponde al derecho penal y no de acuerdo con datos previos naturales o ajenos a la sociedad. A su juicio, ella se concreta en el mantenimiento de la configuración de la sociedad en cuanto a configuración normativa, es decir, que la misión del derecho penal es confirmar la identidad social. Como precisa en el prólogo a la primera edición de su *Tratado sobre la parte general*, la misión de la dogmática penal se cifra en desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado con contenido expresivo mediante otro acto con significado. El objetivo es la sistematización del derecho penal vigente en términos normativos[170]. Se pretende describir, en un sistema normativo, el funcionamiento de un determinado sistema de imputación de acuerdo con una concepción que quiere separar la política criminal y dogmática penal sin que ello deba valorarse, a juicio de sus seguidores, como prueba de determinadas intenciones políticas[171].

Este punto de partida conduce a múltiples consecuencias, entre las que cabe destacar, por su trascendencia para todo el sistema del derecho penal, la concepción de la pena como medio de estabilización de las expectativas normativas. Dicho de otro modo, la pena tiene como función el mantenimiento de la confianza en la vigencia de la norma antes que perseguir otros efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual que la punición estatal también podría producir.

No se trata, en consecuencia, de dispensar protección a lo que clásicamente se conoce como *bien jurídico*, sino de orientar la tutela hacia la

[167] Segunda edición, Berlín, 1991.

[168] *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Segunda edición. Madrid, 1997.

[169] Silva Sánchez: *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 28.

[170] Primera edición, Berlín, 1983, V-VI.

[171] Suárez González y Cancio Meliá: «Estudio preliminar», 79-80.

estabilización de los preceptos normativos[172]. Como puede apreciarse, esta concepción normativa de la pena —y, en general, de la propia misión del derecho penal— repercute directamente en el entendimiento de aspectos tradicionalmente ligados a categorías psicológicas, prejurídicas o lógico-objetivas, entre ellos, los conceptos de acción y culpabilidad, pero también en la delimitación de estructuras que surgieron como correctivos normativos, como por ejemplo la imputación objetiva o la autoría.

Este camino de refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático no ha sido valorado de forma homogénea en la dogmática penal. En una perspectiva crítica, se ha señalado la necesidad de tomar en cuenta determinados aspectos de la realidad del ser, las consecuencias político-criminales de las soluciones dogmáticas en un marco crítico frente al sistema social y el presupuesto de un derecho penal al servicio de la persona humana y no de la sociedad[173].

Estas objeciones forman parte del debate actual y no han sido desatendidas por el autor. Especialmente en su trabajo *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*[174], Jakobs ratifica la importancia de elaborar un sistema del derecho penal capaz de responder a las necesidades de una comunicación normativa sin por ello, a su entender, instrumentalizar a la persona, a quien concibe, en términos también funcionales, como la representación de una competencia socialmente comprensible, no como un ente capaz de ocasionar o impedir un suceso, sino como aquella que puede ser responsable de este.

En 1983 ya advertía Jakobs que, al renormativizar, no se trata de erigir sistemas normativos al margen del contexto social, sino que los esfuerzos se orientan a un derecho penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que, evidentemente, deba renunciarse a formular aspiraciones frente a la realidad[175]. Precisamente por ello, y bastante lejos de lo que en varias ocasiones se ha sostenido, una teoría funcional del derecho penal no es ontológicamente compatible con un «derecho penal del enemigo» que Jakobs cuestiona por oponerse a una sociedad de libertades[176]. A juicio de Suárez Gonzáles y Cancio Meliá, la propia concepción de Jakobs

[172] Jakobs: «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», 43 y ss.

[173] Lüderssen: «El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios "europeos tradicionales" o ¿adiós al "derecho penal europeo tradicional"?» en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 65 y ss.; Muñoz Conde: «Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal» en *Revista Penal*, 47-48.

[174] *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, 19 y ss.

[175] *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch*, VI.

[176] Jakobs: *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, 29-35.

parte de un determinado sistema social cuyo pilar básico es el reconocimiento del estatus y de la esfera del ciudadano, de allí que sus posturas no sean incompatibles con reflexiones político-criminales o relacionadas con la legitimidad del sistema o con partes de este[177].

19. Estas aclaraciones son de suma trascendencia ante la progresiva recepción en nuestro medio del método funcionalista normativo de Jakobs[178]. La desordenada expansión de la legislación penal peruana, alejada en muchos casos de los límites constitucionales del poder punitivo, como se ha descrito, no puede convalidarse a través de una concepción funcional del derecho penal que, más allá de cualquier esfuerzo por relacionarla con determinados parámetros axiológicos, todavía se viene estimando como neutral o quizás compatible con cualquier sistema político-social[179]. Que esta orientación funcional no sea promotora de un derecho penal autoritario o «del enemigo» quizás no es suficiente garantía para adoptarlo en la interpretación de nuestro derecho penal vigente, que es una tarea que necesita un indudable ingrediente valorativo[180] que demanda, por el contrario, una no neutralidad político-criminal frente a regulaciones *de lege lata* desvinculadas de la Constitución y en un contexto social donde no se han superado las graves violaciones a los derechos humanos.

Ya en la presentación del libro *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal* del profesor Serrano-Piedecasas Fernández[181] he sostenido que la necesaria orientación axiológica puede dispensar el método funcionalista moderado, desarrollado principalmente por Claus Roxin[182]. Este propone orientar el sistema del derecho penal hacia las valoraciones de la política criminal, lo cual, frente a la perspectiva ontológica heredada del finalismo, obliga a una amplia normativización de los conceptos, de modo que se garantice la flexibilidad necesaria para hacer posibles las variaciones de contenido en los conceptos en función de los cam-

[177] Suárez González y Cancio Meliá: «Estudio...», *op. cit.*, 80, nota 166, 81. Asimismo, *vid.* Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá: *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, 41 y ss. Como señala García Cavero, no puede afirmarse que una visión funcionalista del derecho también explicaría una «sociedad de demonios» si esta funcionara, pues la descripción del sistema social debe conllevar los fundamentos valorativos que configuran la sociedad (García Cavero: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 34, nota 44).

[178] *Vid.* García Cavero: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, 32 y ss.; Villa Stein: *Derecho penal. Parte general*, 75 y 189; Caro Coria: *Derecho penal del ambiente*, 17 y ss.

[179] Muñoz Conde: *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, 72.

[180] Hurtado Pozo: «La interpretación de la ley en el derecho penal» en *Derecho*, 164.

[181] Caro Coria: «Presentación», XII-XIII.

[182] Roxin: *Política criminal y sistema del derecho penal*, 15 y ss.; Roxin: *Política criminal y estructura del delito*, 9 y ss.; Roxin: *Strafrecht, allgemeiner Teil I*, 3.ª ed., § 7; Roxin: *Acerca de la consolidación político criminal del sistema de derecho penal*, 25 y ss.

bios valorativos o del equilibrio de fines. Esto permitirá avanzar hacia la construcción de un «sistema abierto» de orientación teleológica[183]. De este modo, puede plantearse una postura crítica frente a la consideración de la pena como medio de estabilización o integración de las expectativas sociales, especialmente, ante la atribución al derecho penal de una misión protectora de la vigencia de la norma y no de bienes jurídicos merecedores y necesitados de tutela penal.

La perspectiva funcionalista moderada ubica, pues, a la dogmática, difuminada tanto tiempo entre pretensiones de una desmedida cientificidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer[184], en una posición crítica frente al sistema social. Por ese motivo, reflexiones político-criminales como el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, la función preventiva de la pena, el contenido valorativo-imperativo de la norma penal, la fundamentación material del bien jurídico-penal, entre otras, siempre desde el enfoque normativo de la Constitución y los derechos humanos, son de enorme trascendencia en el Perú porque proporcionan los instrumentos dogmáticos necesarios para confrontar nuestro propio expansionismo penal.

20. Si frente a la «huida al derecho penal» no es conveniente una lectura neutral del derecho penal vigente ni de sus perspectivas *de lege ferenda*, de ello no se deduce un rechazo *in limine* o una «satanización» de lo funcional, como parece apreciarse en algunos sectores de la doctrina española, hacia los fundamentos y soluciones dogmáticas propuestas por la Escuela de Bonn, las que en muchos casos coinciden con las planteadas desde otras perspectivas metodológicas respecto de temas especialmente complejos en la actualidad, como la imputación objetiva, la imputación subjetiva, la culpabilidad, la omisión o las formas de intervención en el delito[185].

Es más, la renuncia a un derecho penal protector de bienes jurídicos, que ha motivado las críticas más severas contra Jakobs en la dogmática española, sigue siendo un aspecto en franca revisión dentro del llamado *moderno derecho penal*[186] o en las normas contra el crimen organizado[187]. En estos sectores, es lugar común el recurso a la tutela de bienes jurídicos colectivos, la sanción de comportamientos de peligro abstracto, la criminalización de

[183] Silva Sánchez: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 68-69; Schünemann (comp.): *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales*, 31 y ss.

[184] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 71.

[185] *Vid.* Roxin y otros: *Sobre el estado de la teoría del delito*, 181 y ss., y el «Informe sobre las discusiones» de Silva Sánchez.

[186] Hassemer: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, 20.

[187] Hassemer: «Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones» en *Ciencias Penales*, 7 y ss.

actos preparatorios o el tratamiento de la mera participación delictiva como formas especiales de autoría. No se trata de convalidar el derecho vigente mediante el entierro del principio de lesividad, pero tampoco se puede ser ajeno a una realidad legislativa en expansión frente a la cual el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos desempeña un rol casi imperceptible.

Solo la Escuela de Frankfurt y sus seguidores han planteado un retorno a un «viejo y mejor» derecho penal liberal y, en consecuencia, la restitución de la vigencia del principio de lesividad, especialmente en sectores cercanos a la criminalidad económica[188]. A juicio de Hassemer, debe reducirse el derecho penal al «derecho penal básico» protector de bienes individuales y de determinados bienes colectivos ante puestas en peligro «graves y evidentes». Las restantes conductas sancionadas en el moderno derecho penal pueden ser controladas mediante un derecho de intervención (*Interventionsrecht*), ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y sanciones menores que las del derecho penal[189].

Esta perspectiva *de lege ferenda* que reivindica la lesividad ha sido criticada por Silva Sánchez en cuanto el derecho penal liberal del siglo XIX que se pretende reconstruir ahora y «en realidad nunca existió como tal», aunque tampoco se deba aceptar sin reparos el proceso de desnaturalización del sistema de garantías del derecho penal, por lo que plantea la asunción de un «derecho penal de dos velocidades». Se puede salvaguardar así el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de delitos sancionados con pena privativa de libertad, mientras que en sectores como el derecho penal económico puede aceptarse una flexibilización controlada de las reglas de imputación y de los principios político-criminales. Estos principios, susceptibles de una acogida gradual, no tienen que integrarse con la misma intensidad en los dos niveles del derecho penal[190], entre los que cabe incluir quizás el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos.

Estas reflexiones son de corta data en nuestro medio[191]. El principio de lesividad tiene acogida expresa en el art. IV del CP de 1991 y en la jurisprudencia[192], pero no se ha reflexionado sobre la necesidad de realizar

[188] *Vid.* ampliamente Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt: *La insostenible situación del derecho penal, passim.*

[189] Hassemer: *Persona...*, *op. cit.*, 34-35.

[190] Silva Sánchez: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 115, 116, 125.

[191] Caro Coria: «"Sociedades de riesgo" y bienes jurídicos colectivos» en *Thémis*, 5 y ss.

[192] SCS del 5 de diciembre de 1994, Expediente 3374-93-B; resolución de la Corte Suprema, del 28 de diciembre de 1994, Expediente 2900-94; SCS del 17 de noviembre

una revisión de la parte especial absolutamente consecuente con dicho principio[193] o, más bien, mediante una flexibilización de este, como propone Silva Sánchez, o, más radicalmente, renunciando a aquel como baremo del derecho penal. Esta tarea es necesaria en sectores como los delitos económicos, donde es común la criminalización de simples infracciones administrativas, lo que vulnera además el principio de *ne bis in idem*. En el terreno de los delitos sexuales es todavía necesario excluir la tutela de valores morales, como el «pudor sexual» o la sanción de lo «obsceno»; en los delitos de funcionarios hace falta identificar el interés protegido en los tipos de malversación de fondos y de enriquecimiento ilícito, entre otros ejemplos de infracciones aparentemente carentes de lesividad.

Tal vez advirtiendo este problema actual de las legislaciones contemporáneas —considera Jakobs— se puede intentar presentar el derecho penal como protección de bienes jurídicos, pero solo de una manera bastante forzada, mientras que la teoría del derecho penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez, según el autor, sobre todo en la teoría de los fines de la pena: «[E]l hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación»[194]. Con ello, Jakobs remarca su raigambre hegeliana. En el marco de las teorías absolutas, Hegel ya había sostenido que el delito equivale a la negación de la voluntad general, mientras que la pena es la negación de dicha negación, es decir, la restitución de esa voluntad general[195], de allí que el modelo de la prevención general estabilizadora de la norma surja vinculado a la retribución penal[196].

En todo caso, y como ya se advirtió, la insatisfactoria neutralidad del concepto *vigencia de la norma* favorece más bien el recurso a una orientación funcional moderada, de forma que la misión de una dogmática jurídico-penal apoyada en puntos de vista político-criminales «podría consistir en el futuro en abrir la puerta a la reforma de la legislación pe-

de 1997, Recurso de Nulidad 5269-97; SCS del 20 abril de 1999, Recurso de Nulidad 668-99.

[193] *Vid.* Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Ministerio de Justicia del Perú. «De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia». Dicha misión solo recomienda, como segunda propuesta en materia de «Acceso a la Justicia Penal», «una revisión de las penas, sobre todo en materia de delincuencia común con el fin de acomodarlas a la importancia del bien jurídico protegido y permitir la resocialización. A corto plazo habría de derogarse la legislación especial».

[194] Jakobs: «¿Qué protege...», *op. cit.*, 59-60.

[195] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 47.

[196] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 227-228. Berdugo Gómez de la Torre y otros estiman que estamos ante una actualización del pensamiento retributivo (Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 26).

nal, en tanto que también critique el derecho penal vigente y el sistema social»[197]. Si durante mucho tiempo no hemos podido evitar —parafraseando a Kirchmann— que «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en maculatura»[198], una perspectiva dogmática desde la política criminal podrá convertirse en el baremo más importante en la reforma penal peruana permanentemente en curso y que se extiende al sector penal militar y penal de menores.

[197] Muñoz Conde: «Presente...», *op. cit.*, 50-51.
[198] Kirchmann: «Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft», 25.

Capítulo III

¿QUÉ QUEDA DE LOS PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES DEL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991?

A su vez, una crítica al retorno del derecho penal de autor en el Estado liberal

I. El Código Penal y sus principios inspiradores

Han transcurrido más de tres décadas desde la puesta en vigencia del Código Penal peruano (CP). Su aparición, conforme se desprende del contenido de su exposición de motivos, se sustenta en razones de coherencia política y dogmática. Con relación a la coherencia política, se destacaba la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico penal a la Constitución Política de 1993. Desde la perspectiva dogmática, se observaba el agotamiento sufrido por el Código Penal de 1924 y su desfase respecto a los cambios en el pensamiento jurídico-penal[199].

En esa línea, el CP asumió una serie de principios inspiradores de índole político-criminal contenidos en el título preliminar[200]. Dichos lineamientos ubicaban ideológicamente al entonces novísimo Estatuto Penal dentro de los parámetros correspondientes al Estado de derecho en virtud del reconocimiento de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, caracterizados por ser instrumentos limitadores de la intervención punitiva del Estado y, con ello, de la preservación del principio de dignidad de la persona humana[201]. Sin embargo, tras la promulgación del Código Penal en 1991, el rumbo seguido por la legislación penal peruana parece enfrentar la lógica fundamentadora de los principios político-criminales inspiradores de la reforma penal de 1991 y opta por asumir una tendencia de expansión y endurecimiento del derecho penal.

---

[199] Resaltando estos aspectos, Bramont Arias: *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*, 33.

[200] Bramont Arias: *Derecho…*, *op. cit.*, 35; Castillo Alva: «Artículo I», 20-21; Peña Cabrera: *Tratado de derecho penal. Estudio programado de la parte general*, 8; Villavicencio Terreros: *Derecho penal. Parte general*, 160.

[201] Bramont Arias: *Derecho…*, *op. cit.*, 35.

El cambio de rumbo del legislador penal peruano impone la necesidad de preguntarse, evocando el título de un conocido trabajo del profesor Claus Roxin[202], ¿qué queda de los principios político-criminales del Código Penal? Para dar respuesta a esta interrogante, me limitaré a destacar, en primer lugar, los ámbitos principales de la legislación penal afectados por la reforma; en segundo lugar, trataré de explicar las causas y manifestaciones de la expansión y radicalización de la legislación penal peruana para posteriormente identificar el origen de los diseños político-criminales imperantes y formular algunas propuestas con el fin de racionalizarlos.

Ahora bien, es comprensible que la propuesta temática que pongo a consideración genere dudas con respecto a su interés de cara al público español. Sin embargo, el análisis que se plantea puede servir para identificar la tendencia punitivista predominante en el derecho comparado a través de un ordenamiento jurídico-penal como el peruano, que está tan enraizado con la tradición española hasta el punto de que la exposición de motivos del CP reconoce continuamente, en la propuesta de Anteproyecto de Código Penal español (CPE) de 1983, la fuente de muchos de sus desarrollos.

II. Las (contra) reformas del Código Penal

El primer paso para responder a la interrogante planteada es la identificación de las modificaciones legislativas producidas durante las tres décadas de vigencia del Código Penal peruano.

En este propósito, debo reconocer que mi primera intención fue reconocer cuantitativamente el número de modificaciones legislativas producidas en el CP. No obstante, la profusión de estas solo permite realizar afirmaciones aproximativas. En ese contexto, se aprecia que desde la promulgación del CP se han producido un aproximado de 800 modificaciones[203] sin mencionar la nutrida legislación penal especial o accesoria en materias ciertamente relevantes: terrorismo, drogas, criminalidad tributaria, lavado de activos, etc.

Aunque el activismo legislativo en materia penal no es una cuestión exclusiva del caso peruano, conforme se desprende ya de las no pocas reformas producidas en el CPE, la magnitud de la actividad legislativa peruana en materia penal es francamente desproporcionada. Esa percepción se agudiza si se abordan tópicos específicos de la regulación punitiva, como es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

---

[202] Roxin: «¿Qué queda del principio de culpabilidad en derecho penal?» en *Cuadernos de Política Criminal, passim.*

[203] Específicamente 793 modificaciones legislativas verificadas hasta el 7 de octubre de 2020, según el Sistema Peruano de la Información Jurídica (SPIJ). Disponible en: <bit.ly/3mEWZsP>.

En el ámbito de la delincuencia sexual, el legislador peruano ha sido especialmente proclive a revelar su tendencia *reformista*[204]. Desde la promulgación del CP, el tratamiento legislativo de tales delitos, hasta 2019, ha sido modificado en 19 ocasiones: en 1994 (Ley 26293 y Ley 26357); en 1997 (Ley 26770); en 1998 (Decreto Legislativo 896); en 1999 (Ley 27055 y Ley 27115); en 2001 (Ley 27507, Ley 27472 y Ley 27459); en 2004 (Ley 28251); en 2006 (Ley 28704 y Ley 29194); en 2007 (Ley 28950); en 2009 (Ley 29408); en 2013 (Ley 30076 y Ley 30077); en 2018 (Ley 30838 y Decreto Legislativo 1410) y en 2019 (Ley 30963). Este sector de la criminalidad es también especialmente sensible en el derecho penal español, como se observa de las modificaciones introducidas en 1999 (Ley Orgánica 11/1999, del 30 de abril); en 2003 (Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre); en 2010 (Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio) y en 2015 (Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo).

Ahora bien, tampoco es que el activismo legislativo se reduzca a ciertos tópicos propios de la parte especial. Se observa, por el contrario, un cierto pluralismo en tanto los sectores afectados comprende también aspectos relevantes de la parte general del derecho penal, por ejemplos, el principio de culpabilidad, la reincidencia, la habitualidad, el concurso ideal y real de delitos, entre otros.

Que el activismo legislativo se produzca a ambos niveles (parte especial y parte general) evidencia las dos características centrales de la orientación político-criminal de la legislación penal peruana: su expansionismo, que se expresa fundamentalmente en la parte especial[205], y su endurecimiento, a través de las restricciones de los principios limitadores de la intervención punitiva del Estado y los cambios en las escalas penales operados en la parte especial, pero intensificados por las modificaciones introducidas en la parte general. Esto será destacado más adelante.

[204] Utilizando el término en tono irónico, entiendo que el sentido de la expresión es, en sí, valorativo: no toda modificación legal es calificable como *reforma*, sino solo aquella que perfeccione el tratamiento legal de la materia. En ese sentido, Bottke señala: «La actividad legislativa puede ser separada en reformas y enmiendas. Una reforma de ley es más ambiciosa y, en comparación con una enmienda, podría ir más en términos de innovación y perfeccionamiento» (Bottke: «Sexualidad y delito: Las víctimas de los delitos sexuales», 466-467).

[205] Gracia Martín: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 57.

III. Cambio social y su proyección en el ámbito de la tutela de bienes jurídicos: de la *sociedad industrial* a la *sociedad de riesgos*

Identificadas *grosso modo*, las dimensiones cuantitativas y cualitativas del proceso de contrarreforma del CP corresponde a la identificación de las causas que le han propiciado.

Considero que esta incesante actividad legislativa en materia penal no puede ser sino fruto de una constante demanda de seguridad por parte de la sociedad, la cual no podría ser entendida sin reconocer que forma parte del proceso de transformación de la *sociedad industrial* en *sociedad del riesgo*[206].

El fulminante desarrollo de la ciencia y la técnica[207] ha generado una nueva realidad social con aspectos tanto positivos como negativos. Los aspectos positivos de la nueva realidad social, relacionados con un notorio incremento del bienestar individual, vienen confrontados con aspectos negativos, caracterizados por la proliferación de *riesgos*[208]. Aunque son generalmente *efectos secundarios no deseados* y aparecen inadvertidamente sin que sea posible desvincularlos del desarrollo y menos aún eliminarlos[209], estos riesgos producen, por su intensidad, una sensación general y constante de inseguridad. Vemos aquí la aparición del binomio *riesgo-seguridad*, que resulta ser una variable constante de los diseños político-criminales de la modernidad[210].

En efecto, si observamos nuestras actividades habituales (conducir vehículos motorizados, consumir productos con preservantes, utilizar medios informáticos, etc.), veremos que todas ellas contienen un determinado nivel de riesgo. La absoluta neutralización del riesgo supone a su vez la neutralización

---

[206] Término acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck en su obra *Risikogesellschaft* (en adelante se citará la versión en español: Beck: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, *passim*). Un examen pormenorizado de aquel, desde la perspectiva jurídico-penal, puede ser hallado en Mendoza Buergo: *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, 24 y ss., y en la doctrina anglosajona, O'Malley: «Risk societies and the government of crime», 17 y ss.

[207] Destacan que el desarrollo tecnológico es el factor esencial para la conformación de la *sociedad de riesgo*: Albrecht: «El derecho penal en la intervención de la política populista», 473; Corcoy Bidasolo: «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», 27; Gracia Martín: *Prolegómenos...*, *op. cit.*, 62; Silva Sánchez: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 27; Gómez Martín: «Libertad, seguridad y "sociedad del riesgo"», 60; López Barja de Quiroga: *Derecho penal. Parte general II*, 120; Arocena: *Inseguridad urbana y ley penal. El uso político del derecho penal frente al problema real de la inseguridad ciudadana*, 24. En ese contexto, sobre la relevancia del desarrollo de la informática en la conformación de la sociedad moderna, *vid.* Mata y Martín: *Delincuencia informática y derecho penal*, 27; Reyna Alfaro: *Los delitos informáticos: aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*, 113 y ss.

[208] Silva Sánchez: *La expansión...*, *op. cit.*, 27.

[209] Gracia Martín: *Prolegómenos...*, *op. cit.*, 62-63; Mendoza Buergo: *El derecho...*, 27.

[210] Al respecto, Caro Coria: *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal*, 4.

de la propia interacción social y, con ello, la perturbación del normal funcionamiento de la sociedad moderna[211]. Esta, como indica Massimo Donini, no puede neutralizar el riesgo, sino solo disciplinarlo y reducirlo[212].

En la sociedad de riesgo, la estructura social no se encuentra vinculada a la estructura de clase propia de la sociedad industrial. Conviene recordar al respecto que el concepto de *sociedad industrial* se desarrolló en torno al reparto desigual de la riqueza. En la sociedad de riesgo es el reparto del riesgo y no la distribución de la riqueza lo que caracteriza la dinámica social[213]. Ahora bien, esto tampoco significa que la riqueza no tenga un papel en las estructuras sociales, en la medida en que es la producción social de la riqueza la que deriva en la producción de riesgos y su reparto: la distribución de la riqueza adquiere un rol mediatizado y, probablemente, poco relevante en la configuración social.

Dado que los riesgos de la sociedad moderna son universales, globales y no respetan fronteras ni etiquetas de clase, todos resultamos ser por ello *víctimas potenciales*. Esto funciona incluso para quienes, por pertenecer a los estratos sociales superiores y, en ocasiones, a una estructura de clase, pueden dar una respuesta distinta a los problemas de inseguridad que derivan de los riesgos, dada su inevitabilidad. Aunque algunos puedan retardar los efectos del riesgo, no pueden evitarlos y, tarde o temprano, sufrirán sus efectos. Los riesgos producen un *efecto búmeran* que —parafraseando a Beck— «hace saltar por los aires el esquema de clases»[214].

La problemática de los nuevos riesgos se intensifica si se toma en consideración que estos permanecen imperceptibles al ser humano y requieren de la percepción específica de la ciencia para adquirir tal condición o de su constatación a través de la materialización efectiva del riesgo en resultado. Esta imperceptibilidad de los nuevos riesgos y la intensidad catastrófica de sus posibles efectos permite sostener que se trata de riesgos que afectan los intereses de las generaciones futuras[215].

Otro factor relevante de la moderna sociedad del riesgo se relaciona con el anonimato que tienen sus gestores. En una sociedad industrial, los hechos que la afectan resultan ser atribuibles fundamentalmente a que pueden ser de propia naturaleza; en una sociedad del riesgo, los resultados no deben atri-

[211] Silva Sánchez: *La expansión…*, *op. cit.*, 29.

[212] Donini: *Il volto attuale dell'illecito penale. La democracia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 109 (*«il rischio non si può neutralizzare, ma solo disciplinare e ridurre»*).

[213] Beck: *La sociedad…*, *op. cit.*, *passim*.

[214] *Ibid.*, 34.

[215] *Ibid.*, 40.

buirse sino a los *anónimos*[216] integrantes del colectivo social[217]. Esta lógica se ha manifestado en conocidos casos de responsabilidad penal por el producto: *Contergan, Lederspray* y *Aceite de Colza*[218].

Esta nueva realidad social es necesariamente trascendental para la disciplina jurídico-penal. El surgimiento de *nuevos riesgos* plantea nuevas exigencias de tutela penal que deben satisfacerse a través de un continuo proceso de criminalización y de ampliación de los ámbitos de intervención del derecho penal, que se identifica como la *expansión del derecho penal*, en virtud de la cual el Estado asume como funciones «el control, la prevención y la gestión de riesgos generales»[219].

IV. El fenómeno de expansión del derecho penal en la sociedad posindustrial

1. La seguridad como clamor social

La configuración de la sociedad como una sociedad de riesgos provoca, como vemos, el surgimiento de continuas demandas sociales de seguridad. El ciudadano necesita seguridad frente al riesgo y exige al Estado que se la dé a través de su arma (aparentemente) más eficaz: el derecho penal[220].

Se produce así una inseguridad colectiva que tiene dos dimensiones: una, de carácter objetivo (*inseguridad objetiva*), caracterizada por las posibilidades reales de ser afectado por un hecho punible; otra, de carácter subjetivo (*inseguridad subjetiva*), caracterizada por la percepción que se tiene sobre la posibilidad de verse afectado por un hecho punible[221].

En este contexto, debe reconocerse que la percepción subjetiva del riesgo e inseguridad no guarda relación con los niveles objetivos de inseguridad. Como indica Silva Sánchez, «la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos»[222].

---

[216] Jakobs: «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», 53.

[217] Mendoza Buergo: *El derecho...*, *op. cit.*, 28; Silva Sánchez: *La expansión...*, *op. cit.*, 27; Donini: *Il volto...*, *op. cit.*, 108; Gómez Martín: «Libertad...», *op. cit.*, 71.

[218] Hassemer y Muñoz Conde: *La responsabilidad por el producto en derecho penal, passim.*

[219] Gracia Martín: *Prolegómenos...*, *op. cit.*, 61.

[220] Indica Hassemer que «el destinatario de las exigencias de una opinión pública amenazada por la violencia es, sobre todo, el derecho penal» (Hassemer: *Crítica al derecho penal de hoy*, 52).

[221] Sobre tal distinción especialmente importante, *vid.* Bustos Ramírez y Larrauri Pijoán: *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, 60. Ahora bien, en el ámbito de la criminología, esta sensación subjetiva de inseguridad se conoce con el término *miedo al delito* (*vid.* Díez Ripollés: *La racionalidad de las leyes penales*, 23).

[222] Silva Sánchez: *La expansión...*, *op. cit.*, 37. De igual parecer *vid.* Acosta Gallo: «Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia» en *Revista*

Esto, como es lógico, incrementa la ansiedad social[223] y, con ello, las exigencias sociales a favor de una intervención punitiva del Estado en aquellos ámbitos donde la sociedad se siente insegura, es decir, cuando siente *miedo al delito*[224].

Aunque es cierto que los ámbitos de inseguridad son muy variados y, con ello, poco homogéneos, lo que sí puede ser evidenciado es que las exigencias de seguridad no solo se refieren a los nuevos riesgos, sino que comprenden *viejos riesgos* que adquieren *nuevas dimensiones*.

En efecto, aunque un sector importante de los clamores de seguridad ha estado identificado con los nuevos riesgos derivados de actividades propias de la modernidad (la informática o el uso de la genética), no debe olvidarse que la inseguridad colectiva se relaciona también con riesgos ya existentes que la modernidad ha redimensionado. Así, por ejemplo, la contaminación industrial no es una actividad reciente, pero en el contexto de la modernidad ha adquirido nuevas dimensiones. Esta precisión es sumamente importante en el propósito de comprender los fenómenos de exclusión social como *exclusión de lo riesgoso*.

2. El papel de los medios de comunicación social en la expansión del derecho penal

El delito es uno de los tópicos centrales de información transmitida por los medios de comunicación social[225]. De allí que las exigencias de intervención estatal se canalicen también a través de los *mass media*[226],

General de Derecho Administrativo, 5; Arocena: *Inseguridad...*, *op. cit.*, 30; Corcoy Bidasolo: «Límites...», *op. cit.*, 32; Rodríguez: *Persistent offender law. Racial disparity, patterned offences, and unintended effects*, 7; Zugaldía Espinar: «Seguridad ciudadana y estado de derecho (a propósito del "Código penal de la seguridad" y el pensamiento funcionalista)», 1122.

[223] Pratt: «Dangerousness and modern society», 46.

[224] Aunque el miedo es un fenómeno natural, es justamente esa falta de objetividad del miedo al delito la que le hace disfuncional. *Vid.*, al respecto, Warr: «El miedo al delito en los Estados Unidos: líneas para la investigación y la formulación de políticas», 185.

[225] Callanan: *Feeding the fear of crime. Crime related-media and support for three strikes*, 7-8. Esta autora destaca el incremento del tratamiento mediático de la criminalidad en los Estados Unidos de América. Según datos del Center for Media and Public Affaire, entre 1990 y 1995, la cobertura de los *mass media* a la criminalidad se cuadriplicó de 757 noticias al año a 2574. Similar, *vid.* Roberts y otros: *Penal populism and public opinion. Lesson from five countries*, 78; Warr: «El miedo...», *op. cit.*, 181. Con razón sostenía Hassemer la existencia de un predominante *consumo comunicativo* en nuestras sociedades (Hassemer: *Crítica...*, *op. cit.*, 46). Ahora, en este contexto debe destacarse también la aparición de toda una industria del entretenimiento surgida en torno al delito. Detalladamente sobre este aspecto *vid.* Jewkes: *Media and crime*, 3.

[226] Sostengo la *necesidad* de la intervención de los medios de comunicación social al canalizar las exigencias de intervención punitiva, pues —como correctamente destaca Díez Ripollés: *La racionalidad...*, *op. cit.*, 27— dichas exigencias son consecuencia de un malestar social que «precisa concretarse a través de un proceso comunicativo de intercambio de opiniones y

que se constituyen así en actores del proceso de creación y formación de opinión y, por lo tanto, en *corresponsables* de la creciente sensación general de inseguridad subjetiva, en la medida en que transmite una imagen distorsionada de la realidad criminal, caracterizada —como señala Silva Sánchez— porque en ella «[lo] lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje»[227].

Los peligros de la constante distorsión de la imagen de la criminalidad[228] se intensifican en aquellos casos donde la selección y determinación de la imagen de la realidad social que transmiten los *mass media* se ven influenciados por fines de comercialización[229], lo que hace que el proceso de comunicación resulte manipulable[230]. Esto adquiere relevancia si se toma en consideración que la influencia de los medios de comunicación social se ubica no solo con relación al *cuánto* de la criminalidad, sino también al *qué* de la criminalidad.

Los peligros de la manipulación mediática de la criminalidad se manifestaron en su mayor expresión durante el régimen corrupto del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, quien, con el propósito de controlar los medios de comunicación social y valiéndose de su asesor Vladimiro Montesinos Torres, «compró» a la mayoría de estos[231]. De este modo, le fue posible crear artificialmente fenómenos de inseguridad subjetiva que luego el mismo régimen combatía con «éxito»[232].

expresiones» sin el cual la cuestión planteada no podrá calificarse verdaderamente como un *problema social*. Sobre la influencia de estos en la sociedad moderna, *vid*. Soto Navarro: *La protección de los bienes jurídicos en la sociedad moderna*, 96 y ss.

[227] Silva Sánchez: *La expansión...*, *op. cit.*, 38. Destacando el papel de los *mass media* en este nivel, *vid*. Callanan: *Feeding...*, *op. cit.*, 7; Corcoy Bidasolo: «Límites...», *op. cit.*, 32; Gómez Martín: «Libertad...», *op. cit.*, 70; Rodríguez Estévez: *El derecho penal en la actividad económica*, 95; Virgolini: «Estudio preliminar», 36.

[228] Callanan: *Feeding...*, *op. cit.*, 7; Roberts y otros: *Penal...*, *op. cit.*, 76 y ss.

[229] Albrecht: «La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia criminal», 55.

[230] Callanan: *Feeding...*, *op. cit.*, 13.

[231] Sánchez Girao: «El caso Fujimori/Montesinos. Binomio de criminalidad organizada y corrupción: un quiebre de la democracia», 22 y ss.

[232] En ese nivel se halla la creación de un fenómeno artificial, por no estar verificado estadísticamente, sino solo mediáticamente, de la criminalidad patrimonial violenta que le permitió emitir leyes penales de *seguridad nacional* que equipararon al *terrorismo* —y por ello sujetos al mismo tratamiento procesal (competencia de jueces militares, restricción de derechos procesales, etc.)— con una serie de delitos patrimoniales (robo, secuestro, etc.). Estas leyes (Decreto Legislativo 895, Decreto Legislativo 897 y Ley 27235) fueron, en su momento, declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en la STC del 15 de noviembre de 2001 (Expediente 005-2001-AI/TC).

3. La identificación con la víctima y el uso político del derecho penal

Esta tendencia al recurso penal para la satisfacción de las demandas sociales de inseguridad no es gratuita y se relaciona, generalmente, con la configuración de las sociedades modernas como sociedades de *sujetos pasivos* y la identificación social con la víctima del delito[233]. Las sociedades están conformadas —según entiende la sociedad misma— por víctimas potenciales y no por posibles infractores de la ley penal.

Esta identificación social con la víctima del delito viene privilegiando un recurrente *uso político del derecho penal,* caracterizado —como acertadamente anota Albrecht— por hacer de este un instrumento de comunicación[234] que, a pesar de su ineficacia, puede transmitir la imagen de un derecho penal capaz de dar respuesta inmediata frente a los problemas sociales[235]. En efecto, la víctima y los discursos ideológicos en torno a ella son sumamente útiles para aquellos que tienen o aspiran al poder político[236], en la medida en que se trata de los electores potenciales mayoritarios. Se habla así de *populismo penal* como una tendencia de política legislativa en materia penal surgida en coyunturas electorales, cuyo propósito es ganar votos sin que la efectividad de ella tenga alguna incidencia en su instrumentalización[237].

En ese contexto, debe recordarse que uno de los discursos punitivos más represivos del mundo occidental, las leyes norteamericanas de *three strikes*, son consecuencia del uso político del derecho penal a fin de ganar el voto de las víctimas del delito. Como se recordará, la propuesta de creación de las leyes de *three strikes and you're out* se atribuye a Mike Reynolds, un fotógrafo norteamericano y padre de una víctima de asesinato, quien dirigió una propuesta civil destinada a la radicalización de las sanciones a los delincuentes habituales, en virtud de lo cual resulte posible el encarcelamiento prolongado e indefinido de quienes reincidían

[233] Silva Sánchez: *La expansión...*, *op. cit.*, 42 y 52; Martínez Buján: «Reflexiones sobre la expansión del derecho penal en Europa con especial referencial al ámbito económico: la teoría del "Big Crunch" y la selección de bienes jurídico-penales», 95; Gómez Martín: «Libertad...», *op. cit.*, 70; Reyna Alfaro: «Estudio final: la víctima en el sistema penal», 107.

[234] Al respecto, Albrecht: «El derecho...», *op. cit.*, 479; Arocena: *Inseguridad...*, *op. cit.*, 25; Callanan: *Feeding...*, *op. cit.*, 6; Hassemer: *Crítica...*, *op. cit.*, 46; Virgolini: «Estudio...», *op. cit.*, 19; Zugaldía Espinar: «Seguridad...», *op. cit.*, 1122.

[235] El fallecido catedrático de Frankfurt, Hassemer, indicaba que «el legislador por lo menos obtiene el rédito político de haber respondido con celeridad a los miedos y grandes perturbaciones sociales con los severos medios del derecho penal» (Hassemer: *Crítica...*, *op. cit.*, 56).

[236] Albrecht: «La funcionalización...», *op. cit.*, 42; Callanan: *Feeding...*, *op. cit.*, 6; Zúñiga Rodríguez: «Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis», 62.

[237] Roberts y otros: *Penal...*, *op. cit.*, 5. Destaca la relevancia de las coyunturas en los procesos de criminalización: Delmas Marty: *Modelos actuales de política criminal*, 170.

en el delito (por tres veces)[238]. Esta propuesta fue rescatada y asumida en el contexto de la gravitación mediática producida por el caso de Polly Klaas, una niña de doce años que, tras ser secuestrada de su hogar, fue brutalmente violada y asesinada[239]. La relevancia mediática del caso se puede comprender si se recuerda que inicialmente se pensó que se trataba tan solo de un secuestro, lo que provocó una intensa búsqueda de la niña que acabó al cabo de un mes con el hallazgo de su cadáver. Como es de entender, el hallazgo generó un clamor general de reacción punitiva que se vio incrementado al descubrirse que el autor era un sujeto que había sufrido dos condenas previas y se encontraba sometido a libertad condicional.

La reacción inmediata de Peter Wilson, gobernador del Estado de California, expresa de cuerpo entero la mecánica del populismo penal: su escenario; el funeral de Polly Klaas, su mensaje, la futura adopción del programa de *three strikes* que obligaba a la neutralización mediante encarcelamiento de los delincuentes habituales, y su contexto (la campaña política electoral de 1994)[240]. Los réditos políticos del recurso al derecho penal se observan con la fulminante asunción de las fórmulas de *three strikes* en los Estados Unidos: hasta 1995 un total de 23 estados de la Unión Americana habían adoptado fórmulas similares[241]. A este nivel, debe destacarse la continua rememoración en las campañas electorales de Perú con propuestas de reimplantación de la pena de muerte.

Ahora, es necesario distinguir que los peligros del recurso al populismo penal se hacen notorios incluso cuando se trata de racionalizar las medidas penales aplicadas en dicho entorno. Cuando el legislador recurre al derecho penal simbólico y pretende luego enmendar su línea de política legislativa, es probable que el cambio de paradigmas resulte imposible. En esa línea se pueden destacar, en el caso peruano, algunas fallidas reformas en el ámbito de los delitos sexuales.

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales constituyen, junto con los delitos de terrorismo, los ámbitos más represivos de la legisla-

[238] La víctima fue asesinada de dos disparos en la cabeza, el 29 de junio de 1992, por dos sujetos durante un robo, mientras salían de un restaurante de California. Uno de los responsables murió en un tiroteo con la Policía, mientras que el otro, tras negociar con el acusador, logró una condena por delito de robo de nueve años de prisión, con derecho a libertad condicional al cumplir la mitad de la condena. Tras la decisión judicial, Reynold emprendió una labor intensa para lograr una respuesta penal más eficaz y llegó incluso a reunir más de 800 000 firmas de votantes con dicho propósito. Sobre la influencia de la labor de Reynolds en la instrumentalización del *three strikes*, *vid.* Callanan: *Feeding...*, *op. cit.*, 1 y ss.; Kieso: *Unjust sentencing and the California Three Strikes Law*, 1-3.

[239] Kieso: *Unjust...*, *op. cit.*, 3-5; Zimring, Hawkins y Kamin: *Punishment and democracy: three strikes and you're out in California*, 5.

[240] Zimring, Hawkins y Kamin: *Punishment...*, *op. cit.*, 6-7.

[241] Rodríguez: *Persistent...*, *op. cit*, 32.

ción penal peruana. En ese panorama, el recurso a la cadena perpetua no causa sorpresa. En un intento por racionalizar dicho ámbito de la criminalidad, el legislador penal suprimió la pena de cadena perpetua. Sin embargo, dicho intento racionalizador de la intervención punitiva se vio frustrado, pues a los pocos días el legislador tuvo que introducir nuevamente la cadena perpetua dentro del catálogo punitivo[242].

De forma similar, se promovió una reforma legislativa que trataba de enmendar lo antes comentado respecto del control penal absoluto de la libertad sexual hasta la mayoría de edad. Ese proyecto, a pesar de ser aprobado por el Poder Legislativo, fue observado por el Ejecutivo ante la presión ejercida por los medios de comunicación.

Como se observa, no es solo que el Estado haga un uso populista del derecho penal[243], sino que carece de capacidad para racionalizar su respuesta frente a las exigencias sociales de intervención punitiva[244]. En ambos casos, el resultado es el mismo: *más derecho penal.*

4. La relevancia de los organismos no gubernamentales en la expansión del derecho penal

No es de extrañar, en tal contexto, el predominio de los *gestores atípicos de la moral*[245] que vienen, a su vez, provocando —en términos de Díez Ripollés— un *protagonismo de la plebe*[246]. En ese ámbito, es común observar una progresiva influencia de las organizaciones no gubernamentales en los procesos de criminalización[247].

[242] Mediante la Ley 27472, del 5 de junio de 2001, se modificó el art. 173-A del CP con el propósito de reducir la pena prevista para los casos de violación sexual de menores que provoquen adicionalmente una lesión grave en la víctima (de cadena perpetua a pena privativa de libertad de 25 a 30 años). Sin embargo, solo un mes después se promulgó la Ley 27507, del 13 de julio de 2001, que restableció el texto anterior.

[243] Silva Sánchez: *La expansión...*, *op. cit.*, 21.

[244] *Ibid.*, 22. Distinta es la visión que se observa en García Pablos de Molina: *Derecho penal. Introducción*, 104.

[245] Expresión trasladada hacia el derecho penal por Silva Sánchez: *La expansión...*, *op. cit.*, 67. De la misma opinión, Martínez Buján: «Reflexiones...», *op. cit.*, 97; Gómez Martín: «Libertad...», *op. cit.*, 70.

[246] Con dicha expresión, Díez Ripollés: *La racionalidad...*, *op. cit.*, 36 y ss. pretende identificar crudamente a grupos de víctimas o afectados del delito. La expresión *plebe* con la que Díez Ripollés califica a las víctimas se relaciona, sin duda, con la secundaria posición que estas han tenido tradicionalmente dentro del sistema penal.

[247] Destacando el rol de los movimientos feministas en las reformas de los delitos sexuales, *vid.* Janus: «Civil commitment as social control. Managing the risk of sexual violence», 86. En el Perú, con relación al rol desempeñado por ciertas organizaciones no gubernamentales en la lucha contra la criminalidad organizada y mostrándose a favor, *vid.* Sánchez Girao: «El caso...», *op. cit.*, 32-33.

Pues bien, el proceso de creación y formación de la opinión —especialmente trascendente en el ámbito de la criminalización— involucra, como hemos mencionado, a los *mass media* que, a su vez, tienen una conformación interna digna de mención. La dinámica interna de los medios de comunicación social involucra a un colectivo cualificado de personas y a un colectivo de expertos[248] cuya procedencia se puede relacionar con la de los *gestores atípicos de la moral*, a los que alude Silva Sánchez, quienes terminan apropiándose de los problemas sociales[249]. Estos se atribuyen la voz de la colectividad al autocalificarse como la *opinión pública*, con el propósito oculto de resolver los conflictos conforme a sus intereses.

La fuerza que dichos *gestores atípicos de la moral* han tenido en la política legislativa peruana puede observarse contundentemente en el caso de la modificatoria del art. 47 del CP, que regula el cómputo de la pena privativa de libertad. Dicho dispositivo precisa que para el cómputo de la pena se debe descontar el término de prisión preventiva sufrida por el sujeto y así establecer esta correlación: un día de detención preventiva vale por un día de pena privativa de libertad.

El Poder Legislativo, dada la gran significación práctica del arresto domiciliario —medida cautelar preventiva que supone una modalidad atenuada de la detención preventiva, en tanto el arraigo se produce no en un establecimiento penitenciario, sino en el propio domicilio del procesado—, decidió introducir una modificación legislativa a dicho dispositivo que dé alguna significación a la privación de la libertad dentro del domicilio. Así, a través de la Ley 28568, del 3 de julio de 2005, se fijó que la correlación de igualdad entre detención preventiva y pena privativa de libertad comprendía también al arresto domiciliario.

Inmediatamente después de promulgado el dispositivo legal modificatorio del CP, se produjo una intensa campaña de ciertos movimientos de defensa de los derechos humanos comprometidos en la búsqueda de sanción a los personajes del régimen de Fujimori. Dichos movimientos, que identificaron entre los posibles beneficiarios de la modificación legislativa a supuestos integrantes del entorno del expresidente, sostenían la ilegalidad de dicho dispositivo. Pocos días después, debido a la presión ejercida por estos grupos y por los medios de comunicación social vinculados a aquellos, los mismos legisladores que habían aprobado la modificación al CP mediante una nueva ley (Ley 28577, del 9 de julio de 2005) reponían el texto del art. 47 del CP a su estado anterior. Pero la cuestión no queda allí.

[248] Díez Ripollés: *La racionalidad...*, *op. cit.*, 29.
[249] *Ibid.*, 31.

Dado que el principio de legalidad (CP, título preliminar, art. II) y la garantía de la retroactividad benigna (CP, art. 6) significaban que la vigencia momentánea del dispositivo derogado tuviera indefectiblemente efectos favorecedores, los legisladores —a fin de evitar el costo político que implicaba relacionarse con el régimen del expresidente Fujimori— interpusieron una acción destinada a que el Tribunal Constitucional declarare la inconstitucionalidad de la ley promulgada por ellos mismos. El Tribunal Constitucional, conformado por importantes actores políticos del pasado, emitió la sentencia del 22 de julio del 2005 (Expediente 0019-2005-PI/TC) que declaró inconstitucional —y con ello la total inaplicabilidad— de la modificatoria legislativa del art. 46 del CP.

Este supuesto concreto permite reconocer, por un lado, que el expansionismo penal es consecuencia no de un factor aislado, sino que resulta más bien de la interacción de los factores antes destacados (inseguridad, medios de comunicación, política, gestores atípicos de la moral) y, por otro lado, pone de manifiesto que sus ámbitos de influencia no están limitados al plano legislativo[250].

5. La ausencia de cláusula de reserva de ley orgánica en materia penal

Esta tendencia a favor del activismo legislativo se ve favorecida por la ausencia de controles en el proceso de formación de la legislación penal. Me refiero en concreto a la ausencia de cláusula de reserva de ley orgánica en materia penal.

La doctrina penal española ha destacado la relevancia del principio de reserva de ley en los procesos de criminalización primaria o de formación de la ley penal y la exigencia de que la producción legislativa en materia penal se origina en leyes en sentido estricto, esto es, en leyes promulgadas por el parlamento como consecuencia del respectivo debate plural. La importancia de estas exigencias ha motivado que la Constitución española (CE) reconozca no solo el principio de reserva de ley, sino también una suerte de modalidad calificada de este: el principio de reserva de ley orgánica (CE, art. 81) que exige no solo que el origen de la ley se halle en el parlamento, sino también que la propuesta legislativa que puede implicar la afectación de derechos fundamentales sea aprobada por una mayoría congresal calificada. Su vigencia permite los contrapesos necesarios en un sistema de división de poderes, a la vez

[250] Zimring: «Política criminal y legislación penal en la experiencia estadounidense reciente», 53-54.

que garantiza la existencia de un indispensable debate que debe anteceder a la creación de una ley penal[251].

Aunque el núcleo mayoritario de la legislación penal posterior a la promulgación del CP proviene de la labor desarrollada por el Poder Legislativo, las modificaciones legislativas más trascendentales, abordadas generalmente en la línea del derecho penal secundario (legislación antiterrorista, ley penal tributaria, ley penal aduanera, ley penal contra el lavado de activos, legislación contra el crimen organizado), se concretaron en el contexto del otorgamiento de facultades del Poder Legislativo a favor del Ejecutivo. El propio CP es muestra de aquello, en tanto que fue promulgado por esa vía. Con ello, se evidencia un contrasentido: menor rigurosidad y debate existen en los casos donde la respuesta punitiva se avizora como más intensa.

V. Las manifestaciones del fenómeno de expansión del derecho penal

Hemos expresado cuáles son, a nuestro entender, las causas que motivan la actual expansión del derecho penal. La comprensión del fenómeno, sin embargo, no será posible sin reconocer las formas como se manifiesta la aludida tendencia expansiva. En otras palabras, hemos respondido ya a la pregunta de *por qué* se viene expandiendo el derecho penal. Ahora responderemos a *cómo* se expande el derecho penal.

1. La utilización simbólica del derecho penal

En un panorama como el anteriormente descrito, donde la sociedad reclama seguridad y quienes ejercen el poder político desean mantener contentos a sus potenciales electores y a los gestores atípicos de la moral, la utilización estrictamente simbólica del derecho penal es un hecho recurrente y perturbador.

En efecto, muchas de las fórmulas legislativas penales con nuevo sello se ubican en el ámbito de lo estrictamente simbólico. Tipos penales como los del aborto sentimental y eugenésico (CP, art. 120)[252], la discriminación (CP, art. 323)[253] o el favorecimiento indirecto de la prostitución

[251] Abanto Vásquez: «Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal» en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 199.

[252] Conviene recordar que la criminalización de esta modalidad de aborto, que castiga con pena privativa de libertad de tres meses, se debió a la presión ejercida sobre los legisladores por la Iglesia católica.

[253] Landa Gorostiza: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, 251-252; Reyna Alfaro: «Moral y derecho penal sexual», 27. En la doctrina peruana, calificando, aunque con reservas, de simbólico a dicha figura legal, *vid.* Caro Coria: «La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», 174.

en condición de usuario-cliente (CP, art. 179-A)[254] resultan ser muestra de un fenómeno que tiene, en el delito de violación sexual de menor, su más dramático ejemplo.

En un contexto general donde los medios de comunicación social peruanos plagaron sus portadas con el efectivo recurso —desde la perspectiva comercial— a la delincuencia sexual, al legislador penal peruano no se le ocurrió mejor idea que introducir una reforma de los delitos sexuales que supone no solo un recurso simbólico —y, por ello, contrario al carácter mínimo que debe tener el derecho penal—, sino una intromisión totalitaria en el libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, el legislador penal peruano modificó el contenido del tipo penal de violación sexual de menores (CP, art. 173) mediante la Ley 28704, del 5 de abril de 2006, y alteró la referencia a la edad del sujeto que sufre la acción. Mientras que la redacción previa señalaba que dicho delito debía ser realizado por el menor de 14 años, con esa modificación legal, dicho término fue reemplazado por la expresión *menor de edad* que, en tanto elemento normativo, comprendía a todo aquel menor de 18 años.

Esta nueva configuración del tipo penal planteaba una prohibición absoluta de interrelación sexual con quien sea menor de 18 años, cuya infracción provocaba la imposición de una pena de hasta 30 años de privación de libertad. Este dispositivo, claramente inconstitucional porque limitaba el libre desarrollo de la personalidad de los mayores de 14 años, era una manifestación de la legislación penal simbólica conforme mostraban las estadísticas de criminalidad[255]. Afortunadamente, dicho supuesto fue declarado inconstitucional por la STC del 12 de diciembre de 2012 (Expediente 00008-2012-PI/TC).

El carácter simbólico e instrumental de la legislación penal peruana en materia de criminalidad sexual se hace mucho más notorio si se analiza desde la perspectiva del delito de favorecimiento indirecto de la prostitución en condición de usuario-cliente (CP, art. 179-A). Esta figura, que castiga a aquel que se interrelaciona sexualmente con una persona mayor de 14 años, pero menor de 18 años, que ejerce la prostitución, además de alterar toda la *lógica punitiva del legislador*[256], muestra una nula capa-

[254] Reyna Alfaro: «El nuevo tratamiento legislativo de los delitos sexuales», 161.

[255] Los índices de criminalidad sexual correspondientes al distrito judicial de Lima de 2005 y 2006 demostraban, por el contrario, un ligero descenso de los índices de criminalidad correspondientes a menores de edad. *Vid. Sistema de Apoyo al Trabajo Fiscal, estadísticas 2004-2006, delitos de mayor incidencia*. Disponible en: <bit.ly/42aPObP>

[256] Pues castigaba con menos pena a quien se interrelaciona sexualmente con un menor de 18 años mediante precio que a quien lo hace sin que medie ningún tipo de elemento que afecte la libre determinación sexual de la persona mayor de catorce años.

cidad de rendimiento. En efecto, desde su introducción en el ordenamiento jurídico-penal, mediante la Ley 28251, del 8 de junio de 2004, y su modificatoria por la Ley 30963, no ha sido aplicado una sola vez.

Lo que, en este plano, parece no apreciar el legislador penal es que, aun cuando la implementación de medidas penales simbólicas genere ciertos réditos políticos de corto plazo y resulte menos costosas que los esfuerzos serios de reducción de la criminalidad[257], la sociedad exige que sus demandas de seguridad sean satisfechas instrumental y no solo simbólicamente[258]. Por lo tanto, lo que tendría que resultar siendo una medida de legitimación del sistema penal (la criminalización de un comportamiento para la tutela de un bien jurídico), en realidad provoca un efecto contrario: la percepción de inoperancia del Estado frente a los problemas sociales.

2. La criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico

La intervención punitiva del Estado se activa, en el contexto expansivo, en fases previas a la lesión del bien jurídico. En la actualidad, el derecho penal opta por prevenir no la lesión del bien jurídico, sino su puesta en peligro. Esto implica un significativo adelantamiento de los ámbitos de intervención.

Como hemos advertido, si la nueva configuración social provoca una proliferación de riesgos de dimensiones asombrosas, que ha significado un progresivo predominio de los bienes jurídicos colectivos (sistema económico, orden monetario, funcionalidad del medio ambiente, etc.), resulta razonable que las técnicas de criminalización del derecho penal se modifiquen a favor de una anticipación de resultados.

Hoy en día, los tipos penales se construyen *preferentemente* como *tipos de peligro* y no como *tipos de resultado*. Esto es absolutamente lógico: la lesión de los bienes jurídicos colectivos como, por ejemplo, el medio ambiente, significaría la propia desaparición de la humanidad. En consecuencia, si se esperase la lesión del bien jurídico para autorizar la intervención punitiva, la tutela penal resultaría ineficaz, en la medida en que luego de un acto de lesión del bien jurídico probablemente no quedaría, en el caso del medio ambiente, humanidad que proteger[259]. Esto se grafica correctamente a través de las expresiones de Queralt Jiménez con relación, igualmente, a los delitos medioambientales:

[257] Zimring: «Política...», *op. cit.*, 57.

[258] Silva Sánchez: *La expansión...*, *op. cit.*, 21.

[259] Reyna Alfaro: «Cuestiones básicas del derecho penal del ambiente: reflexiones desde el derecho peruano» en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 58-62.

> [...] si se piensa en el gran potencial destructor de algunos comportamientos, esperar a la verificación del daño, además de inútil en cuanto a la reparación por ser esta imposible, tendría un efecto político criminal indeseado: aumentaría el riesgo actual de deterioro del medio ambiente exponencialmente, pues solo la producción del resultado sería punible.[260]

Los problemas que se encuentran tras el recurso a los delitos de peligro se relacionan con la posibilidad de que aquellos terminen configurando delitos de pura desobediencia, en los cuales la constatación de una efectiva situación de peligro sobre el bien jurídico resulta innecesaria.

Paradigmáticos en este ámbito resultan los contenidos de algunas fórmulas legislativas peruanas que trataré de referir en líneas siguientes.

El 22 de julio de 2007, los delitos de secuestro y extorsión se modificaron a través del Decreto Legislativo 952, que significaba no solo el endurecimiento de la sanción penal, sino también la amplificación de los supuestos típicos. Así, el legislador peruano calificaba como modalidades de secuestro y extorsión el «suministrar información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio» o el «proporcionar deliberadamente los medios para la perpetración del delito», esto con la finalidad de perpetrar un delito de secuestro. Como se observa, no se trata de una simple equiparación de actos de participación con actos de autoría con fines penológicos —lo que además resultaría innecesario, de cara al contenido del art. 25 del CP, que prevé que la pena del partícipe es la misma pena que la del autor—, sino de un supuesto plenamente autónomo que, por lo tanto, no requiere siquiera del inicio de ejecución del hecho.

La exagerada anticipación de la tutela penal se hace aún más notoria si observamos el contenido del art. 279-E del CP[261], que castiga 1) a quien, sin cumplir con la normatividad administrativa o sin contar con autorización administrativa, realice u ordene realizar a sus subordinados el ensamblado como vehículos de pasajeros de aquellos diseñados originalmente para el transporte de carga (los denominados «buses camión»); 2) a aquel que no cuenta con la autorización de la autoridad competente y realiza u ordena realizar el ensamblado de un ómnibus sobre el chasis; 3) a quien comercializa dichos vehículos y los utiliza como si fuese transportista o conductor; y 4) si como consecuencia se produce un accidente con consecuencias de muerte o lesiones graves.

[260] Queralt Jiménez: «El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma» en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 552-553.

[261] Artículo incorporado por Ley 29177, del 3 de enero de 2008.

La preocupación respecto a la anticipación de la intervención punitiva hacia lo que se constituyen, en sentido estricto, como actos neutrales se incrementa si se observan los marcos penales reconocidos para estos casos. Con relación a las modalidades atípicas de secuestro y extorsión, reguladas en el art. 152 del CP, la sanción que merecen va a ser no menor a 20 ni superior a los 30 años de pena privativa de libertad; mientras que, para el delito de extorsión, la pena va a ser no menor de 10 años ni mayor de 15 años de pena privativa de libertad, en tanto que, con relación a los supuestos de construcción de «buses camión», la pena privativa de libertad es no menor de cinco ni mayor de diez años.

3. El retorno del punitivismo y sus discursos fundamentadores

Como antes mencionamos, la expansión del derecho penal no se limita a introducir normas jurídico-penales de corte simbólico, sino que comprende la criminalización de comportamientos «a la antigua usanza»[262], esto es, mediante el endurecimiento de la respuesta punitiva. La tendencia expansiva del derecho penal de la modernidad se manifiesta no solo a través de la ampliación del ámbito de intervención punitiva del Estado, sino también mediante la intensificación de los instrumentos punitivos.

Los instrumentos punitivos de carácter material y procesal se han endurecido: la pena de muerte, la cadena perpetua, las penas privativas de libertad de larga duración, la ampliación de los supuestos aplicativos y de la duración de la prisión preventiva, las intervenciones corporales y las intervenciones en las esferas personales son, todas ellas, expresiones del retorno del punitivismo al discurso penal.

Justamente en el contexto punitivista es donde se observan algunos planteamientos de legitimación y se parte de la comprensión del derecho penal como un instrumento en la guerra frente al delito, como son el *derecho penal de emergencia, seguridad ciudadana, la tolerancia cero o* el *derecho penal de enemigos.*

La opción a favor del punitivismo se hace notoria en determinados ámbitos de la criminalidad, unidos todos ellos por un lazo común: la violencia. En efecto, como Hassemer sostiene, la violencia se ha vuelto «un firme componente de nuestra experiencia cotidiana»[263], de allí que no resulte exagerado considerarla como un hecho connatural a todo grupo social[264].

[262] Cancio Meliá: «Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito», 27.
[263] Hassemer: *Crítica...*, *op. cit.*, 45.
[264] Reyna Alfaro: *Derecho penal y violencia intrafamiliar*, 25.

Que la violencia sea connatural a la sociedad no implica que esta la tolere; por el contrario, es la criminalidad violenta la que motiva las más furibundas reacciones por parte del derecho penal. Es precisamente este tipo de criminalidad la que ha estado detrás de cada programa punitivista de contenido altamente represivo.

El presente apartado busca identificar las manifestaciones del punitivismo en la legislación peruana de hoy e involucra no solo al derecho penal material, sino también al derecho procesal penal y al derecho penitenciario, en tanto manifestaciones de la misma política criminal.

En el ámbito del derecho penal, el punitivismo se detecta observando las respuestas punitivas preponderantes que permiten identificar el predominio de las penas privativas de libertad de larga duración, la ampliación de los supuestos de aplicación de la cadena perpetua y las respuestas penales a los delitos de mera pertenencia, así como los cambios producidos en los diseños relativos a las consecuencias jurídicas del delito.

Las penas privativas de libertad de larga duración son la respuesta penal habitual frente a delitos de contenido violento como el *secuestro* (CP, art. 152, conforme a la Ley 30077)[265], el *robo agravado* (CP, art. 189)[266] y la *extorsión* (CP, art. 200, conforme al Decreto Legislativo 1237)[267], así como también frente a los supuestos de *criminalidad organizada*.

En efecto, sí se observa el tratamiento punitivo propuesto para algunas tipologías propias de la criminalidad organizada, por ejemplo, el delito de *tráfico de drogas* (CP, art. 297, conforme al Decreto Legislativo 1237)[268] o el delito de *lavado de activos* (Ley Penal contra el Lavado de Activos [LPLA], art. 3, conforme al Decreto Legislativo 986)[269], donde hay un marcado tono represivo que se consolida en los marcos penales correspondientes a los delitos de mera pertenencia o asociativos, tan usuales en este ámbito. Así, por citar algunos ejemplos, el *delito de pertenencia a una pandilla perniciosa* (CP, art. 148-A, conforme al Decreto Legislativo 1204) tiene una pena mínima de diez y una máxima

[265] En el tipo básico la pena mínima es de 20 años a 30 años de pena privativa de libertad, mientras que en el tipo agravado es de cadena perpetua.

[266] En el tipo básico la pena es no menor de 12 ni mayor de 20 años de privación de libertad, mientras que en el tipo agravado la pena no es mayor de 30 años de privación de libertad.

[267] En el tipo básico la pena es de 10 a 15 años de pena privativa de libertad, mientras que en el tipo agravado la pena es de cadena perpetua.

[268] La pena mínima es de 15 años y la máxima de 25 años de pena privativa de libertad.

[269] En el tipo básico la pena mínima es de ocho años de privación de libertad, mientras que la pena máxima es de 15 años de privación de libertad. En el tipo agravado, la pena es no menor de 25 años de privación de libertad.

de 20 años de pena privativa de libertad, o el delito de *asociación para delinquir en su modalidad agravada* (CP, art. 317, conforme al Decreto Legislativo 1244), que está castigado con una penalidad no menor de ocho ni mayor de 15 años de privación de libertad.

No obstante, el factor más punitivista de la legislación penal peruana se desprende de la vigencia, dentro del catálogo punitivo, de la cadena perpetua (CP, art. 29), que ha ido extendiéndose de su núcleo original excepcional, el terrorismo, hacia otras formas de criminalidad violenta: *secuestro* (supuestos agravados descritos en el párrafo final del art. 152 del CP), *robo agravado* (supuesto agravado por pertenencia a organización criminal, párrafo final del art. 189), *extorsión* (supuesto agravado por la edad de la víctima y por la discapacidad, párrafo final del art. 200), *violación sexual de menores de edad seguida de muerte o lesión grave* (CP, art. 173) y *violación sexual de persona en incapacidad de resistir* (modalidad agravada por muerte o lesión grave subsecuente o crueldad en casos de prevalimiento, art. 177).

Cualquier posible justificación desde la perspectiva de la prevención general negativa[270] decae a partir del análisis de una serie de reformas de la parte general de nuestro derecho penal que hacen vislumbrar la verdadera orientación de la política criminal peruana: la prevención especial negativa o prevención inocuizadora.

La incorporación de los arts. 46-B y 46-C en el CP, que han reintroducido, en oposición frontal al programa constitucional, las figuras de la habitualidad y la reincidencia; las reformas producidas en el ámbito de los concursos delictivos (CP, arts. 48-51); la suspensión de la ejecución de la pena (CP, art. 57), así como las restricciones al ejercicio del derecho de gracia (indulto, amnistía, conmutación de penas) demuestran que el legislador penal peruano se viene preparando —con la expresión de Kupers— para una verdadera *orgía del encarcelamiento*[271] destinada a garantizar que los delincuentes habituales sean neutralizados a través de su internamiento en prisión y el cierre a la posibilidad de cualquier posible salida antes del cumplimiento íntegro de sus penas[272].

[270] Entendiéndose, como hace Roxin, que en los procesos de formación de la ley penal los fines de prevención intimidatoria son preponderantes. Sobre los desarrollos de la teoría unificadora preventiva de la pena, *vid.* Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 95 y ss.

[271] Kupers: «Conversaciones: Dr. Terry Kupers. La orgía del encarcelamiento en Estados Unidos y la ideología que la sustenta» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2.

[272] Sanz Morán: «Consideraciones al proyecto de ley orgánica de modificación del Código Penal» en *Eguzkilore*, 209-210.

En este punto, corresponde destacar que, aunque la reincidencia ha superado, como en el caso español, el examen de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional (*vid.* la STC del 19 de enero de 2007, Expediente 0014-2006-PI/TC), la regulación peruana, excesivamente amplia y sin las limitaciones que, por ejemplo, tiene el CPE, hace dudosa su aplicación desde la perspectiva del principio de responsabilidad por el hecho. El propósito de estas fórmulas no es otro que el de neutralizar a los delincuentes habituales a través de su internamiento en prisión. A favor de esta interpretación se ubican los cambios operados por el Decreto Legislativo 982, del 22 de julio de 2007, en el contenido del art. 57 del CP, que regula la suspensión de la ejecución de la pena y que, a partir de la nueva redacción del mencionado dispositivo, no resultan de aplicación en casos de delincuentes reincidentes y habituales.

En el contexto del punitivismo, sirven de complemento, por un lado, el nuevo tratamiento de los concursos delictivos (CP, arts. 48-51) caracterizados por adoptar el sistema de adición (las penas se suman), y se alejan así de la fórmula de la subsunción (se aplica la pena mayor); y, por otro lado, la exclusión de la posibilidad de indulto o de cualquier otro derecho de gracia en el caso de los delitos de secuestro y extorsión (Ley 28760, del 14 de junio de 2006) y violación sexual de menores de edad (Ley 28704, del 5 de abril de 2006).

La configuración, por parte del legislador penal peruano, de un sistema de *responsabilidad penal por la conducción de vida* o *derecho penal de autor* pierde cualquier posible sutileza si se observa que aquel reconoce que, en la modificación al art. VIII del título preliminar del CP (modificatoria operada a través de la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006), la regla de la responsabilidad por el hecho *no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente*.

VI. La influencia de los discursos represivos norteamericanos en la política criminal peruana

Toda esta descripción de la legislación penal peruana solo permite identificar las características de contenido represivo que tiene nuestra política criminal. Queda por determinar entonces cuál es el origen y, a través de ello, determinar hacia dónde se orienta su futuro.

En primer lugar, como se adelantó líneas atrás, debe destacarse el carácter *importado* del programa político-criminal peruano: las leyes penales peruanas han sido siempre leyes importadas[273]. En el marco de esta afirmación debe re-

[273] Hurtado Pozo: *La ley penal importada. Recepción del derecho penal en el Perú, passim.*

cordarse que los procesos de codificación de 1924 y 1991 significaron, en lo sustancial, el traslado de los desarrollos legislativos de otros países. El Código Penal de 1924 tenía su origen en el Proyecto de Código Penal suizo de Stoos, mientras que el Código Procesal Penal (CPP) de 1991 tuvo como referentes centrales el Anteproyecto del CPE de 1983 y el StGB alemán.

Este proceso de importación legislativa, por lo demás, se caracterizó por su escaso contenido analítico, de allí que se hubiesen importado fórmulas legales seriamente cuestionadas en sus entornos de procedencia. Un ejemplo sustancial puede ser extraído del tratamiento de la figura del *actuar por otro* (CP, art. 27), que recoge —conforme admite el propio legislador peruano— del art. 15 bis del anterior CPE y del art. 31 del anteproyecto de este Código[274], pese a que ya en 1991 la doctrina española había mostrado contundencia en la crítica a las deficiencias de estas fórmulas[275].

La cuestión, dada la tendencia a la importación legislativa, pasa por determinar desde dónde el legislador penal peruano viene importando sus actuales modelos de represión penal. Pues bien, un dato central de cara a este propósito es el reconocimiento de que los discursos represivos preponderantes tienen raigambre norteamericana.

Los discursos represivos de la actualidad muestran una notoria vinculación con el derecho norteamericano. Piense, por ejemplo, en los discursos político-criminales de *seguridad nacional*, *seguridad ciudadana*, *tolerancia cero* y *ley y orden*. El único discurso que podría salir de dicho esquema, el *derecho penal de enemigos* propuesto por Günther Jakobs, adquiere verdadero impacto tras la instrumentalización de la *Patriot Act* estadounidense tras los atentados del 11 de setiembre de 2001[276].

---

[274] Exposición de motivos del CP: «El texto que establece la responsabilidad de las personas físicas que actúan en representación de una persona jurídica, (artículo 27), ha sido tomado del artículo 15 *bis* del Código Penal español (adicionado por la Ley Orgánica 8/1983), así como también del artículo 31 de la Propuesta del Anteproyecto del Nuevo Código Penal español de 1983».

[275] En ese sentido, *vid.* Abanto Vásquez: *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, 147. Profundizando sobre la regulación peruana del «actuar por otro», *vid.* García Cavero: *Derecho penal económico. Parte general,* 373.

[276] Conectando el desarrollo del derecho penal de enemigos con el atentado contra las Torres Gemelas de Nueva York, *vid.* Riquert y Palacios: «El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes» en *La Ley. Revista Universitaria*, 1. De igual forma, conectando la intensificación discusión con dicho atentado, *vid.* Bergalli: «Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía», 59; Chazarra Quinto: «El tratamiento penal del inmigrante en el derecho español: análisis de la aplicación del denominado "derecho penal del enemigo" a los delitos relacionados con la inmigración» en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 1 y ss.; Ferreira de Abreu: «¿Resocialización o inocuización? Acerca del derecho penal del enemigo en el contexto de la reforma penal venezolana» en *Capítulo Criminológico*, 397; Muñoz Conde: «El nuevo derecho penal autoritario», 162. No

La vinculación entre los desarrollos de esta nueva política criminal peruana con los de la política legislativa norteamericana en materia penal se denotan con mayor intensidad observando las características centrales de los contenidos de la contrarreforma operada sobre el CP: el predominio de las lógicas neutralizadoras y su expansión hacia la criminalidad patrimonial violenta o habitual.

En efecto, si alguna característica se observa en la legislación penal peruana es su reconocimiento de la neutralización como fin de la intervención punitiva sobre la criminalidad violenta. La cadena perpetua y las penas privativas de larga duración son los instrumentos por excelencia de un sistema penal de neutralización. Sin embargo, este no es el factor decisivo para sostener la peligrosa cercanía de la política criminal peruana a la norteamericana, sino la extensión de estos instrumentos penales inocuizadores hacia la criminalidad patrimonial violenta y los delincuentes habituales que termina vinculándonos necesariamente a la lógica de la *tolerancia cero* y *ley y orden*.

Estos discursos provienen de los Estados Unidos de América[277] donde, a partir de la década de 1990, William Bratton (asesor del alcalde de la ciudad de Nueva York) introdujo el discurso de la «tolerancia cero» (*zero tolerance*) recordando los planteamientos del famoso lema «ley y orden» (*law and order*) de la década de 1960[278]. Las notas características de este discurso eran su específica atención a los fenómenos de criminalidad callejera, la tendencia a potenciar las respuestas policiales y la neutralización de sus posibles responsables a través de medidas de incapacitación.

En esta última línea (neutralización e incapacitación) se ubica la conocida fórmula del *three strikes you're out*, que obliga[279] a la neutralización del delincuente habitual, sin conexión con la gravedad del delito —y, con ello, carente de referencia al hecho—, a través de penas que van desde los 25 años hasta la cadena perpetua. Esta fórmula parece constituir la verdadera fuente de inspiración del legislador peruano, al introducir la reincidencia y la habitualidad dentro del CP en términos excesivamente amplios.

---

obstante, es necesario reconocer que el planteamiento de Jakobs es postulado originalmente en el Congreso de Penalistas Alemanes desarrollado en Frankfurt en 1985, donde abordó críticamente la tendencia a la criminalización de conductas en estadios previos a la lesión de bienes jurídicos. Al respecto, Jakobs: «La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», 322.

[277] Al respecto, Muñoz Conde: *De la tolerancia cero, al derecho penal del enemigo*, 30 y ss.

[278] Muñoz Conde: «El nuevo...», *op. cit.*, 177; Ceretti: «A homage to Louk Hulsman» en *Cahiers de défense sociale*, 51; Lascano: «La insostenible "modernización del derecho penal" basada en la "tolerancia cero" desde la perspectiva de los países "emergentes"» en *Cahiers de défense sociale*, 167.

[279] Justamente allí radica su irracionalidad, conforme refieren Zimring, Hawkins y Kamin: *Punishment...*, *op. cit.*, 9.

Pero no son estas las únicas razones que permiten sostener la lógica represiva inspiradora de la legislación penal peruana. El Poder Ejecutivo, ante la inminencia de la puesta en libertad por cumplimiento de pena de un número importante de delincuentes terroristas, propuso la elaboración de una base de datos de libre acceso que contuviera el nombre de los sentenciados por delito de terrorismo[280]. Este planteamiento, finalmente hecho realidad mediante la Ley 29988, del 18 de enero de 2013[281], rememora los contenidos de la conocida *Megan's law* californiana que permite el registro y divulgación de un patrón de delincuentes sexuales[282]. Según datos del Departamento de Justicia de California, hasta 1999 se tenía registrados —con fines de control— a 72 984 delincuentes sexuales graves, de los cuales 1558 eran calificados de alto riesgo.

Este tipo de medidas suponen una especie de *levantamiento del velo de la lógica neutralizadora* subyacente a esta clase de política criminal. Cuando se instrumentalizan reacciones punitivas de gran intensidad, como las constantemente utilizadas en materia de la criminalidad violenta, se disfrazan y ocultan los verdaderos fines que se pretenden de la pena: los fines de prevención especial negativa. Sin embargo, las verdaderas intenciones terminan revelándose. En efecto, cuando trascurre el tiempo y esas penas de larga duración son finalmente cumplidas, el Estado duda entre poner en libertad al sujeto, que tras cumplir su pena ha compensado su culpabilidad, o instrumentalizar medidas que mantengan a esos sujetos inocuizados o, al menos, controlados. Esta clase de mecanismos, desafortunadamente, se observan en otros ámbitos legislativos que, al menos en teoría, gozan de un nivel de razonabilidad mayor. Piense así en las dudas del gobierno alemán sobre la liberación por cumplimiento de pena de los integrantes de la *Rote Armee Fraktion* (Fracción del Ejército Rojo)[283].

Ahora bien, la influencia de la política criminal norteamericana no es cuestión reciente. Debe recordarse la notoria influencia político-criminal que tuvo la *doctrina de la seguridad nacional*, que apareció tras la segunda posgue-

[280] *Vid.* las declaraciones del entonces presidente de la República del Perú, Alan García Pérez, en el diario *El Comercio*, Lima, 3 de diciembre de 2007. De hecho, el propósito del expresidente peruano era complementar la respuesta populista desarrollada mediante la Ley 28970, del 26 de enero de 2007, que creó el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

[281] A través de la cual se crea el Registro de personas condenadas o procesadas por delito de terrorismo, apología del terrorismo, delito de violación de la libertad sexual o delitos de tráfico ilícito de drogas.

[282] En ese contexto convendría recordar la existencia de una antigua ley inglesa, la *English Habitual Criminals Act* de 1869, que creaba un registro de criminales habituales, el cual incluía sus fotografías. Al respecto, Pratt: «Dangerousness...», *op. cit.*, 37.

[283] Al respecto, Cano Paños: «¿Clemencia o justicia? Sobre las reticencias existentes en Alemania a la hora de poner en libertad a los últimos terroristas de la RAF» en *InDret*, *passim*.

rra como medio de contención frente a los nuevos *enemigos* cuando en aquel entonces constituía un nuevo escenario de guerra: Latinoamérica[284].

Un factor central para el predominio de la doctrina de la seguridad nacional en aquella Latinoamérica de las décadas de 1950 y 1960 era, como lo es ahora, la dependencia de nuestros países y el financiamiento económico norteamericano. Es cierto, dado que era el ejército el instrumento de realización de los fines de la doctrina de la seguridad nacional, que su eficacia pasaba por romper la hegemonía francesa y británica. Para ello, se implementó un sistema de cooperación militar que se encontraba, en lo económico, fuertemente condicionado por la aceptación de sus posturas ideológicas. Esta mecánica se viene reproduciendo y es explicativa del actual predominio de las tendencias político-criminales norteamericanas.

Las reformas penales y procesales en los países latinoamericanos son posibles fundamentalmente debido al financiamiento externo. EE. UU. es el país que proporciona mayor ayuda económica a nuestro país, con un promedio de 123 millones de dólares al año[285]. Pues bien, esa ayuda, desafortunadamente, no es gratuita y se encuentra condicionada a la aceptación de ciertas fórmulas de origen norteamericano. Un ejemplo notable se halla en la política criminal antidrogas[286].

[284] Tras la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos de América identificaron como *enemigo* a la otrora Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y las propuestas revolucionarias que esta auspiciaba. La preocupación por el enemigo soviético se incrementó tras la Revolución cubana. Para los intereses norteamericanos esto significaba el traslado del escenario de guerra desde Europa a Latinoamérica, con un riesgo adicional: la conformación geográfica Latinoamérica permitía la reproducción de las condiciones que permitieron el desarrollo de la guerra de guerrillas impulsada desde Cuba y la cordillera de los Andes podría transformarse fácilmente en la Sierra Maestra latinoamericana. La política norteamericana se constituyó entonces en una política de seguridad y se formaron las bases de la *doctrina de la seguridad nacional*. A través de esta doctrina, el Ejército se transforma en *protagonista central* de la vida nacional. El propósito fundamental de los ejércitos no es otro que el de unificar los criterios de la guerra convencional con los de la política, de modo tal que la lucha se desarrolle en varios frentes. Un factor central dentro de esta doctrina se vincula a la convicción de que el riesgo de la revolución comunista disminuye cuando los países logran un desarrollo autosostenido que disminuya las demandas sociales contra el Estado. Los ejércitos latinoamericanos, dada su prevalencia en el poder y por ser los conformadores de las políticas criminales, constituían los actores centrales de la neutralización del sector enemigo, conformado por los movimientos insurgentes (Movimiento de Izquierda Revolucionaria y Ejército de Liberación Nacional). Para esto era necesario que aquellos ejércitos dejen de ser influenciados por otras fuerzas militares, como la británica y la francesa, lo que se consiguió a través del financiamiento y la hegemonía. Estos factores se vienen reproduciendo en la actualidad y explican el actual predominio de las tesis político-criminales norteamericanas. *Vid.* al respecto Halperin Donghi: *Historia contemporánea de América Latina*, 522-530; Cotler: *Clases, Estado y nación en el Perú*, 288.

[285] Promedio correspondiente a 2000-2007. En ese contexto se observan notorias diferencias, por ejemplo, en las cifras de la Cooperación Española, que es de aproximadamente 7 617 000 de euros.

[286] Que era calificado como un problema de *seguridad nacional norteamericana*. *Vid.* González Zapata: «El terrorismo: la utilidad del miedo» en *Estudios políticos*, 137.

Como se comprende, uno de los factores condicionantes de las dimensiones de la cooperación económica norteamericana es su actitud frente al tráfico ilícito de drogas. Justamente esa dependencia estatal a la ayuda económica norteamericana explica que la introducción de la terminación anticipada (una fórmula de aceleración del proceso penal que tiene sus verdaderos orígenes en el *plea bargaining* norteamericano[287]) en la legislación procesal penal peruana se haya producido con respecto a los delitos de tráfico de drogas.

Ese mismo factor económico explica la ampliación del campo de cobertura del *plea bargaining*, así como los rasgos adversariales del CPP. La implementación del modelo procesal propuesto por el CPP de 2004 tuvo, en la ayuda económica proporcionada por los Estados Unidos de América, un baluarte fundamental.

VII. Conclusiones

En vista de lo desarrollado hasta este momento, creo haber demostrado que queda muy poco de los principios político-criminales y el garantismo inspirador de la reforma penal que derivó en el CPP de 1991. Esto tiene su razón sustancial de ser en la adopción de un modelo político-criminal claramente vindicativo[288] como lo es el norteamericano.

La legitimidad del recurso a las tendencias político-criminales norteamericanas decae desde el momento mismo cuando se reconoce que su lógica central es la neutralización y el encarcelamiento de los sujetos considerados peligrosos: más de dos millones de personas en prisión y otros tres millones de personas controladas o vigiladas por el sistema penal a través de la *probation* o la *parole*[289], sin olvidar el hecho de que constituye, solo con Japón, una de las pocas sociedades democráticas que admiten la pena de muerte[290].

Si el encarcelamiento y la inocuización son los mecanismos de prevención que el sistema penal ha decidido utilizar, su empleo tendría que encontrar justificación tanto a nivel teórico como práctico.

---

[287] Aunque se sostenga que sus orígenes se ubican en el *pattegiamento* italiano, que sirvió de fuente al legislador procesal penal colombiano, de donde se sostiene que proviene la figura, lo cierto es que su esencia se encuentra en el derecho norteamericano. *Vid.* Reyna Alfaro: *La terminación anticipada en el Código Procesal Penal*, 119 y ss.

[288] Kupers: «Conversaciones...», *op. cit.*, 19.

[289] Cifras procedentes del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. *Vid.* Kupers: «Conversaciones...», *op. cit.*, 1-2. Las cifras llevan a sostener que el número de personas en prisión en Norteamérica es muy superior a las de Alemania y Francia juntas. *Vid.* Zimring, Hawkins y Kamin: *Punishment...*, *op. cit.*, 18.

[290] Thaman: «La protección de derechos humanos en el procedimiento penal de los EE. UU.» en *Capítulo Criminológico*,, 37 y ss.

A nivel teórico, observamos la ausencia de una teorización científica del sistema político-criminal norteamericano[291]. La ausencia de fundamentación racional de las construcciones de la política criminal norteamericana no ha sido enfrentada por una dogmática jurídica totalmente pasiva frente a las tendencias punitivas neutralizadoras[292].

A nivel práctico, puede objetarse la ausente capacidad de rendimiento de un sistema penal neutralizador. A pesar de la notable repercusión mediática de los aludidos discursos, los datos empíricos ponen en serio entredicho la real capacidad de rendimiento del modelo inocuizador[293], lo que significaría la puesta en duda de su presunto mérito: la eficacia[294].

Conviene, en todo caso, recordar que las propuestas contenidas en los modelos político-criminales de neutralización no resultan novedosas en el escenario jurídico del *common law* ni en el derecho de codificaciones. Constituyen, simplemente, *más de lo mismo*. En efecto, debe recordarse que las fórmulas de *three strikes* no son sino la amplificación e intensificación del tratamiento ya conocido sobre los delincuentes habituales, tal cual ha puesto de manifiesto la doctrina penal norteamericana[295]. En la tradición jurídica europeo-continental, la neutralización y la inocuización eran características del modelo de *derecho penal de autor*, que sustentaba la respuesta punitiva del Estado no por el hecho cometido, sino por la forma de conducirse en la vida.

Justamente por esa razón, por ser una *vuelta al derecho penal de autor*, conviene recordar que el castigo de la persona, por lo que es y no por lo que hace, responde a una ideología constitucional que debe ser puesta de relieve. La vuelta al derecho penal de autor supone reconocer una imagen del ser humano intolerable desde el plano ideológico constitucional. En efecto, al reconocer que los fines de la intervención penitenciaria son los de prevención resocializadora, la Constitución Política asume una determinada imagen basada en la esperanza, de que el ser humano puede mejorar e incluso resocializarse[296]. Asumir, mediante un derecho penal sostenido en la conducción de vida, que ciertas personas deben ser excluidas a través de su reclusión prolongada o permanente en la cárcel supone aceptar una imagen del ser humano distinta a la propuesta constitucionalmente.

---

[291] De esta opinión, Zimring, Hawkins y Kamin: *Punishment...*, *op. cit.*, 7.

[292] Rodríguez: *Persistent...*, *op. cit.*, 1-2; Zimring, Hawkins y Kamin: *Punishment...*, *op. cit.*, 31.

[293] Ceretti: «A homage...», *op. cit.*, 81; Rodríguez: *Persistent...*, *op. cit.*, 7.

[294] Giunta: «The punitive metaphor: from "punishment lost" to "punishment found"?» en *Cahiers de défense sociale*, 148; Zugaldía Espinar: «Seguridad...», *op. cit.*, 1124-1125.

[295] Rodríguez: *Persistent...*, *op. cit.*, 32-33; Zimring, Hawkins y Kamin: *Punishment...*, *op. cit.*, 17.

[296] Sobre este punto, *vid.* los desarrollos de Häberle: *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, 90-91.

El castigo de la peligrosidad genera una cultura de la intolerancia que deriva necesariamente en la reducción de las libertades, en la calificación como peligrosos o riesgosos de ciertos sectores excluidos, con la consecuente reducción del valor de la vida para quienes integran dichos grupos[297].

El derecho penal no puede caer en la ironía —destacada por Garland[298]— de buscar libertad restringiendo libertad o condenar la violencia a través de la violencia.

[297] Pratt: «Dangerousness...», *op. cit.*, 47.
[298] Garland: *Punishment and modern society. A study in social theory*, 283.

Capítulo IV

ESTADO DE DERECHO Y ORDEN JURÍDICO-PENAL

(A SU VEZ, UN ESTUDIO CRÍTICO SOBRE EL *DERECHO PENAL DE ENEMIGOS* DE GÜNTHER JAKOBS)

I. Introducción

El panorama de la doctrina penal contemporánea, dominado hasta hace muy poco por cuestiones estrictamente dogmáticas, como la problemática de la *imputación objetiva* o de los *delitos de infracción del deber*, por citar solo un par de ejemplos, ha variado radicalmente tal orientación para centrarse, esencialmente, en el análisis de la legitimidad y capacidad de rendimiento de ciertas expresiones de política punitiva.

Vital en la modificación del escenario jurídico-penal ha sido el catastrófico suceso del 11 de setiembre de 2001[299]. Este atentado puede considerarse el paradigma de la criminalidad actual: las Torres Gemelas del World Trade Center de Nueva York fueron impactadas por sendos aviones comerciales secuestrados por integrantes de la organización terrorista Al Qaeda, en tanto que, simultáneamente, un tercer avión impactaba contra el Pentágono y una cuarta nave se estrellaba en Sommerset, lo que provocó en conjunto la muerte de 2823 personas.

Este suceso criminal reavivó el calor de las aparentemente sofocadas tendencias represivas propias, lo que ha dado lugar a elaboradas pretensiones legitimadoras. En ese contexto, especialmente importante ha resultado la defensa, realizada por el reconocido penalista alemán Günther Jakobs, de un *derecho penal de enemigos*.

---

[299] Conectando el desarrollo del derecho penal de enemigos con el atentado de las Torres Gemelas de Nueva York, *vid.* Riquert y Palacios: «El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes» en *La Ley. Revista Universitaria*, 1. De igual forma, conectando la intensa discusión con el atentado de las Torres Gemelas, *vid.* Bergalli: «Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la modernidad tardía», 59.

El propósito de este capítulo es analizar, desde la perspectiva del Estado de derecho, la capacidad de rendimiento de la propuesta jakobsiana de un derecho penal de enemigos, lo cual exige realizar un examen inicial de los fundamentos en que se asienta el sistema del derecho penal jakobsiano.

II. Fundamentos del planteamiento de Jakobs

Para entender los alcances de la propuesta del *derecho penal de enemigos* es necesario identificar las bases ideológicas del *sistema jurídico-penal funcional* del que parte Günther Jakobs. De este modo, se puede establecer finalmente la coherencia del planteamiento de un *derecho penal del enemigo* con el sistema funcionalista.

1. El sistema funcionalista del derecho penal

El análisis del sistema funcionalista del derecho penal nos reconduce necesariamente al finalismo de Hans Welzel. En efecto, Welzel no solo fue el maestro de Jakobs, sino que el tratado de este último fue concebido inicialmente como una continuación del libro de Welzel[300].

Hans Welzel sostenía que la misión fundamental del derecho penal era asegurar la *vigencia de los valores del acto ético-sociales positivos*; en otras palabras, asegurar el respeto de «los valores del acto de una actitud interna jurídica»[301]. Esta posición plantea, en suma, la necesidad de que el ciudadano asuma los valores éticos que dimanan de cada norma jurídico-penal[302].

Ahora bien, es de Welzel justamente que se desprende la orientación de Jakobs hacía la función ética que corresponde al derecho penal, vinculación que ha sido destacada por la doctrina mayoritaria[303], afirmación

[300] Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá: *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, 12. En términos muy similares, Roxin subraya la oposición entre el sistema propuesto por Jakobs y el estructurado por su maestro Welzel. *Vid.* Roxin: *Derecho penal. Parte general: especiales formas de aparición del delito 2.ª ed.*, 204-205; Roxin: «Problemas fundamentales del sistema del derecho penal», 57. Sumamente drásticas son las afirmaciones de Jescheck y Weigend, quienes —luego de destacar que solo Hirsch ha continuado fielmente la estructura finalista del delito— sostienen que «otros de sus discípulos —en clara alusión a Armin Kauffmann, Zielinski y Jakobs— han continuado el desarrollo de su pensamiento esencial finalista hasta posiciones extremas inaceptables». (Jescheck y Weigend: *Tratado de derecho penal. Parte general I*, 229-230). También Montealegre Lynett sostiene que la obra de Günther Jakobs «rompe definitivamente con la tradición finalista» (Montealegre Lynett: «Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs», 23).

[301] Citado por Roxin: *Derecho penal 2.ª ed., op. cit.*, 68.

[302] Alcácer Guirao: *Los fines del derecho penal*, 49.

[303] Silva Sánchez: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 227; Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá: *Un nuevo..., op. cit.*, 11 y 51-52. Sostienen los profesores

que —por cierto— se confirmaría con, a su vez, el existente lazo entre la tesis de Welzel y las ideas de Hegel[304].

En el pensamiento de Jakobs deben distinguirse, por un lado, el *mundo natural* y, por otro, el *mundo social*[305]. En el *mundo natural,* los sucesos se explican por las *reglas de la naturaleza*; mientras que, en el *mundo social,* mediante las *normas sociales.* Las distinciones entre un mundo y el otro no vienen predeterminadas, sino que están relacionadas con el modo de defraudación de sus reglas.

Frente a las *reglas de la naturaleza* se formulan *expectativas cognitivas.* Las reglas de la naturaleza, dominadas básicamente por la lógica y las matemáticas, llevan a formarse un pronóstico del modo de desarrollo de los sucesos naturales que generan las mencionadas *expectativas cognitivas.* La defraudación de este tipo de *expectativas* produce —como reacción— una mejora del material cognitivo; esto es, se trata de optimizar el nivel de conocimientos, se intenta aprender.

En el mundo social, recuerda Jakobs, la relación entre personas se produce mediante normas, lo que produce una expectativa general de cumplimiento de estas: una *expectativa normativa.* La defraudación de tal expectativa no conlleva un abandono de esta; por el contrario, ella persiste. Cuando una norma es infringida y se genera una defraudación de la expectativa de su cumplimiento, la sociedad mantiene vigente dicha expectativa y reclama la punición del comportamiento.

El sistema penal resulta entonces organizado atendiendo a la misión que al derecho penal le corresponde, esto es, con arreglo a su misión social, la cual no se ubica en procesos naturales ni de otra índole que

Peñaranda, Suárez y Cancio que el punto de coincidencia entre Welzel y Jakobs es la idea de que «el derecho penal ha de asegurar la vigencia de los "valores positivos de acción de carácter ético-social"» y agregan que «sus respectivos caminos se separaron».

[304] No hay que olvidar que uno de los pilares sobre los que se construye el «edificio» teórico de Jakobs —además de las innumerables veces remarcada influencia de Luhmann y la ejercida por Carrara a través de la «doctrina del daño intelectual del delito»— es la filosofía de Hegel, que se hace patente en el entendimiento de la pena como «confirmación de la vigencia de la norma» (Jakobs) o como «negación de la negación del derecho» (Hegel). Al respecto, *vid.* Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá: *Un nuevo...*, *op. cit.*, 25 y ss. Sobre la influencia de Hegel en Jakobs, *vid.* también Montealegre Lynett: «Estudio...», *op. cit.*, 23-24; Parma: *El pensamiento penal de Günther Jakobs*, 27 y ss. Muy interesante también —sobre el deber jurídico en Kant y Hegel— es el trabajo de Perdomo Torres: «El concepto de deber jurídico», 231-250. La influencia de Carrara en Jakobs es resaltada además por Alcácer Guirao: *Los fines...*, *op. cit.*, 90-91.

[305] En lo que sigue, *vid.* Jakobs: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal,* 34-35.

resulten desligados de la sociedad[306]. La vinculación que —subraya Jakobs— existe entre el derecho penal y los aspectos sociales no puede ser desconocida, pues, según sus palabras, «el derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva»[307].

Es la mencionada relación entre sociedad y derecho penal lo que permite a Jakobs atribuir al orden jurídico —en general— y al derecho penal —en concreto— una función de promoción que le permita no solo alcanzar el nivel evolutivo de la sociedad, sino también «recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles»[308]. Es que, como lo recuerda el profesor emérito de la Universidad de Bonn: «Toda sociedad necesita para su evolución empujones, incluso choques»[309]. Solo de este modo podrá superar el derecho penal el papel de mero «lacayo»[310].

La asunción de determinadas atribuciones promocionales en la formulación teórica del profesor Jakobs no significa, sin embargo, que el derecho penal sea capaz de servir de base a una revolución social, pues, en cuanto deja de abonar a favor de la configuración social, pierde la base que podría configurar esa revolución[311].

Así, las usuales críticas hechas contra el planteamiento de Jakobs, en el sentido de tener oculto un «oscuro fin político»[312], de ser una doctrina de «corte autoritario»[313] o de simplemente «transigir»[314], pierden autoridad[315]. Lo que el tratadista alemán propone no es consolidar un determinado orden de cosas, sino diseñar la identidad de una determinada sociedad, con lo que adquieren relevancia decisiva las reglas (normas) que configuran tal identidad y no los bienes o estados que existen en la sociedad[316].

---

[306] Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 9.

[307] Jakobs: «Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional», 23.

[308] *Ibid.*, 24.

[309] Jakobs: «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», 51.

[310] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 24.

[311] *Idem.*

[312] Baratta: «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica» en *Cuadernos de Política Criminal*, 544-551.

[313] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 237.

[314] Schünemann: «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana» en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 266.

[315] Críticamente también *vid.* Serrano-Piedecasas: *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, 71-72.

[316] Bacigalupo: *Derecho penal. Parte general 2.ª ed.*, 45.

En todo caso, la subsistencia de algún fin de orden tecnocrático de autopromoción estatal, como bien subraya Alcácer Guirao:

> [...] no pertenece al fin de protección de la vigencia de la norma, sino que no es más que una *perversión* del mismo, al igual que un Estado coactivo de terror es la perversión del fin de intimidación, y que un Estado clínico de terapia forzosa es una perversión del fin de resocialización.[317]

La sociedad, según el planteamiento jakobsiano, se halla estatuida en atención a determinados roles. Esto significa que cada ciudadano tiene asumido un papel, una función que genera una expectativa de comportamiento; dicha expectativa aparece siempre vinculada a la norma, que resulta ser el modelo de conducta deseado, esto es, en términos de Jakobs, el «modelo de orientación de los contactos sociales»[318]. En este sentido, todo comportamiento ajeno a dicha función y, por ende, infractor de la norma, tendrá como consecuencia la defraudación de dichas expectativas, cuyo efecto ulterior será la pena como réplica.

Para el jurista alemán, la función de la pena puede sintetizarse en la «prevención general a través del reconocimiento de la norma»[319], la cual se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, la sanción sirve para reafirmar la confianza en la vigencia de la norma, no obstante haber sido ocasionalmente infringida («ejercicio de confianza en la norma»); en segundo término, la pena se destina al «ejercicio de la fidelidad hacia el derecho»; finalmente, mediante la imposición de la sanción penal, se aprende el nexo existente entre la conducta infractora y la obligación de soportar su precio[320].

Pues bien, es aquí donde se devela la noción de «fidelidad al derecho» o de «lealtad comunicativa» (en términos de Kindhäuser[321]), y que ha sido, justamente, uno de los aspectos más criticados del pensamiento del profesor de la Universidad de Bonn.

---

[317] Alcácer Guirao: *Los fines...*, *op. cit.*, 93.

[318] Jakobs: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 13.

[319] No hay que olvidar que también Roxin ha considerado que «la estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad pertenece sin duda, como "prevención general positiva", a los cometidos del derecho penal» (Roxin, *Derecho penal 2.ª ed.*, *op. cit.*, 69).

[320] Roxin: *Derecho penal 2.ª ed.*, *op. cit.*, 91-92; Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá: *Un nuevo...*, *op. cit.*, 16-17.

[321] No hay que olvidar que el funcionalismo sistémico —por influencia de la teoría de los sistemas de Luhmann— parte del delito como una «comunicación defectuosa» dentro de un sistema de comunicación entre iguales; al respecto, *vid.* Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 48 y ss.; Kindhäuser: «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», 185; Müssig: «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal» en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 336 y ss.; Montealegre Lynett: «Estudio...», *op. cit.*, 28.

Las críticas que se formulan a la idea de «fidelidad al derecho» señalan que, a través de esa pretensión, se violentaría la autonomía moral del ciudadano y se le trataría de imponer una determinada conciencia ética, hecho que supone una intervención en el ámbito interno del ciudadano[322].

En virtud del planteamiento de Jakobs —señalan sus detractores—, la pena adquiriría una función de pedagogía o psicología social[323]. Además, se ha dicho que la imposición de la pena asumiría —según los postulados funcionalistas sistémicos— una carga simbólica y que la presunta reafirmación normativa que supone su aplicación no es constatable empíricamente[324].

En contraposición a dicha crítica, Peñaranda, Suárez y Cancio sostienen que, si bien dicha función de la pena fue acentuada en las primeras formulaciones de Jakobs, como en su trabajo sobre *Culpabilidad y prevención*, en la actualidad aquella función prácticamente ha desaparecido del planteamiento jakobsiano[325] o adquiere, a lo sumo, una posición secundaria[326].

Esta última aseveración resulta válida en la medida en que la obra de Jakobs viene mostrando cierto distanciamiento de algunas de las ideas comunitaristas del planteamiento de Hegel para mostrar mayor cercanía con el pensamiento de Niklas Luhmann. En Hegel, la «identidad moral» del Estado era consustancial a la de sus ciudadanos, quienes solo lograban ser dignos y libres moralmente si se dedicaban a servir al Estado. En consecuencia, al Estado no le correspondía —en virtud de una ponderación cualitativa— proteger los intereses de los individuos, sino mantener indemne su configuración ética, que justamente es la que permite crear la libertad de estos[327].

Sobre la base de tal concepción, pierde relevancia la protección de bienes jurídicos como fin del derecho penal y adquiere dimensión fundamental la necesidad de ejercitar sobre los individuos la «identidad moral de la comunidad». En términos de Alcácer Guirao:

---

[322] Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá: *Un nuevo…*, *op. cit.*, 50.

[323] Silva Sánchez: *Aproximación…*, *op. cit.*, 230.

[324] Rodríguez Delgado: «La teoría de los sistemas y la prevención general positiva», 160-161. De forma similar, el profesor George Fletcher sostiene, en relación con los fines de la pena en las teorías de prevención general, que estos son de difícil constatación (*vid.* Fletcher: *Conceptos básicos de derecho penal*, 61).

[325] Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá: *Un nuevo…*, *op. cit.*, 15-16 y 50.

[326] Peñaranda Ramos: «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del derecho penal» en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 420.

[327] Alcácer Guirao: *Los fines…*, *op. cit.*, 55.

> [...] lo que se exige a los miembros de la comunidad no es, en primer lugar, la evitación de acciones dirigidas a lesionar los intereses de otros individuos, sino que el deber de rango superior será la *fidelidad* a las convicciones de la comunidad: al derecho; en palabras de Hegel, el «supremo deber» de «ser miembro del Estado».[328]

Luhmann, por su parte, propone una distinta configuración del derecho. Su planteamiento se inicia dejando en evidencia las distancias existentes entre derecho y moral. Señala, a este respecto, el sociólogo alemán: «La moralización de las pautas de creación y estabilización del sistema jurídico llevaría a una confusión de planos comunicativos y de funciones sociales»[329].

En su esquema ideológico, Luhmann sostenía la necesidad de evitar, mediante la separación de derecho y moral (disociación que consideraba condición esencial para la libertad), que el derecho aparezca como «regulador de conciencias»; por el contrario, aseveraba que en las sociedades actuales «la conciencia no puede ya ser el lugar donde el derecho superior se promulga, sino que debe ser protegida frente al derecho»[330]. De esta forma se entiende también el distanciamiento de Luhmann frente a cualquier pretensión directiva de conductas: el fin único del derecho era el aseguramiento de expectativas normativas.

Tal orden de ideas supone que el derecho —y el derecho penal en concreto— carece de legitimidad para dirigir las conductas de los individuos y que la pretensión fundamental del derecho penal se debe ubicar en la *reafirmación de la vigencia de la expectativa normativa*. Es que solo manteniendo a la *norma* como *modelo de orientación de los contactos sociales* pueden existir expectativas de cumplimiento que eviten considerar cada contacto social como un riesgo imprevisible[331].

Este alejamiento de Jakobs de algunas premisas hegelianas le permite también superar las críticas ya mencionadas respecto al «oscuro fin político» presuntamente oculto en su ideología. En efecto, las ideas de Hegel sirvieron en su oportunidad a las líneas de pensamiento jurídico más totalitarias y autoritarias, como ocurrió con el derecho penal del nacionalsocialismo y la denominada «escuela de Kiel»[332]. Schaffstein y

---

[328] Alcácer Guirao: *Los fines...*, *op. cit.*, 64.

[329] *Ibid.*, 83.

[330] *Idem*, citando a Luhmann.

[331] Así, específicamente, Jakobs: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 9. Alcácer Guirao: *Los fines...*, *op. cit.*, 85.

[332] Para su mejor comprensión, *vid.* Bustos Ramírez: *Introducción al derecho penal*, 154-157; García Pablos de Molina: *Derecho penal. Introducción*, 492-495.

Dahm, ideólogos del derecho penal nazi, recurrieron —estilizándola hasta la irracionalidad— a la concepción metafísica hegeliana del Estado. Así se evidencia en sus respectivas obras programáticas, en las que Dahm llega a sostener: «Toda comunidad se basa en la fidelidad y en la disposición de sus miembros»[333]. Este deber de «fidelidad al pueblo alemán» era solo exigible con respecto a quienes mantenían «vínculos de sangre y un pasado común al ario»[334]. En tal virtud, el derecho penal suponía ya no vulneración de bienes jurídicos, sino la infracción de un deber, configurado por la exigencia de lealtad y fidelidad al pueblo alemán.

La ideología del nacionalsocialismo no se limitó a justificar, desde el derecho penal, el exterminio de los individuos de razas «inferiores» a la aria, bajo el pretexto de proteger el «sano sentimiento del pueblo alemán», sino que propugnó la eliminación de aquellos individuos que, por deficiencias físicas o psíquicas, se apartasen del prototipo del perfecto alemán, del *Volksgenosse* (miembro de la comunidad). En esa línea se inscribe, por ejemplo, el proyecto de ley sobre *Gemeinschafisfremde* (extraños a la comunidad), que incluía medidas inocuizadoras para individuos (homosexuales, vagos, asociales, etc.) a quienes consideraban «extraños a la comunidad»[335].

En respuesta a este tipo de críticas, Jakobs ha respondido que un derecho penal construido sobre la base de la idea del bien jurídico también puede conducir a ciertas degeneraciones. El derecho penal protector de bienes jurídicos no necesariamente es de configuración restrictiva, pues en ocasiones (como ya ocurrió en la Alemania del nacionalsocialismo) este tipo de derecho penal, a partir de determinados «rumbos políticos» puede terminar inundándolo todo[336]. Esto lleva a Jakobs a sostener que:

> [...] respecto de la tesis de la protección de bienes jurídicos rige lo mismo que para la tesis de la protección de normas: ambas concepciones solo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo derecho retratan.[337]

Con esto da a entender que la crítica del «oscuro fin político» que se endosaba al derecho penal protector de normas es en igual medida apli-

[333] Citado por Alcácer Guirao: *Los fines...*, *op. cit.*, 62.

[334] Urquizo Olaechea: «El bien jurídico» en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 818.

[335] Al respecto, Muñoz Conde: «El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los "extraños a la comunidad"» en *Revista Penal*, 44-45; Muñoz Conde: «La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo: ¿un paso para la "solución final de la cuestión social"?» en *Revista Penal*, 3-14; Mezger: «¿Hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas esterizadoras?» en *Revista Penal*, 15-23.

[336] Jakobs: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, 49.

[337] *Idem.*

cable al derecho penal protector de bienes jurídicos. Lo que impone recurrir al derecho penal protector de normas, a decir de Jakobs, es su mayor capacidad de rendimiento para *retratar* mejor el derecho de nuestras sociedades[338]. Hasta este punto[339], parece completamente injustificada y carente de soporte la vinculación que alguna doctrina[340] suele establecer entre el pensamiento jurídico-penal de profesor Jakobs con las ideas propias del nacionalsocialismo.

La utilización de la «moral» como exclusivo criterio para la criminalización de conductas es rechazada por Jakobs y, en general, por todos aquellos que defienden un funcionalismo sistémico con bases luhmanianas. Tal consideración (moral como *ratio* de la criminalización) solo es comprensible si el objetivo del legislador es la opresión de los ciudadanos[341].

Tampoco es que la confrontación entre derecho penal y moral carezca de interés para Jakobs. Por el contrario, pareciera que la moral cumple una función de baremo, de medida, respecto de lo penalmente relevante: «[L]a contraposición de lesión de un bien y mera infracción moral —señala Jakobs— da lugar a espigar de vez en cuando el derecho penal para comprobar si no hay algunos bienes que se han marchitado»[342].

En su estructura argumentativa, Jakobs recuerda continuamente, como intentando adelantarse a una posible referencia de sus críticos a algún *oscuro fin político* oculto en su pensamiento[343], el sustento histórico-filosófico de su concepción.

III. La evolución del discurso de Jakobs en torno al *derecho penal de enemigos*

El *derecho penal de enemigos* no es un planteamiento reciente. Ya en el Congreso de Penalistas Alemanes, desarrollado en Frankfurt en 1985, Jakobs introdujo dicho planteamiento como el opuesto al *derecho penal de ciudadanos*[344].

[338] Jakobs: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, 49.

[339] Y lo sostengo en esos términos («hasta este punto») en la medida en que la introducción en el pensamiento de Jakobs del concepto de *enemistad* plantea dudas respecto a esta aseveración.

[340] Caramuti: «Dogmática y política criminal de la víctima en relación a la titularidad y ejercicio de la acción penal» en *Ciencias Penales contemporáneas*, 64-65.

[341] Jakobs: «¿Qué protege...», *op. cit.*, 51; Jakobs: «Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base a las condiciones de la vigencia de la norma» en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 160.

[342] Jakobs: «¿Qué protege...», *op. cit.*, 52.

[343] Conforme la conocida crítica propuesta por Alessandro Baratta. *Vid.* Baratta: «Integración-prevención...», 544-551.

[344] Jakobs: «La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», 322.

En su intervención sobre *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* (*La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*), Jakobs sostenía —en tono crítico— que un porcentaje mayoritario de las criminalizaciones anticipadas reconocidas por el Código Penal alemán resultaban ilegítimas desde la perspectiva del *Estado de libertades*[345].

En efecto, sostenía en esa ocasión Jakobs que anticipar la tutela penal de modo exagerado podía generar su intromisión en ámbitos de privacidad personal, lo cual presuponía privar al sujeto de su esfera privada y equivalía ulteriormente desconocer su estatus ciudadano y tratarlo como enemigo.

Desde 1985 se esbozaba el contenido del *derecho penal de enemigos*, un derecho penal que, a diferencia del *de ciudadanos* (que optimiza *esferas de libertad*), privilegia la protección de bienes jurídicos[346]. El *derecho penal de enemigos* podía generar incluso —sostenía Jakobs— la *criminalización de pensamientos*[347].

El tono discursivo de Jakobs contenía, además de una perfecta descripción de una realidad legislativa tendente a estabilizar la emergencia penal, una crítica general a lo que, en efecto, significaba recurrir al *derecho penal de enemigos*. Sostenía Jakobs en 1985 que aquel no era una demostración de la fortaleza del Estado de libertades, sino de su debilidad, de su incapacidad de vincular normativamente a la persona[348].

En su planteamiento original, sin embargo, Jakobs introdujo una suerte de justificación: «[E]l derecho penal de enemigos solo se puede legitimar como un derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente»[349], frente a lo cual era necesario recurrir a una marcada separación entre aquel y el *derecho penal de ciudadanos*, con el propósito de evitar la infiltración del primero en el segundo[350].

Sin embargo, el sentido crítico-descriptivo inicial del discurso de Jakobs se transformó, a partir de octubre de 1999, en afirmación, legitimación y justificación del *derecho penal de enemigos*[351]. En efecto, desde ese entonces Jakobs

[345] Jakobs: «La criminalización...», *op. cit.*, 293.
[346] *Ibid.*, 298.
[347] *Ibid.*, 299.
[348] *Ibid.*, 322.
[349] *Idem.*
[350] «El derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el derecho penal de ciudadanos» (*ibid.*, 323).
[351] Prittwitz: «Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del derecho penal?», 108.

ha optado no solo por constatar que las prescripciones penales mayoritarias en Alemania suponían expresiones de *derecho penal de enemigos*, sino que considera a este como un derecho justificado.

Como punto de partida, Jakobs entiende —de modo congruente con la idea de comunicación— que el derecho es el vínculo a través del cual las personas, como titulares de derechos y deberes, se relacionan. Solo las personas se relacionan a través del derecho; los enemigos se vinculan a través de la coacción. La más intensa manifestación coactiva del Estado, agrega Jakobs, se produce a través del derecho penal[352].

Pero ¿puede algún derecho, y en concreto el derecho penal, tratar a ciertas personas como enemigos? Este cuestionamiento lo aborda Jakobs a través de una suerte de reconducción histórico-filosófica que nos remite a Kant, Hobbes, Rousseau y Fichte.

Jakobs inicia su explicación citando la afirmación de Jean-Jacques Rousseau en el sentido de que, en su *contrato social* (es decir, los *principios de derecho político*):

> [...] cualquier malhechor, atacando el derecho social, se hace por sus maldades rebelde y traidor a la patria; violando sus leyes deja de ser uno de sus miembros; y aun se puede decir que le hace la guerra. En tal caso la conservación del estado es incompatible con la suya; fuerza es que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. El proceso y la sentencia son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y de que por consiguiente ya no es un miembro del estado. Mas como ha sido reputado tal, a lo menos por su residencia, se le debe excluir por medio del destierro como infractor del pacto, o por la muerte como enemigo público; pues semejante enemigo no es una persona moral, es un hombre, y en este caso el derecho de la guerra es de matar al vencido.[353]

Luego recuerda Jakobs los desarrollos de Fichte a través de la siguiente cita:

> Quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano y pasa a un estado de ausencia completa de derechos.[354]

Además de estos planteamientos de carácter general, en la medida que ambos (Rousseau y Fichte) califican como enemigo a *todo* delincuente, reconoce

[352] Jakobs: «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», 25-26.

[353] Expresión extraída del capítulo V, del libro II, de dicha obra, conforme a la edición digital contenida en la Biblioteca Digital Miguel de Cervantes Saavedra (bit.ly/41yfrlO) que, a su vez, se basa en la edición de la Imprenta de los Herederos de Roca, 1836.

[354] Citado por Jakobs: «Derecho penal...», *op. cit.*, 27.

Jakobs el valor relativo del aporte de Hobbes en su *Leviatán*, donde califica como enemigos a los *súbditos rebelados*, es decir, a aquellos que cometen alta traición. A este respecto, Hobbes sostiene:

> El daño infligido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena, ya que si se tiene en cuenta que no está sujeto a la ley, y, por consiguiente, no puede violarla, o que habiendo estado sujeto a ella y declarando que ya no quiere estarlo, niega, como consecuencia, que pueda transgredirla, todos los daños que puedan inferírsele deben ser considerados actos de hostilidad. Ahora bien, en casos de hostilidad declarada toda la inflicción de un mal es legal. De lo cual se sigue que si un súbdito, de hecho, o de palabra, con conocimiento y deliberadamente, niega la autoridad del representante del Estado [...], puede legalmente hacérsele sufrir cualquier daño que el representante quiera, ya que, al rechazar la condición de súbdito, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado.[355]

Finalmente, Jakobs recurre a la doctrina de Kant para fundamentar sus planteamientos. Sostiene el profesor alemán que la idea del *enemigo* es formulada por Kant en el contexto de sus disquisiciones relativas al tránsito entre el *estado de naturaleza* y el *estado ciudadano*[356]; en ese ámbito, Kant sostiene:

> [...] aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva [...] de la seguridad (necesaria), y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí por la ausencia de legalidad de su estado (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad.[357]

Justamente, quien debe «abandonar la vecindad» no es otro que el *enemigo*.

La respuesta penal frente al *enemigo*, reconoce Jakobs, tampoco autoriza una intervención irracional sobre aquel, en la medida en que posee una personalidad potencial:

> [...] si esta garantía —cognitiva— no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa a ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo. Esto **no significa que entonces esté todo permitido**, incluso una acción sin medida.[358] (Énfasis agregado)

---

[355] Hobbes: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, 259-260.

[356] Jakobs: «Derecho penal...», *op. cit.*, 30.

[357] Kant citado por *idem*.

[358] Jakobs: «La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente (comentario)», 58.

IV. El necesario rechazo al *derecho penal de enemigos*

Desde nuestra perspectiva, solo puede ser calificado como derecho penal el que Jakobs denomina *derecho penal de ciudadanos*, por lo que la nomenclatura del *derecho penal de enemigos* se constituye, como adecuadamente sostiene Cancio Meliá, en un pleonasmo. El *derecho penal de enemigos* es, pues, una contradicción de términos[359]. El *derecho penal de enemigos* sería una suerte de modelo de no-derecho para enemigos[360].

Y, en efecto, el *derecho penal del enemigo* plantea una absoluta contradicción, en primer lugar, porque a través de aquel es el Estado, no el criminal, «quien cae al nivel de un animal salvaje»[361]; y, en segundo término, porque el sobredimensionamiento de la seguridad lleva necesariamente a un Estado de características policíacas e, incluso, al terror estatal[362].

Estamos, pues, frente a más de lo mismo. Así, conviene recordar que el *centro de gravedad* del derecho penal se ubica en el ámbito de la legislación antiterrorista[363], lo que nos remite —nuevamente— al famoso discurso de emergencia que, como bien precisa Zaffaroni, no es nada nuevo en derecho penal: «[V]ivimos ochocientos años de emergencia y las hubo para todos los gustos»[364].

Por esta razón sostiene Zaffaroni que los discursos de emergencia y punitivismo mantienen siempre una misma estructura reconducible al *Malleus maleficarum* inquisitorial. En efecto, recuerda Zaffaroni cómo la evolución del derecho penal ha significado siempre una disputa entre los discursos de emergencia y garantías.

Si el propósito del derecho penal es, como precisa Cancio Meliá, demonizar a cierta clase de infractores en la medida en que se trata de una categoría construida a partir de la *actitud interna del autor*, ¿no volvemos acaso al derecho penal de autor?[365]

Por otra parte, hay que reconocer que, si existen enemigos que carecen del estatus de persona, ello parece reconducir el derecho penal de enemigos a un

[359] Jakobs: «Derecho penal...», *op. cit.*, 25-26; Polaino Navarrete: «La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas ¿más derecho penal?», 73.

[360] Mira Benavent: «Un modelo de control penal: el no derecho», 177.

[361] Schünemann: «Consideraciones...», *op. cit.*, 180.

[362] Bustos Ramírez: «In-seguridad y lucha contra el terrorismo», 403. En términos generales, sostiene Lolita Aniyar de Castro: «El autoritarismo generalmente se sostiene en una propuesta de seguridad» (Aniyar de Castro: «El abolicionismo en marcha: nuevos modelos de control» en *Cahiers de défense sociale*, 56).

[363] Cancio Meliá: «¿Derecho penal del enemigo?», 85.

[364] Zaffaroni: *El origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*, 28.

[365] Cancio Meliá: «¿Derecho...», *op. cit.*, 93-94.

derecho de guerra[366]. El planteo político-criminal del *derecho penal de enemigos* supone una suerte de confusión, nada nueva por cierto, entre el derecho penal y la guerra. Ello, como bien destaca Prittwitz[367], no resulta cuestión novedosa en panoramas legislativos como el norteamericano, en los que la referencia a la *war on crime* es un elemento consustancial.

Desde esa perspectiva, cualquier intento de calificar al ser humano como *enemigo* o *no-persona* debe ser rechazado, pues colisiona con el contenido esencial del programa político-criminal del Estado de derecho.

[366] Portilla Contreras: «Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal», 73.

[367] Prittwitz: «Derecho...», *op. cit.*, 107.

PARTE II

Principios y aplicación de la ley penal

Capítulo I

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I. Introducción

El derecho penal se enfrenta a obstáculos cada vez mayores en su tarea de enfrentar las variadas tipologías delictivas imperantes en nuestros días: criminalidad de empresa, criminalidad organizada, terrorismo, violencia intrafamiliar, frente a las cuales la eficacia de la respuesta penal parece limitada.

Así, el surgimiento de una sensación de *miedo al delito*[368] es bien aprovechada por quienes ven en la legislación penal el mejor mecanismo para la obtención de réditos políticos. De esto, como puede anticiparse, solo pueden derivar *actitudes punitivistas,* caracterizadas por el recurso e implementación *irracional* de la ley. En este contexto, los principios limitadores del poder punitivo constituyen el único medio de contención capaz de enfrentarse al ejercicio irracional del poder del Estado.

II. Su origen histórico

El principio de legalidad, a pesar de ser expresado comúnmente en la fórmula latina *nullum crimen sine lege,* no tiene su origen en el derecho romano. Dicho ropaje fue dado por Anselm von Feuerbach[369] al postular su conocida *teoría de la coacción psicológica.*

Aunque no se tiene certeza respecto al origen histórico del principio de legalidad, un importante sector de la doctrina afirma que el nacimiento de dicho

---

[368] Díez Ripollés: *La racionalidad de las leyes penales*, 23 y ss.

[369] Roxin: *Derecho penal 2.ª ed., op. cit.*, 146; Stratenwerth: *Derecho penal. Parte general,* 83; Bacigalupo: *Derecho penal. Parte general ed. peruana,* 99; Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho penal. Parte general,* 67; Mir Puig: *Derecho penal. Parte general,* 114 y 203; Carbonell Mateu: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales,* 110; Polaino Navarrete: *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas,* 319-320; Fiandaca y Musco: *Derecho penal. Parte general,* 75; Padovani: *Diritto penale,* 15; Cadoppi y Veneziani: *Elementi di diritto penale. Parte generale,* 59; Vinciguerra: *Diritto penale italiano,* 87; Ramacci: *Corso de diritto penale,* 70; Zaffaroni, Alagia y Slokar: *Manual de derecho penal. Parte general,* 98.

principio rector del derecho penal se ubica en la llamada *Carta Magna* de Juan sin tierra, en 1215, en cuya virtud la aplicación de penas a los hombres libres solo era posible como consecuencia de un juicio previo, de conformidad con las leyes de su país y ante sus iguales[370]. No obstante, el principio consagrado en la carta magna inglesa tenía un sentido distinto, consistente en dar protección a determinadas clases sociales contra la arbitrariedad, por lo que constituía principalmente una garantía de orden jurisdiccional[371].

Su universalidad y real imperio son recién observados en la Declaración Francesa del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su art. 8 precisaba: «La ley no puede establecer más que penas estrictas y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada». Y es que dicho principio, en su actual dimensión, aparece juntamente con la noción del Estado de derecho, derivada de la teoría ilustrada del contrato social[372].

III. Justificación jurídico-política y justificación jurídico-penal del principio de legalidad

La legitimación del principio de legalidad se encuentra sustentada tanto en fundamentos de orden político (o externos al sistema jurídico penal) como en fundamentos de índole jurídico penal (o internos al sistema jurídico) que deben ser reconocidos conjuntamente para comprender la dimensión real del aludido principio[373]. No debe incurrirse en el error, puesto de relieve por Fiandaca y Musco, de privilegiar la justificación técnico penal del principio de legalidad, olvidando o subestimando los aspectos ideológico-políticos del principio de legalidad[374].

1. Justificación jurídico-política: el principio de legalidad como *garantía de libertad del ciudadano (seguridad jurídica)*

El principio de legalidad es un mecanismo de aseguramiento de la libertad individual. Ya en su *Espíritu de las leyes*, Montesquieu señalaba: «La libertad del ciudadano depende, pues, principalmente de la bondad de las leyes criminales»[375]. Referencia similar se encuentra en Liszt cuando

[370] Así, por ejemplo, Ramacci: *Corso...*, *op. cit.*, 69.

[371] Jescheck y Weigend: *Tratado de derecho penal. Parte general I*, 140; García y Pablos de Molina: *Derecho penal*, 321.

[372] Jescheck y Weigend: *Tratado...*, *op. cit.*, 140; Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 115; Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 74; Figueiredo Días: *Direito penal. Parte geral*, 166.

[373] *Ibid.*, 167.

[374] Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 76; implícitamente, Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 110-111.

[375] Montesquieu y Secondat: *El espíritu de las leyes*, 272.

aludía al principio de legalidad con la conocida frase «*Magna Charta* del delincuente»[376].

Sin duda, el criterio de legitimación del principio de legalidad que menos inconvenientes genera es aquel que le considera un instrumento de garantía de libertad del ciudadano frente a los riesgos procedentes del ejercicio del poder punitivo del Estado[377]. Esta justificación del principio de legalidad exige reconocer la relación entre este principio y el liberalismo político[378].

El liberalismo político, surgido a consecuencia de la Ilustración, entendía que la organización política del Estado debe sustentarse en la división de los poderes públicos. Esta división de poderes requería la adopción de un pacto o contrato que permitiese al ciudadano no solo participar, sino fundamentalmente controlar la vida política de la sociedad. Justamente, mediante la función desarrollada por el Poder Legislativo, conformado por los representantes de los ciudadanos, era posible, por un lado, que la ciudadanía participe en la vida política; y, por otro lado, que sea posible controlar los posibles abusos provenientes del Poder Ejecutivo[379].

En ese contexto, sustraída del gobernante la facultad de ejercer el poder punitivo, ahora en manos del legislativo, se evitaba su utilización arbitraria por parte de aquel. El principio de legalidad pretende ser una barrera u obstáculo al poder punitivo que garantice al ciudadano sus esferas de libertad en tanto y en cuanto su conducta responda a las pautas de comportamiento establecidas en la ley penal, cuya creación no se encuentra más en manos del monarca o del juez[380]. Siendo esto así, la intervención punitiva del Estado, autorizada mediante la ley penal, resulta mucho más predecible y calculable: el ciudadano solo podrá ser sancionado penalmente por el Estado si ha infringido su ley penal, en la medida prevista en la misma, dentro de un marco procesal predeterminado y conforme a las condiciones de ejecución preexistentes[381].

[376] Liszt: *Tratado de derecho penal II*, 80. En la actualidad resulta pertinente la aclaración realizada por Bacigalupo en el sentido de considerarla, más que *magna carta del delincuente, magna carta del ciudadano*. Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, 103.

[377] Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, 99; Cuello Contreras: *El derecho penal español. Parte general*, 199; Polaino Navarrete: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 315.

[378] Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 33; García y Pablos de Molina: *Derecho...*, *op. cit.*, 320; Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 108; Marinucci y Dolcini: *Manuale di diritto penale*, 27-28; Palazzo: *Introduzione al principi del diritto penale*, 87.

[379] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 115.

[380] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 144; Palazzo: *Introduzione...*, *op. cit.*, 201.

[381] Silva Sánchez: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 252; Ferrajoli: *Derecho...*, *op. cit.*, 36.

Esta predictibilidad en el cuándo y cómo de la intervención punitiva del Estado se relaciona con el denominado *aspecto material* del principio de legalidad que exige del legislador un cierto grado de precisión al momento de crear las leyes penales[382].

2. Justificación jurídico-política: el principio de legalidad como *garantía de la división de poderes*

Si, como se ha reseñado anteriormente, el poder de crear leyes penales es extraído de las manos del Ejecutivo y de la Magistratura y se confía a favor de los legisladores, quienes —como destacaba Beccaria— representan a toda la sociedad única mediante el contrato social[383]; se produce así una división de funciones entre los diversos poderes del Estado, lo cual permite un contrapeso teóricamente ideal entre los mismos[384].

Esta justificación se relaciona, a su vez, con el *aspecto formal* que corresponde a la dimensión política del principio de legalidad: solo a través de un procedimiento como el que se desarrolla en el Poder Legislativo es posible que la ley pueda contemplar los intereses de las mayorías sin perder de vista los correspondientes a las minorías[385].

3. Justificación jurídico-penal: el principio de legalidad como mecanismo de prevención

Desde la perspectiva jurídico-penal, ya Feuerbach postuló legitimar el principio de legalidad en clave funcional, en tanto un mecanismo adecuado para lograr el efecto de *coacción psicológica* que se pretendía lograr con la amenaza de la pena[386]. En tal virtud, entendía Feuerbach que solo si cada ciudadano sabía con certeza que la infracción era seguida de un mal mayor, podía este recibir el efecto coactivo de la pena e inhibirse de ejecutar el comportamiento reprochado por el derecho penal[387].

Desde la perspectiva de la coacción psicológica y de la prevención, la función garantista del principio de legalidad no solo poseía un papel secundario, sino que resultaba incluso disfuncional para sus propósitos,

---

[382] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 253.

[383] Beccaria: *De los delitos y de las penas*, 218. Esta referencia en este punto puede observarse en García y Pablos de Molina: *Derecho...*, *op. cit.*, 322.

[384] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 145.

[385] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 253; Mantovani: *Principi di diritto penale*, 5; Figueiredo Días: *Direito...*, *op. cit.*, 167.

[386] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 145; Eser y Burkhardt: *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, 50; Stratenwerth: *Derecho...*, *op. cit.*, 83; Jaén Vallejo: *Los principios superiores del derecho penal*, 9.

[387] Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, 103-104.

de allí que —como advierte Silva Sánchez— se tratase de recortar sus alcances[388].

4. Justificación jurídico-penal: el principio de legalidad como expresión del principio de culpabilidad

Otra de las propuestas de legitimación del principio de legalidad se relaciona con el principio de culpabilidad, y puede formularse en los términos siguientes: si la imposición de una pena puede obedecer solamente a la culpabilidad de su autor, es evidente que aquella requiere la preexistencia de la ley (predeterminación legal) y su conocimiento por parte del autor del delito. De hecho, debe recordarse que dentro de los elementos de la culpabilidad se encuentra el conocimiento de la antijuricidad del hecho, lo que, como es evidente, tiene como condición previa la existencia de la ley y su efectivo conocimiento por parte del autor del hecho[389].

IV. Consecuencias prácticas del principio de legalidad

El aforismo latino *nullum crimen, nullum poena, sine lege* nos explica únicamente la expresión formal del principio de legalidad, con lo cual su condición de instrumento de protección del ciudadano queda soslayada. Si queremos dotar a dicho principio de contenido garantista, debe exigirse que la ley que crea el delito o la pena sea escrita (*lex scripta*), sea previa (*lex praevia*), sea cierta (*lex certa*), y sea estricta (*lex stricta*)[390]. Para los propósitos de estos comentarios, debido a las cercanas relaciones existentes entre las exigencias de *lex certa* y *lex stricta,* ambas serán analizadas de modo conjunto.

1. Principio de ley escrita (exclusión de la costumbre como fuente de los delitos y de las penas y reserva de ley)

Con la expresión «no hay delito ni pena sin ley escrita» se alude a la exigencia de formalidad en el origen de la ley que deriva no solo en la prohibición de la costumbre como posible fuente de los delitos y de las penas (I), sino que determina que la norma creadora (o derogatoria) del delito o de la pena debe poseer rango de ley (reserva de ley)[391] (II).

---

[388] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 252.

[389] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 147; Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, 102.

[390] Estas exigencias constituyen *su esencia*, pues, como ha puesto de manifiesto Polaino Navarrete: «No es que las garantías deriven del reconocimiento del principio de legalidad, sino que sin esas garantías no hay principio de legalidad». *Vid.* Polaino Navarrete: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 325.

[391] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 116.

I. En relación con la primera consecuencia de la exigencia de *lex scripta* (prohibición del derecho consuetudinario), esta supone la imposibilidad de crear delitos, agravar sus consecuencias o descriminalizar conductas por medio de la costumbre[392], de lo cual se desprende la segunda consecuencia, esto es, que la determinación del ámbito y medida de lo penalmente relevante se encuentre reservada a la ley[393], cuya creación corresponde al Poder Legislativo.

La exclusión de la costumbre como fuente creadora del derecho penal está fundada principalmente en razones de seguridad jurídica: al provenir la ley de los representantes del pueblo y ser consecuencia de un proceso de gestación, constituye, por un lado, la auténtica expresión de la voluntad popular, dado que toma en consideración —en la medida de lo posible y pese a sus imperfecciones— no solo los intereses de las mayorías, sino también de las minorías, con base en la dialéctica propia del proceso legislativo[394]; y, por otro, se permite que el ciudadano conozca su contenido con cierta antelación debido a la discusión legislativa precedente[395]. Del mismo modo, al proponerse un monopolio a favor del Poder Legislativo respecto a la posibilidad de ser fuente del derecho penal, se evita que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial ejerzan arbitrariamente el poder punitivo[396].

Quedan por plantearse las siguientes interrogantes: a) ¿es posible, no obstante, que el derecho consuetudinario juegue un rol secundario en la determinación de los ámbitos de criminalización? y b) ¿es posible que la costumbre determine la descriminalización de los delitos?

a) Respecto a la primera cuestión (rol de la costumbre en la determinación de los ámbitos de criminalización), esta puede ser planteada, en un primer momento, en relación con la utilización por parte de los tribunales de criterios no contenidos expresamente en la ley penal, pero que son determinantes en la delimitación de ciertos aspectos propios de la responsabilidad penal: relaciones de causalidad, delimitación entre preparación y tentativa, imputación subjetiva, entre otros aspectos. Pues bien, es evidente —como pone de manifiesto Roxin[397]— que,

[392] Stratenwerth: *Derecho...*, *op. cit.*, 92.

[393] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 140.

[394] Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 78; Marinucci y Dolcini: *Manuale...*, *op. cit.*, 29; Cadoppi y Veneziani: *Elementi...*, *op. cit.*, 63.

[395] García y Pablos de Molina: *Derecho...*, *op. cit.*, 339.

[396] Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 109; Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 13; Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 78.

[397] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 159-161.

aunque en ámbitos como los antes reseñados, el legislador penal ha dejado espacios abiertos (originados en las dificultades que supone la regulación de ciertas materias y en la intención de no obstaculizar el desarrollo de la dogmática jurídico-penal), los cuales deben ser cubiertos por la jurisprudencia, esta no crea leyes penales, sino que simplemente las interpreta[398]. En ese contexto, aunque es indudable la trascendencia de la costumbre, por ejemplo, en la determinación del contenido de los elementos valorativos del tipo penal[399], en la delimitación del riesgo penalmente relevante en ciertas actividades (piénsese, por ejemplo, en la *lex artis* propia del ejercicio de la medicina)[400] o en la determinación de los alcances de ciertas causas de justificación (como el derecho de corrección)[401], como se ha referido, la función desempeñada por la costumbre no es la de *fuente* del derecho penal, sino la de *delimitar* la ley penal[402].

b) Respecto a la segunda cuestión (aplicación de la costumbre para fines de derogación de leyes penales), puede citarse el ejemplo propuesto por el delito de contumacia promulgado mediante el art. 2 de la Ley 26641, del 26 de junio de 1996. De hecho, aunque se trata de una norma legal que no ha sido objeto de derogación expresa y, por lo tanto, tiene plena vigencia formal, lo cierto es que existe en los tribunales penales una especie de consenso en su desaplicación. Pues bien, como destacan Fiandaca y Musco, este dato meramente sociológico no implica que dicho dispositivo haya perdido su vigencia formal, para el cual sería necesaria una norma abrogatoria expresa[403].

II. En relación con la segunda consecuencia (reserva de ley), debe indicarse que esta tiene por propósito establecer una condición en las leyes penales vinculada a su rango y procedencia. En relación

[398] Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 15; Padovani: *Diritto...*, *op. cit.*, 26. Corresponde, en este punto, hacer mención a la situación de las sentencias del Tribunal Constitucional que —vía acción de inconstitucionalidad— tiene capacidad de declarar la no vigencia de una norma penal. Al respecto, *vid.* Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 126-127.

[399] García y Pablos de Molina: *Derecho...*, *op. cit.*, 343.

[400] Zaffaroni, Alagia y Slokar: *Manual...*, *op. cit.*, 101.

[401] Jescheck y Weigend: *Tratado...*, *op. cit.*, 143.

[402] En esa línea, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 7 de abril de 2009 (Expediente AV 19-2001, fundamento 711, p. 618) incurre en el error de calificar al derecho internacional consuetudinario como elemento de delimitación en sede de subsunción, cuando, en puridad, le aplica como fuente creadora del derecho penal.

[403] Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 88.

> con el primer aspecto, la doctrina plantea la cuestión de si el principio de reserva de ley alude exclusivamente a fuentes normativas de carácter primario, leyes en sentido estricto (reserva absoluta), o si comprende también a fuentes normativas secundarias, como los decretos o reglamentos (reserva relativa)[404]. La solución a esta cuestión no resulta sencilla, pues la praxis legislativa en materia penal de nuestro país revela un tendencial uso de los decretos legislativos y los decretos leyes[405]. Ejemplificativo es el hecho de que el propio Código Penal es un decreto legislativo, sin mencionar la nutrida legislación penal expedida vía decreto ley —piénsese en la legislación antiterrorista—.

Dando respuesta a la cuestión aquí en debate, debemos, en primer lugar, hacer una distinción entre la situación de los decretos legislativos y la de los decretos leyes. Los decretos legislativos, a diferencia de los decretos leyes, poseen título habilitante y se encuentran, por imperio del art. 104 de la Constitución Política del Perú, sometido a ciertas limitaciones (especificidad de la materia objeto de delegación y plazo determinado); por lo tanto, su legitimidad dependerá fundamentalmente de la verificación del respeto de la voluntad del legislador delegante[406].

La situación de los decretos leyes resulta distinta debido a los problemas de legitimidad democrática que poseen[407]. En efecto, como ha tenido oportunidad de expresar el Tribunal Constitucional en la sentencia del 3 de enero de 2003 (Expediente 0010-2002-AI/TC), los decretos leyes son:

> [...] disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que, empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza (fundamento jurídico noveno).

Esto supone, como es fácil de deducir, que se tratan de mecanismos normativos vedados desde la perspectiva de la legalidad[408].

---

[404] Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 79.

[405] Marinucci y Dolcini: *Manuale...*, *op. cit.*, 30; Cadoppi y Veneziani: *Elementi...*, *op. cit.*, 65.

[406] Padovani: *Diritto...*, *op. cit.*, 19.

[407] Rechazando el recurso a los decretos leyes, Marinucci y Dolcini: *Manuale...*, *op. cit.*, 30; Zaffaroni, Alagia y Slokar: *Manual...*, *op. cit.*, 100.

[408] No obstante, en la indicada sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce la necesidad de mantener los efectos de los decretos leyes sujetos a examen; así, en su fundamento jurídico décimo cuarto señala: «En efecto, durante el interregno del Estado de derecho —como consecuencia de la imposición de un gobierno *de facto*— surgen inevitablemente relaciones inter-

Otro ámbito especialmente problemático en relación con el principio de reserva de ley corresponde a las denominadas *leyes penales en blanco*, es decir, aquellas leyes penales en las que la *concreción* de los presupuestos de la punición surge de la integración, a modo de complementación, con otras fuentes normativas de índole extrapenal[409]. El punto álgido, a este respecto, tiene que ver con la determinación del rango que deberán tener las normas jurídicas que complementan la prohibición, esto es, determinar si es exigible que las normas de complemento posean rango de ley o, por el contrario, si es admisible la remisión a normas de rango inferior. Dar respuesta a la cuestión obliga a recordar la distinción, basada en el desarrollo dogmático originario de las *leyes penales en blanco*, entre *leyes penales en blanco propias* y *leyes penales en blanco impropias*[410].

Las *leyes en blanco propias* o *en sentido estricto* son aquellas en que la remisión legislativa se produce hacia leyes de rango inferior al de ley, en tanto que las *leyes en blanco impropias* o *en sentido amplio* son aquellas en que la fuente normativa de complementación posee rango de ley[411]. Como puede deducirse, los cuestionamientos que pueden formularse sobre este tipo de normas penales en relación con la reserva de ley se vinculan exclusivamente a las *leyes penales en blanco propias*, pues en estas, como pone de manifiesto Carbonell Mateu, «se produce no una delegación del legislativo al propio legislativo, sino al ejecutivo o al judicial; es aquí, pues, donde quiebra el principio de reserva de ley entendido como reserva de la voluntad del poder legislativo, de la voluntad general»[412].

Así vistas, la situación parecería bastante clara: las leyes penales en blanco propias resultarían vulneratorias del principio de reserva de ley. Sin embargo, es necesario introducir un matiz, de carácter fundamental, vinculado a los nexos de relación que existen entre la ley penal y la ley extrapenal.

La doctrina y la jurisprudencia penales han reconocido la validez de las leyes penales en blanco recurriendo a dos planteamientos que resul-

personales reguladas por Decretos Leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia *sui generis* de estos sería abrir un largo, oscuro e inestable "paréntesis jurídico" que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos».

[409] Tiedemann: «La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas», 67; Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 76; Pizarro Beleza y Costa Pinto: *O regime legal do erro e as normas penais em branco*, 31.

[410] Martínez Buján: *Derecho penal económico. Parte general*, 122.

[411] Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho...*, *op. cit.*, 151; Cuello Contreras: *El derecho...*, *op. cit.*, 214; Cury Urzua: *La ley penal en blanco*, 40-41; García Cavero: *Derecho penal económico. Parte general*, 155-156.

[412] Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 122.

tan hoy en día dominantes: la *teoría de la esencialidad* y la *teoría de la concreción*[413]. En virtud de estos planteamientos, la ley penal en blanco será legítima siempre que contenga en la ley penal el núcleo esencial de la conducta prohibida, dejando en manos de la ley extrapenal la concreción de aspectos accesorios. Siendo esta la solución, los riesgos de vulneración de la garantía de reserva de ley se atenúan debido a que los aspectos que serían confiados a la norma de rango inferior solo tendrían una importancia menor para la determinación de la conducta prohibida[414].

2. Principio de ley previa (irretroactividad de la ley penal, retroactividad benigna de la ley penal)

Cuando se alude a la exigencia de una ley previa para imponer delitos y penas, se hace referencia a la necesidad de que la ley resulte anterior al hecho que se pretende sancionar. En clave constitucional, esto supone un mandato genérico dirigido, en primer término, al *legislador,* que no podrá conceder efecto retroactivo a las normas penales; y, en segundo término, al *juez penal*, que no podrá aplicar disposiciones penales no vigentes a un concreto supuesto de hecho[415].

La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tiene doble fundamento al encontrarse, por una parte, arraigada en la idea de la seguridad jurídica[416]; y, por otra parte, al encontrarse vinculada a la función motivadora y la idea de la prevención[417]. En relación con la primera cuestión (seguridad jurídica), resulta bastante claro que el principio de ley previa busca evitar que el ciudadano sea *sorprendido* por una intervención punitiva impuesta de súbito, que sea sorprendido por leyes *ad hoc*[418]; en relación con la segunda cuestión (función motivadora de la ley penal y finalidad preventiva), una intervención no previsible haría perder a la ley penal su capacidad de ordenar el comportamiento de los ciudadanos (¡poco sentido tendría obedecer las leyes penales para evitar sufrir una pena si luego una ley posterior puede sancionarle igualmente!), con lo cual su eficacia preventiva resultaría seriamente afectada.

Esta *prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales* acoge como excepción aquellos supuestos en que la utilización retroactiva de la ley

[413] García Cavero: *Derecho…*, *op. cit.*, 156-157.
[414] De la misma opinión, Carbonell Mateu: *Derecho…*, *op. cit.*, 122-123.
[415] Cury: *La ley…*, *op. cit.*, 8. De similar opinión, Jaén Vallejo: *Los principios…*, *op. cit.*, 15.
[416] Jescheck y Weigend: *Tratado…*, *op. cit.*, 147; Carbonell Mateu: *Derecho…*, *op. cit.*, 139; Cadoppi y Veneziani: *Elementi…*, *op. cit.*, 67-68.
[417] Carbonell Mateu: *Derecho…*, *op. cit.*, 139.
[418] Polaino Navarrete: *Derecho penal…*, *op. cit.*, 330.

penal resulte favorable al procesado, así se pronuncia el art. 6 de nuestro Código Penal. Mayores inconvenientes se producen para admitir la combinación de leyes penales. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante, al analizar los dispositivos pertinentes.

3. Principios de ley cierta y de ley estricta (mandato de determinación y de taxatividad de la ley penal)

Tal como mencionamos en líneas precedentes, los principios de ley cierta y de ley estricta suponen un *mandato de determinación y taxatividad* a través del cual se exige, por un lado, (i) que el legislador al elaborar las leyes penales utilice términos precisos que permitan al ciudadano identificar con claridad cuál es el comportamiento que se pretende prohibir y la pena con la cual se encuentra conminado (principio de certeza); y, por otro, (ii) que el juez encargado de la aplicación de la ley penal se circunscriba a su sentido, prohibiéndole su utilización analógica (prohibición de analogía en materia penal)[419].

3.1. La certeza en la ley penal: la situación de los elementos *normativos* y de las *leyes penales en blanco*

La labor del legislador en aras de mantener la vigencia del principio de legalidad es elemental. Es lógico, de nada serviría la existencia formal de una ley si el legislador penal, al elaborar tipos penales de manera imprecisa, permite un amplio margen de arbitrariedad en la labor del juez. Es que, como bien indica Mantovani, a mayor certeza de la ley menor es el espacio para el subjetivismo y la ideología del juez[420].

El mandato de certeza impone al legislador la obligación de elaborar las leyes penales conteniendo, de forma clara e inequívoca, todos los elementos que permitan al ciudadano, receptor de las prohibiciones penales, reconocer los presupuestos que determinan la imposición de una pena, así como la medida de las consecuencias jurídicas que por tal razón correspondan; asimismo, el principio de certeza exige que la ley penal sea elaborada recurriendo a un lenguaje claro y comprensible[421]. Como se observa, se trata de un principio referido a la técnica de redacción de los tipos penales[422].

[419] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 254; Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 20; Padovani: *Diritto...*, *op. cit.*, 26.

[420] Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 20; Cadoppi y Veneziani: *Elementi...*, *op. cit.*, 73; Ramacci: *Corso...*, *op. cit.*, 85; Vinciguerra: *Diritto...*, *op. cit.*, 111.

[421] Vinciguerra: *Diritto...*, *op. cit.*, 111.

[422] Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 20; Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 95; Marinucci y Dolcini: *Manuale...*, *op. cit.*, 39; Vinciguerra: *Diritto...*, *op. cit.*, 111.

La existencia de normas penales imprecisas o vagas erosiona los fundamentos jurídico-políticos del principio de legalidad al afectar el principio de división de poderes. En efecto, la creación de leyes penales indeterminadas o imprecisas termina destruyendo la barrera divisoria entre instancias destinadas a la creación de leyes e instancias de aplicación de las leyes, pues estas últimas, debido a los defectos propios de las leyes indeterminadas, se ven precisadas a realizar labor de creación del derecho[423]. De este modo, termina produciéndose —como bien advierte Silva Sánchez— una vulneración del contrato social al afectarse la deslegitimación material del mismo; «tal legitimación —señala el catedrático español— solo se halla garantizada cuando el legislador promulga *leges certae* y el juez se atiene a ellas como *leges strictae*»[424].

Del mismo modo, pueden reconocerse ciertos efectos perniciosos de la ausencia de certeza en los tipos penales respecto a los propósitos de prevención perseguido por las leyes penales: si el objetivo de las leyes penales es conformar conductas de modo no ofensivo a los bienes jurídicos, el reconocimiento del contenido de la disposición penal por parte del ciudadano guardará proporción directa con la consecución de dicha finalidad preventiva. Dicho en otros términos, si el ciudadano, gracias a la precisión de la ley penal, entiende plenamente la prohibición y su sanción, se obtendrán mayores niveles de prevención que si el ciudadano no comprende los alcances de la ley penal[425].

De esta última idea se derivan las consecuencias procesales del principio de certeza, destacadas fundamentalmente por la doctrina penal italiana[426]: la ausencia de precisión en la ley penal dificultaría el ejercicio del derecho constitucional de defensa del imputado, debido a la imposibilidad de realizar una *imputación precisa* o *imputación necesaria.* Las expresiones de Vinciguerra resultan sumamente didácticas: «Cuanto más ambigua es la norma, tanto más difícil es defenderse negando la correlación entre hecho y norma y probar la falta de fundamento de la acusación»[427].

---

[423] Silva Sánchez: *Aproximación…*, *op. cit.*, 255; Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho…*, *op. cit.*, 71; García y Pablos de Molina: *Derecho…*, *op. cit.*, 344.

[424] Silva Sánchez: *Aproximación…*, *op. cit.*, 257.

[425] Mantovani: *Principi…*, *op. cit.*, 20; Fiandaca y Musco: *Derecho…*, *op. cit.*,96; Marinucci y Dolcini: *Manuale…*, *op. cit.*, 39; Figueiredo Días: *Direito…*, *op. cit.*, 174.

[426] Mantovani: *Principi…*, *op. cit.*, 20-21; Fiandaca y Musco: *Derecho…*, *op. cit.*, 96; Marinucci y Dolcini: *Manuale…*, *op. cit.*, 39; Vinciguerra: *Diritto…*, *op. cit.*, 113.

[427] Vinciguerra: *Diritto…*, *op. cit.*, 113.

Cabe anotar que en materia penal la precisión absoluta resulta inalcanzable[428] y solo sería en un negado e imposible sistema casuista[429]. Lo que se pretende cuestionar y evitar a través de estas precisiones críticas es un nivel de indeterminación que resulte incompatible con la seguridad que deben irradiar las normas penales; en suma, el principio de legalidad prohíbe generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisible[430]. Las expresiones de Stratenwerth a este respecto resultan sumamente elocuentes:

> [...] no hay ningún texto legal que excluya toda duda. En todo caso, la ley solo puede ser exacta en mayor o menor medida, y esta medida, a su vez, no es mensurable. **No está claro ni dónde está el límite de la indeterminación admisible, ni cuándo éste se rebasa. Por ello, solo en casos extremos se podrá afirmar con alguna seguridad que ha sido vulnerada la prohibición de prescripciones penales indeterminadas.**[431] (Énfasis agregado)

Como se observa, lo que el principio de certeza pretende es la *máxima taxatividad posible*[432].

Especialmente conflictiva resulta la situación del principio de taxatividad en torno a los denominados *conceptos jurídicos indeterminados,*

[428] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 170; Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 113; Cuello Contreras: *El derecho...*, *op. cit.*, 206.

[429] Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general.* 113; Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 254.

[430] En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional, del 3 de enero de 2003 (Expediente 0010-2002-AI/TC, fundamento jurídico cuadragésimo sexto): «Esta exigencia de *lex certa* no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible *equivocidad*».

A nivel de la jurisprudencia penal, la Sentencia Casatoria, del 13 de mayo de 2014 (Casación 456-2012, Del Santa), señala: «2.3.1.1. La garantía de *lex certa* impone al legislador la obligación de formular de manera clara y precisa las conductas que decide tipificar, esto es, la ley penal no debe dar lugar a ambigüedades al momento de su aplicación, evitando la actuación arbitraria del juzgador. En esa línea los tipos penales han de redactarse con la mayor exactitud posible, evitando los conceptos clásicos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever solo marcos penales de alcances limitados. La razón del mandato de determinación radica en que la reserva de la ley únicamente puede tener completa eficacia si la voluntad jurídica de la representación popular se ha expresado con tal claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez».

[431] Stratenwerth: *Derecho...*, *op. cit.*, 88.

[432] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 256; Polaino Navarrete: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 326; Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 22; García y Pablos de Molina: *Derecho...*, *op. cit.*, 345.

caracterizados por la preponderancia de elementos normativos de orden valorativo[433]. En efecto, la opción de recurrir a una técnica de construcción de los tipos penales basada en elementos de índole descriptivo genera dos inconvenientes a ser indicados: por un lado, provoca un casuismo exagerado sobredimensionado de las leyes penales[434]; y, por otro lado, a pesar de su carácter descriptivo, no puede desconocerse que los elementos descriptivos pueden resultar también, debido a la no univocidad del lenguaje, imprecisos[435]; todo lo cual deriva en el uso prevalente de elementos normativos en la elaboración de los tipos penales.

Los problemas de precisión en el uso de elementos normativos se relacionan fundamentalmente con los *elementos normativos extrajurídicos* en los que la integración interpretativa deberá encontrarse referida a normas sociales o consuetudinarias que resultan, en la mayoría de las ocasiones, excesivamente flexibles, por lo que su utilización debe ser recusada[436]. Piénsese, por ejemplo, en la expresión «acto contrario al pudor», utilizada en la construcción del tipo penal contenido en el art. 176 del CP.

Más conflictiva es la situación de las *leyes penales en blanco* debido a las características que le son inmanentes. Ciertamente, en tal clase de normas penales, al encontrarse parte de la conducta prohibida descrita en una norma jurídica extrapenal, la posibilidad de afectar los requerimientos de certeza de la ley penal se hace manifiesta. Pues bien, la neutralización de los riesgos de una afectación a la legalidad material a través del recurso a las leyes penales en blanco exige, previamente, determinar los criterios de legitimación de las mismas. En ese contexto, es de destacar que las dudas en torno a la legalidad del recurso a la ley penal en blanco tienen lugar en torno a su presunta condición de *leyes incompletas* y a los efectos de dicha condición en la exigencia de certeza e, indirectamente, la probabilidad del error[437]. Es lógico ¿cómo considerar cierta una ley incompleta?

Para superar los cuestionamientos al recurso a la ley penal en blanco, la doctrina y la jurisprudencia —tal como adelantamos en líneas precedentes— han recurrido a dos planteamientos: la *teoría de la esenciali-*

[433] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 170; Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 100; Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 131; Figueiredo Días: *Direito...*, *op. cit.*, 174.

[434] Marinucci y Dolcini: *Manuale...*, *op. cit.*, 39; Vinciguerra: *Diritto...*, *op. cit.*, 115.

[435] Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 100.

[436] Similar, Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 101. Con matices, *vid.* Marinucci y Dolcini: *Manuale...*, *op. cit.*, 41.

[437] Terradillos Basoco: *Derecho penal de la empresa*, 36.

dad, utilizada por el Tribunal Constitucional español[438], que considera que la compatibilidad de la ley penal en blanco con el mandato de determinación viene establecida por la identificación de los rasgos esenciales o nucleares de la conducta prohibida dentro de los contornos de la ley penal, dejando a la ley extrapenal solo la labor de complementación accesoria. La *teoría de la concreción*, proveniente de la jurisprudencia alemana, propone la conformidad de la ley penal en blanco con el mandato de certeza cuando la ley extrapenal solo tenga por propósito *concretar* los criterios de decisión ya establecidos claramente en la ley penal.

Cualquiera sea la postura que se adopte[439], es evidente que la preservación del principio de certeza pasa, en primer lugar, por reconocer que la utilización de la técnica del reenvío debe mantener los estándares de claridad exigidos a toda ley penal y, en segundo término, por exigir que los contenidos definidores esenciales de la conducta prohibida penalmente se encuentran suficientemente precisados en la ley penal, dejándose solo aspectos accesorios o de complemento a la ley extrapenal.

3.2. La prohibición de analogía en materia penal (y sus límites con la interpretación)

Del principio de taxatividad se desprende la prohibición de analogía en materia penal, esto es, la prohibición de que la interpretación de los tipos penales exceda los límites establecidos por el *sentido literal* de la ley penal y abarque conductas que resulten solo en parte coincidentes con el referido sentido de la ley penal[440]. De esto se desprende que el de taxatividad es un principio íntimamente relacionado con la problemática de los límites de la interpretación en materia penal, pues a través de esta, por un lado, se determinará el alcance normativo de los enunciados jurídicos[441] y, con ello, su aplicabilidad a una realidad concreta[442]; y, por otro, se verificará si las resoluciones judiciales respetan la voluntad colectiva contenida en las leyes penales[443].

[438] Bacigalupo: «La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el derecho penal económico», 39-40; Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 121.

[439] Como ha destacado la doctrina más autorizada (Tiedemann: «La ley...», *op. cit.*, 73; García Cavero: *Derecho...*, *op. cit.*, 157), se trata de posiciones muy similares, por lo que —en mi opinión— una profundización sobre los contornos de ambas propuestas resulta absolutamente improductiva.

[440] Stratenwerth: *Derecho...*, *op. cit.*, 95-96.

[441] Silva Sánchez: «Sobre la interpretación teleológica en derecho penal», 368.

[442] Vinciguerra: *Diritto...*, *op. cit.*, 508; Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 128.

[443] Jescheck y Weigend: *Tratado...*, *op. cit.*, 161.

La cuestión central es establecer los límites entre la interpretación y la analogía vedada por el derecho penal. En ese contexto puede sostenerse:

> [...] mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su «sentido literal posible», la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no *comprendido* en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal.[444]

Como se observa, la analogía no es pues, en sentido estricto, una forma de interpretación, ya que esta última se mueve dentro de los márgenes del texto legal, lo que no ocurre con la analogía[445].

La doctrina penal mayoritaria[446] opta por considerar como el criterio de interpretación de las leyes penales más conveniente aquel que tiene como punto referencial de limitación del alcance de la ley penal el *tenor o sentido literal posible de la misma*. Su conveniencia debe postularse, por un lado, sobre la base de los principios jurídico-político y jurídico-penales en los que se asienta el principio de legalidad y, por otro lado, en el hecho de que la ley constituye una expresión del lenguaje.

Respecto a lo primero (fundamentación jurídico-política y jurídico penal del principio), debe reconocerse que, dado que la actividad legislativa se manifiesta mediante palabras, lo que no se desprende de aquellas —como indica Roxin— no está prescrito y, por lo tanto, no «rige» [447]. Atribuir a la ley penal un sentido que no se desprende de su tenor literal vulnera la idea de la legalidad penal como instrumento de limitación del poder punitivo. Con relación a la segunda cuestión, debido a que la ley penal es expresión del lenguaje, encontrar su sentido debe tener apoyo en el lenguaje mismo[448]. Desde esta perspectiva es posible también conectar con la finalidad motivadora que corresponde a la ley penal: los ciudadanos solo pueden motivarse en el sentido que corresponde al lenguaje, en tanto código de comunicación social accesible a todos[449].

Queda, no obstante, por discutir si ese *sentido literal posible* constituye un factor de referencia exclusivo o si, más bien, debe ir acompañado

---

[444] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 124; Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 130; Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 132; Palazzo: *Introduzione...*, *op. cit.*, 281.

[445] Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 132-133.

[446] Stratenwerth: *Derecho...*, *op. cit.*, 96; Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, 123; Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 124.

[447] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 149.

[448] Stratenwerth: *Derecho...*, *op. cit.*, 96.

[449] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 149.

de otros factores. Para responder a esta cuestión resulta indispensable reconocer las limitaciones y problemas que subyacen a la *interpretación conforme al sentido literal posible.*

En ese contexto, un primer problema es generado por el carácter polisémico de las palabras: si la interpretación tiene por objeto extraer el *sentido literal posible de la ley penal,* nos enfrentaremos frente a una inexpugnable circunstancia, esto es, la ausencia de significado unívoco en las palabras. En efecto, si partimos de la idea de que el propósito del proceso interpretativo es encontrar el *sentido literal posible de la ley,* tendríamos que el texto de la ley permitiría, justamente por la polisemia de las palabras de la ley, encontrar *diversos* sentidos posibles de la ley[450], lo que denotaría la insuficiencia de este método, en tanto dejaría un extenso ámbito a la discrecionalidad judicial, claramente incompatible con la idea de la legalidad penal como instrumento de predictibilidad de la reacción punitiva. El criterio del *sentido literal posible* resulta insuficiente, revelándose como una suerte de tautología, constatada acertadamente por Silva Sánchez mediante esta expresión: «[L]o cierto es que el "sentido posible" de un enunciado no constituye sino el producto de una primera operación interpretativa. Con lo que lo anterior conduciría a afirmar que la interpretación es el límite de la interpretación»[451].

Que el *sentido literal posible* constituya un límite inicial a la labor de interpretación de la ley penal de ningún modo significa que dicha labor se agote allí. Por eso es que los más recientes desarrollos de la hermenéutica jurídica atribuyen al juez, en sede de interpretación de la ley penal, una labor de *recreación* o *reconstrucción* de la ley penal que supere las limitaciones propias del recurso al *sentido literal posible* del texto legal[452].

Queda por tarea establecer si los criterios que sirven para determinar, dentro de los límites impuestos por el *tenor literal posible* de la ley penal, que el sentido de las normas jurídico-penales es de orden subjetivo (método histórico) u objetivo (método teleológico). En línea de definición de la postura a adoptar, la doctrina dominante ha destacado los inconvenientes de una interpretación histórica destinada a ubicar el contexto histórico y la voluntad del legislador, problemas a los que cabría agregar, en el caso peruano, las dificultades propias del reconocimiento de

[450] Justamente del carácter polisémico de las palabras deriva la pérdida de validez de la afirmación latina *in claris non fit interpretatio.* En este sentido, Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 148; Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho...*, *op. cit.*, 115; Jescheck y Weigend: *Tratado...*, *op. cit.*, 164; Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 130; Palazzo: *Introduzione...*, *op. cit.*, 281.

[451] Silva Sánchez: «Sobre...», *op. cit.*, 369.

[452] Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 131.

la voluntad del legislador en un país donde se recurre, como hemos cuestionado anteriormente, a la delegación de facultades legislativas, con lo cual la determinación de la voluntad del legislador se transforma en una actividad casi esotérica.

Por esa razón resulta preferible recurrir al método teleológico, que tiene como referente central del proceso interpretativo las finalidades de la norma jurídico-penal objeto de análisis concreto, esto es, un *método interpretativo orientado funcionalmente*. Desde esa perspectiva, la labor interpretativa correspondiente al juez más que de *creación* —a todas luces cuestionable, desde la perspectiva de la legalidad penal— constituye una *reconstrucción racional*[453]. Ciertamente, la racionalidad del procedimiento interpretativo depende en gran medida de la rigurosidad con la cual el juez haya utilizado los conocimientos provenientes de la dogmática jurídico-penal.

La dogmática jurídico-penal constituye un mecanismo de contención frente al posible ejercicio abusivo del poder punitivo, esto es, se trata de una *barrera intransgredible de la política criminal*[454]. Sin embargo, la utilización de la dogmática no asegura que la reconstrucción de las leyes penales realizada mediante la interpretación sea *racional*, y esto debido a la *neutralidad de la dogmática jurídico-penal* que permite, por un lado y tal como advirtiera Gimbernat Ordeig, interpretar no solo las leyes democráticas, sino también las autoritarias[455]; y, por otro lado, da lugar a la *reconstrucción en tono autoritario de leyes democráticas*[456].

Para evitar o, al menos, disminuir a su expresión mínima tales riesgos, resulta indispensable proceder sistemáticamente[457]. Proceder de este modo, por cierto, no es tarea nada sencilla, pues, como ha puesto de relieve Hruschka, la dogmática jurídico-penal tiende a pronunciarse sobre cuestiones o casos específicos, perdiendo perspectiva general y configurando un mero *muestrario de opiniones*[458]. Pese a los obstáculos naturales de una interpretación teleológica-sistemática, es necesario reconocer, como *piedra de toque* del proceso de *reconstrucción racional* de la ley penal, la finalidad ulterior del sistema del derecho penal, esto

[453] Silva Sánchez: «Sobre...», *op. cit.*, 395; Jescheck y Weigend: *Tratado...*, *op. cit.*, 166-167; Fiandaca y Musco: *Derecho...*, *op. cit.*, 138; Figueiredo Días: *Direito...*, *op. cit.*, 176-180.

[454] Liszt: *Tratado...*, *op. cit.*, 65.

[455] Gimbernat Ordeig: *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, 44.

[456] Especialmente notoria en un contexto en que los *mass media* son una auténtica jurisdicción (jurisdicción mediática); al respecto, Reyna Alfaro: «Presentación», 7-10.

[457] Silva Sánchez: «Sobre...», *op. cit.*, 395.

[458] Hruschka: *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática?*, 66.

es, la protección de los bienes jurídicos[459]. Esta concepción tiene diversas manifestaciones prácticas: delimitación entre actos preparatorios y tentativa, identificación de supuestos de tentativa no punible, determinación del alcance de los tipos penales a partir de la identidad del bien jurídico penalmente tutelado[460], por citar solo alguna de ellas.

Jurisprudencia

Sentencia Casatoria del 13 de mayo de 2014

Casación 456-2012, Del Santa

2.2.3. A nivel jurisprudencial el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a las referidas manifestaciones en la sentencia del veintitrés de noviembre de dos mil cuatro, recaída en el expediente 2758-2004-HC/TC, y sostiene que «*el principio de legalidad exige que por Ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la Ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (Lex Praevia), la prohibición de la aplicación de otros derechos que no sea el escrito (Lex escripta), la prohibición de la analogía (lex estricta) y de cláusulas legales indeterminadas (lex certa)*».

2.2.4. Estas cuatro manifestaciones del principio de legalidad son de suma importancia y constituyen garantías de libertad y seguridad para la sociedad al limitar el *Ius Puniendi* del Estado —Cfr. José Hurtado Pozo, Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo I, Editorial IDEMSA, Cuarta Edición, Lima 2011, página 163—. Las referidas manifestaciones del principio de legalidad han sido resaltadas también por el profesor alemán Claus Roxin, para quien dichas garantías limitan la actividad del legislador como la del juzgador, así, sostiene «se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de prohibición, de las cuales las dos primeras van dirigidas al juez y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de Leyes penales indeterminadas o imprecisas» —*Vid.* Claus Roxin, Tratado de Derecho Penal. Parte General. TI. Traducción de la 2 ed. alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña y otros. Civitas, 1997, Página 140—.

Además, dice lo siguiente:

[459] Jescheck y Weigend: *Tratado...*, *op. cit.*, 168.

[460] Especialmente: Cadoppi y Veneziani: *Elementi...*, 133.

2.3. Garantías del principio de legalidad

2.3.1. *Nullum crimen sine lege certa*

2.3.1.1. La garantía de *lex certa* impone al legislador la obligación de formular de manera clara y precisa las conductas que decide tipificar, esto es, la ley penal no debe dar lugar a ambigüedades al momento de su aplicación, evitando la actuación arbitraria del juzgador. En esa línea los tipos penales han de redactarse con la mayor exactitud posible, evitando los conceptos clásicos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever solo marcos penales de alcances limitados. La razón del mandato de determinación radica en que la reserva de la ley únicamente puede tener completa eficacia si la voluntad jurídica de la representación popular se ha expresado con tal claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez —*Vid.* Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal Parte General, Editorial COMARES Granada - España 1993, página 122—.

2.3.1. *Nullum crimen sine lege previa*

2.3.2.1. La garantía de *lex praevia* se manifiesta en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, esto es, para que una conducta pueda sancionarse como delictiva, la misma debe estar prevista como delito con anterioridad a su realización; en tal sentido, la ley penal creadora de delitos solo tiene efectos *ex nunc* (desde el momento en que se crea hacia el futuro: por regla general hasta que sea derogada), pero no *ex tunc* (retrotrayendo sus efectos a acciones anteriores) —*Vid.* Polaino Navarrete, Miguel, Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas, Editora Jurídica Grijley, Lima 2004, primera edición, página 330—; garantizando al ciudadano que una acción no sancionada como delito al momento de su comisión no podrá ser sancionada como delictiva con posterioridad a ésta. Con dicha garantía se restringe también la aplicación de consecuencias jurídicas que no hayan estado previstas con anterioridad a la comisión del delito y que agraven la situación jurídica del imputado. La referida prohibición presenta su excepción, en materia penal, cuando favorece al reo, evitando el castigo o la agravación de una conducta que la sociedad ha decidido dejar sin reproche o atenuar el mismo.

4. Garantía de ley orgánica y principio de reserva en materia penal

4.1. Principio de legalidad y fundamentos de la reserva de ley

Frente a lo que acontece en otras áreas del ordenamiento jurídico, en el ámbito penal se plantea la reserva absoluta de ley. Por afectar la materia penal en derechos fundamentales como la libertad o el patrimonio, la reserva absoluta persigue evitar el uso arbitrario e irracional de la sanción penal, limitando su aplicación mediante la exigencia de que la norma penal se someta a un proceso de aprobación formal calificado ante el Parlamento o Poder Legislativo, en nuestro caso, el Congreso de la República.

La necesidad de adoptar la absoluta reserva de ley es indiscutible en nuestro país, la regulación penal en el Perú es producto básicamente de la obra del Poder Ejecutivo, el propio CP de 1991 fue aprobado

mediante decreto legislativo, sin ser sometido a debate público o parlamentario alguno. Tras el llamado *autogolpe,* del 5 de abril de 1992, se recurrió al uso de decretos leyes, varios de ellos proyectados en los servicios de inteligencia, como es ahora de dominio público. Así cabe citar por ejemplo las normas sobre terrorismo y traición a la patria. El recurso a los decretos legislativos sigue siendo moneda corriente en nuestro medio, como dan cuenta importantes dispositivos, por ejemplo, la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo 813) o el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957).

En un contexto de esta naturaleza, la reserva absoluta de ley no se fundamenta en un celo excesivo frente a la obra legislativa del Poder Ejecutivo o de los gobiernos *de facto*, sino en la indiscutible necesidad de: 1) como precisa Castillo Alva, que la legislación penal sea el producto democrático del mayor consenso posible dentro del Parlamento[461]; y 2) que exista un verdadero control *ex ante* de constitucionalidad de las normas, evitándose el sesgo de dar por válidas normas que emanan del Poder Ejecutivo, generalmente mediante derecho penal accesorio o complementario que renuncia a los presupuestos mínimos del *ius puniendi.*

Aunque la doctrina nacional ha venido reclamando la necesidad de adoptar desde la Constitución una regla de absoluta reserva de ley penal[462], este modelo no forma parte de nuestra tradición constitucional. Las cartas constitucionales de 1933 y 1979 dan cuenta de ello, es más, el art. II del CP de 1991 establece que: «Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta **por la ley vigente** al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren **establecidas en ella**» (énfasis agregado). Así, el CP solo se refiere a la ley vigente.

La carta constitucional de 1993 tampoco reserva la materia penal a la actividad legisladora del Congreso de la República, no exige un cuórum calificado ni establece requerimientos formales que limiten el recurso indiscriminado a la regulación penal. En ese sentido, el art. 2.24.d establece que «[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente **calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley**» (énfasis agregado).

El Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, del 5 de abril de 2002, prevé en el art. 2.25.d el principio de legalidad, refiriéndose

[461] Castillo Alva: *Principios de derecho penal. Parte general,* 61.
[462] Urquizo Olaechea: *El principio de legalidad,* 32.

igualmente a la ley en general. Antes bien, incorpora los llamados *límites a la potestad punitiva del Estado* en el art. 2, cuando indica que «[e]l Estado al ejercer su potestad punitiva debe respetar los principios de constitucionalidad, **legalidad**, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización y humanidad, **en el ámbito penal, procesal y penitenciario**, así como el debido proceso. **Dicha materia será regulada por ley orgánica**» (énfasis agregado).

De esta forma, el anteproyecto estableció claramente la garantía de ley orgánica en materia penal, procesal y penitenciaria. El art. 72 ratifica esta orientación cuando establece, siguiendo el texto del art. 53.1 *in fine* de la Constitución española de 1978, lo siguiente: «Solo por ley orgánica, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales. La ley sancionará las conductas que afecten derechos fundamentales». El art. 174 de la alternativa bicameral (art. 151: 60 senadores, art. 152: 180 diputados) y el art. 169 de la opción unicameral (art. 150: 180 diputados) señalan que la ley orgánica se tramita como cualquier ley; «sin embargo, para su aprobación, se requiere el voto conforme de más de la mitad del número legal de miembros de cada cámara». Los arts. 175 y 170 prescriben que no pueden ser materia de delegación de facultades legislativas, en orden a que el Poder Ejecutivo apruebe decretos legislativos, las materias reservadas a la ley orgánica.

El Proyecto de Constitución de julio de 2002 recogía expresamente el principio de legalidad en el art. 2.24.d, sin prefijar el carácter de ley orgánica. Sin embargo, tomando distancia del anteproyecto de abril de 2002, no incorpora la expresa exigencia de ley orgánica para regular la materia penal. Pese a ello, dicha garantía se mantiene en virtud del contenido del art. 51, párr. 1, según el cual «solo por ley orgánica, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales». El art. 155 establece que la ley orgánica debe aprobarse con el voto conforme de más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara (art. 135: 50 senadores, art. 136: 150 diputados). Se trata de materia indelegable al Poder Ejecutivo según el art. 156.

De esta forma, como aprecian Berdugo Gómez de la Torre y otros, «se entiende que la creación de tipos penales y la imposición de penas constituye tanto un modo negativo, limitador, de regulación del ejercicio de derechos y libertades como de afectación de los mismos»[463].

[463] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 45.

Son varios los problemas de interpretación que pueden plantearse en torno a esta norma constitucional *de lege ferenda*.

- Si la garantía de ley orgánica prevista para regular el ejercicio de los derechos fundamentales implica que toda la materia penal deba aprobarse por ley orgánica. Es significativo al respecto el debate español en torno a los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución de 1978, en el sentido de si cabe la exigencia de ley orgánica para crear o agravar delitos que no acarrean pena o medida de seguridad privativas de libertad; por ejemplo, multa, inhabilitación, tratamiento ambulatorio, etc.

  Creo sin embargo que el debate hispano no afecta la amplitud del reconocimiento de la garantía de reserva de ley en el Proyecto de Constitución peruana. La norma española extiende esta garantía a la regulación o desarrollo de los derechos fundamentales del capítulo segundo del título I. No es este el caso de la norma nacional que extiende su eficacia a todos los «derechos fundamentales», lo que formalmente se condice con todos los derechos previstos en el capítulo I, título I del Proyecto, de modo que no solo la pena privativa de libertad o la medida de seguridad de internación afectan derechos fundamentales (art. 2.24), sino también la pena de multa que grava la propiedad del condenado (art. 2.17), así como las penas restrictivas de libertad, como la expatriación y la expulsión, así como las penas limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación. En la misma condición se hallan las medidas de seguridad de tratamiento ambulatorio. Y es que, en definitiva, toda ley penal afecta la libertad personal en general, dado que impone prohibiciones o mandatos de actuar y supone el desarrollo del derecho fundamental vinculado al principio de legalidad (art. 2.24.d). Esta amplitud se condice con el fundamento de la ley orgánica, «la voluntad del constituyente de evitar que, en determinadas materias, como la de los derechos fundamentales, puedan imponerse criterios por minorías, que es el efecto que evitan las Leyes Orgánicas al requerir la aprobación de estas la mayoría absoluta»[464].

- Si para atenuar la sanción o descriminalizar un comportamiento es necesario recurrir a la ley orgánica o basta una norma de rango legal cualquiera. Se admite la eficacia descriminalizadora indirecta; por ejemplo, mediante la institución del acto permitido por la ley o ejercicio legítimo de un derecho (CP, art. 20.8). Podría postularse,

[464] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 45-46.

por ser más favorable, una interpretación restrictiva del art. 51 del proyecto en orden a admitir; por ejemplo, que la ley ordinaria o un decreto legislativo descriminalice un comportamiento o atenúe la pena. Tal opción debe rechazarse, la norma del Proyecto se refiere en general a la regulación del ejercicio de derechos fundamentales, sin precisar si se trata de una regulación más restrictiva o extensiva. Pero, además, la eficacia político-criminal de dispositivos penales aprobados por consenso parlamentario, a través de leyes orgánicas, se difuminaría por la decisión contraria y posterior del ejecutivo (decreto legislativo) o de una minoría parlamentaria que aprueba una ley ordinaria.

- El tratamiento de las normas penales incompletas. Tratándose de tipos abiertos como los que regulan infracciones imprudentes, es indiscutible la relevancia indirecta de dispositivos complementarios incluso de rango infralegal que contribuyen a la delimitación del riesgo penalmente permitido; por ejemplo, el Código de Tránsito, un reglamento de obras civiles, etc. Estos dispositivos no ejercen *per se* efectos criminalizadores o descriminalizadores, sino que contribuyen, fuera de los muros del ordenamiento penal, a delimitar los espacios de riesgo jurídicamente tolerados.

Algo similar acontece con las leyes penales en blanco y los elementos normativos. La accesoriedad normativo-conceptual puede operar incluso a través de normas carentes de rango de ley orgánica. Lo trascendente es que la norma penal ostente dicho rango y fije el núcleo de la prohibición y la sanción penalmente relevante (STC español 127/1990 del 5 de julio), pudiendo dejar en manos del legislador ordinario o administrativo la decisión sobre determinados aspectos técnicos o conceptuales, como es común en el derecho penal económico y empresarial.

No son de recibo las remisiones inversas cuando estas se realizan mediante normas sin rango de ley orgánica, salvo que no impliquen una ampliación de la tipicidad penal, sino una mera referencia o ejemplificación, en cuyo caso no despliega efectos punitivos.

4.2. La extensión de la garantía de ley orgánica a la materia procesal penal y penitenciaria

El destino de la legislación penal previa aprobada por ley ordinaria, decretos legislativos o decretos leyes. Puede postularse que la carta constitucional incorpore una disposición final que ratifique la vigencia de todas las normas penales aprobadas antes de que rija la nueva Constitución, a fin de evitar que una aplicación retroactiva del nuevo dispositivo constitucional eche por tierra las incriminaciones previas. Sin embargo,

creo que el propio argumento de la retroactividad benigna impide pensar que de la noche a la mañana son inconstitucionales todas las normas penales que no fueron aprobadas por ley orgánica. La retroactividad se funda en la diferente valoración del legislador frente a un determinado comportamiento, expresada mediante la atenuación o exclusión de su relevancia penal, lo que no acontece en este caso si sencillamente se establece la garantía de ley orgánica.

5. La interpretación penal

5.1. Fundamentos constitucionales de la interpretación penal

Entendía Montesquieu que «los jueces de la nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor»[465]. Esta concepción del juez como mero aplicador de la ley obedeció al entendimiento de que solo una posición neutral, no valorativa frente a la norma, garantizaría la realización de la igualdad y la justicia. De allí por ejemplo que, luego de la promulgación del CP de Baviera de 1813, se llegara a prohibir expresamente el comentario de sus disposiciones[466].

En la dinámica del Estado contemporáneo, esta perspectiva se ha flexibilizado sustancialmente. Como indica Hurtado Pozo, ello obedece a una renovación del pensamiento que se refleja en la técnica legislativa: las penas tasadas se han abandonado y la descripción de las conductas delictivas se realiza de modo general[467].

La interpretación jurídica no es, sin embargo, la aplicación mecánica de un mandato, sino una actividad creadora y demiúrgica, que:

> [...] de un conjunto de circunstancias y condiciones simultáneamente presentes en una relación contextual, obtiene como resultado una estructura mediante la cual se establece entre las partes una relación circular de coherencia, que tiene como fin a su utilización práctica. Para llegar a culminar una interpretación jurídica es necesario establecer una relación entre el conjunto de datos reales y el acontecimiento práctico. Corresponde pues al intérprete el decidir cómo debe interpretarse la ley en su significado operativo, que implica una solución unitaria y exclusiva fundamentada en el deber ser.[468]

[465] Montesquieu y Secondat: *El espíritu...*, *op. cit.*, 109.

[466] Recaséns Siches: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 181-182; Frosini: *Teoría de la interpretación jurídica*, 1.

[467] Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 172-173.

[468] Frosini: *Teoría...*, *op. cit.*, 12.

Así, la interpretación jurídica entendida como interpretación operativa puede ser definida según Frosini[469] como una actividad de conversión en la que se realiza la integración del conocimiento con la decisión del juzgar. La interpretación no es más que la determinación, con ayuda de criterios lógicos y de juicios de valor, del sentido congruente de la ley; como bien indica Hurtado Pozo[470], los problemas de interpretación se presentan en cada una de las etapas de la resolución de un caso jurídico penal.

En ese contexto ideológico, la pregunta que surge inmediatamente es si el juez, al momento de interpretar, ¿emprende solo un proceso de conocimiento, en orden a descifrar la «voluntad del legislador», la *ratio legis* de la norma o su «verdadero sentido» en el ordenamiento jurídico? El proceso de determinación del derecho aplicable tiene una faceta lógica, pero contiene asimismo un importante elemento de poder[471], de modo que entran en juego tanto los conocimientos del operador jurídico como sus condicionamientos culturales y axiológicos[472]. En ese sentido, en la interpretación de la ley penal se aprecia indudablemente una dimensión cognitiva y otra valorativa[473].

Para Roxin[474] esto responde a que casi todos los conceptos que son empleados por la ley admiten en mayor o menor medida varios significados, no solo en aquellos conceptos normativos, en los que son asequibles a la comprensión intelectual, sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, que por su objeto son perceptibles sensorialmente. Así, el juez tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina *interpretación*.

El papel creador del juez está implícito en todo proceso de aplicación e interpretación del derecho. La adaptación de la ley a la realidad constituye el efecto inmediato de la dinámica propia del condicionamiento recíproco existente entre la ley y los hechos. La aplicación del derecho implica, además de un aspecto lógico, un elemento de poder que

[469] Frosini: *Teoría...*, *op. cit.*, 8.

[470] Hurtado Pozo: «Método de resolución de casos penales» en *Derecho*, 221 y ss.

[471] Hurtado Pozo: «A propósito de la interpretación de la ley penal» en *Derecho*, 327.

[472] Radbruch: *Filosofía del derecho*, 148-149; Frosini: *Teoría...*, *op. cit.*, 5; Wroblewski: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 62-63; Díez-Picazo: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 251; Aarnio: *Lo racional como razonable Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, 263-271; Asís Roig: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, 182; Martínez y Fernández: *Curso de teoría del derecho*, 280-281, 287.

[473] Saavedra López: *Interpretación del derecho e ideología*, 15 y ss.

[474] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 148.

supone el compromiso personal del intérprete poseedor de un bagaje específico de conocimientos y de criterios axiológicos. Este proceso no puede ser reducido únicamente a su dimensión lógica, ya que la determinación de los elementos del silogismo judicial, en particular de la premisa mayor (la ley), no concluye necesariamente a un solo resultado. Es corriente, por el contrario, que se lleguen a establecer diversos «sentidos posibles» de la ley en cuestión. Esto se debe a la estructura propia del tipo legal, al carácter abstracto y general de la norma, a la naturaleza equívoca, vaga y polisémica del lenguaje y a la evolución constante de la realidad que se busca regular.

Cabe agregar, además, como indica Hurtado Pozo que la interpretación[475] es siempre la misma en los diferentes dominios del derecho. Es sin embargo comprensible que los fines propios del derecho penal y sus medios de coerción (privación y restricción de derechos fundamentales) condicionen substancialmente la aplicación y la interpretación de la ley. El hecho de tener en cuenta estos elementos y el análisis que se haga de los mismos deben ser expuestos y discutidos abiertamente por el intérprete. Este es justamente el objetivo y la función de la teoría de la argumentación.

En la metodología jurídico-penal contemporánea se afirma que, de la tradicional concepción de la «aplicación» de la ley se pasa al concepto de concreción de la ley en relación con el caso concreto. De acuerdo con esta idea, el juez no se limita a aplicar un texto legal previa y definitivamente dado, sino que «busca la norma aplicable que nacerá de la confrontación del tenor de la ley con las exigencias del sector de la realidad a que se refiere». Así, la norma no posee un contenido definitivamente fijado antes de su aplicación a casos particulares, solo desde el momento de su aplicación se precisa su alcance de forma acabada.

Sin embargo, muchas de las cuestiones centrales respecto de la estructura del delito no pueden simplemente presentarse como cuestiones

[475] Desde Savigny se distinguen cuatro aspectos de la interpretación: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático, siendo a partir de Jhering que gana terreno un nuevo aspecto: el de la finalidad de la ley o aspecto teleológico. El criterio gramatical exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo al sentido propio de las palabras, y supone tanto que ningún elemento del texto legal está carente de significado como que este significado otorgado no pueda apartarse del uso general del lenguaje. Es por ello que se considera que este criterio constituye el presupuesto de toda interpretación. En relación con el criterio sistemático, este postula que las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene, lo que en términos generales alude a la coherencia que los enunciados normativos deben tener con el ordenamiento, las diferentes perspectivas del criterio histórico en tanto que estas hacen alusión a elementos del ordenamiento pueden ser también analizados como proyecciones del criterio sistemático hacia al pasado.

interpretativas, ya que la determinación de las características esenciales que debe reunir un hecho para ser estimado merecedor de pena no se obtiene por vía inductiva de los tipos de la parte especial ni resultan de una mera interpretación de la parte general del Código Penal; sino que es necesario recurrir a la dogmática y en especial a la teoría del delito.

La dogmática jurídico-penal formula las reglas para la decisión de un caso a un nivel de abstracción medio, situándose entre la ley y el caso. Por una parte, determina y da contenido a las normas legales, busca el sentido que poseen los preceptos penales y analiza los ámbitos que el legislador no ha regulado. Por otra parte, la dogmática crea reglas de decisión que se generalizan, convirtiéndose en reglas válidas para otros casos de la misma naturaleza. De esta manera, se crea un sistema transparente que puede ser completado por quien parte de la ley y quiere completar el marco que aquella formula abstractamente, y por quien parte del caso y quiera encontrar las reglas generales que contribuyan a su solución.

Capítulo II

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

I. El objeto de protección en la dogmática penal contemporánea

1. Generalidades

Hasta hace poco reinaba un acuerdo sobre la necesidad de limitar el poder penal del Estado en función del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos[476]. Que «el orden penal solo debe proteger bienes jurídicos», era el unánime sentir de la doctrina[477] y la jurisprudencia hispanoamericana, la española[478] y la peruana[479] en particular. Se aceptaba la vigencia del principio *nullum crimen sine injuria*[480], según el

[476] Silva Sánchez: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 267.

[477] *Vid.* Hassemer: «Lineamientos para una teoría personal del bien jurídico» en *Doctrina Penal*, 276 y ss.; Zúñiga Rodríguez: *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, 25, nota 1.

[478] STC 11/1981, del 8 de abril, y STC 62/1982, del 15 de octubre. Ambas expresan que «la protección de un bien jurídico deviene en requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales». *Vid.* Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, 291. La STC 105/1988, del 8 de junio, reconoce «la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho» (Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 93, nota 61). En la reciente jurisprudencia del TS, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ha excluido la sanción de las llamadas *realizaciones aparentes del tipo* y ha restringido el alcance punitivo. *Vid.* Silva Sánchez: «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo» en *Actualidad Penal*, 252-253.

[479] Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 37 y ss.; Bramont Arias: «Los principios rectores del nuevo Código Penal» en *Derecho*, 21-22; Peña Cabrera: *Tratado de derecho penal. Estudio programado de la parte general*, 64 y ss.; Prado Saldarriaga: *Todo sobre el Código Penal*, 30-33; Villavicencio Terreros: *Código Penal comentado*, 35-38; Urquizo Olaechea: «El bien jurídico» en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 805 y ss. En la jurisprudencia nacional, *vid.* la SCS, del 5 de diciembre de 1994, en la Causa 3374-93-B y la resolución de la SCS, del 28 de diciembre de 1994, en la Causa 2900-94. Asimismo, las citas jurisprudenciales de Rojas Vargas e Infantes Vargas: *Código Penal: 10 años de jurisprudencia sistematizada*, 48-49.

[480] De «ofensividad», «lesividad» u «ofensión», *vid.* Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho...*, *op. cit.*, 289. En determinadas legislaciones, este principio está positivizado como en el Código Penal colombiano de 1980 (art. 4). *Vid.* Velásquez Velásquez: *Derecho penal. Parte*

cual todo delito debe comportar la lesión o puesta en peligro[481] para un bien jurídico penalmente protegido[482], de modo que la pena, entendida como una «amarga necesidad»[483], se justificaba por ser un instrumento teleológicamente orientado a la conservación de estos intereses.

Sin embargo, actualmente la teoría del bien jurídico-penal afronta una importante crisis, pues un sector encabezado por el profesor de la Escuela de Bonn, Günther Jakobs, niega que la misión del DP consista en proteger bienes jurídicos, y entiende que el verdadero objeto de tutela es la vigencia o estabilización de la norma penal[484]. Como indica Jakobs, «puede intentarse presentar al DP como protección de bienes jurídicos, pero solo de modo bastante forzado»[485], siendo más coherente considerar el hecho como la lesión de la vigencia de la norma y la pena como su eliminación[486].

Pero más allá de si la teoría del delito debe concebirse no solo como teoría de la imputación, ante la desestabilización de las expectativas asociadas a las directivas de conducta, sino también como una teoría de la antinormatividad por la infracción de estas directivas[487], eje central del debate dogmático sobre las consecuencias de una postura funcional[488].

general, 280 y ss. Igualmente, nuestro Código Penal de 1991 señala, en el art. IV del título preliminar, que: «La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley». En España, el Proyecto de la PG de 1982 recogió tal principio (art. III del título preliminar) al igual que el borrador de la PG de 1990 (título preliminar), pero tales previsiones fueron suprimidas ya desde el PCP92. *Vid.* la crítica de Berdugo Gómez de la Torre: «El proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de parte general» en *Revista del Foro Canario*, 62-63. El Proyecto Alternativo alemán también recogió este principio (§ 2.1).

[481] Fiandaca: «La tipizzazione del pericolo», 49 y ss.; Escrivá Gregori: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, 17 y ss.

[482] Mantovani: «El principio de offensività del reato nella costituzione», 183 y ss. Jakobs relativiza el principio acerca del riesgo de un derecho penal subjetivista o de la actitud. Entiende que: «Tampoco la teoría de la lesión del bien jurídico ofrece protección contra este peligro: lesión del bien jurídico, infracción del deber y principio del hecho son tres cosas distintas [...]. En general, hay que dudar de que la teoría de la lesión del bien jurídico tenga un contenido "liberal" por principio» (Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 54, nota 32).

[483] Valga la conocida frase de Hans Schultz en la fundamentación del párr. 2 del Proyecto Alternativo alemán, donde entiende la pena «como una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres» (Schultz: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 29).

[484] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 44 y ss.

[485] Jakobs: «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *op. cit.*, 63.

[486] *Ibid.*, 64.

[487] Silva Sánchez: *Normas y acciones en derecho penal*, 38-39.

[488] Alcácer Guirao: *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión del deber?*, 147-148. Desde una postura nomológica, Alcácer trata de superar el dilema de la protección de bienes o de la estabilidad de la norma entendiendo que la tutela de bienes es el fin perseguido

Para un sector doctrinal, Jakobs postula un retorno al positivismo jurídico, propone fundar un sistema penal neutral a cualquier modelo social, es decir, acrítico frente a los problemas sociales y que, por ende, dejaría la puerta abierta para la instrumentalización del ser humano.

Ante esta postura, considero importante reivindicar la valía del bien jurídico-penal como instrumento rector y límite del *ius puniendi*. En esa línea, entiendo que es posible obtener los siguientes resultados: 1) demostrar las posibles limitaciones del llamado *funcionalismo sistémico* fundado por Jakobs y 2) la construcción, sobre los principios de merecimiento y necesidad de pena, de un concepto material de bien jurídico-penal capaz de realizar esa función rectora y limitadora.

II. Relevancia del concepto material de bien jurídico

Aunque algunos son escépticos frente a la posibilidad de contar con criterios positivos para definirlo[489], sobre el concepto material del bien jurídico-penal cabe advertir importantes diferencias en su delimitación[490]. En tal sentido, mantiene vigencia la constatación de Rudolphi de que «a pesar de sus 130 años de historia» (hoy 170), desde su creación por Birnbaum en 1834[491], el bien jurídico constituye uno de los conceptos que aún presenta una considerable falta de claridad[492], lo que a mi entender obedece más a los diversos

por la norma de conducta y con base en ello debe construirse toda teoría de la antinormatividad, mientras que la norma de sanción, que fundamenta la teoría de la imputación, se orienta a restablecer la vigencia de norma.

[489] Stratenwerth: *Derecho penal. Parte general*, 3-4; Portilla Contreras: «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos» en *Cuadernos de Política Criminal*, 726 y 735. Portilla Contreras niega la valía de los conceptos previos de carácter genérico y apuesta por un procedimiento negativo, desde el DP mínimo, en la determinación del concepto de bien jurídico-penal.

[490] Álvarez García: «Bien jurídico y Constitución» en *Cuadernos de Política Criminal*, 5; Roxin: «El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo», 509.

[491] Birnbaum: «Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», 149 y ss.; Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 6. Estos entienden que el bien jurídico nació en Birnbaum como un principio liberal que pretende limitar la potestad punitiva estatal. Sin embargo, para Mir Puig: *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, 91, con Birnbaum solo nació el sentido dogmático del bien jurídico, lo que refrenda Ferré Olivé: *El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código Penal*, 35, pues comprende que Birnbaum introdujo el concepto solo desde una perspectiva intrasistemática, y que fue Liszt quien, desde la sociología naturalista del positivismo, creó un concepto material de bien jurídico al afirmar que este halla su origen en un «interés de la vida» previo al derecho, que surge de las relaciones sociales, aunque dicho interés revista el carácter de bien jurídico desde que adquiere protección por el derecho. *Vid.* Liszt: *Tratado de derecho penal II*, 2.

[492] Rudolphi: «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico» en *Nuevo Pensamiento Penal*, 329.

enfoques materiales, en ocasiones negado[493], que a la pretensión de que el bien jurídico cumpla simultáneamente varias funciones, como sostiene González Rus[494].

Pero la tarea de concretar el concepto material no es superflua, pues al bien jurídico no solo se le atribuyen funciones formales, como la sistematización de la PE o la orientación de la interpretación de los tipos[495], dimensión a la que se refiere por ejemplo el clásico trabajo de Polaino Navarrete[496]. También se le asigna la fundamentación material del ilícito penal[497], lo que no es pacífico, pues, según la concepción de bien jurídico defendido, se entenderá el injusto como el mero disvalor de la acción peligrosa o se exigirá adicionalmente un disvalor de resultado tangible en el peligro real o la lesión del interés protegido. Decantarse por algunas de estas opciones tiene consecuencias inevitables en la fundamentación de la tipicidad, la antijuricidad y la pena[498].

El concepto material de bien jurídico-penal cumple estas funciones tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*. En contraposición a su sentido dogmático que alude a los objetivos que de hecho protege el orden penal vigente (*de lege lata*)[499], el sentido político-criminal del bien jurídico se relaciona con aquellos intereses que reclaman protección penal (*de lege ferenda*)[500]. Por ello, la actual discusión sobre el contenido de los bienes jurídicos no se plantea desde una perspectiva estrictamente dogmática, sino que se ha transformado, esencialmente, en una cuestión político-criminal[501], lo que pone de relieve la llamada

[493] Por el positivismo jurídico, los autores del nacionalsocialismo y del Tercer Reich. Hormazábal Malarée: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, 33 y ss., 68 y ss.

[494] González Rus: *Bien jurídico y constitución. (Bases para una teoría)*, 12.

[495] Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 30-33; Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 37 y ss.; Gutiérrez Francés: *Fraude informático y estafa. (Aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*, 209. En Italia, Fiore: «Decodificazione e sistematica del beni giuridico», 73 y ss.

[496] Polaino Navarrete: *El bien jurídico en derecho penal*, 294 y ss.; Polaino Navarrete: *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, 281-282.

[497] Gómez Benítez: «Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 85 y ss.

[498] *Vid.* Hormazábal Malarée: *Bien...*, *op. cit.*, 169 y ss.

[499] Rudolphi: «Los diferentes...», *op. cit.*, 329.

[500] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 91; Luzón Peña: *Curso de derecho penal. Parte general I*, 326; Eser: «Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 605 y ss.; Landecho Velasco y Molina Blázquez: *Derecho penal. Parte general*, 249. Estos entienden que: «Existen dos conceptos de bien jurídico: el político criminal y el dogmático. El concepto político-criminal se refiere a lo que debe ser protegido por el DP a juicio de una corriente político-criminal concreta (*de lege ferenda*); por tanto, será diverso según las distintas orientaciones de dicha disciplina. El concepto dogmático estudia los bienes jurídicamente protegidos por una legislación penal concreta (*de lege lata*)».

[501] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92; Prats Canut: «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el proyecto de Código Penal de 1980», 753.

función crítica del bien jurídico. Se entiende que «el bien jurídico es crítico del sistema penal y de la estructura social; permite la revisión y superación del sistema jurídico-penal y de la realidad misma»[502].

En síntesis, conceptualizar materialmente el bien jurídico-penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del derecho vigente (sentido dogmático, *de lege lata*), y como guía para construir el modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal, *de lege ferenda*). Ambas tareas críticas pueden realizarse teniendo como herramientas la utilidad formal (función sistematizadora, jerarquizadora, interpretativa) y material (fundamentación del ilícito penal) del bien jurídico-penal. Por esa razón, si bien su fundamentación material es esencialmente dogmática, no pueden desconocerse las disfunciones del control penal constatadas por la criminología[503] si se aspira obtener el necesario baremo político-criminal de referencia y contraste frente a la obra legislativa[504].

III. Valoración crítica del Estado actual

1. Antecedentes

La evolución del concepto material de bien jurídico-penal ha ido aparejada al desenvolvimiento de los diferentes modelos de Estado, pues el común denominador es su funcionalidad con los requerimientos de

[502] Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 40. Citando a Hormazábal Malarée y Bustos Ramírez, en el seno del discurso de la criminología crítica, la autora afirma con acierto que el sentido crítico del bien jurídico pone en manos de los ciudadanos «la posibilidad de controlar el control; utopía del Estado democrático».

[503] Me excluyo, por ahora, de las argumentaciones criminológicas que confirman la «selectividad» del control penal en la determinación de los bienes jurídicos y los comportamientos punibles. Pero desde la deseada perspectiva totalizadora de las ciencias penales, la *gesamte Strafrechtwissenschaft* de Liszt, la construcción dogmática, sin ignorar los aportes de la criminología crítica, deben atenuar la selectividad punitiva en el marco del modelo penal de la Constitución. *Vid.* Arroyo Zapatero: «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución» en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 101 y ss. Como ratifican Suárez González y Cancio Meliá: «Estudio preliminar», 80, nota 166: «[L]a elaboración de un sistema dogmático [...] hace posible sustraer al DP a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación». *Vid.* Gimbernat Ordeig: *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, 57 y ss. Por ello, la preocupación criminológica mantiene actualidad en la dogmática. *Vid.* Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 60, para quienes aún se suele considerar «como "bien jurídico" los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad». *Vid.* Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 38; Villavicencio Terreros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 50; Caro Coria: «Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real» en *Thémis*, 184 y ss.; Caro Coria: *La protección penal del ambiente*, 59 y ss. En tales oportunidades he defendido la mínima intervención penal con argumentos depurables, labor programática que escapa al objetivo de este libro.

[504] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 5; Gómez Benítez: «Sobre...», *op. cit.*, 86-87.

la hegemonía política de cada momento histórico[505]. En tal sentido, la teoría de bien jurídico es de raigambre decimonónica y surge en el contexto del liberalismo con el fin de limitar la obra del legislador penal, mediante la sola criminalización de aquellas conductas socialmente dañosas y lesivas de entidades reales del mundo exterior, dejando fuera, en consecuencia, los procesos puramente internos y la faceta teológica del ilícito penal de tradición iluminista que concebía el delito como un hecho pecaminoso, es decir, como una manifestación que contradecía la voluntad divina. Antes bien, debe tenerse en cuenta que estos postulados no eran considerados de modo rígido por la doctrina alemana e italiana del siglo XIX, pues incluso se entendía que en algunos casos podía faltar un interés protegido sin que ello sea óbice para considerar delictiva la conducta[506].

La crítica a esta concepción del bien jurídico se asienta en la imposibilidad de dispensar un concepto material lo suficientemente explícito para el desarrollo de la función crítica o limitadora de la reacción penal[507], deficiencia que se aprecia también en el desarrollo de la teoría contractualista que identifica el bien jurídico y derecho subjetivo, equiparación inexacta en muchos casos, pues este último significa que el derecho objetivo se pone a disposición de una voluntad o interés estrictamente particular. El derecho subjetivo es solo un mecanismo de distribución y protección de bienes jurídicos[508], entre ambos existe una relación de medios y fines[509].

Tampoco logró otorgar un contenido material la concepción formal del positivismo jurídico, cuyo último representante, en sentir de Silva Sánchez[510] y de Bustos Ramírez[511], es Günther Jakobs[512] quien identifica el bien jurídico con el sentido y fin de las normas penales. Antes Binding entendió que el bien jurídico es un bien del derecho, lo que equivale a ver su génesis en la creatura del legislador, es decir, como una categoría

[505] Hormazábal Malarée: «Política penal en el Estado democrático» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 13 y ss.

[506] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 7, nota 6, citando como ejemplos las concepciones de Antolisei, Rocco, Carminagni, Giuliani, Puccioni, Carrara, Paoli, Tolimei, Buccellati, Pessina, Luchini, Halschner, Jellinek, Binding, Stoos, Frank, Finger y Merkel.

[507] Stratenwerth: *Derecho...*, *op. cit.*, 3.

[508] Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho...*, *op. cit.*, 292.

[509] Rocco, citado por Terradillos Basoco: «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 130.

[510] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 268, nota 374.

[511] Bustos Ramírez: *Manual de derecho penal. Parte general*, 102-103.

[512] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 45 y ss.

formal coherente con una concepción formalista del DP que identifica delito y contravención de la norma, entendida esta última como violación del derecho del Estado a mandar y ser obedecido. Por esta vía se renuncia a criticar la decisión del legislador desde el contenido del bien jurídico y se abandona su función de potencial límite al legislador[513].

Igualmente, no acentuaron la función crítica, las teorías que entienden el bien jurídico como la *ratio legis* de la norma, pues en todo delito es apreciable una finalidad o valoración del legislador[514]. Los neokantianos, doctrina dominante en los años veinte del siglo XX, se alejaron de los postulados inmanentes que hurgaban en la realidad jurídica, la razón de ser del bien jurídico. Apostaron por una concepción que trascendía al sistema jurídico, buscaron lo material del bien jurídico en una realidad anterior al derecho, situada en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales[515], pero propugnaron el concepto como «valor (espiritual-cultural)»[516]. Esta noción era incapaz de cumplir la función limitadora del poder penal[517], pues bajo el rótulo «realidad valorada positivamente» puede incluirse cualquier estado, convicción o principio, en función del sector social dominante en una sociedad determinada[518], lo que quedó confirmado con su pronta admisión en el seno del nacionalsocialismo.

La doctrina penal del nacionalsocialismo[519] rechazó inicialmente la idea de bien jurídico[520], por ver en ella un límite liberal a superar en un Estado totalitario[521], pero no pasó mucho tiempo para que, producto del debate con los neokantianos, la rescataran vacía de contenido. El delito pasó a entenderse, desde la perversión nazi y fascista, como la desobediencia y la rebelión del individuo frente al poder que emana del pueblo[522] y se per-

[513] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», 131 y ss.

[514] Bacigalupo: *Principios de derecho penal. Parte general*, 11 y ss.

[515] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92.

[516] Como expresa M. E. Mayer, citado por Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 51, nota 20: «Si se quiere conocer cómo han surgido los intereses. hay que estudiar la Historia de la Cultura, pero no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales son innatos a la propia naturaleza humana».

[517] Gómez Benítez: «Sobre...», *op. cit.*, 87-88; Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 132-133; Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 268; Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 51, precisa que «la indeterminación de la cultura (¿una cultura aislada del respectivo ordenamiento jurídico?) como fuente de intereses debilita la potencia crítica».

[518] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 268.

[519] Del movimiento político y social del Tercer Reich (reino o reinado) alemán (1933-1945), de carácter pangermanista, fascista y antisemita.

[520] Shaffstein: «Zur Problematik der teleologischen Begriffsbuildung im Strafrecht», 49 y ss.

[521] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92.

[522] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 9, nota 16. Transcribe paradigmáticas expresiones de Bettiol y Maggiore, que guardan parecido con los postulados de Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 45 y ss., para quien la pena se impone ante la desobediencia o infidelidad del ciudadano frente a la norma.

sonaliza en el Estado, lo cual significó llevar al extremo las consecuencias del Estado social en desmedro del elemental imperativo kantiano del «individuo como fin en sí mismo». Por ende, tal concepto de bien jurídico no podía añadir nada a la idea de «infracción de un deber», pues cualquier deber podía elevarse a la categoría de bien jurídico[523], sin que importase el comportamiento externo sino la mera actitud[524].

El horror de la Segunda Guerra Mundial determinó que la doctrina penal reivindicara la posición del individuo como centro y objeto de preocupación jurídica, y luego la exigencia de ofensividad para los bienes jurídicos, aunque en algunos casos se pretendió legitimar la sanción de conductas puramente inmorales, quizás como respuesta a los entonces recientes excesos de la doctrina del Tercer Reich. Ello se observa en la exposición de motivos del Proyecto Gubernamental de Código Penal de la República Federal Alemana de 1962[525], que motivó la reacción de un sector de juristas alemanes, entre ellos Roxin, tangible en la redacción del Proyecto Alternativo de Código Penal[526]. Roxin retomó la línea marcada por la concepción social del bien jurídico de Liszt, entendiendo que el DP solo puede castigar las ofensas contra los bienes jurídicos y las infracciones contra los fines de previsión social, siempre que sean importantes para una vida comunitaria ordenada, es decir, las «prestaciones públicas esenciales» de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social del Estado[527].

Este autor ha señalado posteriormente que los «bienes jurídicos son realidades o pretensiones, que son útiles para el individuo y su libre desarrollo o para el funcionamiento del sistema social, construido con tal fin»[528]. Esta orientación de Roxin ha sido criticada por su inconcreción, pues solo excluiría la criminalización de los actos inmorales que son difíciles de delimitar, de modo que estaría imbuido por un excesivo naturalismo que se aleja del necesario desarrollo social que merece el bien jurídico[529]. La perspectiva de que el bien jurídico tome en cuenta la dimensión social ha regido su fundamentación sociológica.

---

[523] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 268.

[524] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 54.

[525] Roxin: «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo», 45.

[526] Schultz: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches.*

[527] Roxin: «Sentido y límites de la pena estatal», 21.

[528] Citado por Gómez Benítez: «Sobre...», *op. cit.*, 99, nota 48.

[529] Mir Puig: *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 133 y ss. Desde el trabajo que se le critica, Roxin ha desarrollado ampliamente su postura. *Vid.* Roxin: *Strafrecht. Allgemeimer Teil, T. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre 2.ª ed.*, 199, §2 y ss.

2. Las modernas orientaciones sociológicas y constitucionalistas

2.1 Posturas sociológico-funcionalistas

A finales de los años cincuenta se encuentran los albores del movimiento internacional de reforma penal[530], espacio en el que se reivindicó el concepto de bien jurídico como instrumento orientador de los procesos de criminalización y descriminalización, sobre la base de las ideas de Liszt[531]. Pero entre los años sesenta y ochenta, el contenido del bien jurídico ocupó en Alemania, Italia y España[532] un lugar primordial en la discusión jurídico-penal de cara a la reforma legislativa.

En ese contexto surgen las teorías sociológico-funcionalistas[533] que sitúan al bien jurídico en su dimensión social[534], como «condiciones necesarias para la conservación del orden social», de modo que la lesividad debe expresarse como «dañosidad social». En esa perspectiva, pese a que Amelung compartía la noción de «dañosidad social», renunció al concepto de bien jurídico[535], extremo innecesario pues este es apto para incorporar, sin más, el necesario referente social[536].

[530] Berdugo Gómez de la Torre: «El proyecto...», *op. cit.*, 60; Jescheck: «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal», 9 y ss. Jescheck, quien pese a constatar que «la reforma del DP es tan antigua como el DP mismo», destaca cómo desde la segunda mitad de este siglo el movimiento internacional en pos de la renovación del DP «no encuentra parangón en la historia».

[531] *Vid.* Liszt: *Tratado...*, *op. cit.*, 2, quien —según hemos advertido—, a diferencia del positivismo de Binding, entiende el bien jurídico como «interés de la vida», previo al derecho, que surge de las relaciones sociales, aunque admite que dicho interés reviste el carácter de bien jurídico desde que adquiere protección por el derecho. Pero no queda claro con qué criterios el derecho positivo debe diferenciar los intereses a tutelar, pues «también los delincuentes persiguen intereses», como indica Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 51.

[532] *Vid.* Cuello Contreras: «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 461 y ss.

[533] Estas se sustentan en el funcionalismo de la teoría de los sistemas sociales de Parsons: *La estructura de la acción social I y II, passim*, y Luhmann: *Sistema jurídico y dogmática jurídica, passim*. Sobre la influencia del funcionalismo en la teoría penal española, *vid.* Vives Antón: *Fundamentos del sistema penal*, 163-171, 184-197, 433-452, quien se concentra principalmente en la doctrina de la acción y de la norma a partir de los aportes de Wittgenstein, precursor de las ideas de Habermas.

[534] Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 51 y ss., advierte la distinta fundamentación de las teorías que atienden a la realidad social con el fin de construir un concepto material de bien jurídico. En tal perspectiva, reseña y critica las teorías funcionalistas o del consenso (Parsons, Merton, Amelung, Callies, Mir), y las teorías del conflicto (Dahrendorf, Coser). Finalmente, apuesta por el modelo materialista histórico de Bustos Ramírez (*vid.* 53-55) que define el bien jurídico como «una síntesis normativa determinada de una realidad social concreta y dialéctica». *Vid.* Bustos Ramírez: *Derecho penal español. Parte general*, 112-114.

[535] Amelung: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, passim*, renuncia al concepto de bien jurídico. Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 6.

[536] *Vid.* Gómez Benítez: «Sobre...», *op. cit.*, 106 y ss., quien no prescinde del concepto de bien jurídico. Mir Puig: *Introducción...*, *op. cit.*, 137.

La doctrina ha albergado dudas sobre el contenido de lo «socialmente dañoso». Delimitar el *ius puniendi*, como ha pretendido por ejemplo Gómez Benítez, solo con la concepción social del bien jurídico[537], sería un procedimiento sumamente inseguro. En todo caso, el citado autor no ha logrado definir lo «socialmente perjudicial», solo utiliza definiciones tautológicas como la insignificancia de la acción desde el ángulo del perjuicio social, criterios inmanentes como incluir la ausencia de causas de justificación en la materia prohibida o componentes subjetivos del desvalor de la acción en el tipo, o definiciones vagas del perjuicio social como «aquello que es preciso prevenir de cara al colectivo social mediante el instrumento penal, como condición del funcionamiento del sistema social»[538]. Esta incertidumbre ha conducido a Álvarez García a advertir que la introducción de lo social en el campo del derecho penal podría originar manifestaciones de «iusnaturalismo sociológico», como aceptar la existencia de delitos naturales por considerar delictiva una conducta con anterioridad a su tipificación penal[539], es decir como una manifestación prejurídica.

También contra la concepción funcionalista se ha puesto de relieve su inutilidad para realizar el deslinde entre el campo del derecho y de la moral. Si determinados comportamientos inmorales se estiman disfuncionales en un determinado sistema social, entonces su criminalización quedaría legitimada. La alusión exclusiva a la disfuncionalidad encierra el peligro de atender a las necesidades del conjunto olvidando al individuo[540]. Por ello, la visión del delito como un suceso «disfuncional para el sistema» no proporciona los criterios materiales suficientes para limitar el uso de sanciones penales, frente a los medios de reacción que pueden proporcionar otras ramas del ordenamiento jurídico[541].

Como indica Berdugo Gómez de la Torre:

> [...] al afirmar la funcionalidad o disfuncionalidad de un comportamiento en relación con un sistema no se está efectuando ninguna valoración sobre la naturaleza de este último. Con ello se está abandonando el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo, lo que es básico si se suscribe, como lo hacen nuestros países, un sistema social personalista, de orientación por tanto hacia el individuo.[542]

[537] Gómez Benítez: «Sobre...», *op. cit.*, 102 y ss.
[538] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 18.
[539] *Vid.* la crítica de *ibid.*, 17, contra Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 140 y ss.
[540] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 269.
[541] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 17.
[542] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 6, apoyándose en el art. 10.1 de la CE. *Vid. ibid.*, 7.

Las posturas funcionalistas presuponen una pacífica y universal aceptación del *statu quo* del sistema. En ese contexto, de un lado el bien jurídico se distancia de los postulados del Estado democrático, concretamente del pluralismo[543]. De otra parte, expresa una concepción estática o conservadora del sistema social[544], contraria a la dinámica que las metas sociales de la Constitución deben impregnarle.

Los intentos de superar estas críticas son infructuosos a juicio de Álvarez García[545], para quien la doctrina de Mir Puig es paradigmática de la contradicción existente entre los fines de mantenimiento del sistema y la pretensión de hacerlo en beneficio de los individuos. Puede suceder que su mantenimiento perjudique a determinados individuos y beneficie a pocos, de modo que será necesario modificar el sistema para obtener un beneficio generalizado. Ello pone en evidencia una contradicción valorativa: debe conservarse el sistema, pero modificándolo. Berdugo Gómez de la Torre, más coherente en este extremo, propone entender el bien jurídico en el contexto del art. 9.2 de la Constitución española[546], que impone la misión de conducir el sistema social hacia las metas constitucionalmente previstas y que van por delante de la realidad, con lo cual sitúa el bien jurídico como medio no solo de conservación, sino también de evolución del orden social vigente[547], aunque apuesta con ello por una función promocional del DP[548] cuya admisibilidad se discute.

[543] *Vid.* el art. 1.1 de la CE y el art. 43 de la Constitución peruana. En sentir de Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 64, el modelo democrático es la «sociedad comunicativa ideal», es pluralismo, la posibilidad de disentir en el sistema social. Pero, desde el funcionalismo, puede reprimirse a quienes desvían su comportamiento de los patrones y expectativas impuestas por el orden vigente.

[544] El conservadurismo «puro» de Amelung entiende la norma penal en dirección hacia la «conservación del sistema». *Vid.* Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 15; Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 269; Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 135. «Conservadurismo» expresa una toma de postura frente a la realidad a favor de la estructura social predominante.

[545] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 16, siguiendo a Octavio de Toledo y Ubieto: *Sobre el concepto de derecho penal*, 342 y ss.

[546] Art. 9.2: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». La Constitución del Perú no contiene una norma equivalente, pero el contenido de la citada disposición española está implícito en los fundamentos del Estado social que el texto peruano reconoce en el art. 43 y en el capítulo II del título I.

[547] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 8.

[548] Berdugo Gómez de la Torre: *Honor y libertad de expresión*, 16. A tal opción promocional se acerca Tiedemann, para quien «el DP puede tener como función no solo la protección del orden de valores existente, sino también la introducción de nuevos valores» (Tiedemann: «Constitución y derecho penal» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 168).

La doctrina estima correcto el punto de partida de la dañosidad social[549] y destaca la necesidad de introducir correctivos para superar sus críticas, concretamente la inclusión en el concepto de bien jurídico de una especial referencia al individuo[550]. Se trata de integrar en una sola idea los aspectos de referencia individual y dañosidad social, de modo que el objeto de protección jurídico-penal exprese las condiciones que hacen posible el libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social. La dañosidad social se deriva de la incidencia sobre la esfera de libertad de los individuos, por la privación de los medios de participación social[551]. Esta concepción se adapta a los fines del Estado contemporáneo, cuya finalidad esencial es garantizar a cada ciudadano la posibilidad de realizarse autónomamente en el seno de la comunidad[552].

En la doctrina española, Mir Puig parte de la concepción de Amelung, pero acentúa el papel del individuo para superar las críticas al funcionalista que extrema el sentido social del Estado. Desde el modelo de Estado social y democrático de derecho, concibe los bienes jurídicos como «condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social»[553], posibilidades que deben entenderse no solo como incidencia activa en la vida colectiva «sino también como posibilidad de vivir en sociedad

[549] Roxin: «El desarrollo...», 509. Berdugo Gómez de la Torre: *El delito de lesiones*, 22, nota 26. Más adelante se analizan las consecuencias de erigir el bien jurídico principalmente sobre la dañosidad social. *Vid. infra*, apartados 2.1 y 2.2 de este capítulo.

[550] Esta orientación la imprimen Marx: *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut», passim*, y Calliess: *Theorie der Strafe im demokratischen und soziales Rechtsstaat, passim. Vid.* Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 51-52; Mir Puig: *Introducción...*, *op. cit.*, 139 y ss.; Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 136; Muñoz Conde: *Introducción al derecho penal*, 48; Octavio de Toledo y Ubieto: *Sobre el concepto...*, *op. cit.*, 354 y ss.

[551] *Vid.* Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 271; Muñoz Conde: *Introducción...*, *op. cit.*, 48; Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 6. Terradillos Basoco entiende que «la conminación penal ha de dirigirse frente a las conductas que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y en los de distribución igualitaria de la riqueza producida» (Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 140).

[552] *Vid.* los arts. 1, 2.1, 3 y 43 de la Constitución peruana, y los arts. 1.1, 9.2 y 10.1 de la CE. Art. 1.1: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho [...]». Art. 10.1: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social».

[553] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92. Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 327, para quien los bienes jurídicos son «*condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad* —o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad—. Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser *socialmente valiosos* y por ello dignos de protección jurídica».

confiando en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás»[554].

A mi entender, la introducción de este correctivo individualista como contrapeso de una noción puramente social no ofrece aún el criterio necesario para determinar el concepto material de bien jurídico-penal. No existe un baremo objetivo para identificar esas «condiciones de la vida social» o la intensidad exigible de afectación a «las posibilidades de participación individual». Estas imprecisiones han motivado que un importante sector doctrinal, en la búsqueda de criterios objetivables no necesariamente opuestos a la perspectiva socio-individual, considere a la Constitución como la principal cantera de los bienes jurídicos penalmente protegibles.

2.2. Excurso: valoración del modelo funcional de Jakobs

A. La estabilidad de la norma como objeto de tutela penal

Antes de evaluar las posturas constitucionalistas del bien jurídico-penal, es importante destacar que el pensamiento de Günther Jakobs ha tenido cierto impacto en la doctrina penal hispanohablante de los últimos años[555]. Jakobs, ajeno a toda noción material, parte de una concepción funcional del DP que lo conduce a interpretar normativamente las categorías dogmáticas[556]. Para un sector doctrinal,

[554] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92.

[555] Especialmente desde la traducción al español de algunas de sus principales publicaciones: *Derecho penal. Parte general*; *La imputación objetiva*; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*; *Fundamentos del derecho penal*; *Estudios de derecho penal*. Artículos en revistas: «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en el derecho penal»; «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal»; «Representación del autor e imputación objetiva»; «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» y «El concepto jurídico-penal de acción». No menos importantes son los trabajos de sus seguidores iberoamericanos, quienes incluso han introducido correctivos al sistema de Jakobs. *Vid.* Feijoo Sánchez: *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995, passim*; Sancinetti: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, passim*; Sancinetti: *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción, passim*; Reyes Alvarado: *Imputación objetiva, passim*. En el Perú, se ha adherido sin mayor referencia Villa Stein: *Derecho penal. Parte general*, 75 y 189. Un desarrollo más exhaustivo puede verse en García Cavero: *Derecho penal económico. Parte general, passim*. Una recopilación peruana de los trabajos más importantes de Jakobs forma parte de su libro *Bases para una teoría funcional del derecho penal, passim*.

[556] La única orientación teleológica de este funcionalismo extremo es el mantenimiento del sistema. Se excluyen las consideraciones axiológicas ligadas a la persecución de determinados resultados político-criminales, cuyo valor sin embargo se ha puesto de relieve desde el clásico trabajo de Roxin: *Política criminal y sistema del derecho penal, passim*, posteriormente complementado con otras contribuciones. *Vid.* Roxin: *Política criminal y estructura del delito, passim*.

esta perspectiva es similar a la del positivismo jurídico, pues entiende que el objeto de protección del DP es la estabilidad de norma[557].

En la doctrina suele afirmarse que este autor renuncia al concepto de bien jurídico, lo cual es parcialmente inexacto si se entiende que no propone erradicar del vocabulario penal la expresión «bien jurídico» y sustituirlo por una mera concepción de lesividad social[558]. Jakobs más bien manifiesta su desconfianza hacia el bien jurídico, tal y como hasta ahora ha sido entendido, y concluye que lo protegido por el DP es la vigencia de la norma jurídica. Reelabora el concepto tradicional de bien jurídico para entenderlo como:

> [...] la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; éste bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal [...]. El bien jurídico ha de entenderse entonces como «sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares» o como «abreviatura de la idea de fin».[559]

Roxin: *Strafrecht...*, *op. cit.*; Roxin: *Dogmática penal y política criminal*, *passim*. Para Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 67 y ss., la corriente dogmática «funcionalista» o «teleológica» pretende racionalizar la intervención de los aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción de un sistema abierto. Pero en la actualidad se diferencia claramente dos corrientes, una «moderada» y otra «radical». El llamado *funcionalismo moderado* está representado primordialmente por Claus Roxin, quien desde una visión «práctica» propone orientar el sistema del DP hacia las valoraciones de política criminal, lo cual obliga a una amplia normativización de los conceptos, pero proporciona la flexibilidad necesaria para hacer posible las variaciones de contenido en los conceptos, en función de los cambios valorativos o del equilibrio de fines. Ello permitirá avanzar hacia la construcción de un «sistema abierto» de orientación teleológica. Por otro lado, el llamado *funcionalismo radical* de Günther Jakobs (*vid. Derecho penal*, *op. cit.*) responde más bien a preocupaciones metodológicas, pues de lo que se trata es de ofrecer una sistematización del DP vigente que resulte explicativa del mismo, se propone una refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático. Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 71, considera que con el método funcionalista «nos encontramos muy cerca de hallar el verdadero status de la dogmática tanto tiempo difuminado entre pretensiones de una desmedida cientificidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer». *Vid.* Schünemann: *El sistema moderno del derecho penal*, 447-452.

[557] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 268, nota 374; Bustos Ramírez: *Derecho...*, *op. cit.*, 102-103; Zaffaroni: «El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales», 753, para quien: «En este planteo macro-funcionalista no es difícil adivinar nuevamente la ya casi clásica simbiosis de positivismo e idealismo organicista: la selección de elementos del medio ambiente, cuando es útil para el equilibrio del sistema, es la "verdad" del mundo. Lo que el sistema no selecciona del medio ambiente no es "verdad", porque no sirve para su equilibrio». En palabras de Jakobs, «el bien jurídico se determina entonces de modo positivista y el concepto abarca "todo lo que, a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica es valioso para ésta"». *Vid.* Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 50, nota 12, citando a Binding.

[558] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 57, marginal 24. Así también lo interpretan Suárez González y Cancio Meliá: «Estudio...», *op. cit.*, 83-84.

[559] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 45 y 50.

En su fundamentación parte de entender que los bienes, tales como la vida, la salud o la propiedad, pueden ser menoscabados no solo a través de los procesos humanamente evitables y, por ende, penalmente relevantes, dada la posibilidad de ser imputados a un sujeto, sino también mediante sucesos naturales o situaciones no controlables por la voluntad humana y en consecuencia imposibles de atribuir a título de dolo o culpa, por lo que:

> [...] el derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino solo frente a ataques de determinada clase [...]. Al derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente; más bien, la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva. Esto solo puede tener lugar mediante un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no era pertinente respetar la valoración positiva. Lo que constituye una lesión de bien jurídico-penal no es la acusación de una muerte (esta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable.[560]

Frente a una posible perversión del simple raciocinio formal-normativo, seguidamente el autor alemán introduce en su discurso el conocido correctivo de la dualidad sociedad-individuo, pero no como una exigencia conjuntiva (afectación social e individual), sino alternativa (afectación social o individual) y en el marco de la funcionalidad sistémica. En la determinación de las unidades funcionales que debe tutelar el derecho penal, señala que «no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino solo aquel que ha de desempeñar una función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano»[561]. De esta forma, se decanta principalmente por el criterio de la dañosidad social en la definición del bien jurídico[562].

Pero Jakobs conviene en demostrar que no toda norma del derecho vigente se orienta a la protección de bienes jurídicos, lo que es tangible, por ejemplo, cuando se consagran modalidades de hecho, de carácter objetivo y subjetivo, y sobre todo cuando el delito consiste en la infracción de un deber especial derivado de una competencia institucional, pues en ellos no se perturba una unidad funcional existente, sino que el sujeto expresa su negativa a dejarse integrar

[560] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 45-46.
[561] *Ibid.*, 52.
[562] *Ibid.*, 55-57.

en la producción de una unidad funcional (el bien jurídico)[563]. Un caso parecido ocurre en aquellos delitos que protegen la paz social sin tutelar a la vez bienes jurídicos, como sucede en la prohibición del maltrato de animales, de la blasfemia, del incesto, del exhibicionismo o de la provocación a escándalo público[564]. Por tales motivos entiende Jakobs que:

> [...] el núcleo de todos los delitos solo se hallaría en el cumplimiento de un deber [...] [lo que] alude a algo más que a un supra concepto, es decir, a una concepción de todos los delitos a la manera de los delitos especiales. Nunca ha de tratarse de la lesión de un bien jurídico mediante la inobservancia de la relación solo negativa [¡no lesionar!] sino siempre de la negativa a comportarse conforme al papel asignado en una institución, o sea, como ciudadano, patriota o similar.[565]

Con todo este razonamiento, el autor contempla la necesidad de tener presente el filtro de la dañosidad social en la determinación del delito, de modo que en ese universo ingresan tanto las normas protectoras de bienes jurídicos, las normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y de propia mano) y las normas que tutelan la paz jurídica. De allí concluye que:

> [...] bien *jurídico-penal* es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica [...]. Esta validez se ve menoscabada cuando por el comportamiento del autor se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración.[566]

En esa perspectiva:

> [...] el derecho penal protege, como condición de existencia de la sociedad solo la vigencia de las normas, es decir, la firmeza ante la defraudación de las expectativas, y por tanto dañoso socialmente y hecho punible es un hecho no por sus efectos externos, sino porque pone en cuestión la validez de la norma [...]. Dada esta situación, el «lugar de determinación de los efectos socialmente dañosos del delito» no reside ya en los «procesos de interacción» perturbados por el hecho como suceso externo [...] sino solo en la validez de la norma.[567]

---

[563] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 52-53

[564] *Ibid.*, 54.

[565] *Ibid.*, 53-54 (entrelíneas agregadas).

[566] *Ibid.*, 58.

[567] *Ibid.*, 56, nota 40. En un evidente retorno a la teoría retributiva dialéctica de Hegel, ha sostenido luego que «la sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma:

Esta concepción no puede considerarse en la actualidad como dominante en la doctrina hispanoamericana, pese a la defensa realizada por un sector minoritario[568]. La propuesta de la norma como objeto de tutela en cuanto a los deberes que surgen de ella, no en relación con su vigencia, y solo respecto de determinadas formas delictivas, fue defendida en los años setenta por Rodríguez Devesa:

> La teoría de que *todo* delito es la *lesión o puesta en peligro* de un bien jurídico es insostenible a la luz del Derecho positivo, pues es incuestionable que hay numerosas figuras de delito en que no se precisan la concurrencia, ni por lo tanto la demostración, de que se ha producido tal lesión o puesta en peligro para que la acción se repute punible [...]. Por de pronto, todos los delitos de simple actividad y también los puros delitos de omisión.[569]

B. Perspectiva intrasistémica

Esta breve revisión del pensamiento de Jakobs, aunque no explica todo el valor de su concepción sobre el derecho penal y lo que debe proteger, permite comprender las críticas de la doctrina. La coherencia interna que su discurso ha ganado, a costa de distanciarse de una política criminal que atiende a la realidad en la que opera el derecho penal, ha impedido la proliferación de cuestionamientos intrasistemáticos, pero ha convertido en lugar común las críticas de orden extrasistémico.

No obstante, fuera de las posibles inconsistencias epistemológicas del modelo de Jakobs apuntadas por Vives Antón[570], considero explorable la posibilidad de construir un cuestionamiento en clave lógico-jurídica[571]. Para esta crítica, debe tenerse presente que el pensamiento de Jakobs sobre la misión de la punición estatal[572] está enraizado en el modelo funcionalista de Luhmann[573], inspirado a su

---

éste afirma la no vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante», *Vid.* Jakobs: «Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional», 28.

[568] *Vid.* Suárez González y Cancio Meliá: «Estudio...», *op. cit.*, 83-84.

[569] Rodríguez Devesa: *Derecho penal español. Parte general*, 345.

[570] Vives Antón: *Fundamentos...*, *op. cit.*, 451.

[571] Klug: *Lógica jurídica*, *passim*; Serrano-Piedecasas: «Crítica formal del concepto de la omisión», 981 y ss.

[572] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 8 y ss.

[573] Luhmann: *Rechtssoziologie I-II*, *passim*; Luhmann: *Sistema...*, *op. cit.*, *passim*; Luhmann: *Soziale Systeme*, *passim*. Jakobs ha advertido su toma de distancia de algunos postulados de la teoría de los sistemas de Luhmann, particularmente en cuanto a las normas jurídicas y los tipos de comunicación. *Vid.* Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 16, donde señala como cuestión preliminar que «un conocimiento superficial de esta teoría *(de los sistemas)* permite advertir

vez por los trabajos de Parsons[574], y las bases teóricas introducidas en la sociología por Durkheim[575] a fines del siglo XIX y desarrolladas a mitad de este por Merton[576]. Por ello, el sistema de Jakobs responde a una ordenación funcional de la realidad jurídico-penal[577], mediante la plena normativización de las categorías dogmáticas[578]. Esto ha determinado su comprensión de la pena como «prevención-integración» o «prevención general positiva»[579], el bien jurídico como infracción de la norma en tanto fuente de expectativas sociales, la imputación objetiva como imputación al comportamiento de «las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol»[580], o la culpabilidad normativo-funcional como reproche individual por la infidelidad al derecho o la ruptura de las condiciones para una comunicación personal en el seno social[581].

En este contexto ideológico, la crítica contra Luhmann ha de redundar sobre la construcción jakobsiana[582]. Luhmann introduce la idea del sistema social como el principal objeto de la preocupación sociológica, pero presupone su valoración positiva, necesariedad

rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales» (cursiva agregada). *Vid.* también 37 y ss., 69 y ss. Pese a estas diferencias, Jakobs se sustenta fundamentalmente en Luhmann. *Vid.* Vives Antón: *Fundamentos...*, *op. cit.*, 450, para quien «la aplicación que Jakobs hace de las ideas de Luhmann a la dogmática penal es *correcta*, pero no *deductiva*. Pues, a partir de la idea de Luhmann, hubiera podido sistematizarlo así, pero también de otro modo completamente distinto».

[574] Parsons: *La estructura...*, *op. cit.*, *passim*; Parsons: *El sistema social*, *passim*.

[575] Durkheim: *De la division du travail social*, *passim*.

[576] Merton: *Teoría y estructura sociales*, *passim*.

[577] Para Lesch: «En un mundo desmitificado el derecho penal solo puede ser ejercido razonablemente entendido como un derecho penal funcional. Función es [...] la garantía de las condiciones fundamentales de la vida común del ser humano; esto es, la estabilización del orden que regula la convivencia del hombre» (Lesch: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 15-16).

[578] *Ibid.*, 17-18. Lesch entiende que «la diferencia entre la dogmática penal "naturalista" y la "normativista" se puede [...] reconducir a una diversa concepción de la convivencia humana, es decir a que se entiende por sociedad. Esta doble concepción reza: maximización de intereses (satisfacción racional y óptima de las necesidades de cada uno) versus mantenimiento de las condiciones de comunicación; seguridad de bienes versus seguridad de expectativas; o, como es más corriente: protección de bienes jurídicos versus estabilización de la norma».

[579] Denominación impropia en sentir de Lesch: *Intervención...*, *op. cit.*, 39-40, pues no se persigue la evitación de futuros delitos, se trata de «una teoría retributiva funcional que oscila entre una fundamentación absoluta y una relativa, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no solo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista» (*ibid.*, 40).

[580] Jakobs: *La imputación objetiva en derecho penal*, 97.

[581] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 59 y ss., 78 y ss.

[582] Vives Antón: *Fundamentos...*, *op. cit.*, 450, indica que el tratado de Jakobs desarrolla «la idea de sistema de Luhmann y la idea de injusto personal de Welzel».

para el desarrollo individual y unánime aceptación por la colectividad. Por esa vía el sistema cobra vida propia, al punto de exigir a cada individuo el cumplimiento de roles previamente asignados con el fin de mantenerlo, protegerlo o actualizarlo cuando ello sea conveniente para su sostenimiento en el tiempo y en el espacio.

Luhmann sostiene un modelo mucho más organicista[583] que la noción hermética del sistema defendida por Parsons. Apuesta por un sistema abierto relacionado con la dinámica del «medio ambiente», que le es ajeno y no controla, pero frente al cual reacciona para mantener su propio equilibrio interno[584]. Esto condujo a plantear la cuestión de los límites del sistema, pero se adoptó una solución excesivamente pragmática que plantea graves problemas de insuficiencia epistemológica[585]. El único criterio de verdad —y de justificación— del sistema es su eficacia selectiva para mantener su equilibrio interno [...] la única verdad es el «equilibrio del sistema». Esto implica una legitimación *a priori* del sistema y de su equilibrio, que no admite ninguna réplica. En cuanto a los valores, Luhmann los reduce prácticamente al equilibrio del sistema, en tanto que todo el resto se relativiza y queda degradado a meros valores instrumentales, de los que puede echarse mano o desecharlos, según resulte funcional para ese equilibrio —es decir, para el sistema—[586].

Jakobs básicamente aplica el planteamiento de Luhmann. Entiende que la legitimación material del sistema penal «reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado»[587]. En otras palabras, hasta el instrumento más gravoso de control está subordinado a la conservación del sistema social y corresponde al Estado, como parte del sistema, llevar adelante esa misión. En ese contexto, el legislador penal debe definir el catálogo de conductas punibles (deber ser), según lo necesario para la conservación del sistema (ser), de modo que las valoraciones del DP (deber ser) están determinadas por las necesidades de funcionamiento del sistema (ser).

[583] Vives Antón: *Fundamentos...*, *op. cit.*, 452.
[584] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 753.
[585] Vives Antón: *Fundamentos...*, *op. cit.*, 451.
[586] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 753-755.
[587] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 44.

Zaffaroni señala críticamente que la norma penal:

> [...] puede tener un fin *(proteger bienes jurídicos)*, pero cumple una «función» que no coincide con el fin y, por ende, lo tutelable es esa función o sea, que el delito es la lesión a esa función, con lo cual reaparece la idea de la «dañosidad social» del viejo organicismo [...] cuando se realiza una acción descrita en un tipo penal [...] poco importa que se haya afectado o no al objeto que la norma quiere tutelar, porque pasa a primer término la desobediencia que desacredita la autoridad del Estado.[588]

Ciertamente, si Jakobs concibe la vigencia de la norma como lo protegible por el DP, entonces el desvalor que fundamenta el injusto no opera frente a la lesión o puesta en peligro del bien que se valora positivamente (desvalor del resultado), sino contra la mera desobediencia del deber jurídico por parte de la persona, ante su desprecio frente al valor funcional de la norma penal que es el medio de conservación del sistema (desvalor de acción)[589].

Como antes se advirtiera, las necesidades del sistema (ser) determinan el contenido valorativo de la norma penal (deber ser). Esta vinculación (necesidad funcional, entonces norma penal) entre ser y deber ser, entre el plano ontológico y el terreno axiológico, puede despertar importantes dudas como la expuesta por Zaffaroni para quien:

> [...] lo desconcertante es que, mediante la apelación al pragmatismo, Luhmann cambia el «ser» en «deber ser», lo cual da por resultado que la realidad social de los países centrales, cuyas contradicciones están conduciendo a una progresiva represivización del control social, resulte legitimada solo porque esas contradicciones existen y porque esa represivización se produce. Si trasladásemos el planteamiento a una estructura jurídica o de control social represivo en un país colonial, dado que el «sistema» (el colonialismo) lo requiere para mantenerse, el control social represivo colonialista quedaría perfectamente legitimado en tanto ese control resulte funcional para su sostenimiento.[590]

[588] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 760 (cursiva agregada).

[589] Por el contrario, sobre la necesidad teórica y pragmática de fundamentar el injusto en el disvalor de la acción y la desvaloración del resultado lesivo o peligroso (peligro concreto) para el bien jurídico-penal, *vid.* Stratenwerth: *Acción y resultado en derecho penal*, 57-59, 97-98. «La exigencia de lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico concreto para la antijuricidad material se opone a los denominados "delitos formales" o de pura desobediencia [...] configurados sin ataque a ningún bien jurídico, sino como mera infracción de un deber de obediencia al Estado». *Vid.* Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 324.

[590] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 756.

Estas dudas, en clave lógico-jurídica, pueden motivar críticas en el plano de la metateoría y de la metalógica de las normas[591], en el sentido de que es imposible, partiendo de una o más propiedades del ser, inferir una o varias exigencias de deber ser[592]. «Solo se llega a una conclusión de deber ser cuando se presupone por lo menos una —la mayoría de las veces más de una— premisa de deber ser (premisas normativas)»[593], denominada «axioma nomológico de regresión» y definido por Klug, señalando: «Todo aquello que es condición necesaria para el ser de lo que debe ser, debe también ser»[594]. En este sentido, cuando en el derecho se deduce tácitamente de las propiedades del ser una proposición normativa, se incurre en un razonamiento entimemático o «entimema», consistente en «una conexión de inferencia abreviada en la que se han eliminado una o varias premisas intermedias». De esta forma, se produce el «milagro» de convertir lo que es en lo que debe ser[595].

El razonamiento entimemático limita la libertad del legislador en la elaboración de la norma, lo que equivale a afirmar que «la naturaleza de la cosa vincula al legislador»[596]. Por esta vía tienen cabida las «falacias naturalistas», consistentes en hacer desprender de las proposiciones de hecho (necesidades, bienes o intereses), proposiciones valorativas (consecuencias jurídicas o morales)[597].

No sería fácil sostener que el razonamiento de Jakobs es entimemático, dada su aparente coherencia interna que en todo caso amerita un estudio detallado ajeno a los objetivos de esta contribución. Sin embargo, el análisis lógico-jurídico refleja cómo el flujo de la construcción funcionalista es del ser hacia el deber ser. De las proposiciones del ser «A» (son disvaliosas las conductas que atentan

[591] *Vid.* Klug: *La teoría del derecho natural en tanto problema de la metateoría y de la metalógica de las normas*, 7 y ss.

[592] *Ibid.*, 10, nota 3. Klug expresa su adhesión a Hans Kelsen y la de este al lógico Arthur N. Prior. En la doctrina española, *vid.* Serrano-Piedecasas: «Crítica...», *op. cit.*, 988, nota 31. Este autor cita a los mencionados autores y recalca la conformidad de Bobbio y Strathenwerth.

[593] Klug: *La teoría...*, *op. cit.*, 11.

[594] *Idem.*

[595] Serrano-Piedecasas: «Crítica...», *op. cit.*, 989.

[596] *Idem.*

[597] La falacia naturalista es «el intento de derivar conclusiones expresadas en un lenguaje evaluativo (el lenguaje de los juicios de valor o de las normas) a partir de premisas expresadas en un lenguaje descriptivo (el lenguaje de los juicios de hecho)». *Vid.* Muguerza: «En torno a la lógica de la falacia naturalista», 141 y ss.; García Añón: «Los derechos humanos como derechos morales. Aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez», 62, citando a Hume en *A treatise on human nature* (1739), quien planteó esta problemática lógica.

contra el mantenimiento del sistema social) y «B» (la función de la norma penal es sancionar las conductas disvaliosas)[598], se deduce la proposición normativa «C» (la función de la norma penal debe ser sancionar las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social). Esta conclusión carecerá del carácter entimemático si se justifica el axioma normológico de regresión que, en el pensamiento de Jakobs, parafraseando a Klug y adaptando su definición al discurso penal, equivaldría a admitir la proposición de deber ser «D» (se deben sancionar penalmente las conductas disvaliosas), sobre la cual reina acuerdo en la doctrina, pues el injusto penal se construye sobre la base de un disvalor, cuando menos, del comportamiento.

Esta sugestiva coherencia, no obstante la crítica de Zaffaroni, porque se sostendría una inmediata vinculación entre el ser y el deber ser, lo cual puede difuminarse partiendo de reconocer que el modelo sociológico opera exclusivamente en el plano del ente, como consecuencia directa de su objeto (la realidad social, el hecho social)[599] y método (funcionalista en este caso) [600]. Jakobs sitúa al derecho penal en la realidad del sistema social y, en dicho contexto, le impone la misión de conservarlo según las necesidades funcionales del sistema. Esto se evidencia cuando concluye que la indemnidad del bien jurídico-penal se identifica (es =) con la vigencia de la norma[601], lo que se deduce de la negación de las dos premisas siguientes: la infracción de la norma penal equivale (es =) a la dañosidad social[602] y la lesión del bien jurídico equivale (es =) a la dañosidad social[603].

Este razonamiento evidencia que Jakobs cierra el sistema en el plano del ente, dando por cierto (ser) realidades que pertenecen al deber ser para concluir en un razonamiento cerrado o circular. Da

[598] La sociología tiene como objeto la «realidad social» o «el hecho social», opera únicamente con patrones reales y no axiológicos. *Vid.* Bottomore: *Introducción a la sociología*, 11. Por ello, en el modelo sociológico de Jakobs las proposiciones A y B pertenecen al ser, pero de ellas solo puede deducirse otra proposición del ente X (la función de la norma penal es sancionar las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social).

[599] Bottomore: *Introducción...*, *op. cit.*, 9 y ss.

[600] *Ibid.*, 45 y ss. Sobre el funcionalismo, *vid.* 54-56.

[601] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 45, marginal 2, y 58 marginal 25a.

[602] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 56, *Vid.* nota 40. Si se niega esta premisa se obtiene que la vigencia de la norma equivale a la negación de la dañosidad social, como sostiene el propio Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 17-18.

[603] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 57-58, marginales 24-25. Al negarse esta premisa se obtiene que: la indemnidad del bien jurídico equivale a la negación de la dañosidad social.

por verdadero que la norma penal expresa la dañosidad social (ser) por el solo hecho de ser norma (deber ser), y que el bien jurídico es la validez de la norma (ser) porque es norma (deber ser). Incurre en un raciocinio circular o tautológico en donde el deber ser se convierte «milagrosamente» en ser porque así debe de ser. Al llevar esto al terreno lógico-jurídico, es posible construir contra este pensamiento la crítica de la «falacia normativista», expresión con la que alude Ferrajoli al recurso argumental, muy normal en el mundo del derecho, que supone una variante de la «falacia naturalista», si bien en sentido inverso por cuanto el salto se produce del «deber ser» al «es». A tal modo de operar-ideológico, por representar una clara transgresión a la «ley de Hume», se refiere Ferrajoli como aquel en que se «asumen las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas»[604].

C. Crítica extrasistémica

Según lo antes sostenido, la postura de Jakobs se limita a operar en el plano del ente (el sistema social) y excluye toda valoración político-criminal que observa al derecho penal en sus consecuencias. Sin embargo, el derecho penal ha construido todo un sistema para determinar en qué casos existe responsabilidad delictiva; pero, contrariamente a lo defendido por Jakobs[605], este sistema no es neutral, ya que obedece a un conjunto de principios acordes con una determinada visión del mundo, del sistema social y del papel del hombre en ellos, con el fin de racionalizar el uso del poder penal dentro del marco que impone el modelo de Estado social y democrático de derecho. Por ello, en palabras de Arroyo Zapatero, «la debilidad del funcionalismo radica en que su pretensión de neutralidad valorativa tiende a servir en todo sistema social y ello repugna a quienes no quieren prescindir de valores»[606], valores que bien pueden hallarse

[604] Ferrajoli: «Il diritto penale mínimo» en *Dei delitti e delle pene*, 496; Ferrajoli: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 317.

[605] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 30 y 36: «[E]l punto partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral», «[L]a perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado».

[606] Arroyo Zapatero: «Fundamento...», *op. cit.*, 100. Este autor va más allá, señala que «el funcionalismo puede resultar la metodología más fructífera si se la reconvierte introduciendo en el mismo la limitación de su neutralidad frente al sistema, afirmando la legitimidad del recurso a valores y la fijación del orden constitucional como fuente de los mismos, es decir delimitando de tal modo el "sistema legítimo" en el que pueden operar los factores y el análisis funcional [...] el sentido del sistema penal no puede derivarse tan solo de la función que realmente cumple, sino también de la función que debe cumplir conforme a las indicadas decisiones políticas fundamentales».

en la nueva visión del hombre y de la sociedad que introduce la Constitución[607].

Frente a la crítica contra la neutralidad del paradigma funcional[608] se ha levantado el propio Jakobs ratificando sin temor que, entendida la sociedad como «un sistema de comunicación normativa», entonces «lo subjetivo solo tiene relevancia secundaria»[609]. Entiende que la neutralidad no necesariamente conlleva entender que el sujeto, como centro de imputación de derechos y obligaciones, carece de valor frente a las necesidades de funcionamiento del sistema social, pues «este estará presente exactamente en aquella medida en la que sea trasmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad»[610], de modo que dependiendo de cómo esté organizada y cómo funcione la sociedad, el sujeto puede carecer de todo valor o, contrariamente, constituir el objeto central de la preocupación del sistema.

En consecuencia, lo que más parece importar en Jakobs es el *continente*: un sistema social en funcionamiento, que para el autor equivale a una sociedad en donde opere la comunicación personal (normativa), en donde a cada sujeto se le asigna un rol determinado, de manera que estos tienen expectativas comunes (un proyecto de mundo) que define y garantiza la vigencia de la norma penal[611]. Como corolario, si el modelo de sistema funcional es neutral, entonces es capaz de servir a cualquier tipo de organización, el *contenido* se relativiza y depende de cada sociedad.

Contra esta asepsia valorativa, el autor señala que una sociedad en funcionamiento, es decir, en comunicación personal, constituye un factor importante para la existencia de sujetos libres[612], de modo

[607] Arroyo Zapatero: «Fundamento...», *op. cit.*, 100-101.
[608] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 29.
[609] *Ibid.*, 10-11.
[610] *Ibid.*, 29.
[611] *Ibid.*, 30-37, 78-83.
[612] *Ibid.*, 31-34: «La subjetividad se genera en un proceso mediado por lo social»; «Sin una sociedad en funcionamiento faltan las condiciones empíricas de la subjetividad [...] no hay nada más que un cúmulo casual de individuos humanos que al carecer de algo común de carácter vinculante no conocen mundo objetivo y por ello no pueden traspasar el marco de sus respectivas percepciones individuales»; «Sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres»; «Solo ante el trasfondo del sentido comunicativo aparece el sentido subjetivo. No se trata de que la sociedad, entendida como algo hecho y terminado se anteponga al sujeto, pero también queda excluido lo contrario. Dicho de otro modo, la subjetividad no solo es un presupuesto, sino también una consecuencia de la socialidad. Sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad y viceversa». Sobre esto insiste Lesch: *Intervención...*, *op. cit.*, 17.

que «la objeción de que el derecho penal funcional es por definición hostil al sujeto, no es compatible ni con la relación teórica ni con la relación práctica que existe entre sociedad [...] y subjetividad»[613]. Asimismo, el profesor alemán enfrenta la objeción de que su sistema pretende estabilizar normas, sin determinar si son normas que favorecen la libertad o normas que aterrorizan[614]. Señala que «la mera circunstancia de que se trata de la protección de una norma no implica que se trate de una norma *jurídica* en sentido enfático, ni siquiera implica que se pretenda mantener una determinada forma de *sociedad*»[615], pues «no se trata del DP de una sociedad deseable, sino del derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico»[616].

Una defensa semejante es realizada por Suárez González y Cancio Meliá cuando, en contra de Baratta[617], niegan que el modelo de Jakobs persiga:

> [...] algún oscuro fin político [...]. Pues su concepción precisamente pretende *describir* en un sistema normativo el funcionamiento de un determinado sistema de imputación; esto es, se trata de una concepción que quiere separar política criminal y dogmática penal, sin que ello pueda ser tomado como prueba de unas determinadas intenciones políticas.[618]

Tal perspectiva se justifica a juicio de los autores porque la dogmática de Jakobs no es incompatible con «reflexiones de índole político-criminal o relativas a la legitimidad del sistema o de partes de él»[619], lo que se evidencia por ejemplo con la dura crítica que efectúa contra determinados supuestos legales que anticipan la barrera punitiva[620] o cuando se ha ocupado de la criminalidad de Estado[621]. En cuanto a la pena, Suárez González y Cancio Meliá niegan que Jakobs la fundamente «en la represión de actitudes de infidelidad al derecho», dado que, por ejemplo, sus criterios de imputación

[613] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 35-36.
[614] *Ibid.*, 29, 37-41.
[615] *Ibid.*, 38 (cursiva original).
[616] *Ibid.*, 40.
[617] Baratta: «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica» en *Cuadernos de Política Criminal*, 544-551.
[618] Suárez González y Cancio Meliá: «Estudio...», *op. cit.*, 79-80.
[619] *Ibid.*, 81.
[620] Jakobs: «La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», 181 y ss.
[621] Jakobs: «Crímenes del Estado, ilegalidad en el Estado: ¿penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana? » en *Doxa*, 445 y ss.

objetiva son marcadamente objetivistas, como sucede en el ámbito de los conocimientos especiales[622]. En suma, como señala García Cavero, no puede afirmarse que una visión funcionalista del derecho también explicaría una «sociedad de demonios» si esta funcionara, pues la descripción del sistema social debe conllevar los fundamentos valorativos que configuran la sociedad[623].

A pesar de esta importante defensa de Jakobs y sus seguidores, considero que no se logra aportar argumentos absolutos. La preocupación por articular un modelo penal sistemático y coherente conduce a distanciar la dogmática de la política criminal[624], cuando no son pocos los casos en que esta última aconseja declinar ante las soluciones dogmáticas y favorecer las materialmente justas, aunque asistemáticas. La pretensión de sistematizar la dogmática del derecho penal no puede ignorar que la realidad social exige más que *l'art pour l'art*, determinadas tomas de postura frente a los problemas político-criminales que se plantean.

La justificación funcionalista de la neutralidad del sistema es insuficiente porque al marginar o limitar, cuando menos, del ámbito penal el valor de lo subjetivo (de la persona humana) y derivarlo al terreno social, se mantiene el riesgo de que el orden punitivo sirva a un modelo social en donde dicho valor importe muy poco. En ningún momento hemos afirmado que Jakobs defienda un modelo social caracterizado por el terror, pero es evidente que, al centrar su preocupación en el continente (la funcionalidad del sistema) y no en los contenidos (los valores a reproducir), es posible que se reproduzcan soluciones reñidas con la libertad o la idea de dignidad humana, más aún si los aportes criminológicos señalan la tendencia de determinados sistemas sociales hacia la represión penal y se presagia la subsistencia del sistema penal por al menos cien años más[625]. De allí la importancia de cultivar un DP orientado a sus consecuencias político-criminales, que reivindique la necesaria relación entre la dogmática y el mundo axiológico.

De otro lado, Jakobs parece pasar por alto que su modelo de sociedad ideal, fundamentada en la «comunicación personal», solo

[622] Suárez González y Cancio Meliá: «Estudio...», *op. cit.*, 79, nota 165.

[623] García Cavero: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 34, nota 44.

[624] Aunque solo se trate, como señala Cancio Meliá: «Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito», 114, de no colocar en el contexto del análisis dogmático las críticas en el macroplano que va más allá de la propia sociedad.

[625] Roxin: «El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo», 440 y ss.

puede alcanzarse reforzando un mínimo de valores. Para dicha comunicación no es indiferente su vinculación con el mundo axiológico. Que la «comunicación» solo es posible dentro de un marco axiológico ha quedado de manifiesto en la filosofía gracias a la obra de Jürgen Habermas[626]. En el plano jurídico, un amplio sector doctrinal halla la razón de ser de los derechos humanos en el seno de la democracia, entendida como la «sociedad comunicativa ideal», es decir, los derechos humanos como «necesidades humanas comunicativas ideales»[627].

Pese a insistir en la neutralidad de su modelo, Jakobs parece ser consciente de la necesidad de contar con una base axiológica. Entiende la comunicación personal como un «mundo con expectativas normativas», donde:

> [...] la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro pueda invocar esa regla [...] el individuo emprende algo que solo tiene sentido sino se encuentra solo en el mundo. Así *acepta a los otros como seres iguales a sí mismo* y *se ve a sí mismo (de otra manera esto sería imposible) como la voluntad que es libre* [...] se concibe como un centro que ya no se limita a la administración de sus propias preferencias.[628]

Según lo anterior, los presupuestos axiológicos para una comunicación personal son al menos dos: la igualdad y la libertad. Sin el sentido de igualdad, el individuo carece de motivos para respetar la norma que refleja las expectativas de los otros individuos; de manera que antepondrá sus preferencias egoístas que, ante tal situación, se le presentan como superiores en relación con las expectativas de cualquier otro que aparece como inferior o desigual. Asimismo, la ausencia de libertad impide el comportamiento moral que permite el cumplimiento de la norma, el respeto de las expectativas de otros iguales. Como puede sospecharse, un modelo funcional que se autoproclama neutral o servil a cualquier tipo de sociedad es incapaz de asegurar la igualdad y la libertad necesarias para la comunicación personal. El modelo funcional esbozado por Jakobs es un programa

[626] Habermas: *Teoría de la acción comunicativa 2, passim*; Habermas: *Conciencia moral y acción comunicativa, passim*; Habermas: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos, passim. Vid.* la monográfica revisión y crítica de la teoría habermasiana de Boladeras: *Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos, passim.*

[627] *Vid.* Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 64-65.

[628] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 79-80.

que no puede dispensarse a sí mismo los medios para alcanzar sus fines. La simple funcionalidad, cuando no se persigue directamente la igualdad y la libertad, no puede garantizar una sociedad en donde la comunicación personal sea una aspiración viable.

En sociedades como las de Latinoamérica, la desigualdad material, cultural y étnica es tangible tanto como el déficit de libertad política, de expresión o de movimiento. La desordenada expansión de la legislación penal peruana, alejada en muchos casos de los límites constitucionales del poder punitivo, no puede convalidarse a través de una concepción funcional del derecho penal que, más allá de cualquier esfuerzo por vincularla a determinados parámetros axiológicos, se viene aun estimando neutral o quizás compatible con cualquier sistema político-social[629]. Que esta orientación funcional no sea promotora de un derecho penal autoritario o «del enemigo», quizás no es suficiente garantía para adoptarla en la interpretación de nuestro derecho penal vigente, tarea necesitada de un indudable ingrediente valorativo[630] que demanda por el contrario una no neutralidad político-criminal frente a regulaciones *de lege lata* desvinculadas de la Constitución y en un contexto social donde no se han superado las graves violaciones a los derechos humanos.

En esa perspectiva, reflexiones político-criminales como el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, la función preventiva de la pena, el contenido valorativo-imperativo de la norma penal, la fundamentación material del bien jurídico-penal, entre otros, siempre desde el enfoque normativo de la Constitución y los derechos humanos, son de enorme trascendencia en el Perú, porque proporcionan los instrumentos dogmáticos necesarios para confrontar nuestro propio expansionismo penal. Como he sostenido anteriormente[631], la necesaria orientación axiológica puede dispensarla el método funcionalista moderado, desarrollado principalmente por el Prof. Claus Roxin, quien dirige el sistema del derecho penal hacia las valoraciones de la política criminal, lo que permite adoptar una postura crítica frente a la consideración de la pena como medio de estabilización o integración de las expectativas sociales, y especialmente, ante la atribución al derecho penal de una misión protectora de la vigencia de la norma y no de bienes jurídicos merecedores y necesitados de tutela penal.

---

[629] Muñoz Conde: *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, 72.
[630] Hurtado Pozo: «La interpretación de la ley en el derecho penal» en *Derecho*, 164.
[631] Serrano-Piedecasas: *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, 12-13.

Un modelo «neutral» no puede pretender, sino utópicamente, alcanzar la comunicación personal si es que no toma partido en contra de las carencias de igualdad y libertad. Pero aun pensando en sociedades donde ambos valores tienen mayores grados de arraigo[632], la conclusión permanece porque la neutral funcionalidad es incapaz de mantener o consolidar dichos valores. Esto implica algo más que una crítica extrasistemática, se cuestiona la viabilidad del proyecto de Jakobs mediante la negación material de su coherencia interna: la neutralidad impide la comunicación personal.

Esta consideración pone en tela de juicio los dos principales fundamentos de Jakobs: que el modelo de sujeto libre solo es realizable en una sociedad en funcionamiento y que la pretensión de estabilización de la norma no equivale al deseo de mantener un determinado sistema social. Si la neutralidad del funcionalismo impide aspirar a un determinado modelo de sociedad, aunque esta funcione adecuadamente, no puede garantizar por sí misma la libertad del sujeto. La mera estabilización de las normas podría servir por igual, ser funcional, a una sociedad de sujetos libres o sometidos.

En cuanto a la defensa realizada por Suárez González y Cancio Meliá, si bien las críticas de Baratta pueden contener matices maniqueístas, los argumentos aportados por sus detractores son también relativos. Es cierto que la separación entre política criminal y dogmática no es prueba de oscuros fines políticos, pero sí de la *posibilidad* de manipulación o perversión de la dogmática a favor de indeseados programas político-criminales. De otro lado, cuando Suárez González y Cancio Meliá, para demostrar deductivamente que Jakobs no es ajeno a la evaluación de la legitimidad del sistema, ponen de relieve algunas contribuciones contrarias a determinados casos de anticipación de la barrera punitiva. Debe tenerse en cuenta que toda decisión dogmática es pasible de una valoración político-criminal, pero cuestión distinta es si esa valoración vincula sistemáticamente el raciocinio dogmático. Como ello es ajeno a dicha perspectiva funcional, los ejemplos citados por los autores españoles solo demuestran que en determinados ámbitos es imposible renunciar al plano axiológico.

En síntesis, el modelo neutral de Luhmann y Jakobs presupone en primer término el consenso[633], la idea de que la sociedad acepta

[632] Seguramente las asentadas en la noción de Estado social y democrático de derecho que prepondera los valores de libertad e igualdad.

[633] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 763.

unánimemente el modelo social imperante, de forma que le son ajenos el pluralismo democrático y los conflictos que el concurso de las diferentes ideas puede generar. De este modo, quien con su conducta disienta de los patrones sociales es disfuncional al sistema y en consecuencia debe ser reprimido. Zaffaroni critica los fundamentos del modelo funcionalista precisando lo siguiente:

> [...] toda la teoría se sustenta sobre la necesidad del control que se legitima por sí mismo y opera mediante un creciente reforzamiento de roles. Aquí surge una clarísima manifestación de organicismo extremo: las conciencias, o sea, las elecciones individuales, deben subordinarse a los roles que las hacen funcionales al sistema y lo equilibran. La riqueza de la conciencia quedaría reducida a la incorporación simplificada al sistema en forma de roles más o menos generalizados y siempre normados funcionalmente. Luhmann niega para ello las relaciones de causalidad tanto como las de finalidad: los sistemas se explican solo por la funcionalidad. Los hombres actuarían funcionalmente en la medida en que se adapten a roles cuya función es equilibrar el sistema que, a su vez, norma esos roles para obtener el sostenimiento de su equilibrio, y así seguiríamos dentro de este círculo.[634]

De otro lado, aunque se entienda que el sistema social, en cuanto tal, y los mecanismos de interacción y distribución de expectativas sociales pueden ofrecer a los ciudadanos una garantía de estabilidad en sus relaciones entre sí o frente al Estado, este macrofuncionalismo presupone, asimismo, la bondad del sistema como de los mecanismos a través de los cuales se autolegitima y conserva. Esta «bondad» no se define moralmente sino como una valoración político-social, pues si se entiende que el sistema debe conservarse para su normal funcionamiento, entonces la evolución social habría alcanzado un desarrollo histórico inmejorable, que haría innecesario avanzar hacia nuevas formas de organización que impliquen la mutación del modelo imperante o su caducidad en aras de un esquema sentido como más satisfactorio[635]. Así, aceptar el pensamiento funcionalista podría conducir a defender la no necesidad de evolución histórico-social, lo que es imposible dado el carácter dinámico inherente a todo sistema.

---

[634] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 754-755.

[635] Carbonell Mateu señala que «las teorías sistémicas aplicadas al derecho penal, o bien tan solo suponen una trasmutación terminológica [...] o son explicaciones profundamente reaccionarias, en la medida en que no permiten el cuestionamiento de los valores ni, por supuesto, del sistema mismo» (Carbonell Mateu: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 33).

Finalmente, del supuesto consenso y bondad del sistema, puede deducirse que su defensa se convierte en el valor más importante. El problema que esta forma de entendimiento suscita es que no logra ofrecer las necesarias garantías individuales frente a la majestuosidad del orden social, pues nada impediría someter al individuo a la consecución de los fines de sostenimiento sistémico. Este temor se concreta en la construcción del bien jurídico que, para Jakobs, implica renunciar a todo referente material o límite al legislador en la definición del delito. En efecto, si se entiende el bien jurídico como la vigencia de la norma y el delito como la defraudación de las expectativas sociales recogidas en ella, solo se erige un límite formal, pues todo lo que sea norma podría legitimar la función punitiva por orientarse al mantenimiento del sistema imperante. Por tanto, el referente de lo «funcional para el sistema» es tan vacío de contenido que el bien jurídico y la norma penal pueden convertirse en un cheque en blanco pasible de ser instrumentalizado por ideologías o políticas de cualquier signo. El delito podría llegar a identificarse con la mera desobediencia al poder del Estado.

2.3. Tesis constitucionalistas

A. Perspectiva general

Enfrentando las críticas contra las teorías sociológicas, la doctrina penal se inclinó por la búsqueda de una fuente más segura de donde extraer o derivar los bienes jurídico-penales. Para ello recurrió a la norma más importante del ordenamiento jurídico: la Constitución. A partir de los trabajos de la doctrina alemana[636] e italiana[637], un sector doctrinal español[638] pretende hallar en la Constitución el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles. En general, las teorías constitucionales se basan en la existencia de dos órdenes de valores en el sistema jurídico: los valores consagrados en la Constitución y los que consagra la ley penal. Para estas posturas, la coincidencia de los segundos con los primeros es obligatoria, aunque se aprecian

[636] Rudolphi: «Los diferentes...», *op. cit.*, 337 y ss.; Sax: *Grundsätze der Strafrechtsplege, passim*; Zipf: *Introducción a la política criminal*, 94.

[637] Bricola: *Teoria generale del reato*, 15 y ss.; Angioni: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 163 y ss.; Pulitanó: «La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione» en *La Questione Criminale*, 111 y ss.; Gemma: «Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire» en *Diritto e Societá*, 459 y ss.

[638] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 20 y ss.; González Rus: *Bien...*, *op. cit.*, 23 y ss. Escrivá Gregori: «Algunas consideraciones sobre derecho penal y constitución» en *Papers. Revista de Sociología*, 141 y ss.; Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 33-36, 207-208; Morillas Cuevas: *Curso de derecho penal español. Parte general*, 38-39.

diferencias respecto al tipo de coincidencia entre tales órdenes axiológicos[639].

Se entiende que, si la pena constituye una sanción que puede afectar directamente derechos constitucionalmente reconocidos, entonces el DP, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, solo debe proteger aquellos valores constitucionalmente reconocidos, de modo explícito o implícito[640]. Aunque la pena no siempre incide sobre la libertad personal, pues en ocasiones afecta derechos o intereses patrimoniales, no puede negarse que la amenaza de una pena siempre constituye una restricción de la libertad individual. Ello justifica la exigencia de una consagración constitucional implícita o explícita de los bienes penalmente protegibles[641].

El TC español y la doctrina están de acuerdo en subrayar el valor directamente normativo del texto constitucional, expresado en el art. 9.1 de la Constitución española[642] y de similar forma en los arts. 38, 45 y 51 de la Constitución peruana, que vincula la actuación de los poderes públicos y la dinámica de la sociedad, de forma que la noción de bien jurídico no pude contradecir el tenor constitucional[643]. El fundamento de esta vinculación no se agota en el matiz formal (el máximo rango del sistema jurídico), ya que desde una perspectiva material la carta magna expresa el consenso de voluntades de los miembros de una comunidad, pues es la expresión jerarquizada de aquellos intereses que se estiman esenciales para el funcionamiento del sistema social[644]. Por ello, los defensores del constitucionalismo satisfacen la necesidad de concebir «un concepto que sea, a la vez, trascendente respecto al sistema del Código, pero inmanente al sistema jurídico —positivo en su conjunto— y que encuentra en este sistema complejo, fuera del Código, unos contenidos materiales bien definidos»[645].

[639] Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 35.

[640] Bricola: *Teoria...*, *op. cit.*, 15. La STC 105/1988, del 8 de junio, manifestó como necesario «que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho».

[641] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 274.

[642] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 8. Art. 9.1 del CE: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución [...]».

[643] Pérez Álvarez: *Protección penal del consumidor*, 35; Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 36; Gutiérrez Francés: *Fraude...*, 206; Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 20, citando a Vasalli, quien entiende la relación penal-constitucional más allá de la mera no contradicción y apuesta por un principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución.

[644] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 6-7; García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 42 y ss.

[645] Pulitanó, citado por Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 19, nota 57, para quien la CE impone al legislador límites externos —por la forma de Estado social y democrático de derecho— e internos —como y quien legisla—.

Esta vinculación a la Constitución refuerza la eficacia limitadora y garantista del bien jurídico-penal, pero el criterio es insuficiente para cumplir la función crítica[646]. El concepto, aunque material, carga con el inconveniente de que las realidades constitucionales suelen ser descritas de modo amplio[647], flexible y ambiguo a veces, lo que no garantiza la necesaria seguridad y certeza deseada en la teoría del bien jurídico. Esa apertura del texto fundamental constituye la nota distintiva del constitucionalismo contemporáneo[648], pues atendiendo al sentido democrático que inspira a la mayoría de regulaciones constitucionales, es importante que las normas sean redactadas de la manera más amplia posible con el objeto de permitir la realización de las variadas concepciones políticas sin necesidad de reforma previa, lo que dota a la carta magna de un sentido vasto y duradero en el tiempo que garantiza la estabilidad del sistema.

La insuficiencia del criterio constitucional se evidencia, por ejemplo, en la protección dispensada a la seguridad del tráfico[649], interés que no está consagrado explícitamente en la Constitución peruana ni en la Constitución española, por lo que el único modo de legitimar la intervención penal en ese sector es quizás recurriendo a las valoraciones implícitas que soportan la vida o la integridad psicofísica. Pero tal razonamiento puede conducirnos a extremos de incertidumbre en los que prácticamente todo puede justificarse porque de una u otra manera afectaría a la calidad de vida. Aunque así concebido, *de lege lata*, sin embargo, el art. 274 del CP de 1991, semejante al art. 379 del CP español, no protege la vida ni siquiera de modo abstracto, ya que parece sancionar la creación de un «peligro del peligro» o la mera ilicitud administrativa, lo que es inconcebible si se entiende que el injusto penal necesariamente debe reflejar un desvalor del resultado, de

[646] Hurtado Pozo: «Derechos humanos, bien jurídico y Constitución», 79, advierte que la Constitución no puede ser «la única cantera de donde deben ser extraídos los bienes jurídicos que merecen protección penal, ni que esa protección deba ser brindada a todos los bienes considerados en la Constitución o contra todo ataque del que puedan ser objeto».

[647] *Ibid.*, 78. Hurtado atribuye al auge de los derechos humanos el que las constituciones modernas «incorporen listas bastantes detalladas de tales derechos».

[648] Rodríguez-Zapata: *Teoría y práctica del derecho constitucional*, 279 y ss.; Fernández Segado: «Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional» en *Derecho*, 193. *Vid.* la CE (arts. 10 y ss.) y la Constitución peruana (arts. 2 y ss.). *Vid.* los paradigmáticos textos constitucionales recogidos por Cascajo Castro y García Álvarez: *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 193.

[649] *Vid.* el art. 274 del CP de 1991 y los arts. 379 y ss. del CP español.

lesión o de peligro para los bienes jurídicos y no para valores espirituales[650].

Esta teoría renuncia asimismo a concretar el concepto de bien jurídico-penal, pues con la simple referencia a la Constitución da por zanjado el problema. De esta forma, huye de la fundamentación dogmática y favorece una construcción positivista o, quizás aún, funcionalista (funcionalidad del sistema social = funcionalidad del sistema jurídico-constitucional). Antes que una teoría sobre el concepto del bien jurídico-penal, es una construcción sobre la fuente de estos. En todo caso, la identidad entre bien jurídico-penal y valor constitucional es inadecuada, aun entendiendo que las realidades no consagradas en la carta magna deben quedar fuera de la protección penal, los principios de fragmentariedad y subsidiariedad[651] impiden que todas aquellas previstas en la Constitución sean penalmente protegibles. Los derechos fundamentales[652] no son más que un importante elemento del merecimiento de pena[653] y en último término la norma constitucional, salvo contadas excepciones[654], no prejuzga cuál debe ser el medio de tutela para las realidades que valora positivamente.

Dentro de estas teorías que consagran el bien jurídico en clave constitucional, se aprecian dos tendencias que se distinguen por el grado de vinculación exigido entre el bien jurídico-penal y los valores constitucionales: las teorías constitucionalistas estrictas y las teorías constitucionalistas amplias.

B. Constitucionalismo estricto

Estas teorías entienden que la carta magna contiene las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico, exigiendo en todo caso una vinculación directa en-

[650] Esta realidad se puso de manifiesto en la jurisprudencia del derogado Código Penal español, cuyo art. 340 bis a.1 sancionaba igualmente la conducción de vehículos en estado de ebriedad o drogadicción. *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 2.ª, del 19 de julio de 1993, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, del 10 de abril de 1995. *Vid.* Silva Sánchez, Corcoy Bidasolo y Baldó Lavilla: *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general*, 59-60.

[651] Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 327.

[652] Sobre el concepto de derechos fundamentales, *vid.* Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, *passim*.

[653] Hassemer y Muñoz Conde: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, 163.

[654] *Vid.* los arts. 45 y 46 de la CE que ordenan la protección penal del ambiente natural y del patrimonio histórico, cultural y artístico, previsiones excepcionales que carecen de correlato en la Constitución peruana.

tre bien jurídico y precepto constitucional[655], de forma que todo objeto de protección penal está condicionado por las decisiones del constituyente, ya que, si la norma fundamental no valora positivamente una realidad, tampoco podrá hacerlo el legislador penal. Esto, en palabras de Álvarez García:

> [...] significa algo más que la mera obligatoriedad de realizar una interpretación de las normas penales en conformidad con la Constitución; es decir, implica que la Constitución agota los intereses susceptibles de tutela penal de forma tal que la cobertura punitiva a intereses situados extramuros [...] de la ley fundamental llevaría consigo la calificación de inconstitucional.[656]

En esa línea, para Bricola no basta la simple no incompatibilidad entre la carta magna y el bien jurídico a tutelar, sino que este debe hallarse entre aquellos que expresa o implícitamente están contemplados por la propia Constitución, de forma que la naturaleza constitucional del bien jurídico define la posibilidad, conveniencia y grado de tutela, así como el significado de la afectación (lesión o peligro). En resumen, la medida de la pena según la escala de valores es deducible constitucionalmente[657].

Contra esta construcción existen serios inconvenientes. En primer lugar, aunque casi siempre será posible encontrar un punto de apoyo en la Constitución[658], se pueden limitar las posibilidades de criminalizar comportamientos que con el desarrollo histórico-social afecten a nuevas realidades que escapan al marco de la ley fundamental[659]. Contra esta crítica se ha indicado que el bien jurídico-penal no solo ha de encontrar asidero en los valores explícitamente reconocidos en la norma fundamental, sino también en los «implícitos», «asimilables»[660], «integrables» u «homologables»[661], bagaje que otorga una evidente amplitud de criterio que permitiría entender que una Constitución, por más obsoleta que

[655] Bricola: *Teoria...*, *op. cit.*, 15; Rudolphi: «Los diferentes...», *op. cit.*, 341; Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 20 y ss.; González Rus: *Bien...*, *op. cit.*, 23 y ss.; Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 34-36.

[656] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 31.

[657] Bricola: *Teoria...*, *op. cit.*, 16-18 y ss.

[658] Gutiérrez Francés: *Fraude...*, *op. cit.*, 206, señala que la CE, al igual que la italiana o la portuguesa, contiene un «generoso» catálogo de derechos.

[659] Bustos Ramírez: «Los bienes jurídicos colectivos», 192; Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 38.

[660] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 36-38.

[661] González Rus: *Bien...*, *op. cit.*, 43.

fuera, siempre ha de mantenerse actualizada vía la interpretación para responder a las nuevas necesidades de criminalización.

Sin embargo, esta salida contradice los presupuestos sobre los que se asienta el bien jurídico en clave constitucional estricta. Aun partiendo de la loable intención de ofrecer una fuente segura al bien jurídico, se cede el paso a la incertidumbre y a la arbitrariedad cuando para superar el carácter estático y rígido de la Constitución se acude a conceptos imprecisos como los valores «implícitos» u «homologables», con lo que se vuelve al principio, al deseo de obtener un concepto material de bien jurídico-penal.

Se ha señalado también en contra que esta teoría presupone la coincidencia total entre los valores constitucionales y las expectativas sociales, es decir, la identidad entre la llamada «Constitución formal» y la «Constitución real»[662]. Asimismo, puede pensarse que es el constituyente quien crea el bien jurídico a su libre antojo, lo que traslada las críticas contra el legislador ordinario al legislador constitucional[663], más aún si se tiene en cuenta la inadmisible existencia de mandatos positivos de criminalización que convierten a la carta magna en un programa punitivo. Por estas razones, el constitucionalismo estricto carece de mayoritaria aceptación en la doctrina española. Existe más bien el generalizado sentimiento de que el valor de la Constitución en el orden penal debe extraerse de los principios materiales que ella contiene[664], empresa pretendida por las tesis constitucionales amplias.

C. Constitucionalismo amplio

Las teorías constitucionalistas amplias transcurren por dos senderos[665] que, si bien comparten el mismo punto de partida: el modelo de Estado social y democrático de derecho constitucionalmente consagrado, conservan matices diferenciables. Una primera línea presenta a la Constitución como marco referencial, es decir, como espacio político libre y democrático dentro del cual los actores sociales definen las condiciones esenciales para el desarrollo del sistema social. En esta perspectiva, se entiende que una política criminal orientada a la exclusiva protección de bienes jurídicos presupone democracia y ejercicio de la democracia[666].

---

[662] Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 50.

[663] Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 36.

[664] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 6-7; Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 8.

[665] Rodas Monsalve: *Protección penal y medio ambiente*, 25.

[666] Hormazábal Malarée: *Bien...*, *op. cit.*, 143.

La segunda tendencia, representada principalmente por Berdugo Gómez de la Torre, pone de relieve una vinculación programática entre el bien jurídico y el sistema socio-personalista al que la Constitución desea servir de marco[667]. El sistema social constitucionalmente reflejado es un sistema al que se aspira llegar[668], según puede deducirse del citado art. 9.2 de la Constitución española o del contenido programático del capítulo II del título I de la Constitución peruana, por lo que no coincide con el sistema social realmente vivido que tiene carácter dinámico[669]. Si el sistema social de la Constitución va por delante del sistema social, a la idea de funcionalidad social debe añadirse el correctivo de lo necesario para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas por la Constitución[670]. En ese sentido, para Berdugo Gómez de la Torre, «estimar que el control social busca no solo el mantenimiento sino también la evolución de un sistema social implica ya una no creencia en la bondad de este»[671]. Esto lo lleva a asignar al derecho penal una función promocional en relación con la vigencia y respeto de los nuevos intereses necesarios para alcanzar las metas constitucionales[672].

Seguidamente, entiende el citado autor que puede depurarse el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles, tanto desde un plano sociológico como valorativo. Desde el primero se reclama que las conductas incriminadas afecten negativamente a las funciones y estructuras sociales, y desde la perspectiva valorativa se exige para que un interés pueda ser objeto de tutela penal que se fundamente en el orden constitucional de valores[673].

[667] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 8-9; Roxin: «Sentido y límites de la pena estatal», 21; Fiandaca: «Il "bene giuridico" come problema teorico e come problema criterio di politica criminale», 153; Escrivá Gregori: «Algunas...», *op. cit.*, 141 y ss.; Quintero Olivares: *Curso de derecho penal. Parte general*, 55, 246-247.

[668] El modelo social constitucionalmente reflejado no es, en palabras de Häberle, un espejo de nuestra sociedad, sino el faro al que esta tiende. Häberle: *Die Verfassung des Pluralismus*, 87, citado por Berdugo Gómez de la Torre: *Honor...*, *op. cit.*, 16, nota 7.

[669] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 9.

[670] Berdugo Gómez de la Torre y Arroyo Zapatero: *Manual de derecho penal. Parte general I. Instrumentos y principios básicos del derecho penal*, 11. Sin embargo, en la obra conjunta Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 7, se omite la necesariedad de que el sistema evolucione hacia las metas sociales constitucionalmente previstas.

[671] Berdugo Gómez de la Torre: «Derechos humanos y derecho penal» en *Estudios Penales y Criminológicos*, 30, nota 2.

[672] Berdugo Gómez de la Torre: *Honor...*, *op. cit.*, 16.

[673] Berdugo Gómez de la Torre: *Lecciones...*, *op. cit.*, 48-49; Pérez Álvarez: *Protección...*, *op. cit.*, 28.

La crítica general contra las teorías amplias es que tampoco logran concretar el contenido material del bien jurídico. La vigencia del Estado social y democrático de derecho reconocido en la Constitución, pese a constituir una condición necesaria para la instrumentación crítica del bien jurídico-penal, es insuficiente. Debe avanzarse hacia una idea más precisa que vincule las necesidades del garantismo penal y permita superar las meras descripciones negativas (lo que no es bien jurídico) en términos de no inconstitucionalidad[674]. Por otra parte, un sector comprende que estas teorías proclaman la funcionalidad del sistema jurídico[675], por lo que serían cercanas a las teorías sociológicas organizadas alrededor de la funcionalidad social[676], similitud que llevada a sus extremos ha conducido a un sector doctrinal a reconocer que las teorías sociológicas engloban el constitucionalismo amplio[677].

En cuanto a la construcción del profesor Berdugo Gómez de la Torre, debe destacarse positivamente la importancia de vincular el bien jurídico-penal con las metas sociales impuestas por la Constitución, lo cual debe reflejarse por ejemplo en la necesidad de proteger penalmente determinados bienes jurídicos colectivos[678], como el ambiente natural, la ordenación del territorio, la salud pública o los intereses de los consumidores. Sin embargo, tomo prudente distancia de la defensa de una «función promocional del DP», no por el temor indicado por Ferré Olivé, para quien:

> [...] el problema que plantean estas teorías basadas en la función promocional del derecho es que si bien postulan un cambio social, para lo cual marcan el objetivo a alcanzar —por ejemplo las metas constitucionalmente previstas— permiten justificar los conflictos sociales del presente hasta que la propia sociedad pueda llegar, a través del derecho, a los cambios esperados. Así fomentan, consciente o inconscientemente un conformismo masivo ante los problemas sociales.[679]

El rol ideológico de la función promocional puede terminar justificando los problemas del presente, el *statu quo*. Pero debe tenerse en cuenta que es una perversión ingenua creer que el derecho tiene el rol protagónico en el esperado cambio social, más aún porque

[674] Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 51.
[675] Pérez Álvarez: *Protección...*, *op. cit.*, 29, nota 16.
[676] Bustos Ramírez: *Manual...*, *op. cit.*, 54; Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 51.
[677] Así Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 36, 38; Gutiérrez Francés: *Fraude...*, *op. cit.*, 207.
[678] En similar sentido, Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 80.
[679] Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 37.

puede constituir un obstáculo para ello[680]. No puede esperarse del derecho, y menos del DP, un profundo cambio en las estructuras sociales[681]. Por ello, Berdugo Gómez de la Torre no deja de apostar por la fragmentariedad, la subsidiariedad y utilidad del orden penal[682], lo que implica concebirlo como la *ultima ratio* del control social. En consecuencia, al derecho, por sus limitaciones, ha de reconocérsele un rol secundario y desacreditado en la promoción de nuevos órdenes sociales, motivo por el cual la crítica de Ferré se relativiza. El no cambio y el posible conformismo social no son atribuibles directamente al sistema jurídico.

Como se advierte de estas ideas, la idoneidad intrínseca del sistema penal en la promoción de nuevos órdenes sociales es muy relativa, sobre todo si se entiende la pena en términos de prevención general negativa (función de motivación). Como expresa Terradillos Basoco:

> El derecho «promocional» preconizado por Bobbio se orienta más por la idea de estímulo (motivación positiva) que por la de contra-estímulo (motivación negativa) y por eso es un derecho que propicia la rápida evolución social o es, al menos compatible con ella. Ahora bien, la conminación penal es solamente una *conditio sine qua non* de esa función: solo puede aspirar a retraer, no a incentivar.[683]

Un DP promocional solo es realizable en el marco de la pena como prevención general positiva, estabilizadora o integradora, es decir, dentro de un modelo funcionalista radical como el de Jakobs[684], que hemos rechazado entre otras razones por afirmar la bondad del sistema y negar la evolución social. Por ello, Bobbio señala que en el terreno promocional «el DP es, por antonomasia, el derecho conservador y reproductor, de las condiciones sociales dadas»[685], con lo cual se llega a un contrasentido: cambio social = DP promocional = prevención integradora = mantenimiento del sistema (no cambio social).

---

[680] *Vid.* Novoa Monreal: *El derecho como obstáculo al cambio social.*

[681] Como indica Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 126: «La realización de fines trascendentes no compete al DP, ni tampoco puede este buscar la corrección moral coactiva de los ciudadanos, por entrar ello en irresoluble contradicción con la consideración de los mismos como moralmente maduros e intelectualmente ilustrados».

[682] Berdugo Gómez de la Torre: *Lecciones...*, *op. cit.*, 47 y ss.

[683] Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 127.

[684] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 8 y ss.

[685] Citado por Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 127; Gutiérrez Francés: *Fraude...*, *op. cit.*, 209.

Quizás por ello Jakobs matiza su modelo, al señalar que «ciertamente hay que conceder que el DP es menos apropiado para impulsar la evolución; pero de ahí no se deduce que por principio solo pueda ir a remolque»[686].

IV. Toma de postura

1. Presupuestos

La construcción de un concepto material de bien jurídico-penal debe asentarse en determinados presupuestos básicos. En primer término, pese a las dificultades para erigir dicho concepto, considero que la dogmática debe orientarse no por la línea de las definiciones negativas[687], tan comunes en la evolución del concepto de bien jurídico, pues si bien aportan algunos indicios para delimitar el terreno de lo penalmente protegible, no logran precisarlo con certeza y fiabilidad. Permiten la existencia de zonas oscuras, y por la carencia de un concepto positivo puede darse paso a la incriminación de conductas que lesionan valores espirituales o de difícil determinación.

En mi sentir, el derecho penal no debe renunciar a su esencia de carta magna[688] y debe continuar en el camino de hallar una definición positiva de bien jurídico-penal.

El segundo presupuesto consiste en no desvincular dicho concepto de la realidad axiológica en la que debe operar. Si se espera que el bien jurídico limite racionalmente la obra del legislador y de los jueces (función crítica) en los procesos de criminalización primaria y secundaria, ello presupone que debe ser coherente y funcional a un específico sistema de valores que se relacionan directamente con la realidad histórico-social que se vive y la que se desea alcanzar[689], pues el bien jurídico penalmente protegible está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras socioculturales de una comunidad que ocupa un espacio y tiempo determinados[690]. En esa medida, la eficacia de la función crítica

[686] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 51, nota 24.

[687] Lo que no es bien jurídico: no inconstitucionalidad, no creencias o programas morales, éticos, políticos o religiosos. La dogmática penal, durante la reforma del StGb, pasando por el proyecto oficial alemán de 1962 y el proyecto alternativo de 1966, ha desperdiciado energías en las determinaciones negativas del bien jurídico.

[688] En palabras de Franz von Liszt: «Das Strafgesetzbuch die magna charta» (*vid.* Liszt: «Ueber den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts», 80).

[689] Sobre las metas constitucionalmente previstas (art. 9.2 de la CE), ya hemos advertido el valor de los aportes de Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 9.

[690] González Rus: *Bien...*, *op. cit.*, 29; Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 289.

depende directamente del favorecimiento del orden axiológico que se estima como deseado, lo cual nos lleva a excluir todo concepto de bien jurídico que derive de las posiciones inmanentes al sistema jurídico y apostar por aquellas que lo consideran trascendente a este[691], es decir, como un concepto supralegal que atiende a sus consecuencias político-criminales en la realidad social que lo rodea[692].

El punto de partida para la construcción de un concepto positivo de bien jurídico-penal que pretende el ejercicio de una función crítica es determinar la realidad valorativa en la que se incardina. En tal sentido, juzgo que es obligado punto de referencia el sentido político-criminal del modelo de Estado social y democrático de derecho, consagrado por ejemplo en el art. 1.1 de la Constitución española[693] y por los arts. 3, 38, 43 y 45 de la Constitución peruana. Desde esta base mínima, se requieren ulteriores desarrollos del concepto material para determinar tanto los bienes que merecen una valoración positiva por parte del ordenamiento punitivo como las conductas que deben ser desvaloradas por este. En esta orientación, la teoría del bien jurídico-penal se convierte en una teoría de la incriminación, rectora de los procesos de descriminalización y criminalización[694], del *input* y el *output* del sistema penal.

En tal sentido, junto con Mir Puig debe ponerse de relieve que, si el derecho penal solo debe proteger bienes jurídicos, ello no significa que todos estos deban ser tutelados penalmente ni tampoco que todo ataque en su contra deba determinar la intervención punitiva, pues ambas pretensiones se opondrían, respectivamente, al principio de subsidariedad y al carácter fragmentario del derecho penal. De este modo, el concepto de bien jurídico es más amplio que el de bien jurídico-penal[695] y la actual tarea dogmática consiste en determinar cuáles son los rasgos específicos del objeto de protección penal frente a los objetos de tute-

[691] Hormazábal Malarée: «Política...», *op. cit.*, 334. Citando a Hassemer, señala que las tesis inmanentes al sistema jurídico-penal «cumplirían una función meramente sistemática y reducen el bien jurídico a una creación del legislador»; mientras que las posiciones trascendentes a dicho sistema «sitúan el bien jurídico más allá del derecho penal y cumplen una función crítica del sistema».

[692] Un sector propugna, inclusive, la interpretación sociológica del tipo penal, sobre la base del art. 3 del Código Civil español y la fórmula abierta del art. 20.7 del CP español, previsión semejante a la del art. 20.8 del CP de 1991 de Perú. *Vid.* Roldán Barbero: *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, 127.

[693] La necesidad de vincular la política criminal al Estado social y democrático de derecho es sostenida por Mir Puig: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 29-91.

[694] Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 82.

[695] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 91; Mir Puig: *Bien jurídico y bien jurídico-penal*, 159 y ss.

la de los demás sectores del ordenamiento jurídico. Por esa vía puede obtenerse el necesario baremo político-criminal para enjuiciar críticamente los procesos de criminalización y descriminalización[696]. En esa perspectiva ideológica, quedan sin asidero las tentativas de identificar el bien jurídico-penal con otras realidades que guardan relación con este, pero no logran agotar su contenido en los términos que se viene exponiendo; tal es el caso de los conceptos de derecho subjetivo, interés, valor, dañosidad social[697] y objeto material del delito[698], entre otros de uso común.

2. El bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena

Si bien la dañosidad social constituye un criterio suficiente para legitimar el bien jurídico, no lo es para delimitar el bien jurídico-penal que exige la referencia al individuo y otras condiciones derivadas de la idea de proporcionalidad. De esta manera, si a un determinado comportamiento le es imputable un resultado socialmente dañoso que no afecta directamente al individuo en sus posibilidades de participación social, queda sin lugar la intervención penal, pero está justificado el uso del derecho administrativo[699]. En consecuencia, la síntesis de los aspectos de afectación a los individuos[700] y dañosidad social, a través del entendimiento del bien jurídico como posibilidad de participación individual en la sociedad, constituye una primera e importante delimitación que permite excluir la sanción de las conductas lesivas tan solo para cierta

[696] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 276-277: «El tema de nuestro tiempo no es [...] la construcción de una teoría del bien jurídico, sino, más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido».

[697] Sobre el deslinde entre estos conceptos y el del bien jurídico-penal. *Vid.* Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 129-136.

[698] A diferencia del objeto material, el bien jurídico-penal cuenta con un momento valorativo, perspectiva axiológica determinada por el valor o desvalor de la realidad social protegible. Mir Puig: «El objeto del delito», 765; Bustos Ramírez: «Consideraciones en torno al injusto penal», 36; Laurenzo Copello: *El resultado en derecho penal*, 63-104, 140-165; Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 328; Stratenwerth: *Derecho...*, *op. cit.*, 78. Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 234, entiende que: «Los bienes jurídicos no han de entenderse como objetos asequibles a la percepción sensorial, sino que son valores ideales del orden social en los que descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la colectividad. En cambio, el objeto *real* sobre el que recae la acción típica se denomina objeto de la acción (o del ataque)».

[699] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 276, nota 405, donde pone el ejemplo de los ilícitos con víctimas difusas.

[700] *Ibid.*, 272. Aunque puede fundamentarse que la afección al individuo debe ser directa o indirecta, ello arrastra el problema de fijar límites, pues hablar de vulneraciones «indirectas» significa recurrir a términos ambiguos, por lo que se impone el recurso a otros correctivos para una mayor precisión.

forma de moralidad, valores, funciones o estrategias político-sociales. Esta construcción refuerza el fundamento de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, como la salud pública, el ambiente natural o la ordenación del territorio que, en menor medida que los individuales, pero de manera trascendental, constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo[701].

Antes bien, los criterios de dañosidad social y afectación individual son insuficientes cuando se observa, por ejemplo, cómo la noción de «afectación individual indirecta» que justifica la intervención penal en el terreno de los bienes colectivos, por su ambigüedad, puede justificar el adelantamiento de la barrera penal hasta sancionar comportamientos abstractamente peligrosos o meramente infraccionales. Pero la erradicación de esta noción no sería pacífica, por ejemplo, en la tutela del bien jurídico «estabilidad del ecosistema», si se retrasa el ámbito de lo punible hasta los casos de daño subjetivo directo, como la muerte de personas o lesiones a la integridad sicofísica a causa de la contaminación del entorno, las dificultades para fundamentar la causalidad y la imputación objetiva pueden determinar una pérdida de eficacia contraria al objetivo de prevención general. Frente a ello, parece proporcional y necesaria la tipificación del peligro, pero la indeterminación del concepto «afectación individual indirecta» puede dar paso a la sanción de comportamientos que, en desmedro del principio de lesividad, solo remotamente originarían un riesgo significativo para el bien jurídico.

Para satisfacer la necesidad de una mayor concreción del concepto material de bien jurídico-penal, debe acogerse la idea de plasmación constitucional, en sentido amplio y no como vinculación estricta, por la máxima jerarquía y el carácter consensual que se atribuye a la carta magna, lo que dispensa al bien jurídico una mayor legitimidad en términos normativos. No obstante, aún entendido el bien jurídico-penal a partir de la dañosidad social de las agresiones, la referencia individual y su plasmación constitucional, esta orientación solo permite determinar qué bienes ameritan una valoración penal positiva, es decir, el juicio sobre el *merecimiento de pena*, pero no señala qué comportamientos deben incriminarse por ser oportuna o útil la intervención punitiva, extremos que debe enfrentar una teoría del bien jurídico-penal que aspira a ejercer una función crítica y rectora de los procesos de criminalización y descriminalización.

[701] Hassemer: «Lineamientos...», 282.

Esta misión puede afrontarse con éxito ponderando la tensión entre los diferentes principios del orden penal que están sintetizados en el juicio de *merecimiento de pena* antes desarrollado y al que se suma el de *necesidad de pena*[702] [703]. Como indica Silva Sánchez, aunque la doctrina suele conectar el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos y la fragmentariedad solo con consideraciones de necesidad y utilidad, una delimitación de los objetos penalmente protegibles ha de derivar de la síntesis de los requerimientos de necesidad de pena y merecimiento de pena[704]. En tal sentido, deben conjugarse las consideraciones axiológicas relacionadas con la importancia del bien y la intensidad de sus afecciones, es decir, el merecimiento de pena[705], con los aspectos utilitaristas del principio de mínima intervención[706] en términos de necesidad y

[702] Luzón Peña: «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 21 y ss.; Díaz y García Conlledo: *La autoría en derecho penal*, 78-79, 82 y ss., 85 y ss., 454 y ss., 485, 508 y ss., 531 y ss., 611, y ss., 638, 704 y ss., 753 y ss. En la doctrina española no reina acuerdo sobre los conceptos de «merecimiento de pena» (*Strafwürdigkeit*) y «necesidad de pena» (*Strafbedürftigkeit* o *Strafbedürfnis*), y en muchos casos tales expresiones se usan indistintamente. En la dogmática alemana las coincidencias no pasan de las definiciones tautológicas, pues no existe unanimidad sobre el origen, alcance, significado material, función, ubicación sistemática y relación recíproca entre ambos principios, Luzón Peña: «La relación...», *op. cit.*, 21-22. La importancia de deslindar ambos principios ha cobrado gran trascendencia en los últimos años, al punto de considerarse que las exigencias político-criminales aplicables al trabajo dogmático deben deducirse del merecimiento y necesidad de pena. Esta conclusión viene reforzada por la construcción del perfil del futuro sistema penal europeo con el enfoque de estos principios. *Vid. Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, obra colectiva en la que figura el trabajo citado de Luzón Peña y los de Haffke: «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal», 129 y ss.; Romano: «"Merecimiento de pena", "necesidad de pena" y teoría del delito», 139 y ss.; Costa Andrade: «Merecimiento de pena y necesidad de tutela como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito», 153 y ss.

[703] Recientemente, Alcácer Guirao: *Sobre...*, *op. cit.*, 147-148, ha venido a considerar que la protección de bienes jurídicos constituye el fin último del DP; mientras que la protección de la vigencia de las normas es un contenido específico de la pena. Luego, diferenciando, entiende que la función protectora de bienes es el fin perseguido por la norma de conducta y se vincula a la noción de merecimiento de pena, pero la norma de sanción, orientada al restablecimiento de la vigencia de la norma, se relaciona directamente con la necesidad de pena.

[704] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 267, nota 369; Urquizo Olaechea: «El bien...», *op. cit.*, 828 y ss.; Castillo Alva: *Principios de derecho penal. Parte general*, 263 y ss.

[705] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 277; Mir Puig: *Bien...*, *op. cit.*, 162 y ss.

[706] García Pablos de Molina: «Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del *ius puniendi*», 249 y ss.; Fernández Rodríguez: «Los límites del *ius puniendi*» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 87 y ss.; Martos Núñez: «El principio de intervención penal mínima» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 99 y ss.

subsidiariedad[707]. Los fundamentos del merecimiento de pena y necesidad de pena deben diferenciarse de cara a su articulación[708].

La concreción del bien jurídico-penal debe atender en primera instancia a las consideraciones de *merecimiento de pena,* cuyo juicio, según se ha adelantado, deriva del significado atribuido al bien y la gravedad de sus diversas formas de ataque. Principios de justicia inspiran el merecimiento de pena, pues se sitúa en torno a consideraciones garantistas de proporcionalidad, de manera que los bienes jurídicos han de ser realidades especialmente valoradas, tan fundamentales que las conductas dirigidas en su contra experimentan una mayor desvalorización. Como expresa Silva Sánchez, para que un bien jurídico, en cuanto a su protección, revista la calidad de merecedor de pena, debe de aglutinar, simultáneamente, la referencia al individuo, la dañosidad social de las agresiones y su plasmación constitucional[709].

Sin embargo, considero necesario matizar el juicio sobre el merecimiento de pena, a fin de otorgarle un mayor énfasis al referente individual, con el principio de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, entendidos no en clave *ius naturalista,* sino constitucional[710], y más aún, incardinados en el modelo de Estado social y democrático de derecho. Este correctivo, necesario en la construcción del concepto material de bien jurídico-penal, garantiza que el referente individual no se convierta en una simple herramienta para neutralizar las pretensiones de socialización en términos puramente funcionalistas. La tensión entre lo individual y lo colectivo que opera en el terreno del merecimiento de pena, por el influjo liberal de los principios de dignidad y libre desarrollo, se equilibra mediante una justificada predominancia del aspecto individual que concuerda con el espíritu garantista y la concepción personalista de la Constitución.

[707] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 8; Pedrazzi: «El bien jurídico en los delitos económicos», 288; Roxin: «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo», 44-45; Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 327.

[708] Luzón Peña: «La relación...», *op. cit.*, 25-26, pese a aportar criterios positivos para entender estos principios, no deja de destacar el imperativo de avanzar hacia ulteriores concreciones. Así, señala que «el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y la exclusión de todos los elementos del delito, pero también en la de otros requisitos de la pena no referidos al hecho. No deben entenderse, sin embargo, como categorías sistemáticas autónomas. Se comportan entre sí como círculos secantes, es decir, que ambos tienen puntos comunes con influencia recíproca, pero también es cierto que cada principio expresa criterios diferentes y propios. Por lo demás, estos principios *necesitan todavía una concreción mucho mayor de su contenido*, si es que se pretende aplicarlos de forma más precisa y clara de cómo se viene haciendo habitualmente».

[709] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 288.

[710] *Vid.* el art. 10.1 de la CE y los arts. 1, 2.1 y 3 de la Constitución Política del Perú.

De esta manera, se toma prudente distancia de aquellas posturas donde la afección individual no es una condición sustantiva para la conformación del bien jurídico-penal, esquema en el que hay lugar para fórmulas imprecisas como «afectación individual indirecta» o «afectación individual próxima», las que ampliamente entendidas pueden tolerar la incriminación de conductas de bagatela[711] o remotamente peligrosas para las condiciones de participación del individuo en la vida social, casos que tienen el acento en la funcionalidad del sistema.

Pero enfatizar lo personal no puede significar el destierro del componente social, pues se arribaría a una inevitable identidad entre bien jurídico-penal y derecho subjetivo, es decir, la privatización del orden penal. Por esa razón, una armónica articulación que privilegie lo individual frente a lo colectivo plantea una importante cuestión de límites que, según lo antes cifrado, debe erigirse desde las premisas constitucionales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, realidades que deben verse afectadas mediante los comportamientos que contravienen bienes jurídico-penales. Para la concreción de ambos conceptos personalistas, en orden a su operatividad dentro del sistema penal[712], debe relacionarse el principio de dignidad de la persona humana con la elemental idea kantiana del «hombre como un fin en sí mismo», es decir, con la imposibilidad de instrumentalizar al ser humano como medio para la consecución de metas colectivas, sociales o que estén más allá de su propia entidad[713].

Como precisa Feijoo Sánchez, «la dignidad, en sentido normativo, conlleva el principio de autonomía o autodeterminación de los ciudadanos»[714]. Cada vez viene cobrando más fuerza la consideración de este principio con una validez *a priori* dentro del sistema penal[715], dada su significancia constitucional por ser fundamento del orden político y

[711] Armenta Deu: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, 23 y ss.

[712] *Vid.* Wolter: «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de derecho penal», 37 y ss.

[713] Cerezo Mir: *Curso de derecho español. Parte general I*, 32, nota 105, ya precisa que Welzel introducía en la órbita penal el imperativo de Kant consistente en que «el ser humano no debe ser tratado como una cosa, sino siempre *también* como un fin en sí mismo».

[714] Feijoo Sánchez: *El injusto...*, *op. cit.*, 42.

[715] El sentido prioritario de la dignidad humana no solo es predecible en el terreno del bien jurídico-penal, sino que cobra trascendencia en toda la teoría del delito, pues «dada una lesión del contenido de dignidad humana y del contenido nuclear de los derechos fundamentales, incluido el del principio de legalidad, el DP queda excluido en todos sus niveles sistemáticos con respecto al autor y a los intereses represivos». *Vid.* Wolter: «Derechos...», *op. cit.*, 37.

la paz social, y por tratarse de un principio material de justicia que representa un límite inmanente del derecho positivo[716]. Se entiende por tanto que «todo el derecho penal debe tender a la protección de la dignidad humana»[717], la que quedaría vacía sin el reconocimiento del principio de libre desarrollo de la personalidad. Este principio se fundamenta en las premisas del Estado democrático de derecho y erige en el razonamiento penal un límite infranqueable contra cualquier signo de autoritarismo de la política social del Estado. De esta forma, cobra vida la exigencia anteriormente señalada de que «el sistema social se ponga al servicio del individuo»[718] y que «las condiciones sociales a proteger deben servir de base a la posibilidad de participación de los individuos en el sistema social»[719].

Ahora bien, en la línea del merecimiento de pena y en orden a la vigencia material de los correctivos personalistas de dignidad y libre desarrollo, como indica Berdugo Gómez de la Torre no debe perderse de vista que:

> La garantía de los derechos humanos en todas las fases por la que transcurre el sistema penal, constituye, sin duda, un criterio político criminal básico. La asunción del mismo responde a un determinado punto de partida ideológico, aquel que propugna un modelo social personalista, esto es de orientación hacia el individuo de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los denominados derechos humanos y no a la inversa de entender que el individuo y sus derechos solamente tienen sentido dentro del Estado, que adquiere una consideración autónoma respecto a aquellos que la integran.[720]

En esta línea argumental, cabe destacar la construcción de Zúñiga Rodríguez cuando señala que los objetos de protección jurídico-penal están imbuidos de un profundo contenido material en el marco de una categoría programática de justicia, que es la realización de los derechos humanos, como límite de intervención de la función represiva del derecho, con lo cual se erige un importante criterio legitimador del derecho penal que señala los ámbitos y límites en su forma primaria de intervención, el proceso de criminalización, opción garantista respaldada por

[716] Cerezo Mir: *Curso...*, *op. cit.*, 32.

[717] Nino: «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos» en *Doctrina Penal*, 29 y ss.; Montano: «La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal» en *Revista de Derecho*, 424.

[718] Mir Puig: *Bien...*, *op. cit.*, 165.

[719] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92.

[720] Berdugo Gómez de la Torre: «Derechos...», *op. cit.*, 32.

las previsiones de los arts. 9.2 y 10.1 de la Constitución española[721]. De esta forma, la autora fundamenta[722] la razón de ser de los derechos humanos en el seno de la democracia, entendida como «sociedad comunicativa ideal», es decir, los derechos humanos como «necesidades humanas comunicativas ideales»[723], acercándose a la construcción de Terradillos Basoco que entiende el bien jurídico como vehículo de satisfacción de necesidades humanas[724].

Pese a la trascendencia de las opiniones reseñadas en los dos párrafos anteriores, escapa al objetivo de este libro afrontar la interesante cuestión de la legitimación del sistema penal sobre la razón que asiste a los derechos humanos[725]. Antes bien, ya se ha negado la posibilidad de identificar el concepto material de bien jurídico-penal con el de derecho fundamental[726], pues en palabras de Terradillos Basoco:

> [...] o bien identificamos el concepto de derechos fundamentales con aquellos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico, con lo que llegaremos a análisis positivistas no aplicables a la fase de *iure condendo* que nos ocupa, o bien nuestro examen se orientará al contenido de esos derechos, prescindiendo del «Derecho», con lo que habremos adelantado muy poco y estaremos en realidad moviéndonos en el ámbito de los valores.[727]

Este rechazo no implica negar que en múltiples ocasiones una misma realidad puede constituir un bien jurídico-penal y derecho fundamental[728], lo que sucede comúnmente con los derechos individuales y colectivos que garantiza la Constitución. Lo que se excluye es que la condición de derecho fundamental se considere esencial o suficiente

---

[721] Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 59.

[722] Inspirada en los trabajos de Habermas y Heller: *Por una filosofía radical*, 1980.

[723] Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 64-65.

[724] Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 136 y ss.; Terradillos Basoco: «Función simbólica y objeto de protección del derecho penal» en *Pena y Estado*, 22; Hormazábal Malarée: *Bien...*, *op. cit.*, 161 y ss.

[725] *Vid.* Nino: «La derivación...», *op. cit.*, 29 y ss.

[726] Para Ferrajoli: *Derecho...*, *op. cit.*, 473: «El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones solo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo [...]. Entre los bienes externos al DP cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están, por razones obvias, todos los "derechos fundamentales"».

[727] Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 130.

[728] A juicio de Pérez Luño: *Los derechos fundamentales*, 46, son derechos fundamentales aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.

para la determinación del objeto de tutela jurídico-penal, como podría sostenerse desde una postura constitucional estricta[729].

En ese sentido, la fundamentación del merecimiento de pena mediante los correctivos constitucionales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad debe situarse en el contexto de los derechos humanos, ya que, al ostentar una protección reforzada por el texto constitucional, dispensan las condiciones necesarias para la vigencia material de la dignidad y el libre desarrollo. En consecuencia, los derechos humanos son el núcleo de una obligada referencia para el juicio de merecimiento de pena[730]. En esa perspectiva es relevante la línea ideológica de los llamados *derechos humanos de tercera generación o de solidaridad*, en cuyo catálogo se incardina, por ejemplo, el «derecho a la conservación y disfrute del ambiente natural», plasmado al más alto nivel en el art. 45 de la Constitución española y en el art. 2.22 de la Constitución peruana.

Las críticas desde la criminología radical contra el orden penal por ejercer un control discriminatorio[731] han enfatizado la meta de democratizar el sistema social. Para ello es importante excluir la reacción frente a los comportamientos que solo atentan contra un orden ético o político, pero también incriminar los que lesionan ámbitos fundamentales para la participación libre y digna de la persona[732]. Dichos ámbitos pueden ser estrictamente individuales o estar compartidos por un grupo de personas[733] que, sin perjuicio de sus intereses privados, se aglutinan bajo un mismo interés «supraindividual» o colectivo[734], cuya titularidad corresponde democráticamente a todos por igual. A este último contexto pertenecen aquellos derechos humanos de tercera generación

[729] «Hay que tener presente la no identidad entre bienes jurídicos tutelados por un DP respetuoso con la Constitución y derechos fundamentales» (Terradillos Basoco: «Función...», *op. cit.*, 14).

[730] Como se advirtiera anteriormente, el referente de los derechos humanos tiene proyección inmediata en la dogmática penal, desde la determinación de los objetos de protección, el contenido de los distintos estamentos de la teoría del delito o los límites de la sanción. *Vid.* Berdugo Gómez de la Torre: «Derechos...», *op. cit.*, 32-34; Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 65-66.

[731] *Vid.* Ferrajoli: «El derecho penal mínimo», 97.

[732] Aniyar de Castro: «Sistema penal y sistema social. La criminalización y la descriminalización como funciones del mismo proceso» en *Cuadernos de Política Criminal*, 345 y ss.

[733] Berdugo Gómez de la Torre: «Derechos...», *op. cit.*, 42-43.

[734] Sgubbi: «Tutela penale di "interessi difussi"» en *La Questione Criminale,* 439-481; Bricola: «Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi colettivi» en *La Questione Criminale*, 7-72; Federici: *Gli interessi diffussi. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo*, 93 y ss.; Acosta Estéves: *Tutela procesal de los consumidores*, 95; González Rus: *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, 32 y ss., 79 y ss.; Bustos Ramírez: «Los bienes...», *op. cit.*, 185 y ss.; Portilla Contreras: «Principio...», *op. cit.*, 723 y ss.

socialmente relevantes[735] por garantizar el ejercicio de intereses individuales, lo que observa por ejemplo al proteger los intereses de los consumidores o la estabilidad del ecosistema, ámbitos cuya vigencia se opone, no pocas veces, a importantes e influyentes intereses políticos y económicos[736] que el Estado social debe remover.

De este modo, el juicio de merecimiento de pena puede fundamentarse desde la perspectiva de los derechos humanos de tercera generación, conjuntamente con los argumentos antes cifrados de dañosidad social, desarrollo digno de los individuos en sociedad y plasmación constitucional. Como nota específica; por ejemplo, para el caso español, tratándose del ambiente natural o la protección de los consumidores, el merecimiento de pena puede solventarse adicionalmente en la trascendencia de estos intereses para la integración económica y política de la Europa Comunitaria, es decir, en el seno de la Unión Europea.

Ahora bien, la intervención de un derecho penal que se rige por fines de prevención no está plenamente justificada con la sola estimación del merecimiento de pena. Lo contrario solventaría un modelo retribucionista, que tiende a la confirmación de los valores inherentes a la realidad merecedora de protección penal, y que está reñido con las metas marcadas por el art. 25 de la Constitución española y el art. 139.22 de la Constitución peruana. Para introducir criterios de utilidad preventiva en la concepción material de bien jurídico-penal, el juicio de merecimiento debe complementarse con el de *necesidad de pena*[737].

El control penal afecta bienes de gran importancia como la libertad o el patrimonio del emplazado, por ello la política criminal de los bienes jurídicos debe observar si dicha afectación es útil o necesaria[738]. El juicio de necesidad de pena obedece a criterios de utilidad o rendimiento social, de modo que, previo al paso de la intervención penal, es «necesario» evaluar la eficacia de otros medios menos lesivos. Se trata de proteger los bienes jurídicos al menor coste social posible, si en el caso concreto se aprecia como suficiente recurrir al control administrativo o

[735] Cascajo Castro: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, 15 y ss.; Quintero Olivares: «Delitos contra los intereses generales o derechos sociales» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 571, 574.

[736] Berdugo Gómez de la Torre: «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», 44.

[737] Mir Puig: *Bien...*, *op. cit.*, 162, 166-167; Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 267, 289, nota 451. Este autor pone de manifiesto que, además del merecimiento de pena y necesidad de pena, se requiere que el bien jurídico sea susceptible de ser protegido penalmente, aunque reconoce que dicha exigencia puede entenderse incluida en el concepto de necesidad de pena.

[738] Marinucci: «Problemi della riforma del diritto penale in Italia», 365.

del derecho civil, entonces no existirá necesidad de instrumentar una medida tan drástica como la pena[739].

Indudablemente, el juicio de necesidad de pena puede pervertirse para justificar auténticas huidas al derecho penal, cuando un determinado interés que el ordenamiento jurídico valora positivamente no encuentra por razones políticas, coyunturales o desinterés estatal, una adecuada protección por los instrumentos no penales, de forma tal que el legislador recurre al DP con la hipócrita esperanza de acallar las insuficiencias tutelares. En ese contexto, la pena no es un instrumento de tutela de bienes jurídicos, sino un recurso simbólico o de engaño[740].

Frente a ello, es necesario articular el juicio de necesidad de pena con la misión del derecho penal, en concreto con los fines de la pena[741] que, a mi entender, están vinculados a la función motivadora en el marco de la necesidad de prevención general negativa, limitada por los fines de prevención especial y el principio de proporcionalidad[742]. En consecuencia, hay necesidad de pena solo si los medios extrapenales son incapaces de dispensar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea útil para motivar la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro gravemente.

En conclusión, si se entiende el bien jurídico-penal como un interés merecedor y necesitado de protección penal, es posible relajar la tensión entre garantismo y eficacia que subyace a los principios rectores del *ius puniendi*[743], y contar con un baremo idóneo en los procesos de criminalización y descriminalización que operan en el derecho penal contemporáneo. Como corolario, las pretensiones de una orientación puramente funcional del DP pueden ser contradichas desde el estado actual de la dogmática. De lo contrario, con la erradicación de la teoría del bien jurídico-penal, la dogmática quizás perdería «el último apoyo que le queda para la crítica del derecho penal positivo»[744].

[739] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 289, expresa que el bien jurídico requiere además la necesidad de protección penal y que esta sea satisfactoria en términos de utilidad social general, lo que no ocurre si la tutela puede dispensarse eficazmente a través de los medios no penales de control y por ende menos lesivos, debiendo observarse los principios de subsidariedad, *ultima ratio* e intervención mínima.

[740] Hassemer: «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos» en *Pena y Estado*, 23 y ss.

[741] Luzón Peña: «La relación...», 27 y ss.; Díaz y García Conlledo: *La autoría...*, *op. cit.*, 82, 611 y ss.

[742] Roxin: *Strafrecht...*, *op. cit.*, 3/I5a y 23/IV3; Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 7-10.

[743] Berdugo Gómez de la Torre: «Prólogo», 2.

[744] Muñoz Conde: *Derecho penal y control social*, 28.

V. Perspectivas *de lege ferenda*

Mediante la Ley 27837, del 4 de octubre de 2002, se creó la Comisión Especial Revisora del CP peruano de 1991, encargada de elaborar una propuesta de reforma del CP y la legislación complementaria, y de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Tras su instalación en febrero de 2003, la Comisión enfrentó como primera tarea el análisis del título preliminar del CP en orden a establecer las posibles reformas que permitan reforzar la vigencia de estos principios generales del DP peruano.

Se debatieron intensamente las posibilidades de reforma del art. IV del CP, que consagra el principio de lesividad bajo la regla: «La pena, necesariamente, precisa la *lesión o puesta en peligro* de bienes jurídicos tutelados por la ley». Dicho texto tuvo como fuente directa el art. 4 del CP colombiano de 1980, según el cual: «Para que una conducta típica sea punible se requiere que *lesione o ponga en peligro*, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley».

Ahora bien, la doctrina colombiana que interpreta esta norma y su equivalente en el CP colombiano de 2000[745] considera unánimemente que la expresión «lesión o puesta en peligro», idéntica a la que utiliza el CP peruano, hace referencia únicamente a la lesión o puesta en concreto peligro del bien jurídico[746]. Así, en estricto, no se incluye en estas categorías el peligro abstracto, en donde no se aprecia la «puesta en peligro» de un bien jurídico como resultado del comportamiento del autor, sino un simple comportamiento con idoneidad lesiva en el que no se observa un resultado peligroso, de concreto o efectivo peligro. Así lo estableció además la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-430, del 12 de setiembre de 1996[747].

La doctrina peruana que interpreta el art. IV del CP no suele ser concluyente en torno a sus alcances[748], aunque ya desde la similar fórmula del Proyecto de CP de marzo-abril de 1986, se ha venido considerando igualmente que la expresión «lesión o puesta en peligro» no incorpora el peligro abstracto[749]. Esta interpretación concuerda con el sentido mayoritario de la doctrina hispana cuando, al explicar los alcances de la expresión «que pongan en peligro» del art. 347 bis del CP español derogado, consideró que la fórmula contemplaba solo un supuesto de peligro concreto[750].

---

[745] El CP colombiano de 2000 mantiene la estructura de la fórmula anterior en el art. 11: «Para que una conducta típica sea punible se requiere que *lesione o ponga efectivamente en peligro*, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal».

[746] Velásquez Velásquez: *Derecho…*, *op. cit.*, 53-54; Tocora: *Principios penales sustantivos*, 147.

[747] Velásquez Velásquez: *Derecho…*, *op. cit.*, 53.

[748] Villavicencio Terreros: *Código Penal comentado*, 31-34, 67.

[749] Velásquez Velásquez: «Las normas rectoras del proyecto de Código Penal peruano de 1986» en *Anuario de Derecho Penal*, 26.

[750] Así, ampliamente, Caro Coria: *Derecho penal del ambiente*, 586 y ss.

Pero, aunque generalmente se parte de la crítica a los delitos de peligro abstracto de la parte especial como supuestos no adecuados al principio de lesividad del art. IV[751], de ello no se deducen consecuencias para el sistema legislativo. Así, se dice que los delitos de peligro abstracto son inconvenientes, no respetan la lesividad, etc., pero nadie concluye que deban erradicarse del sistema jurídico o que merecen ser declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional o inaplicados por el juez penal mediante el control difuso de constitucionalidad de las normas. Tampoco la Corte Suprema o el propio Tribunal Constitucional han señalado hasta el momento, con efectos vinculantes, que el principio de lesividad tiene asidero constitucional al extremo de hacer excesivo el recurso a la pena cuando no se aprecia la lesión o peligro para el bien jurídico.

De esta forma, se tiene que nuestro sistema penal parece operar con una seria contradicción. Por un lado, la legislación contiene múltiples delitos de peligro abstracto, muchos de ellos gestados en la época de la codificación, como el delito de contaminación de aguas, y otros de origen moderno, ligados a la criminalidad organizada, como los delitos de posesión de armas, terrorismo o tráfico de drogas, o vinculados a la actividad empresarial como se aprecia en los delitos económicos; por ejemplo, el delito contable del art. 5 del Decreto Legislativo 813, Ley Penal Tributaria. De otra parte, se tiene una doctrina contraria al uso del peligro abstracto y una norma en la parte general (art. IV) que establece que en los delitos de peligro abstracto no debe imponerse una pena («la pena necesariamente precisa»).

Conforme a estos argumentos, la Comisión Especial Revisora del CP se enfrentó a la alternativa de no plantear la reforma del art. IV, en cuyo caso se habría pasado por alto esta contradicción del sistema que podría motivar pretensiones de inconstitucionalidad, deficiencias de legalidad, etc. Descartada esta opción, y conforme a la ponencia de la representación del Poder Judicial que me correspondió sustentar, la Comisión decidió proyectar la reforma del art. IV conforme a tres presupuestos. En primer término, debían reconocerse los delitos de peligro abstracto como supuestos punibles en nuestro ordenamiento, como ya acontece en la realidad. En segundo lugar, debía establecerse su uso excepcional, como una aspiración del sistema que deberá tomar en cuenta el legislador y el intérprete.

Finalmente, y en tercer lugar, la Comisión decidió establecer las condiciones mínimas del peligro abstracto mediante una fórmula general que recoja el estado actual de la doctrina comparada, sin ingresar en mayores determinaciones dogmáticas. La utilidad de una fórmula tal sería indiscutible, ya que

[751] Así, por ejemplo, Prado Saldarriaga: *Comentarios al Código Penal de 1991*, 31.

serviría como límite para la aplicación de tipos penales descritos como simples fórmulas de mera actividad o delitos formales, en los que en apariencia no es necesario que la idoneidad lesiva del comportamiento se manifieste. Asimismo, especialmente en el terreno del derecho penal económico, y en general en todo sector en el que la tutela de bienes opere mediante el sistema penal y el administrativo sancionador, se contaría con un criterio cualitativo de delimitación entre la infracción penal y la infracción administrativa. Ello, a su vez, permitiría resguardar el principio de *ne bis in idem* que ya reconoce expresamente el art. 230.10 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Sobre estas consideraciones, la subcomisión de Parte General de la Comisión Especial Revisora del CP planteó para el debate la fórmula siguiente: «La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; *o, excepcionalmente, un comportamiento idóneo para producir dicho estado de peligro*». Tras el debate respectivo, esta propuesta fue revisada y definitivamente aprobada por la Comisión, por mayoría absoluta, en la sesión del 19 de mayo de 2003, con el texto siguiente:

> Artículo IV.- La pena precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. *Solo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo o institucional, se sancionarán comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico.*

Capítulo III

LA MODERNA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO-PENAL

«[...] *el bien es el objeto de nuestro derecho que jurídicamente nos corresponde* [...]»
(J. Birnbaum, 1834)[752].

I. Por un concepto material de bien jurídico-penal

1. Preliminares

Hasta hace poco reinaba el acuerdo sobre la necesidad de limitar el poder penal del Estado en función del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos[753]. Que el orden penal solo debía de proteger bienes jurídicos era unánime sentir en la doctrina[754] y en la jurisprudencia española[755]. Así, se aceptaba la vigencia del principio *nullum crimen sine injuria*[756], según el cual todo delito debe comportar un daño u

[752] Birnbaum: «Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», 172.

[753] Silva Sánchez: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 267.

[754] *Vid.* por todos Zúñiga Rodríguez: *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, 25, nota 1.

[755] *Vid.* la STC 11/1981, del 8 de abril y la STC 62/1982, del 15 de octubre. Ambas expresan que «la protección de un bien jurídico deviene requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales». *Vid.* Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, 291. *Vid.* STC 105/1988, del 8 de junio, que señala «la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho», citada por Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 93, nota 61. En la reciente jurisprudencia del TS, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ha excluido la sanción de las llamadas «realizaciones aparentes del tipo» y restringido el alcance punitivo. *Vid.* Silva Sánchez: «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo» en *Actualidad Penal*, 252-253.

[756] De «ofensividad», «lesividad» u «ofensión», *vid.* Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho...*, *op. cit.*, 289. En algunas legislaciones, el principio está positivizado, como el CP

ofensa a —lesión o puesta en peligro[757] de— un bien jurídico penalmente protegido[758], de modo que la pena, entendida como una «amarga necesidad»[759], se justificaba en tanto instrumento teleológicamente orientado a la conservación y mejora de bienes.

Sin embargo, actualmente la teoría del bien jurídico-penal afronta una importante crisis, pues un sector encabezado por el profesor de la Escuela de Bonn, Günther Jakobs, niega que la misión del derecho penal consista en proteger bienes jurídicos, entendiendo que el verdadero objeto de tutela es la vigencia o estabilización de la norma penal[760]. Tal determinación constituye un peligroso retorno hacia el positivismo jurídico, abandonado tras los horrores del nacionalsocialismo y durante el Tercer Reich, pues implica erigir un sistema penal neutral y servil a cualquier modelo social, es decir, un sistema acrítico frente a los problemas sociales y que por ende deja la puerta abierta para la instrumentalización del ser humano.

En contra de tal postura, considero importante reivindicar la valía del bien jurídico-penal como instrumento limitador del *ius puniendi*. En esa línea, entiendo que es posible obtener los siguientes resultados: 1) demostrar las inconsistencias del funcionalismo sistémico de Jakobs; y, 2) la construcción, sobre los principios de merecimiento y necesidad de pena, de un concepto material de bien jurídico-penal capaz de ejercer

colombiano de 1980 (art. 4), *vid.* Velásquez Velásquez: *Derecho penal. Parte general*, 245-247. Igualmente, el CP (IV del título preliminar: «La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley»). *Vid.* Prado Saldarriaga: *Todo sobre el Código Penal*, 30-33; Bramont Arias: «Los principios rectores del nuevo Código Penal» en *Derecho*, 21-22. En España, el proyecto de la PG de 1982 recogió tal principio (art. III del título preliminar), al igual que el borrador de la PG de 1990 (título preliminar), pero tales previsiones fueron suprimidas ya desde el proyecto de 1992. *Vid.* la crítica de Berdugo Gómez de la Torre: «El proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de parte general» en *Revista del Foro Canario*, 62-63. El proyecto alternativo alemán también recogió este principio (art. 2.1).

[757] Fiandaca: «La tipizzazione del pericolo», 49 y ss.; Escrivá Gregori: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, 17 y ss.

[758] Mantovani: «El principio de offensività del reato nella costituzione», 183 y ss. Relativiza el principio, Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 54, nota 32. Acerca del riesgo de un DP subjetivista o de la actitud, entiende que «tampoco la teoría de la lesión del bien jurídico ofrece protección contra este peligro: Lesión del bien jurídico, infracción del deber y principio del hecho son tres cosas distintas [...]. En general, hay que dudar de que la teoría de la lesión del bien jurídico tenga un contenido "liberal" por principio».

[759] Valga la conocida frase de Hans Schultz en la fundamentación del § 2 del proyecto alternativo alemán (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. Tübingen: Morh Siebeck, 1966, 29), donde entiende la pena «como una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres».

[760] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 44 y ss.

esa función limitadora. Aportar dogmáticamente en ambas direcciones es el objetivo de esta investigación.

2. Importancia del concepto material

Aunque algunos son escépticos frente a la posibilidad de contar con criterios positivos para definirlo[761], sobre el concepto material del bien jurídico-penal cabe advertir importantes diferencias en su delimitación[762]. En tal sentido, mantiene vigencia la constatación de Rudolphi en el sentido de que «a pesar de sus 130 años de historia» (hoy más de 160), desde su creación por Birnbaum en 1834[763], el bien jurídico constituye uno de los conceptos que aún presentan una considerable falta de claridad[764], lo que a mi entender obedece más a los diversos enfoques materiales, en ocasiones negado[765], que a la pretensión de que el bien jurídico cumpla simultáneamente varias funciones, como sostiene González Rus[766].

Empero, no es superflua la tarea de concretar dicho concepto material, pues este no solo sirve a funciones de orden formal, como la sistematización de la parte especial o la orientación de la interpretación de los tipos[767], dimensión a la que se refiere el clásico trabajo de Polaino

[761] Así lo señala Stratenwerth: *Derecho penal. Parte general*, 3-4. Por otra parte, Portilla Contreras niega la valía de los conceptos previos de carácter genérico y apuesta por un procedimiento negativo, desde el DP mínimo, en la determinación del concepto de bien jurídico-penal (Portilla Contreras: «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos» en *Cuadernos de Política Criminal*, 726, 735).

[762] Álvarez García: «Bien jurídico y Constitución» en *Cuadernos de Política Criminal*, 5; Roxin: «El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo», 509.

[763] Birnbaum: «Über...», *op. cit.*, 149 y ss.; Mir Puig indica que con Birnbaum solo nació el sentido dogmático del bien jurídico (Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 91). En igual sentido, Ferré Olivé, quien comprende que Birnbaum introduce el concepto desde una perspectiva intrasistemática (Ferré Olivé: *El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código Penal*, 35). Fue Liszt quien, desde la sociología-naturalista del positivismo, creó un concepto material de bien jurídico, afirmando que este halla su origen en un «interés de la vida», previo al derecho, que surge de las relaciones sociales, aunque dicho interés revista el carácter de bien jurídico desde que adquiere protección por el derecho. *Vid.* Liszt: *Tratado de derecho penal II*, 2. De otro parecer son Berdugo Gómez de la Torre y otros, pues entienden que el bien jurídico nació en Birnbaum como un principio liberal que pretende limitar la potestad punitiva estatal (Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 6).

[764] Rudolphi: «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico» en *Nuevo Pensamiento Penal*, 329.

[765] Por el positivismo jurídico, los autores del nacionalsocialismo y del Tercer Reich, *vid.* Hormazábal Malarée: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, 33 y ss., 68 y ss.

[766] González Rus: *Bien jurídico y constitución. (Bases para una teoría)*, 12.

[767] Así lo destaca la doctrina de la parte especial, *vid.* Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 34; Pérez Álvarez: *Protección penal del consumidor*, 30-33. Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*,

Navarrete[768]. En efecto, el contenido material tiene reflejo en la fundamentación del ilícito penal[769], dado que, según se defienda una u otra opción conceptual de bien jurídico, se construirá el injusto (la conducta típica y antijurídica) como expresión de un simple disvalor de acción (la mera actividad e intención del autor), o se exigirá también un disvalor de resultado (la ofensa al bien jurídico). Y ello, a su vez, tiene consecuencias directas en las teorías de la tipicidad, de la antijuricidad y de la pena[770].

Sumado a lo anterior, debe tenerse presente que el concepto material de bien jurídico-penal puede cumplir tanto funciones *de lege lata* como *de lege ferenda*. Ciertamente, en contraposición a su sentido dogmático[771] que alude a los objetivos que de hecho protege el orden penal vigente (*de lege lata*), el sentido político-criminal del bien jurídico se relaciona con aquellos intereses que pueden reclamar protección penal[772] (*de lege ferenda*). De tal modo, la actual discusión sobre el contenido de los bienes jurídicos protegidos por el sistema punitivo no se plantea desde una perspectiva estrictamente dogmática, sino que se ha transformado en una cuestión de carácter esencialmente político-criminal[773], lo que pone de relieve la llamada *función crítica del bien jurídico*. De este modo, se entiende que «el bien jurídico es crítico del sistema penal y de la estructura social; permite la revisión y superación del sistema jurídico-penal y de la realidad misma»[774].

37 y ss.; Gutiérrez Francés: *Fraude informático y estafa. (Aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*, 209. En Italia, Fiore: «Decodificazione e sistematica del beni giuridico», 73 y ss.

[768] Polaino Navarrete: *El bien jurídico en derecho penal*, 94 y ss. También en Polaino Navarrete: *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, 281-282.

[769] Gómez Benítez: «Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 85 y ss.

[770] *Vid.* Hormazábal Malarée: *Bien...*, *op. cit.*, 169 y ss.

[771] Rudolphi: «Los diferentes...», *op. cit.*, 329.

[772] *Vid.* Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 91; Luzón Peña: *Curso de derecho penal. Parte general I*, 326. Landecho Velasco y Molina Blázquez entienden que: «Existen dos conceptos de bien jurídico: el político criminal y el dogmático. El concepto político-criminal se refiere a lo que debe ser protegido por el DP a juicio de una corriente político-criminal concreta (*de lege ferenda*); por tanto, será diverso según las distintas orientaciones de dicha disciplina. El concepto dogmático estudia los bienes jurídicamente protegidos por una legislación penal concreta (*de lege lata*)» (Landecho Velasco y Molina Blázquez: *Derecho penal. Parte general*, 249).

[773] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92. De igual criterio es Prats Canut: «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el proyecto de Código Penal de 1980», 753.

[774] Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 40, citando a Hormazábal Malarée y Bustos Ramírez, y en el seno del discurso de la criminología crítica, la autora afirma con acierto que el sentido crítico del bien jurídico pone en manos de los ciudadanos «la posibilidad de controlar el control; utopía del Estado democrático».

En síntesis, determinar el concepto material de bien jurídico-penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del derecho vigente (sentido dogmático, *de lege lata*), pero también como guía para la construcción del modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal, *de lege ferenda*). Luego, principalmente *de lege lata*, aunque también *de lege ferenda*, el concepto tiene dos dimensiones funcionales: una formal (función sistematizadora, jerarquizadora, interpretativa) y otra material (fundamentación del ilícito penal). Planteado el panorama general, la construcción de un tal concepto debe realizarse científicamente en el terreno dogmático, pero partiendo de reconocer las disfunciones del control penal constatadas por la criminología[775], y en orden a obtener el necesario baremo político-criminal de referencia y contraste frente a la obra legislativa[776].

II. Evolución del concepto y valoración crítica

1. Los antecedentes

La evolución del concepto material de bien jurídico-penal ha ido aparejada al desenvolvimiento de los diferentes modelos de Estado, pues el común denominador es su funcionalidad con los requerimientos de

[775] Me excluyo, por ahora, de las argumentaciones criminológicas que confirman la «selectividad» del control penal en la determinación de los bienes jurídicos y los comportamientos punibles. Pero no debe olvidarse que, desde la deseada perspectiva totalizadora de las ciencias penales, la *gesamte Strafrechtwissenschaft* de Liszt, la construcción dogmática del pretendido concepto material debe tener presente los aportes de la criminología crítica a fin de atenuar la selectividad punitiva, recurriendo a un concepto acorde con el modelo penal de la Constitución. *Vid.* Arroyo Zapatero: «la elaboración de un sistema dogmático [...] hace posible sustraer al DP "a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación"» (Arroyo Zapatero: «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución» en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 101 y ss. Como indican Suárez González y Cancio Meliá: «Estudio preliminar», 80, nota 166). *Vid.* Gimbernat Ordeig: *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, 57 y ss. Con todo, la preocupación criminológica mantiene actualidad en la dogmática, *vid.* Muñoz Conde y García Arán, para quienes suele considerase «como "bien jurídico" los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad» (Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 60). Cercanos, Villavicencio Terreros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 50; Caro Coria: «Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real» en *Thémis*, 184 y ss.; Caro Coria: *La protección penal del ambiente*, 59 y ss. En tales oportunidades he defendido la mínima intervención penal con argumentos depurables, labor programática que escapa a mis presentes objetivos.

[776] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 5; Gómez Benítez: «Sobre...», *op. cit.*, 86-87.

la hegemonía política de cada momento histórico[777]. En tal sentido, la teoría de bien jurídico es de raigambre decimonónico y surge en el contexto del liberalismo con el fin de limitar la obra del legislador penal, mediante la sola criminalización de aquellas conductas socialmente dañosas y lesivas de entidades reales del mundo exterior, dejando fuera, en consecuencia, los procesos puramente internos y la faceta teológica del ilícito penal de tradición iluminista que concebía el delito como un hecho pecaminoso, es decir, como una manifestación que contradecía la voluntad divina. Antes bien, debe tenerse en cuenta que estos postulados no eran considerados de modo rígido por la doctrina alemana e italiana del siglo XIX, pues, incluso, se entendía que en algunos casos podía faltar un interés protegido sin que ello sea óbice para considerar delictiva la conducta[778].

La crítica a esta concepción del bien jurídico se asienta evidentemente en la imposibilidad de dispensar un concepto material lo suficientemente explícito para el desarrollo de la función crítica o limitadora de la reacción penal[779], deficiencia que se aprecia también en el desarrollo de la teoría contractualista que identifica bien jurídico y derecho subjetivo, equiparación inexacta en muchos casos, pues este último significa que el derecho objetivo se pone a disposición de una voluntad o interés estrictamente particular, de forma que el derecho subjetivo constituye solo un mecanismo de distribución y protección de bienes jurídicos[780] y existe, por ende, una relación de medios y fines[781].

Tampoco logró otorgar un contenido material la concepción formal del positivismo jurídico, cuyo último representante, en sentir de Silva Sánchez[782] y de Bustos Ramírez[783], es Günther Jakobs[784] quien identifica el bien jurídico con el sentido y fin de las normas penales. Antes bien, Binding entendió que el bien jurídico es un bien del derecho,

[777] Hormazábal Malarée: «Política penal en el Estado democrático» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 335. Un exhaustivo análisis de la evolución de las relaciones entre bien jurídico y Estado, *vid.* Hormazábal Malarée: *Bien...*, *op. cit.*, 13 y ss.

[778] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 7, nota 6, citando como ejemplos las concepciones de Antolisei, Rocco, Carminagni, Giuliani, Puccioni, Carrara, Paoli, Tolimei, Buccellati, Pessina, Luchini, Halschner, Jellinek, Binding, Stoos, Frank, Finger y Merkel.

[779] Stratenwerth: *Derecho...*, *op. cit.*, 3.

[780] Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho...*, *op. cit.*, 292.

[781] Rocco, citado por Terradillos Basoco: «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 130.

[782] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 374.

[783] Bustos Ramírez: *Manual de derecho penal. Parte general*, 102-103.

[784] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 45 y ss.

lo que equivale a ver su génesis en la creatura del legislador, es decir, como una mera categoría formal, lo que sin duda es coherente con una concepción formalista del DP que identifica delito y contravención de la norma, entendida esta última como violación del derecho del Estado a mandar y a ser obedecido. De esta manera, se renuncia a enjuiciar y a criticar la decisión del legislador a partir del contenido del bien jurídico, abandonándose su función de potencial límite al legislador[785].

Pero tampoco las teorías que entienden el bien jurídico como la *ratio legis* de la norma logran dotarlo de la función crítica, pues en todo delito es también apreciable una finalidad o valoración del legislador[786]. Los neokantianos, doctrina dominante en los años veinte, se alejaron de los postulados inmanentes que hurgaban en la realidad jurídica la razón de ser del bien jurídico, apostando más bien por una concepción trascendentalista, más allá del sistema jurídico, pues buscaron la sustancia material del bien jurídico en una realidad anterior al derecho, situada en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales[787], aunque propugnando un concepto de bien jurídico como «valor (espiritual-cultural)»[788] incapaz de cumplir la función limitadora del poder penal[789], dado que bajo el rótulo «realidad valorada positivamente» puede incluirse cualquier estado, convicción o principio, en función del sector social dominante en una sociedad determinada[790], lo que quedó confirmado con la pronta admisión en su seno del modelo nacionalsocialista.

Ciertamente, la doctrina penal del nacionalsocialismo[791], aunque inicialmente rechazó la idea de bien jurídico[792] por ver en ella un límite

[785] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», 3-4.

[786] Bacigalupo: *Principios de derecho penal español II: el hecho punible*, 11 y ss.

[787] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92.

[788] Como expresa M. E. Mayer, citado por Jakobs: «Si se quiere conocer cómo han surgido los intereses. hay que estudiar la Historia de la Cultura, pero no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales son innatos a la propia naturaleza humana» (Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 51, nota 20).

[789] Gómez Benítez: «Sobre...», *op. cit.*, 87-88; Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 132-133; Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 268; Jakobs precisa que «la indeterminación de la cultura (¿una cultura aislada del respectivo ordenamiento jurídico?) como fuente de intereses debilita la potencia crítica» (Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 51).

[790] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 268.

[791] Es decir, del movimiento político y social del Tercer Reich (reino o reinado) alemán (1933-1945), de carácter pangermanista, fascista y antisemita. De momento, me refiero a ello sin una mayor carga valorativa, como bien lo describe el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, 21.ª ed., tomo II, p. 1423.

[792] Shaffstein: «Zur Problematik der teleologischen Begriffsbuildung im Strafrecht», 49 y ss.

liberal a superar en un Estado totalitario[793], no pasó mucho tiempo para que, producto del debate con los neokantianos, la rescataran aunque vacía de contenido, en tanto que el delito pasó a entenderse, desde la perversión nazi y fascista, como la desobediencia y la rebelión del individuo frente al poder que emana del pueblo[794] y se personaliza en el Estado, lo cual significó llevar al extremo las consecuencias del Estado social en desmedro de la idea kantiana del individuo como fin en sí mismo. Por ende, un tal concepto de bien jurídico no podía añadir nada a la idea de «infracción de un deber», pues cualquier deber podía elevarse a la categoría de bien jurídico[795], sin que importase el comportamiento externo, sino la mera actitud[796].

Tras los horrores nazis de la Segunda Guerra Mundial, la doctrina penal reivindicó la posición del individuo como centro y objeto de preocupación jurídica, por ende, la exigencia de ofensividad a los bienes jurídicos, aunque en algunos casos se pretendió legitimar la sanción de conductas puramente inmorales, quizás como respuesta a los entonces recientes excesos de la doctrina del Tercer Reich, según puede verse por ejemplo en la exposición de motivos del Proyecto Gubernamental del Código Penal de la República Federal Alemana de 1962[797], lo que motivó la reacción de un sector de los juristas alemanes, entre ellos Roxin[798], tangible en la redacción del Proyecto Alternativo del Código Penal. Roxin retoma la línea marcada por la concepción social del bien jurídico de Liszt, entendiendo que el derecho penal solo puede castigar las ofensas contra los bienes jurídicos y las infracciones contra los fines de previsión social si ello es importante para una vida comunitaria ordenada, es decir, las «prestaciones públicas esenciales» de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social del Estado[799], aunque con posterioridad señaló que los «bienes jurídicos son realidades o pretensiones, que son útiles para el individuo y su libre desarrollo o para el funcionamiento del total sistema social, construido con tal fin»[800].

[793] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92.

[794] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 9, nota 16, donde transcribe paradigmáticos párrafos de Bettiol y Maggiore. Téngase presente, para una crítica posterior, la semejanza de estas construcciones con los postulados de Jakobs, para quien el bien jurídico se equipara con la mera desobediencia o infidelidad del ciudadano frente a la norma (Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 45 y ss.).

[795] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 268.

[796] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 54.

[797] Roxin: «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo», 45.

[798] Roxin: «El desarrollo...», *op. cit.*, *passim*.

[799] Roxin: «Sentido y límites de la pena estatal», 21.

[800] Gómez Benítez: «Sobre...», *op. cit.*, 99, nota 48.

Ahora bien, la orientación de Roxin ha sido objeto de crítica por su inconcreción, puesto que solo destacaría la necesidad de despreciar la criminalización de los actos inmorales, siendo incluso difícil delimitar el terreno de lo moral, además de estar imbuido por un excesivo naturalismo que se aleja del necesario desarrollo social que merece el bien jurídico[801], con lo cual se impone la necesidad de profundizar en la directriz sociológica del bien jurídico.

2. Las modernas orientaciones sociológicas y constitucionalistas

2.1. Teorías sociológico-funcionalistas

A fines de los años cincuenta se encuentran los albores del movimiento internacional de reforma penal[802], reivindicándose para ello el concepto de bien jurídico como instrumento orientador de los procesos de criminalización y descriminalización, y más aún sobre la base de las ideas de Liszt[803]. Empero, es entre los años sesenta y ochenta cuando el contenido del bien jurídico ocupó en Alemania, Italia y España[804] un lugar primordial en la discusión jurídico-penal de cara a la instrumentación de reformas en el campo criminal.

En este contexto surgen las teorías sociológico-funcionalistas[805] del bien jurídico que aprecian la necesidad de entenderlo en su dimensión

[801] Mir Puig: *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 133 y ss.

[802] Berdugo Gómez de la Torre: «El proyecto...», *op. cit.*, 60; Jescheck: «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal», 9 y ss., quien, pese a constatar que «la reforma del DP es tan antigua como el DP mismo», destaca cómo desde la segunda mitad de este siglo el movimiento internacional en pos de la renovación del DP «no encuentra parangón en la historia».

[803] *Vid.* Liszt: *Tratado de derecho penal II*, 2, quien, según hemos advertido, a diferencia del positivismo de Binding, entiende el bien jurídico como «interés de la vida», previo al derecho, que surge de las relaciones sociales, aunque admite que dicho interés reviste el carácter de bien jurídico desde que adquiere protección por el derecho. Empero, no queda claro en virtud de qué criterios el derecho positivo diferencia los intereses que han de reconocerse y los que han de deleznarse, pues también los delincuentes persiguen intereses, como indica Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 51.

[804] *Vid.* por todos Cuello Contreras: «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 461 y ss.

[805] Estas teorías se sustentan en el funcionalismo de la teoría de los sistemas sociales de Parsons: *La estructura de la acción social I y II, passim*; Parsons: *El sistema social, passim*; Luhmann: *Sistema jurídico y dogmática jurídica, passim*. Para un reconocimiento actual sobre la influencia de las bases funcionalistas sociológicas en la teoría penal española, *vid.* la bien lograda obra de Vives Antón, quien se concentra principalmente en la doctrina de la acción y de la norma, a partir de los aportes del filósofo Wittgenstein, precursor de las ideas de Habermas (Vives Antón: *Fundamentos del sistema penal*, 163-171, 184-197, 433-452).

social[806] como «condiciones necesarias para la conservación del orden social», de modo que los hechos lesivos de bienes jurídicos se caractericen por su «dañosidad social»[807]. Amelung, pese a concebir la idea de «dañosidad social», renuncia al concepto de bien jurídico[808], a lo que se opone la idea de que este es apto para incorporar, sin más, el necesario referente social[809].

Ahora bien, contra tal concepción funcionalista suele señalarse su inutilidad para realizar el deslinde entre el campo del derecho y de la moral, dado que, si determinados comportamientos inmorales se estiman como disfuncionales a un determinado sistema social, entonces su criminalización quedará legitimada. Por ende, la afirmación de que «el delito es disfuncional para el sistema» no proporciona criterios materiales para establecer los límites del legislador en la creación de las sanciones penales frente a los medios de reacción que pueden proporcionar otras ramas del ordenamiento jurídico[810]. De esta forma, la alusión exclusiva a la disfuncionalidad encierra el peligro de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto olvidando al individuo[811].

De otro lado, como indica Berdugo Gómez de la Torre:

> [...] al afirmar la funcionalidad o disfuncionalidad de un comportamiento con relación a un sistema no se está efectuando ninguna valoración sobre la naturaleza de este último. Con ello se está abandonando el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo, lo que es básico si se suscribe, como lo hacen nuestros países, un sistema social personalista, de orientación por tanto hacia el individuo.[812]

---

[806] Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 51 y ss. advierte la distinta fundamentación de las teorías que atienden a la realidad social con el fin de construir un concepto material de bien jurídico. En tal perspectiva, caracteriza y delezna las teorías funcionalistas o del consenso (Parsons, Merton, Amelung, Callies, Mir) y las teorías del conflicto (Dahrendorf, Coser), para finalmente apostar por el modelo materialista histórico de Bustos Ramírez (*vid.* pp. 53-55) que define el bien jurídico como «una síntesis normativa determinada de una realidad social concreta y dialéctica». *Vid.* Bustos Ramírez: *Manual...*, *op. cit.*, 112-114.

[807] Amelung: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, *passim*, quien renuncia al concepto de bien jurídico. En la doctrina española, Gómez Benítez: «Sobre...», *op. cit.*, 106 y ss., sin prescindir del concepto de bien jurídico.

[808] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 6.

[809] Mir Puig: *Introducción...*, *op. cit.*, 137.

[810] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 17.

[811] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 269.

[812] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 6-7, apoyándose en el art. 10.1 de la CE.

Con ello nos referimos al conservadurismo[813] que traen consigo las posiciones funcionalistas. Por ello, y con todo, se acusa al bien jurídico de raigambre puramente funcionalista, el expresar una concepción estática, es decir, una tesis reaccionaria[814], pues parte de creer ingenuamente en la bondad del sistema, lo que en definitiva se aleja de los postulados más elementales del Estado democrático que se expresa en términos de pluralismo[815] y, además, encadena la necesaria evolución social impuesta por el orden constitucional[816] condenándola a una suerte de *statu quo* opuesto al carácter dinámico y mutable inherente a la realidad de los sistemas sociales.

Pues bien, los intentos de superar tal deficiencia son infructuosos en sentir de Álvarez García[817], para quien la doctrina de Mir Puig es paradigmática de la contradicción existente entre los fines de mantenimiento del sistema y la pretensión de hacerlo en beneficio de los individuos, dado que en ocasiones puede suceder que dicho mantenimiento perjudica a determinados individuos y beneficia a pocos, por lo que en tales supuestos será necesario modificar el sistema en pro de beneficiar a «todos», lo que pone en evidencia una paradoja: debe conservarse el sistema, pero modificando el sistema. Es por ello que Berdugo Gómez de la Torre, más coherente en este extremo, propone entender el bien jurídico en el contexto del art. 9.2 de la CE[818] que impone la misión de conducir el sistema social hacia las metas constitucionalmente previstas y que van por delante de la realidad, con lo cual sitúa el bien jurídico como medio no solo de conservación, sino también de evolución del

[813] El conservadurismo «puro» de Amelung entiende la norma penal en dirección hacia la conservación del sistema, *vid.* Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 15.

[814] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 269; Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 135.

[815] *Vid.* el art. 1.1 de la CE. El modelo democrático es la «sociedad comunicativa ideal» en sentir de Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 64. En este contexto, democracia es pluralismo, la posibilidad de disentir y condenar al sistema social, por ello el funcionalismo es antidemocrático, pues reprime a quienes desvían su comportamiento de los patrones y expectativas impuestas por el orden vigente. De allí que para Jakobs el bien jurídico es despreciable y lo que importa es la infidelidad o la desobediencia a la norma, la defraudación de las expectativas y del rol social que nos ata desde que nacemos hasta que morimos.

[816] *Vid.* el art. 9.2 de la CE, a partir del cual se deduce el carácter dinámico del Estado social.

[817] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 16, siguiendo en este extremo a Octavio de Toledo y Ubieto: *Sobre el concepto...*, 342 y ss.

[818] Art. 9.2: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

orden social vigente[819], aunque apuesta con ello por una función promocional del derecho penal[820] cuya admisibilidad se discute.

Ahora bien, en la doctrina se entiende como correcto el punto de partida de la dañosidad social[821], destacándose a la vez la necesidad de introducir correctivos de cara a superar las mencionadas críticas, es decir, mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una especial referencia al individuo[822]. Se trata de integrar en una sola idea los aspectos de referencia individual y dañosidad social, afirmando que el objeto de protección jurídico-penal necesariamente debe expresar las condiciones que hacen posible el libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social, de forma que la dañosidad social se derive de la incidencia sobre la esfera de libertad de los individuos, en tanto privación de los medios de participación social[823]. Esta concepción se integra con plenitud a los fines del Estado contemporáneo, cuya finalidad esencial es garantizar a cada ciudadano la posibilidad de realizarse autónomamente, aunque sin olvidar que el desarrollo individual opera en el seno de la comunidad[824].

En esta línea ideológica y como advertimos anteriormente, ante las dificultades de precisar de manera positiva el contenido material de bien jurídico, en la doctrina española, Mir Puig parte de la concepción de Amelung, acentuando empero el papel del individuo para así superar las críticas contra el pensamiento funcionalista, en el sentido de que

[819] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 8.

[820] Berdugo Gómez de la Torre: *Honor y libertad de expresión*, 16. A tal opción promocional se acerca Tiedemann, para quien «el derecho penal puede tener como función no solo la protección del orden de valores existente, sino también la introducción de nuevos valores» (Tiedemann: «Constitución y derecho penal» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 168).

[821] Roxin: «El desarrollo...», *op. cit.*, 509; Berdugo Gómez de la Torre: *El delito de lesiones*, 22, nota 26.

[822] Esta orientación la imprime Marx: *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut», passim*, y Calliess: *Theorie der Strafe im demokratischen und soziales Rechtsstaat, passim. Vid.* Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 51-52. En la doctrina española, Mir Puig: *Introducción...*, *op. cit.*, 139 y ss.; Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 136; Muñoz Conde: *Introducción al derecho penal*, 48; Octavio de Toledo y Ubieto: *Sobre el concepto...*, *op. cit.*, 354 y ss.

[823] *Vid.* Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 271; Muñoz Conde: *Introducción...*, *op. cit.*, 48; Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 6. Por otra parte, Terradillos Basoco entiende que «la conminación penal ha de dirigirse (solo) frente a las conductas (todas) que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y en los de distribución igualitaria de la riqueza producida» (Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 140).

[824] *Vid.* los arts. 1.1, 9.2 y 10.1 de la CE. Art. 1.1: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho...». Art. 10.1: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social».

extrema el sentido social del Estado en desmedro de las necesidades y garantías individuales, de orden liberal. En esa línea, Mir Puig, desde el modelo de Estado social y democrático de derecho, determina los bienes jurídicos como las «condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social»[825], posibilidades que deben entenderse no solo como incidencia activa en la vida colectiva, «sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás»[826].

Ahora bien, a mi entender, la introducción del correctivo de lo individual para equilibrar lo social no permite articular un criterio lo suficientemente preciso para determinar el concepto material de bien jurídico que permita el ejercicio de la función crítica. En particular, aún se albergan dudas importantes en la doctrina para definir lo socialmente dañoso, por lo que deben evitarse equívocos como el de Gómez Benítez[827], quien intenta dotar de contenido social al bien jurídico señalando con ello el necesario límite al *ius puniendi*. Empero, el citado autor no logra definir lo «perjudicial socialmente», pues se remite a criterios casi tautológicos como la insignificancia de la acción desde el ángulo del perjuicio social, o a conceptos generales como la inclusión de la carencia de causas de justificación en la materia prohibida, o la incorporación de componentes subjetivos del desvalor de la acción en el tipo, o el entendimiento del perjuicio social como «aquello que es preciso prevenir de cara al colectivo social mediante el instrumento penal, como condición del funcionamiento del sistema social»[828].

Pero, además, la introducción de lo social, en el campo del DP, no debe pervertir el discurso garantista con el fin de evitar determinadas manifestaciones de iusnaturalismo sociológico, que puede conducirnos como a Terradillos Basoco a aceptar la existencia de delitos naturales al considerar como delictiva una conducta con anterioridad a su tipificación penal[829].

[825] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92. Cercano, Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 327, para quien los bienes jurídicos son *condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad* (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser *socialmente valiosos* y por ello dignos de protección jurídica.

[826] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92.

[827] Gómez Benítez: «Sobre...», *op. cit.*, 102 y ss.

[828] *Vid.* Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 18.

[829] *Ibid.*, 17, contra Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 140 y ss.

Imprecisiones como estas han motivado en el discurso penal la búsqueda de criterios más certeros u objetivables, por lo que, sin necesariamente renunciar a la raigambre socioindividual, un importante sector apunta a la Constitución como la principal fuente o cantera a partir de la cual deducir, sin más, los bienes jurídicos penalmente protegibles.

2.1.1. La vigencia de la norma como bien jurídico-penal. El necesario distanciamiento del funcionalismo sistémico de Günther Jakobs

A. La estabilización de la norma como objeto de tutela penal

Antes bien, considero importante destacar, aunque sin sobrevaluar sus lineamientos[830], que en estos últimos años han tenido cierta difusión e impacto las elucubraciones de Günther Jakobs[831], quien introduce en el pensamiento penal una corriente ideológica que pretende deleznar el concepto material de bien jurídico en pro de una concepción formal que se sustenta en una perspectiva radicalmente funcionalista que hipernormativiza la concepción sistémica de la ciencia penal y que bien podría constituir el rebrote del caduco positivismo jurídico[832]. Es común que en la doctrina se afirme

[830] Me alejo de aquellas percepciones que, inflando su valía, creen ver en el sistema jakobsiano una importante y creciente ideología penal cuyos postulados son —o amenazan ser— mayoritariamente compartidos o compartibles.

[831] Desde la traducción al español de algunas de sus publicaciones en alemán, entre ellas, principalmente, su *Derecho penal. Parte general* (2.ª ed. corregida, 1997); *La imputación objetiva* (1996); *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (1996). Artículos de revistas: «Concurrencia de riesgos, curso lesivo y curso hipotético en el derecho penal» (1989); «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal» (1989); «Representación del autor e imputación objetiva» (1991); «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» (1992); «El concepto jurídico-penal de acción» (1994). No menos importantes son los trabajos de sus seguidores iberoamericanos, quienes en ocasiones introducen correctivos al sistema de Jakobs, *vid.* Sancinetti: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, passim*; Sancinetti: *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción, passim*; Reyes Alvarado: *Imputación objetiva, passim.*

[832] Así lo entienden Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 268, nota 374; Bustos Ramírez: *Manual...*, *op. cit.*, 102-103, y Zaffaroni, para quien: «En este planteo macrofuncionalista no es difícil adivinar nuevamente la ya casi clásica simbiosis de positivismo e idealismo organicista: la selección de elementos del medio ambiente, cuando es útil para el equilibrio del sistema, es la "verdad" del mundo. Lo que el sistema no selecciona del medio ambiente no es "verdad", porque no sirve para su equilibrio» (Zaffaroni: «El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales», 753). En palabras traducidas de Jakobs: «El bien jurídico se determina entonces de modo positivista y el concepto abarca "todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad

que este autor renuncia al concepto de bien jurídico, lo cual es parcialmente inexacto si se entiende que no propone erradicar del vocabulario penal la expresión «bien jurídico» y sustituirlo por una mera concepción de lesividad social[833]. Jakobs, más bien, manifiesta su desconfianza hacia el bien jurídico, tal y como hasta ahora ha sido entendido, concluyendo que lo protegido por el derecho penal es la vigencia de la norma jurídica. En esa línea de pensamiento, reelabora el concepto tradicional de bien jurídico para entenderlo como:

> [...] la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal [...]. El bien jurídico ha de entenderse entonces como «sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares» o como «abreviatura de la idea de fin».[834]

En su fundamentación parte de entender que los bienes, tales como la vida, la salud o la propiedad, pueden ser menoscabados no solo a través de los procesos humanamente evitables y por ende penalmente relevantes dada la posibilidad de ser imputados a un sujeto, sino también mediante sucesos naturales o situaciones no controlables por la voluntad humana y, en consecuencia, imposibles de atribuir a título de dolo o culpa, por lo que:

> [...] el derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino solo frente a ataques de determinada clase [...]. Al derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente; más bien, la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva. Esto solo puede tener lugar mediante un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no era pertinente respetar la valoración positiva. Lo que constituye una lesión de bien jurídico-penal no es la causación de una muerte (esta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable.[835]

jurídica es valioso para esta"» (*vid.* Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 50, nota 12, citando a Binding).

[833] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 57, marginal 24. Así también lo interpretan Suárez González y Cancio Meliá: «Estudio...», *op. cit.*, 83-84.

[834] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 45, 50.

[835] *Ibid.*, 45-46.

Ahora bien, ante la posible perversión del simple raciocinio formal-normativo, seguidamente, el autor alemán introduce en su discurso el conocido correctivo de la dualidad sociedad-individuo, mas no como una exigencia conjuntiva, sino meramente disyuntiva, dado que logra apostar por un concepto de unidad funcional, en virtud del cual «no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino solo aquel que ha de desempeñar una función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano»[836], con lo cual recoge como propio el criterio de la dañosidad social en la definición del bien jurídico[837].

Empero, Jakobs conviene en demostrar que no toda norma del derecho vigente se orienta a la protección de bienes jurídicos, lo que es tangible, por ejemplo, cuando se consagran modalidades de hecho, de carácter objetivo y subjetivo, y sobre todo cuando el delito consiste en la infracción de un deber especial derivado de competencia institucional, pues en ellos no se perturba una unidad funcional existente, sino que el sujeto expresa su negativa a dejarse integrar en la producción de una unidad funcional (el bien jurídico)[838]. Cosa parecida ocurre en aquellos delitos que protegen la paz social sin tutelar a la vez bienes jurídicos, como sucede en la prohibición del maltrato de animales, de la blasfemia, del incesto, del exhibicionismo o de la provocación de escándalo público[839]. Por tales motivos entiende Jakobs que:

> [...] el núcleo de todos los delitos solo se hallaría en el cumplimiento de un deber [...] [lo que] alude a algo más que a un supraconcepto, es decir, a una concepción de todos los delitos a la manera de los delitos especiales. Nunca ha de tratarse de la lesión de un bien jurídico mediante la inobservancia de la relación solo negativa [¡no lesionar!] sino siempre de la negativa a comportarse conforme al papel asignado en una institución, o sea, como ciudadano, patriota o similar.[840]

Con todo este razonamiento, el autor germano contempla la necesidad de tener presente el filtro de la dañosidad social en la determinación del delito, de modo que en ese universo ingresan tanto las normas protectoras de bienes jurídicos, las normas para la creación

[836] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 52.
[837] *Ibid.*, 55-57.
[838] *Ibid.*, 52-53
[839] *Ibid.*, 54.
[840] *Ibid.*, 53-54 (entrelíneas agregadas).

de bienes jurídicos (delitos especiales y de propia mano) y las normas que tutelan la paz jurídica. De allí concluye que:

> Bien *jurídico-penal* es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica [...]. Esta validez se ve menoscabada cuando por el comportamiento del autor se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración.[841]

En esta perspectiva:

> El derecho penal protege, como condición de existencia de la sociedad solo la vigencia de las normas, es decir, la firmeza ante la defraudación de las expectativas, y por tanto dañoso socialmente y hecho punible es un hecho no por sus efectos externos, sino porque pone en cuestión la validez de la norma [...]. Dada esta situación, el «lugar de determinación de los efectos socialmente dañosos del delito» no reside ya en los «procesos de interacción» perturbados por el hecho como suceso externo, sino solo en la validez de la norma.[842]

En España, la pretensión de apostar por la vigencia de la norma como objeto de protección penal no ha tenido acogida hasta el momento, aunque se registran defensas aisladas de esta postura[843]. Antes bien, la idea de que la norma es el objeto de tutela en cuanto a los deberes que surgen de ella, no en relación con su vigencia y solo respecto de determinadas formas delictivas, fue defendida en los setenta por Rodríguez Devesa, para quien:

> La teoría de que *todo* delito es la *lesión o puesta en peligro* de un bien jurídico es insostenible a la luz del derecho positivo, pues es incuestionable que hay numerosas figuras de delito en que no se precisan la concurrencia, ni por lo tanto la demostración, de que se ha producido tal lesión o puesta en peligro para que la acción se repute punible [...]. Por de pronto, todos los delitos de simple actividad y también los puros delitos de omisión.[844]

[841] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 58.

[842] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, nota 40. «La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: este afirma la no vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante» (Jakobs: «Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional», 28), evidenciando un retorno a la teoría retributiva dialéctica de Hegel sobre la pena.

[843] Como la sostenida por Suárez González y Cancio Meliá: «Estudio...», *op. cit.*, 83-84.

[844] Rodríguez Devesa: *Derecho penal español. Parte general*, 345. También se recoge en Rodríguez Devesa y Serrano Gómez: *Derecho penal español. Parte general*, *passim*.

B. ¿Crítica intrasistemática? De Luhmann a Jakobs

No cabe duda de que a partir de este breve resumen del pensamiento de Jakobs es imposible percibir con detalle el valor de su raciocinio. Antes bien, debe tenerse presente que es lugar común de la crítica doctrinal el acudir a cuestionamientos de orden extrasistemático contra el funcionalista radical de este autor. Y es que la coherencia interna hace difícil la construcción de una crítica importante de signo intrasistemático.

Ahora bien, fuera de las posibles inconsistencias epistemológicas del modelo de Jakobs apuntadas por Vives Antón[845], considero explorable la posibilidad de construir un cuestionamiento en clave lógico-jurídica[846]. En este orden de ideas, debe tenerse presente que el pensamiento de Jakobs respecto al contenido de la función y misión de la punición estatal[847] encuentra sus fundamentos sociológicos en el modelo funcionalista de Luhmann[848], a su vez inspirado en los trabajos de Parsons[849], y las bases teóricas introducidas en la sociología por Durkheim[850] a fines del siglo XIX y desarrolladas a mitad de siglo por Merton[851]. De esta manera, el sistema de Jakobs responde a una ordenación de la realidad jurídico-penal en términos funcionalistas[852], lo que determina la plena normativiza-

[845] Esto en el plano filosófico, *vid.* Vives Antón: *Fundamentos...*, *op. cit.*, 451.

[846] En el trabajo lógico-jurídico es importante reconocer el valor de la obra de Klug: *Lógica jurídica*; Klug: *Problemas de filosofía del derecho*. En la doctrina penal española, Serrano-Piedecasas: «Crítica formal del concepto de la omisión», 981 y ss.

[847] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 8 y ss.

[848] Luhmann: *Rechtssoziologie I-II, passim*; Luhman: *Sistema...*, *op. cit.*, *passim*; Luhmann: *Soziale Systeme*, *passim*. Últimamente, Jakobs ha advertido su toma de distancia respecto de algunos postulados de la teoría de los sistemas de Luhmann, particularmente en el tema de las normas jurídicas y de los tipos de comunicación. *Vid.* Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 16, en donde señala como cuestión preliminar que «un conocimiento superficial de esta teoría **(de los sistemas)** permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales» (énfasis agregado, *vid.* también 37 y ss., 69 y ss). Sin embargo, pese a estas diferencias, aún puede decirse que Jakobs se fundamenta en Luhmann. Así, Vives Antón, para quien «la aplicación que Jakobs hace de las ideas de Luhmann a la dogmática penal es *correcta*, pero no *deductiva*. Pues, a partir de las ideas de Luhmann, hubiera podido sistematizarlo así, pero también de otro modo completamente distinto» (Vives Antón: *Fundamentos...*, *op. cit.*, 450).

[849] Parsons: *La estructura...*, *op. cit.*, *passim*; Parsons: *El sistema...*, *op. cit.*, *passim*.

[850] Durkheim: *De la division du travail social*, *passim*.

[851] Merton: *Teoría y estructura sociales*, *passim*.

[852] Para Lesch: «En un mundo desmitificado el DP solo puede ser ejercido razonablemente entendido como un DP funcional. Función es [...] la garantía de las condiciones fundamentales de la vida común del ser humano; esto es, la estabilización del orden que regula la convivencia del hombre» (Lesch: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 15-16).

ción de los conceptos dogmáticos[853]. Así, Jakobs entiende la pena como «prevención-integración» o «prevención general positiva»[854], el bien jurídico como infracción de la norma en tanto fuente de expectativas sociales, la imputación objetiva como imputación al comportamiento de «las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol»[855], o, más aún, la culpabilidad normativo-funcional como reproche individual ante la infidelidad al derecho, es decir, por la ruptura de las condiciones para una comunicación personal en el seno social[856].

Pues bien, no cabe duda de que la crítica a Luhmann ha de redundar en la crítica a la construcción jakobsiana[857]. Luhmann introduce en idioma alemán la idea del sistema social como objeto principal —casi divino— de la preocupación sociológica, presuponiendo su bondad y entendiéndolo como una realidad necesaria para el desarrollo individual y unánimemente aceptada por todos, de modo que el sistema cobra vida propia al punto de exigir a cada individuo el cumplimiento de roles previamente asignados con el fin de mantenerlo, protegerlo y quizás actualizarlo cuando ello sea conveniente para su sostenimiento en el tiempo y en el espacio.

Así, Luhmann sostiene una versión mucho más organicista[858] que el modelo sustentado por Parsons, pues descarta la idea de sistema como realidad hermética o cerrada en sí misma, como sostiene este último, de modo que apuesta por un sistema abierto que no se agota en lo intrasistémico y que trasciende hacia su relación con el medio ambiente de naturaleza extrasistémica y no controlado por el sistema, pero frente al cual el sistema reacciona con el fin de mantener su propio equilibrio interno, de forma tal que se plantea

[853] Lesch: *Intervención...*, *op. cit.*, 17-18. Lesch entiende que: «La diferencia entre la dogmática penal "naturalista" y la "normativista" se puede [...] reconducir a una diversa concepción de la convivencia humana, es decir, a que se entiende por sociedad. Esta doble concepción reza: maximización de intereses (satisfacción racional y óptima de las necesidades de cada uno) versus mantenimiento de las condiciones de comunicación; seguridad de bienes versus seguridad de expectativas; o, como es más corriente: protección de bienes jurídicos versus estabilización de la norma» (*ibid.*, 15-16).

[854] Denominación impropia en sentir de Lesch, pues no se persigue la evitación de futuros delitos, se trata de «una teoría retributiva funcional que oscila entre una fundamentación absoluta y una relativa, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no solo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista» (*ibid.*, 40).

[855] Jakobs: *La imputación objetiva en derecho penal*, 97.

[856] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 59 y ss., 78 y ss.

[857] Como expresa Vives Antón: *Fundamentos...*, *op. cit.*, 450, el Tratado de Jakobs desarrolla «la idea de sistema de Luhmann y la idea de injusto personal de Welzel».

[858] *Ibid.*, 452.

la cuestión de los límites del sistema, que responden a la dinámica del medio ambiente[859].

Luego, en la determinación de los límites se adopta una solución excesivamente pragmática que plantea graves problemas de insuficiencia epistemológica[860], pues:

> [...] el único criterio de verdad —y de justificación— del sistema es su eficacia selectiva para mantener su equilibrio interno [...] la única verdad es el «equilibrio del sistema». Esto implica una legitimación a priori del sistema y de su equilibrio, que no admite ninguna réplica [...]. En cuanto a los valores, Luhmann lo reduce prácticamente al equilibrio del sistema, en tanto que todo el resto se relativiza, quedando degradados a meros valores instrumentales, de los que puede echarse mano o desecharlos, según resulte funcional para ese equilibrio.[861]

Entendida así la ideología luhmanniana, como advertimos, Jakobs la retoma y moldea para adaptarla a su propia concepción del sistema penal, al entender que «su legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado»[862]. Esto es, hasta el instrumento más gravoso del control social está subordinado a la conservación del sistema social, al que pertenece el Estado, como responsable y administrador de la misión conservaticia. En tal orden de ideas, el legislador penal debe definir el catálogo de conductas punibles (deber ser) en función de aquello que es necesario para la conservación del sistema (ser), o dicho de otro modo, el DP como realidad valorativa (deber ser) está determinado por las necesidades de funcionamiento del sistema (ser). De allí que la norma penal:

> [...] puede tener un fin [*proteger bienes jurídicos*], pero cumple una «función» que no coincide con el fin y, por ende, lo tutelable es esa función o sea, que el delito es la lesión a esa función, con lo cual reaparece la idea de la «dañosidad social» del viejo organicismo [...] cuando se realiza una acción descrita en un tipo penal [...] poco importa que se haya afectado o no al objeto que la norma quiere tutelar, porque pasa a primer término la desobediencia que desacredita la autoridad del Estado.[863]

[859] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 753.
[860] Vives Antón: *Fundamentos...*, *op. cit.*, 451.
[861] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 753-755.
[862] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 44.
[863] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 760.

Es precisamente por ello que, para Jakobs, el bien jurídico es la vigencia de la norma, de forma que el contenido del desvalor no opera en relación con la lesión o puesta en peligro del bien valorado positivamente (desvalor del resultado), sino por la mera desobediencia del individuo del deber jurídico, por su desprecio frente al valor funcional de la norma penal en tanto medio de conservación del sistema (desvalor de acción)[864].

Pero, como ya hemos señalado, el sentido de la norma penal (deber ser), como pieza funcional conectada teleológicamente al sistema[865], se encuentra definida o determinada de forma obligatoria

[864] Sin embargo, sobre la necesidad teórica y pragmática de consagrar la desvaloración del resultado, entendido como la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico-penal, en la estructura nuclear del tipo de injusto, *vid.* Stratenwerth: *Acción y resultado en derecho penal*, 57-59, 97-98. En esa misma línea, es sentir generalizado en la doctrina española que «la exigencia de lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico concreto para la antijuricidad material se opone a los denominados "delitos formales" o de pura desobediencia [...] configurados sin ataque a ningún bien jurídico, sino como mera infracción de un deber de obediencia al Estado» (*vid.* Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 324).

[865] Sin duda, la única orientación teleológica que admite este macrofuncionalismo es el fin de mantenimiento del sistema, lo cual descarta toda otra versión teleológica que permita la introducción de condiciones axiológicas definidas en función de los resultados político-criminales, como se aprecia desde el clásico trabajo de Roxin: *Política criminal y sistema del derecho penal, passim.* Desarrollos de esta tendencia pueden verse en posteriores trabajos suyos: *Política criminal y estructura del delito* (1992); *Strafrecht. Allgemeimer Teil. T. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (1994). Para Silva Sánchez, la corriente dogmática «funcionalista» o «teleológica» pretende racionalizar la intervención de los aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción de un sistema abierto (Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 67 y ss.). Empero, actualmente se diferencian claramente dos corrientes funcionalistas, una «moderada» y otra «radical». El llamado «funcionalismo moderado» está representado primordialmente por Claus Roxin, quien desde una visión «práctica» propone orientar el sistema del DP hacia las valoraciones de la política criminal, lo cual obliga a una amplia normativización de los conceptos, pero proporciona la flexibilidad necesaria para hacer posible las variaciones de contenido en los conceptos, en función de los cambios valorativos o del equilibrio de fines. Ello permitirá avanzar hacia la construcción de un «sistema abierto» de orientación teleológica. Por otro lado, el llamado «funcionalismo radical» de Günther Jakobs (*vid.* Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*) responde más bien a preocupaciones metodológicas, pues de lo que se trata es de ofrecer una sistematización del derecho penal vigente que resulte explicativa del mismo, se propone una refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático. Empero, ello puede conducirnos a consecuencias dogmáticas que pretenden revolucionar la concepción de la pena —como prevención general positiva o integradora— y de la teoría del delito, como, por ejemplo, la definición de las categorías del tipo, causas de justificación y culpabilidad sobre elementos normativos de imputación o, más aún, la eliminación en el plano del tipo de la diferencia entre elementos objetivos y subjetivos. Ahora bien, para Silva Sánchez, con el método funcionalista «nos encontramos muy cerca de hallar el verdadero status de la dogmática, tanto tiempo difuminada [*sic*] entre pretensiones de una desmedida cientificidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer» (Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 71). Para el entendimiento de ambos modelos funcionalistas, *vid.* Schünemann (comp.): *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones*

por las necesidades sistémico-funcionales (ser). De hecho, esta conexión causal (necesidad funcional, entonces norma penal) entre el ser y deber ser, entre el plano ontológico y el terreno axiológico, puede despertar importantes dudas, como la expuesta por Zaffaroni para quien:

> Lo desconcertante es que, mediante la apelación al pragmatismo, Luhmann cambia el «ser» en «deber ser», lo cual da por resultado que la realidad social de los países centrales, cuyas contradicciones están conduciendo a una progresiva represivización del control social, resulte legitimada solo porque esas contradicciones existen y porque esa represivización se produce. Si trasladásemos el planteamiento a una estructura jurídica o de control social represivo en un país colonial, dado que el «sistema» (el colonialismo) lo requiere para mantenerse, el control social represivo colonialista quedaría perfectamente legitimado en tanto ese control resulte funcional para su sostenimiento.[866]

Tales dudas en clave lógico-jurídica pueden motivar críticas en el plano de la metateoría y de la metalógica de las normas[867] en el sentido de que es imposible, partiendo de una o más propiedades del ser, inferir una o varias exigencias de deber ser[868], dado que «solo se llega a una conclusión de deber ser cuando se presupone por lo menos una —la mayoría de las veces más de una— premisa de deber ser (premisas normativas)»[869], premisa denominada *axioma normológico de regresión* y que Klug define del modo siguiente: «Todo aquello que es condición necesaria para el ser de lo que debe ser, debe también ser»[870]. De esta manera, cuando en la ciencia del derecho se deduce tácitamente de las propiedades del ser la proposición normativa, se incurre en un razonamiento entimemático o «entimema», consistente en «una conexión de inferencia abreviada en la que se han eliminado una o varias premisas intermedias». De esta forma se produce el «milagro» de convertir «lo que es, en lo que debe ser»[871]. En

fundamentales. Una crítica general contra ambos modelos en Vives Antón: *Fundamentos...*, *op. cit.*, 447-452.

[866] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 756.

[867] *Vid.* Klug: *La teoría del derecho natural en tanto problema de la metateoría y de la metalógica de las normas*, 7 y ss.

[868] *Ibid.*, 10, nota 3, en donde expresa su adhesión a Hans Kelsen y la de este al lógico Arthur Prior. En la doctrina española, Serrano-Piedecasas: «Crítica...», *op. cit.*, 988, nota 31, en donde cita a los mencionados autores y demuestra la conformidad de Bobbio y Strathenwerth.

[869] Klug: *La teoría...*, *op. cit.*, 11.

[870] *Idem.*

[871] Serrano-Piedecasas: «Crítica...», *op. cit.*, 989.

tal línea de ideas, el razonamiento entimemático limita la libertad del legislador en la elaboración de la norma, pues equivale a afirmar que «la "naturaleza de la cosa" *vincula al legislador*»[872]. Esto mismo se conoce como «falacia naturalista», que consiste en hacer desprender de las proposiciones de hecho (necesidades, bienes o intereses), proposiciones valorativas (consecuencias jurídicas o morales)[873].

Ahora bien, aunque difícilmente pueda sostenerse que el razonamiento jakobsiano es entimemático, dada su aparente coherencia interna que en todo caso amerita un estudio y desarrollo que escapa a los escuetos objetivos de estas líneas, no es menos cierto que el dato lógico-jurídico refleja el flujo de la construcción funcionalista del ser al deber ser, pues de las proposiciones del ser «A» (son disvaliosas las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social) y «B» (la función de la norma penal es sancionar las conductas disvaliosas)[874] se deduce la proposición normativa «C» (la función de la norma penal debe ser sancionar las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social). Y claro, tal línea de ideas carecerá del carácter entimemático o seudoinferencial siempre que se justifique la presencia de un axioma normológico de regresión, que en el pensamiento de Jakobs, parafraseando a Klug y adaptando su definición al discurso penal, equivaldría a admitir la proposición de deber ser «D» (se deben sancionar penalmente las conductas disvaliosas), sobre lo cual, por cierto, reina acuerdo en la doctrina, dado que el injusto penal se construye sobre la base de un disvalor, cuando menos, del comportamiento.

[872] Serrano-Piedecasas: «Crítica...», *op. cit.*, 989 (cursiva original).

[873] Muguerza definió la *falacia naturalista* como «el intento de derivar conclusiones expresadas en un lenguaje evaluativo (el lenguaje de los juicios de valor o de las normas) a partir de premisas expresadas en un lenguaje descriptivo (el lenguaje de los juicios de hecho)» (*vid.* Muguerza: «En torno a la lógica de la falacia naturalista», 141 y ss.; García Añón: «Los derechos humanos como derechos morales. Aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez», 62, citando a Hume (*A treatise on human nature*, 1793), quien planteó esta problemática lógica.

[874] Sin duda, en el modelo sociológico de Jakobs, las proposiciones A y B pertenecen al ser, pues la sociología es una ciencia que no opera con patrones axiológicos sino puramente reales, pues su objeto es la «realidad social», «el hecho social», *vid.* Bottomore: *Introducción a la sociología*, 11. De esta manera, para Luhmann y Jakobs la sociedad se explica en términos de funcionalidad, esa es su única verdad. Luego, de A y B solo puede deducirse otra proposición del ente X (la función de la norma penal es sancionar las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social).

A pesar de lo anterior y el temor de Zaffaroni del salto funcionalista, sin más, del ser al deber ser, debe ponerse de relieve que el modelo sociológico del autor alemán opera exclusivamente en el plano del ente, lo que sin duda es consecuencia directa del objeto (la realidad social, el hecho social)[875] y método de estudio (el funcionalismo en este caso)[876] de la teoría sociológica. Jakobs opera en el plano de la realidad social como sistema, dentro del cual el DP cumple la función fáctica de conservarlo, por lo que la dogmática penal se normativiza para ajustarse a dicha misión definida de facto por el sistema, con lo cual delezna toda cuestión valorativa o axiológica de orden político-criminal, pues la «verdad» tiene su principio y fin en las necesidades funcionales del sistema. Esto se evidencia en el tratamiento del bien jurídico, porque el mencionado autor concluye que la indemnidad del bien jurídico-penal se identifica (es =) con la vigencia fáctica de la norma[877], lo que se deduce a partir de la negación de las dos premisas siguientes: la infracción de la norma penal equivale (es =) a la dañosidad social[878] y la lesión del bien jurídico equivale (es =) a la dañosidad social[879].

Pues bien, este razonamiento evidencia sobradamente cómo Jakobs cierra el sistema en el plano del ente, dando por cierto (ser) realidades que pertenecen al deber ser para concluir en un razonamiento cerrado o circular. Así, da por verdadero que la norma penal expresa la dañosidad social (ser) por el solo hecho de ser norma (deber ser), y que el bien jurídico es la validez de la norma (ser) porque es norma (deber ser). De esta manera, incurre en un raciocinio circular de orden tautológico en donde el deber ser se convierte «milagrosamente» en ser porque así debe de ser. Con esto, en el terreno lógico-jurídico es explorable la opción de construir en contra de este pensamiento la crítica de la «falacia normativista», expresión con la que alude Ferrajoli al recurso argumental, muy normal en el mundo del derecho, que supone una variante de la «falacia naturalista», si bien en sentido inverso por cuanto el salto se produce del «deber ser» al «es». A tal modo de operar —ideológico, por representar una clara transgresión a la «ley de Hume»— se refiere

[875] Bottomore: *Introducción...*, 11 y ss.

[876] *Ibid.*, 45 y ss. Sobre el funcionalismo *vid. ibid.*, 54-56.

[877] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 45, marginal 2, 58, marginal 25a.

[878] *Ibid.*, 56, *vid.* nota 40. Si se niega esta premisa, se obtiene que la vigencia de la norma equivale a la negación de la dañosidad social, como sostiene el propio Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 17-18.

[879] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 57-58, marginales 24-25. Al negarse esta premisa se obtiene que la indemnidad del bien jurídico equivale a la negación de la dañosidad social.

Ferrajoli como aquel en que se «asumen las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas»[880].

C. Crítica extrasistemática, réplica y dúplica

Ahora deseo abundar en las críticas extrasistemáticas que ya se han venido señalando, para lo cual se ha de tener en cuenta el dato anteriormente apuntado, es decir, la operancia en el plano del ente (el sistema social) que excluye la realidad valorativa político-criminal que observa el DP en sus consecuencias. En este orden de ideas, debe ponerse de relieve que la ciencia del DP ha construido todo un sistema para determinar en qué casos existe responsabilidad delictiva. Empero, a mi entender, dicho sistema no debe organizarse de modo neutro como pretende Jakobs[881], sino en función de un conjunto de principios que responden a una determinada visión del mundo, del sistema social y del papel del hombre en ellos, con el fin de racionalizar el uso del poder penal dentro del marco que impone el modelo de Estado social y democrático de derecho. Por ello, en palabras de Arroyo Zapatero, «la debilidad del funcionalismo radica en que su pretensión de neutralidad valorativa tiende a servir en todo sistema social y ello repugna a quienes no quieren prescindir de valores»[882], valores que bien pueden hallarse en la nueva visión del hombre y de la sociedad que introduce la Constitución[883].

Sin embargo, frente a la crítica contra la neutralidad del paradigma funcional[884] se ha levantado el propio Jakobs ratificando sin temor que entendida la sociedad como «un sistema de comunicación normativa», entonces «lo subjetivo solo tiene relevancia secundaria»[885]. Luego, en mi interpretación, el autor alemán sostiene que la neutralidad de su modelo funcional no necesariamente conlleva

[880] *Vid.* Ferrajoli: «Il diritto penale mínimo» en *Dei delitti e delle pene*, 496. Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 317.

[881] «[E]l punto partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral», «la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado» (Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 30, 36).

[882] Arroyo Zapatero va más allá, pues señala que «el funcionalismo puede resultar la metodología más fructífera si se la reconvierte introduciendo en el mismo la limitación de su neutralidad frente al sistema, afirmando la legitimidad del recurso a valores y la fijación del orden constitucional como fuente de los mismos, es decir, delimitando de tal modo el "sistema legítimo" en el que pueden operar los factores y el análisis funcional [...] el sentido del sistema penal no puede derivarse tan solo de la función que realmente cumple, sino también de la función que debe cumplir conforme a las indicadas decisiones políticas fundamentales» (Arroyo Zapatero: «Fundamento...», *op. cit.*, 100).

[883] *Ibid.*, 100-101.

[884] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 29.

[885] *Ibid.*, 10-11.

entender que el sujeto, como centro de imputación de derechos y obligaciones, carece de valor frente a las necesidades de funcionamiento del sistema social, pues «este estará presente exactamente en aquella medida en la que sea trasmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad»[886], de modo que dependiendo de cómo esté organizada y cómo funcione la sociedad, el sujeto puede carecer de todo valor o, contrariamente, constituir el objeto central de la preocupación del sistema.

En consecuencia, a mi entender, lo que importa en Jakobs es el *continente*: un sistema social en funcionamiento, lo que para el autor equivale a una sociedad en donde opere la comunicación personal (normativa), es decir, en donde a cada sujeto se le asigna un rol determinado, de manera que estos tienen expectativas comunes (un proyecto de mundo) que definen y garantizan la vigencia de la norma penal[887]. Empero, el *contenido* se relativiza y depende de cada sociedad, pues el modelo de sistema funcional es neutro y capaz de servir a cualquier tipo de organización. Pero dada esta asepsia ante lo valorativo, lo que es deseado en el modelo descrito, el autor señala que una sociedad en funcionamiento, es decir, en comunicación personal, constituye un factor importante para la existencia de sujetos libres[888], de modo que «la objeción de que el derecho penal funcional es por definición hostil al sujeto, no es compatible ni con la relación teórica ni con la relación práctica que existe entre sociedad [...] y subjetividad»[889].

[886] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 29.

[887] *Ibid.*, 30-37, 78-83.

[888] «La subjetividad se genera en un proceso mediado por lo social» (*ibid.*, 31), «Sin una sociedad en funcionamiento faltan las condiciones empíricas de la subjetividad [...] no hay nada más que un cúmulo casual de individuos humanos que al carecer de algo común de carácter vinculante no conocen mundo objetivo y por ello no pueden traspasar el marco de sus respectivas percepciones individuales» (*ibid.*, 32), «Sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres» (*ibid.*, 33), «Solo ante el trasfondo del sentido comunicativo aparece el sentido subjetivo. No se trata de que la sociedad, entendida como algo hecho y terminado se anteponga al sujeto, pero también queda excluido lo contrario. Dicho de otro modo, la subjetividad no solo es un presupuesto, sino también una consecuencia de la socialidad. Sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad y viceversa» (*ibid.*, 34). Sobre esto insiste Lesch: *Intervención...*, *op. cit.*, 17.

[889] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 35-36.

Coherentemente con las ideas de neutralidad, el profesor alemán enfrenta la objeción de que su sistema pretende estabilizar normas, sin determinar si favorecen la libertad o aterrorizan[890], y expresa que: «La mera circunstancia de que se trata de la protección de una norma no implica que se trate de una norma *jurídica* en sentido enfático, ni siquiera implica que se pretenda mantener una determinada forma de *sociedad*»[891], pues «no se trata del derecho penal de una sociedad deseable, sino del derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico»[892].

De otra parte, similares líneas de respuesta han sido defendidas por Suárez González y Cancio Meliá, cuando niegan, en contra de Baratta[893], que el modelo jakobsiano persiga:

> [...] algún oscuro fin político [...]. Pues su concepción precisamente pretende *describir* en un sistema normativo el funcionamiento de un determinado sistema de imputación; esto es, se trata de una concepción que quiere separar política criminal y dogmática penal, sin que ello pueda ser tomado como prueba de unas determinadas intenciones políticas.[894]

Empero, el carácter tajante de estos argumentos es inmediatamente atenuado por los autores antes citados, pues sostienen que la dogmática de Jakobs no es incompatible con las «reflexiones de índole político-criminal o relativas a la legitimidad del sistema o de partes de él»[895], lo que se evidencia por ejemplo con la dura crítica que el profesor alemán efectúa contra algunos casos legales de anticipación de la barrera punitiva. Asimismo, en cuanto a la pena, niegan que Jakobs la fundamente «en la represión de actitudes de infidelidad al derecho», dado que, por ejemplo, sus criterios de imputación objetiva son marcadamente objetivistas, como sucede en el ámbito de los conocimientos especiales[896].

[890] Jakobs: «Sociedad...», *op. cit.*, 29, 37-41.
[891] *Ibid.*, 38 (cursiva original).
[892] *Ibid.*, 40.
[893] Baratta: «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica» en *Cuadernos de Política Criminal*, 544-551.
[894] Suárez Sánchez y Cancio Meliá: «Estudio...», *op. cit.*, 79-80.
[895] *Ibid.*, 81.
[896] *Ibid.*, 79, incluyendo la nota 165.

Ahora bien, a pesar de la inteligente defensa que Jakobs y sus glosadores en España, Suárez González y Cancio Meliá, realizan en favor del modelo funcionalista sistémico, en mi particular opinión no logran aportar argumentos absolutos. Ciertamente, la loable preocupación de estos autores consiste en articular un modelo penal sistemático y coherente, razón por la cual se evidencia una tendencia a divorciar la dogmática de la política criminal, pues no son pocos los casos en que esta última aconseja tomar distancia de los puros resultados dogmáticos, en pro de soluciones materialmente justas, pero a la vez asistemáticas, es decir, disfuncionales. Es por esta razón que Jakobs y sus epígonos pretenden la absoluta normativización de la dogmática, camino que permite la deseada coherencia sistémica, pues es neutral o inmune a la realidad social que la circunda y exige, más que *l'art pour l'art*, determinadas tomas de postura frente a los problemas.

En esta línea de ideas, la justificación jakobsiana de la neutralidad del sistema es insuficiente porque al marginar del ámbito penal el valor de lo subjetivo (de la persona humana) y derivarlo al terreno social, se mantiene el riesgo de que el orden punitivo sirva a un modelo social en donde dicho valor importe poco. Sin duda, en ningún momento he afirmado que Jakobs defienda necesariamente algún modelo social caracterizado por el terror, pero es evidente que al centrar su preocupación en el continente (la funcionalidad del sistema) y no en los contenidos (los valores a reproducir), es posible que dicho continente reproduzca contenidos reñidos con la libertad o la idea de dignidad humana, más aún cuando los aportes criminológicos actuales confirman la tendencia de los sistemas sociales hacia la represión penal. De allí la importancia de cultivar un DP orientado a sus consecuencias político-criminales, es decir, que reivindique la necesaria relación entre la dogmática y el mundo axiológico.

En esa misma línea crítica, Jakobs parece olvidarse que su modelo de sociedad ideal, fundamentada en la «comunicación personal», la cual solo es posible de alcanzar reforzando un conjunto mínimo de valores, pues, si se prescinde de lo axiológico, no se dan los presupuestos para dicha comunicación. Que la «comunicación» solo es posible dentro de un marco axiológico ha quedado de manifiesto en la filosofía gracias a la obra de Jürgen Habermas[897]. De allí, por

[897] Habermas: *Teoría de la acción comunicativa 2, passim*; Habermas: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos, passim. Vid.* la monográfica revisión y crítica de

ejemplo, que un amplio sector doctrinal halle la razón de ser de los derechos humanos en el seno de la democracia, entendida como la «sociedad comunicativa ideal», es decir, los derechos humanos como «necesidades humanas comunicativas ideales»[898].

Ahora bien, pese a insistir en la neutralidad de su modelo, Jakobs parece ser consciente de la necesidad de contar con una base axiológica, pues entiende la comunicación personal como un «mundo con expectativas normativas», es decir, donde:

> [...] la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro pueda invocar esa regla [...] el individuo emprende algo que solo tiene sentido sino se encuentra solo en el mundo. Así **acepta a los otros como seres iguales a sí mismo y se ve a sí mismo (de otra manera esto sería imposible) como la voluntad que es libre** [es decir, que se concibe como un centro que ya no se limita a la administración de sus propias preferencias].[899] (Énfasis y entrelínea agregados)

De lo anterior se deduce que los presupuestos axiológicos para una comunicación personal son al menos dos: la igualdad y la libertad. Sin el sentido de igualdad, el individuo carece de motivos para respetar la norma que refleja las expectativas de los otros individuos, pues antepondrá sus preferencias egoístas que, ante tal situación, se le presentan como superiores en relación con las expectativas de cualquier otro que aparece como inferior, es decir, desigual. A su vez, la ausencia de libertad impide el comportamiento moral que permite el cumplimiento de la norma, es decir, el respeto de las expectativas de otros iguales. Evidentemente, un modelo funcional, como el de Jakobs que se autoproclama neutral o servil a cualquier tipo de sociedad, es incapaz de asegurar la igualdad y la libertad necesarias para la comunicación personal. En consecuencia, el funcionalismo sistémico esbozado por Jakobs constituye un programa incapaz de dispensarse a sí mismo los medios para alcanzar sus fines. La simple funcionalidad, cuando no persigue la igualdad y la libertad, no puede garantizar una sociedad en donde la comunicación personal sea una aspiración seria.

la teoría habermasiana de Boladeras: *Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos, passim.*

[898] *Vid.* Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 64-65.

[899] Jakobs: «Sociedad ...», *op. cit.*, 79-80.

Piénsese, por ejemplo, en sociedades como la peruana, en donde la desigualdad material, cultural y étnica es tangible, sumada al déficit de libertad política, de expresión y no pocas veces de movimiento dado los comunes regímenes de «suspensión de derechos». En sociedades tales, un modelo funcional sistémico «neutral» no puede pretender, sino utópicamente, alcanzar la comunicación personal si es que no toma partido en contra de las carencias de igualdad y libertad. Pero aun si se piensa en sociedades donde ambos valores tienen mayores grados de arraigo[900], la conclusión no varía, pues la mera funcionalidad neutral es incapaz de mantener o consolidar dichos valores, dado que lo axiológico le es ajeno. Y todo esto es mucho más que una crítica extrasistemática, porque cuestiona la viabilidad del proyecto de Jakobs mediante la negación material de su coherencia interna: la neutralidad impide la comunicación personal.

Pues bien, este mismo razonamiento sirve para relativizar la valía de los restantes argumentos de Jakobs: que el sujeto libre solo es posible dentro de una sociedad en funcionamiento y que la pretensión de estabilizar normas no equivale al deseo de mantener un determinado sistema social. Ciertamente, si la neutralidad del funcionalismo sistémico le impide aspirar a un determinado modelo de sociedad, entonces, aunque esta funcione adecuadamente, no puede decirse que aspire a un específico modelo de sujeto, libre o no libre. En similar sentido, la pura estabilización de las normas puede servir por igual a una sociedad de sujetos libres o no libres.

Respecto a la defensa de Suárez González y Cancio Meliá, si bien las críticas de Baratta pueden contener matices maniqueístas, los argumentos aportados por sus detractores son también relativos. En efecto, es cierto que la separación entre política criminal y dogmática no es prueba de oscuros fines políticos, pero como hemos advertido, si es prueba de la *posibilidad* de manipulación o perversión de la dogmática, ciega a sus consecuencias en el terreno social, en favor de indeseados programas político-criminales. De otro lado, como se advirtió antes, para demostrar que la evaluación de la legitimidad del sistema está presente en Jakobs, Suárez y Cancio recurren al método deductivo, con base en el repudio de casos de

[900] Sobre esto deseo evitar los ejemplos y el uso de clichés como «países desarrollados» o «primer mundo». Empero, el modelo de Estado social y democrático de derecho, en donde los valores de libertad e igualdad son preponderantes, es una pista importante para la imaginación.

anticipación de la barrera punitiva. Antes bien, no debe olvidarse que toda decisión dogmática es pasible de una valoración político-criminal, ya que es cuestión distinta si esa valoración cuenta o no en el raciocinio dogmático. De esta forma, el citado método deductivo apenas demuestra que determinadas defensas jakobsianas conducen a loables resultados político-criminales; mientras que, en el plano general, puede afirmarse inductivamente que el funcionalismo puede arribar por igual a soluciones de diferente signo valorativo. Semejante problema plantea el recurso al objetivismo de la imputación objetiva de Jakobs para negar el subjetivismo que afirma Baratta en relación con el fundamento de la pena.

Ahora bien, relativizados los contrargumentos de Jakobs para paliar los inconvenientes de la neutralidad de su modelo, deseo finalmente explorar las consecuencias que conlleva. Efectivamente, dada su neutralidad, el modelo de Luhmann y Jakobs presupone en primer término el consenso[901], es decir, la idea de que la sociedad acepta unánimemente el modelo social imperante, de forma que le son ajenos el pluralismo propio de la idea democrática y, por ende, los conflictos que a partir del concurso de las diferentes ideas puedan generarse. De este modo, quien mediante su conducta disienta de los patrones sociales es disfuncional al sistema y, en consecuencia, debe ser reprimido. En este sentido, Zaffaroni critica los fundamentos del modelo funcionalista precisando que:

> En síntesis: toda la teoría se sustenta sobre la necesidad del control que se legitima por sí mismo y opera mediante un creciente reforzamiento de roles. Aquí surge una clarísima manifestación de organicismo extremo: las conciencias, o sea, las elecciones individuales, deben subordinarse a los roles que las hacen funcionales al sistema y lo equilibran. La riqueza de la conciencia quedaría reducida a la incorporación simplificada al sistema en forma de roles más o menos generalizados y siempre normados funcionalmente. Luhmann niega para ello las relaciones de causalidad tanto como las de finalidad: los sistemas se explican solo por la funcionalidad. Los hombres actuarían funcionalmente en la medida en que se adapten a roles cuya función es equilibrar el sistema que, a su vez, norma esos roles para obtener el sostenimiento de su equilibrio, y así seguiríamos dentro de este círculo.[902]

[901] Zaffaroni: «El funcionalismo...», *op. cit.*, 763.
[902] *Ibid.*, 754-755.

De otro lado, aunque pueda entenderse que el sistema social, en cuanto tal, y los mecanismos de interacción y de distribución de expectativas sociales pueden ofrecer a los ciudadanos una garantía de estabilidad en sus relaciones entre sí, e incluso en sus relaciones con el Estado, lo cierto es que este macrofuncionalismo presupone asimismo la bondad del sistema como de los mecanismos a través de los cuales se autolegitima y conserva. Obviamente, dicha bondad no se relaciona con argumentos de orden moral, sino más de bien con una valoración político-social, dado que si se entiende que el sistema debe conservarse para su normal funcionamiento, luego ha de entenderse que la evolución social ha alcanzado tal punto de desarrollo histórico que es imposible mejorar o avanzar hacia nuevas formas de organización que pueden significar una mutación del modelo imperante o su fin en aras de un esquema sentido como más satisfactorio[903]. En este orden de ideas, aceptar el pensamiento funcionalista equivale a presumir la no necesidad de la evolución histórico-social, algo sin duda utópico, pues el carácter dinámico es inherente a todo sistema.

Luego, dada la idea de consenso y bondad del sistema, es lógico entender que su defensa, es decir su conservación, se convierte en el valor más importante, pues de su eficaz funcionamiento depende el desarrollo de las propias relaciones interindividuales. Empero, el problema que esta forma de entendimiento suscita es que no logra ofrecer las necesarias garantías individuales frente a la majestuosidad del orden social así concebido, de modo que nada impediría someter al individuo a la consecución de los fines de sostenimiento sistémico. Precisamente, este temor se concreta en la construcción jakobsiana del bien jurídico que implica la renuncia a cualquier referente material que limite al legislador en la definición del delito. En efecto, si se entiende el bien jurídico como la vigencia de la norma y el delito como la defraudación de las expectativas sociales recogidas por la norma, solo se aspira a un límite formal, pues todo lo que sea norma legitima la función punitiva en tanto se oriente al mantenimiento del sistema imperante. Este último referente (lo funcional para el sistema) es tan vacío de contenido que el bien jurídico, y por ende la norma penal, queda convertido en un cheque en blanco pasible de ser instrumentalizado por ideologías o políticas de cualquier signo. El delito se identifica con la mera desobediencia

[903] De allí que Carbonell Mateu señale que «las teorías sistémicas aplicadas al DP, o bien tan solo suponen una trasmutación terminológica [...] o son explicaciones profundamente reaccionarias, en la medida en que no permiten el cuestionamiento de los valores ni, por supuesto, del sistema mismo» (Carbonell Mateu: *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*, 33).

al poder del Estado, lo cual se acerca al sentido que le dieron los penalistas del nacionalsocialismo.

2.2. Tesis constitucionalistas

2.2.1. Perspectiva general

Enfrentando las críticas contra las teorías sociológicas, la doctrina penal se inclinó por la búsqueda de una fuente más segura de donde extraer o derivar los bienes jurídico-penales. Para ello, recurrió a la norma más importante del ordenamiento jurídico: la Constitución.

Ciertamente, a partir de los trabajos de la doctrina alemana[904] e italiana[905], un sector doctrinal español[906] pretende hallar en la Constitución el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles. En general, las teorías constitucionales se basan en la existencia de dos órdenes de valores en el sistema jurídico: por una parte, los valores consagrados en la Constitución; por otra parte, los que consagra la ley penal, por lo que es obligatoria la coincidencia de los segundos con los primeros, aunque se aprecian diferencias respecto al tipo de coincidencia entre tales órdenes axiológicos[907]. De esta forma, se entiende que, si la pena constituye una sanción que puede afectar directamente derechos constitucionalmente reconocidos, y en virtud de la proporcionalidad, entonces el DP solo debe proteger aquellos valores constitucionalmente reconocidos, de modo explícito o implícito[908].

[904] Rudolphi: «Los diferentes...», *op. cit.*, 337 y ss.; Sax: «Grundsätze der Strafrechtsplege», *passim*; Zipf: *Introducción a la política criminal*, 94.

[905] Bricola: *Teoria generale del reato*, 15 y ss.; Angioni: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 163 y ss.; Pulitanó: «La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione» en *La Questione Criminale*, 111 y ss.; Pulitanó: «La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche», 33 y ss.; Gemma: «Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire» en *Diritto e Societá*, 459 y ss.

[906] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 20 y ss.; González Rus: *Bien...*, *op. cit.*, 23 y ss.; Escrivá Gregori: «Algunas consideraciones sobre derecho penal y constitución» en *Papers. Revista de Sociología*, 141 y ss.; Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 33-36, 207-208; Morillas Cuevas: *Curso de derecho penal español. Parte general*, 38-39.

[907] Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 35.

[908] Bricola: *Teoria...*, *op. cit.*, 15. La STC 105/1988, del 8 de junio, manifestó como necesario «que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho».

Al anterior argumento se le suma que el TC y la doctrina están de acuerdo en subrayar el valor directamente normativo del texto constitucional, expresado en el art. 9.1 de la CE[909] y que vincula la actuación de los poderes públicos y la dinámica de la sociedad, por lo que la articulación del bien jurídico no puede contradecir el tenor constitucional[910]. Pero la vinculación no se agota en el matiz formal (el máximo rango del sistema jurídico) de la carta magna, sino que, desde una perspectiva material, ella tiene un valor consensual en cuanto a expresión de la voluntad de los miembros de una comunidad como expresión jerarquizada de aquellos intereses que se estiman como esenciales para el funcionamiento del sistema social[911]. Por ello, los defensores del constitucionalismo comprenden que su versión obedece a la necesidad de concebir «un concepto que sea, a la vez, trascendente respecto al sistema del Código, pero inmanente al sistema jurídico —positivo en su conjunto— y que encuentra en este sistema complejo, fuera del código, unos contenidos materiales bien definidos»[912].

Ahora bien, en el plano general, también debe reconocerse que esta tendencia tiene pretensiones garantistas y, hasta cierto punto, refuerza la eficacia limitadora del concepto de bien jurídico al entablar su directa conexión con la Constitución, tanto por su valor formal como material. Asimismo, aunque la pena no siempre incide sobre la libertad personal, sino que en ocasiones afecta a otros derechos o intereses de matiz patrimonial —por ejemplo—, no puede negarse que siempre la amenaza de una pena constituye una restricción de la libertad individual, por lo que fuera de duda está plenamente justificada la exigencia de una consagración constitucional implícita o explícita de los bienes penalmente protegibles[913].

Empero, así expuesto el criterio, es insuficiente para cumplir la función crítica[914], pues el concepto, aunque material, carga con el incon-

[909] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 8. Art. 9.1 del CE: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución [...]».

[910] Pérez Álvarez: *Protección...*, *op. cit.*, 35; Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 36; Gutiérrez Francés: *Fraude...*, *op. cit.*, 206. Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 20, citando a Vasalli, quien entiende la relación penal-constitucional más allá de la mera no contradicción y apuesta por un principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución.

[911] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 6-7; García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* 42 y ss.

[912] Pulitanó, citado por Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 19, nota 57, para quien la CE impone al legislador límites externos (por la forma de Estado social y democrático de derecho) e internos (cómo y quién legisla).

[913] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 274.

[914] De allí que Hurtado Pozo advierta que la Constitución no puede ser «la única cantera de donde deben ser extraídos los bienes jurídicos que merecen protección penal, ni que esa protección deba ser brindada a todos los bienes considerados en la Constitución o contra

veniente de que las realidades constitucionales suelen ser descritas de modo amplio[915], flexible y ambiguo a veces, lo que no garantiza la necesaria seguridad y certeza deseada en la teoría del bien jurídico. Antes bien, esa apertura del texto fundamental constituye la nota distintiva del constitucionalismo contemporáneo[916], pues atendiendo al sentido democrático que inspira a la mayoría de regulaciones constitucionales, es importante que las normas sean redactadas de la manera más amplia posible con el objeto de permitir la realización de las variadas concepciones políticas sin necesidad de reforma previa, lo que dota a la carta magna de un sentido vasto y duradero en el tiempo que garantiza la estabilidad del sistema.

La insuficiencia del criterio constitucional se evidencia, por ejemplo, en la protección dispensada a la seguridad del tráfico[917], que no está consagrado explícitamente en la CE, por lo que el único modo de legitimar la intervención penal en ese sector es, quizás, recurriendo a las valoraciones implícitas que soportan la vida o la integridad psicofísica. Pero tal razonamiento puede conducirnos a extremos de incertidumbre donde prácticamente todo puede justificarse porque de una u otra manera afecta a la calidad de vida. Aunque así concebido, *de lege lata*, el art. 379 del CP[918] no protege la vida ni siquiera de modo abstracto, ya que parece sancionar la creación de un «peligro del peligro» o la mera vigencia de la norma, lo que es inconcebible si se entiende que el injusto penal necesariamente debe reflejar un desvalor de resultado: la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y no de valores espirituales[919].

Sumada a las críticas anteriores, esta teoría renuncia a concretar el concepto de bien jurídico-penal, pues con la simple referencia a la Constitución da por sentado el problema y huye de la dogmática penal en pro de una construcción de orden positivista o, más aún, funcionalista-sistémico (funcionalidad del sistema social = funcionalidad del sistema

todo ataque de que puedan ser objeto» (Hurtado Pozo: «Derechos humanos, bien jurídico y Constitución», 79).

[915] Hurtado Pozo atribuye al auge de los derechos humanos el hecho de que las constituciones modernas «incorporen listas bastantes detalladas de tales derechos» (Hurtado Pozo: «Derechos...», *op. cit.*, 78).

[916] Rodríguez-Zapata: *Teoría y práctica del derecho constitucional*, 279 y ss.; Fernández Segado: «Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional» en *Derecho*, 193. *Vid.* además de la CE (arts. 10 y ss.), los paradigmáticos textos constitucionales recogidos por Cascajo Castro y García Álvarez: *Constituciones extranjeras contemporáneas*, *passim*.

[917] *Vid.* los arts. 379 y ss. del CP.

[918] Equivalente al art. 274 del CP peruano.

[919] *Vid.* Silva Sánchez, Corcoy Bidasolo y Baldó Lavilla: *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general*, 59-60.

jurídico-constitucional). Por ende, se trata más que de una teoría sobre el concepto del bien jurídico-penal, es decir, de una construcción sobre la fuente de estos. Por otro lado, la identidad entre bien jurídico-penal y valor constitucional es inadecuada, pues aun entendiendo que las realidades no consagradas en la CE deben quedar fuera del marco de protección penal, los principios de fragmentariedad y subsidiariedad[920] impiden que todas aquellas previstas en la Constitución sean penalmente protegibles, pues los derechos fundamentales[921] no son más que un importante elemento del merecimiento de pena[922] y porque, en último término, la norma constitucional, salvo contadas excepciones[923], no prejuzga cuál debe ser el medio de tutela para las realidades que valora positivamente.

Ahora bien, aunque este es el panorama general de las teorías que consagran el bien jurídico en clave constitucional, es apreciable en la doctrina penal dos claras tendencias que se diferencian por el grado de vinculación exigido entre el bien jurídico-penal y los valores constitucionales: las teorías constitucionalistas estrictas y las teorías constitucionalistas amplias.

2.2.2. Constitucionalismo estricto

Estas teorías entienden que la carta magna contiene las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico y exige en todo caso una vinculación directa entre bien jurídico y precepto constitucional[924], de forma que todo objeto de protección penal está condicionado por las decisiones del constituyente, ya que, si la norma fundamental no valora positivamente una realidad, tampoco podrá hacerlo el legislador penal.

Lo expuesto, en palabras de Álvarez García:

> [...] significa algo más que la mera obligatoriedad de realizar una interpretación de las normas penales en conformidad con la Constitución; es decir, implica que la Constitución agota los intereses susceptibles de tutela penal de forma tal, que la cobertura punitiva a intereses situados

[920] Como propone Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 327.

[921] Sobre el concepto de derechos fundamentales, *vid.* Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales, passim.*

[922] Hassemer y Muñoz Conde: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, 69 y ss.; Mir Puig: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 163.

[923] *Vid.* los arts. 45 y 46 de la CE que ordenan la protección penal del ambiente natural y del patrimonio histórico, cultural y artístico.

[924] En este sentido, Bricola: *Teoria...*, *op. cit.*, 15; Rudolphi: «Los diferentes...», *op. cit.*, 341. En España, Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 20 y ss.; González Rus: *Bien...*, *op. cit.*, 23 y ss.; Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 34-36.

> extramuros [...] de la ley fundamental llevaría consigo la calificación de inconstitucional.[925]

En esa línea, para Bricola no basta la simple no incompatibilidad entre la carta magna y el bien jurídico a tutelar, sino que el mismo se halle entre aquellos que expresa o implícitamente están contemplados por la propia Constitución, de forma que la naturaleza constitucional del bien jurídico define la posibilidad, conveniencia y grado de tutela, así como el significado de la afectación (lesión o peligro), en otras palabras, la medida de la pena según la escala de valores deducible constitucionalmente[926].

No obstante, en el valor de esta construcción, serios inconvenientes subyacen a su realización. Aunque casi siempre será posible encontrar un punto de apoyo en la Constitución[927], se puede limitar las posibilidades de criminalizar comportamientos que con el desarrollo histórico y social afecten a nuevas realidades que escapan al marco de la ley fundamental[928]. Pero a tal crítica se opone el constitucionalismo estricto y asevera que el bien jurídico-penal no solo ha de encontrar asidero en los valores explícitamente reconocidos en la norma fundamental, sino también en los implícitos y, más aún, en los llamados *asimilables*[929], *integrables* u *homologables*[930], que otorgan una evidente amplitud de criterio que permitiría entender que una Constitución, por más obsoleta que fuera, siempre ha de mantenerse actualizada vía interpretación para responder a las nuevas necesidades de criminalización.

Sin embargo, a mi entender, esta salida constituye una huida por la puerta falsa que contradice los presupuestos sobre los que se asienta el bien jurídico en clave constitucional estricta, pues aun partiendo de la loable intención de ofrecer una fuente segura al bien jurídico, cede el paso a la incertidumbre y a la arbitrariedad cuando, para superar el carácter estático y rígido de la Constitución, acude a conceptos imprecisos como los valores «implícitos» u «homologables», con lo que se retorna al principio, es decir, al deseo de obtener un concepto material de bien jurídico-penal.

---

[925] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 31.

[926] Bricola: *Teoria...*, *op. cit.*, 16-18 y ss.

[927] Gutiérrez Francés: *Fraude...*, *op. cit.*, 206, señala que la CE, al igual que la italiana o la portuguesa, contiene un «generoso» catálogo de derechos.

[928] Bustos Ramírez: «Los bienes jurídicos colectivos», 192; Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 38.

[929] Álvarez García: «Bien...», *op. cit.*, 36-38.

[930] González Rus: *Bien ...*, *op. cit.*, 43.

Pero a tal crítica se añaden otras más importantes. A saber, que esta teoría presupone la coincidencia total entre los valores constitucionales y las expectativas sociales, es decir, la identidad entre la llamada *constitución formal* y la *constitución real*[931]. Asimismo, puede pensarse que es el constituyente quien crea el bien jurídico a su libre antojo, lo que traslada las críticas contra el legislador ordinario al legislador constitucional[932], más aún si se tiene en cuenta la inadmisible existencia de mandatos positivos de criminalización que convierten a la carta magna en un programa punitivo. Por tantas razones, el constitucionalismo estricto carece de mayoritaria aceptación en la doctrina española y existe más bien un generalizado sentimiento de que el valor de la Constitución en el orden penal debe extraerse de los principios materiales que contiene[933], lo que se pretende por las tesis constitucionales amplias.

2.2.3. Constitucionalismo amplio

Las teorías constitucionalistas amplias transcurren por dos senderos[934] que, si bien comparten el mismo punto de partida —el modelo de Estado social y democrático de derecho constitucionalmente consagrado—, conservan matices diferenciables. Una primera línea presenta a la Constitución como marco referencial, es decir, como espacio político libre y democrático dentro del cual los actores sociales definen las condiciones esenciales para el desarrollo del sistema social. En esta perspectiva, se entiende que una política criminal orientada a la exclusiva protección de bienes jurídicos presupone la democracia y el ejercicio de esta[935].

La segunda línea, de la cual Berdugo Gómez de la Torre es un importante representante, pone de relieve una vinculación programática entre el bien jurídico y el sistema sociopersonalista al que la Constitución desea servir de marco[936]. En efecto, el sistema social constitucionalmente reflejado es un sistema al que se aspira llegar[937], según puede deducirse

[931] Zúñiga Rodríguez: *Libertad ...*, *op. cit.*, 50.

[932] Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 36.

[933] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 6-7; Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 8.

[934] Rodas Monsalve: *Protección penal y medio ambiente*, 25.

[935] Hormazábal Malarée: *Bien...*, *op. cit.*, 143.

[936] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 8-9; Roxin: *Sentido...*, *op. cit.*, 21; Fiandaca: «Il "bene giuridico" come problema teorico e come problema criterio di politica criminale», 153; Escrivá Gregori: «Algunas...», *op. cit.*, 141 y ss.; Quintero Olivares: *Curso de derecho penal. Parte general*, 55, 246-247.

[937] «El modelo social constitucionalmente reflejado no es un espejo de nuestra sociedad sino el faro al que esta tiende» (Häberle: *Die Verfassung des Pluralismus*, 87). *Vid.* Berdugo Gómez de la Torre: *Honor...*, *op. cit.*, 16, nota 7.

del art. 9.2 de la CE, por lo que no coincide con el sistema social realmente vivido, que tiene carácter dinámico[938]. Así, el sistema social de la Constitución va por delante del sistema social, por lo cual a la idea de funcionalidad social debe añadírsele el correctivo de lo necesario para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas en la carta magna[939]. En este sentido, para Berdugo Gómez de la Torre, «estimar que el control social busca no solo el mantenimiento sino también la evolución de un sistema social implica ya una no creencia en la bondad del mismo»[940], lo que le lleva a predicar del DP una función promocional en relación con la vigencia y respeto de los nuevos intereses necesarios para alcanzar las metas constitucionales[941].

Seguidamente, el citado autor entiende que puede depurarse el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles, tanto desde un plano sociológico como valorativo. Desde el primer plano se reclama que las conductas incriminadas afecten negativamente a las funciones y estructuras sociales; desde el segundo plano se exige para que un interés pueda ser objeto de tutela penal que se fundamente en el orden constitucional de valores[942].

La deficiencia general de las teorías amplias es que tampoco logran concretar el contenido material del bien jurídico, pues la vigencia del Estado social y democrático de derecho reconocido en la Constitución, pese a constituir una condición necesaria para la operancia crítica del bien jurídico-penal, es *per se* insuficiente, por lo que es necesario avanzar, con más, hacia una idea más precisa que vincule las necesidades de garantismo penal y permita superar las meras descripciones negativas (lo que no es bien jurídico) en términos de no inconstitucionalidad[943]. Por otra parte, un sector comprende que estas teorías llegan incluso a proclamar la funcionalidad del sistema jurídico[944], por lo que serían cercanas a las teorías sociológicas organizadas alrededor de la funcio-

[938] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 9.

[939] Berdugo Gómez de la Torre y Arroyo Zapatero: *Manual de derecho penal. Parte general I. Instrumentos y principios básicos del derecho penal*, 11. Sin embargo, en la obra de Berdugo Gómez de la Torre y otros, se omite la idea de la necesariedad de que el sistema evolucione hacia las metas sociales constitucionalmente previstas (Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 7).

[940] Berdugo Gómez de la Torre: «Derechos humanos y derecho penal» en *Estudios Penales y Criminológicos*, 30, nota 2.

[941] Berdugo Gómez de la Torre: *Honor...*, *op. cit.*, 16.

[942] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 48-49; Pérez Álvarez: *Protección...*, *op. cit.*, 28.

[943] Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 51.

[944] Pérez Álvarez: *Protección...*, *op. cit.*, 29, nota 16.

nalidad social[945], lo cual es una similitud que llevada a sus extremos ha conducido a un sector doctrinal a reconocer que las teorías sociológicas engloban el constitucionalismo amplio[946].

En particular, respecto a la construcción del profesor Berdugo Gómez de la Torre, debe destacarse positivamente la importancia de vincular el bien jurídico-penal a las metas sociales impuestas por el art. 9.2 de la CE, lo cual debe reflejarse, por ejemplo, en la necesidad de proteger penalmente determinados bienes jurídicos colectivos[947], tales como el ambiente natural, la ordenación del territorio, la salud pública, los intereses de los consumidores, entre otros. Sin embargo, tomo prudente distancia de la defensa de una «función promocional del Derecho Penal», aunque no por el temor de Ferré Olivé, para quien:

> El problema que plantean estas teorías basadas en la función promocional del derecho es que si bien postulan un cambio social, para lo cual marcan el objetivo a alcanzar —por ejemplo las metas constitucionalmente previstas— permiten justificar los conflictos sociales del presente hasta que la propia sociedad pueda llegar, a través del derecho, a los cambios esperados. Así fomentan, consciente o inconscientemente un conformismo masivo ante los problemas sociales.[948]

El rol ideológico de la función promocional sin duda puede terminar justificando los problemas del presente, (el *statu quo*), pero debe tenerse en cuenta que tal orientación constituye una perversión ingenua de la misma en términos de creer que el derecho tiene el rol protagónico en el esperado cambio social, más aún cuando este puede constituir un obstáculo para ello[949]. Actualmente, nadie puede esperar con seriedad del derecho, y menos del DP, un profundo cambio en las estructuras sociales[950], por eso Berdugo Gómez de la Torre no deja de apostar por la fragmentariedad, la subsidiariedad y la utilidad del derecho punitivo[951], lo que equivale a explicar el orden penal en términos de la *ultima ratio* del control social y, en consecuencia, a incardinar extramuros a la dinámica social, principalmente en el ámbito de las relaciones sociales

[945] Bustos Ramírez: *Manual...*, *op. cit.*, 54; Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 51.

[946] Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 36, 38; Gutiérrez Francés: *Fraude...*, *op. cit.*, 207.

[947] En similar sentido, Carbonell Mateu: *Derecho...*, *op. cit.*, 80.

[948] Ferré Olivé: *El delito...*, *op. cit.*, 37.

[949] *Vid.* Novoa Monreal: *El derecho como obstáculo al cambio social, passim.*

[950] Como indica Terradillos Basoco, «la realización de fines trascendentes no compete al DP, ni tampoco puede este buscar la corrección moral coactiva de los ciudadanos, por entrar ello en irresoluble contradicción con la consideración de los mismos como moralmente maduros e intelectualmente ilustrados» (Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 126).

[951] *Vid.* Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, 47 y ss.

intersubjetivas y de los sujetos frente al Estado. En consecuencia, en función de sus limitaciones, al derecho en general ha de reconocérsele un rol bastante secundario y desacreditado en la promoción de nuevos órdenes sociales. Por eso la crítica de Ferré Olivé se relativiza, pues el no cambio, y el posible conformismo social, no es atribuible de modo directo al sistema jurídico.

Sin embargo, como se advierte de estas ideas, es predicable la inidoneidad intrínseca del sistema penal en la promoción de nuevos órdenes sociales, siempre que se entienda la pena en término de función motivadora (prevención general negativa). Ciertamente, como expresa Terradillos:

> El derecho «promocional» preconizado por Bobbio se orienta más por la idea de estímulo (motivación positiva) que por la de contra-estímulo (motivación negativa) y por eso es un Derecho que propicia la rápida evolución social o es, al menos compatible con ella. Ahora bien, la conminación penal es solamente una *conditio sine qua non* de esa función: solo puede aspirar a retraer, no a incentivar.[952]

Por ende, un derecho penal promocional solo es realizable en el marco de la pena como prevención general positiva, estabilizadora o integradora, es decir, dentro de un modelo funcionalista radical como el de Jakobs[953], que hemos rechazado entre otras razones porque afirma la bondad del sistema y niega la evolución social. De allí que Bobbio señale que en el terreno promocional «el derecho penal es, por antonomasia, el derecho conservador y reproductor, de las condiciones sociales dadas»[954], con lo cual se llega a un contrasentido: cambio social = derecho penal promocional = prevención integradora = mantenimiento del sistema (no cambio social).

Quizás por ello Jakobs trate de matizar su modelo señalando que «ciertamente hay que conceder que el derecho penal es menos apropiado para impulsar la evolución; pero de ahí no se deduce que por principio solo pueda ir a remolque»[955].

[952] Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 127.

[953] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 8 y ss.

[954] Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 127. Le sigue Gutiérrez Francés: *Fraude...*, *op. cit.*, 209.

[955] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 51, nota 24.

III. Toma de posición

1. Presupuestos

A mi entender, la construcción de un concepto material de bien jurídico-penal debe asentarse en determinados presupuestos básicos. En primer término, considero que, pese a las dificultades de erigir dicho concepto, la dogmática no debe orientarse por la línea de las definiciones negativas[956] que han acompañado a la historia del bien jurídico, dado que, si bien estas aportan algunos indicios para delimitar el terreno del objeto penalmente protegible, no logran precisarlo con certeza y fiabilidad, pues permiten la existencia de zonas oscuras donde la carencia de un concepto positivo puede dar paso a la incriminación de conductas que lesionan valores espirituales o de difícil determinación. En mi sentir, el DP no debe renunciar a su esencia como carta magna del delincuente[957] y, en consecuencia, debe continuar en el camino de hallar una definición positiva de bien jurídico-penal.

El segundo término es evidente: el concepto que se busca no puede ser desvinculado de la realidad axiológica donde debe de operar. Ciertamente, si se espera del bien jurídico un rendimiento en términos de limitar racionalmente la obra del legislador y de los jueces (función crítica) en los procesos de criminalización primaria y secundaria, ello presupone que el concepto ha de responder o ser funcional a un específico sistema de valores. Estos se relacionan directamente con la realidad histórico-social que se vive y la que se desea alcanzar[958], es decir, con el modelo de organización estatal, la funcionalidad y las tendencias de las relaciones intersubjetivas, entre otros parámetros, pues el bien jurídico penalmente protegible está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras socioculturales de una comunidad que ocupa un espacio y tiempo determinados[959]. Luego, la eficacia de la función crítica depende directamente del favorecimiento del orden axiológico que se estima como deseado, lo cual nos lleva a deleznar todo concepto de bien jurídico que se derive de las posiciones inmanentes al sistema ju-

[956] Lo que no es bien jurídico es la no inconstitucionalidad, no creencias o los programas morales, éticos, políticos o religiosos. La dogmática penal, durante la reforma del StGB (Código Penal alemán), pasando por el Proyecto oficial alemán de 1962 y el Proyecto alternativo de 1966, ha desperdiciado energías en las determinaciones negativas del bien jurídico.

[957] En palabras de Liszt: «Das Strafgesetzbuch die magna charta des Verbrechers». *Vid.* Liszt: «Ueber den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts», 80.

[958] Sobre las metas constitucionalmente previstas (CE, art. 9.2), ya hemos advertido el valor de los aportes de Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 9.

[959] González Rus: *Bien...*, *op. cit.*, 29; Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 289.

rídico y a apostar por aquellas que lo consideran trascendente a este[960], es decir, como un concepto supralegal que atiende a sus consecuencias político-criminales en la realidad social que lo rodea[961].

De esta manera, entiendo que la construcción de un concepto positivo de bien jurídico-penal, que aspira al ejercicio de la función crítica, debe partir teniendo claro la realidad valorativa donde se incardina. En tal sentido, juzgo que es un obligado punto de referencia el sentido político-criminal del modelo de Estado social y democrático de derecho, consagrado en el art. 1.1 de la CE[962], aunque desde allí se imponen ulteriores desarrollos —correctivos— para delimitar un concepto material que determine no solo cuáles son los bienes que merecen una valoración positiva por parte del ordenamiento punitivo, sino también las conductas que deben ser desvaloradas por este. En esta orientación, la teoría del bien jurídico-penal se convierte en una teoría de la incriminación, en tanto sea rectora de los procesos de descriminalización y criminalización[963] de *input* y *output* del sistema penal.

En ese sentido, debe ponerse de relieve, junto con Mir Puig, que si el DP solo debe proteger bienes jurídicos, ello no significa que todos estos deban ser tutelados penalmente ni tampoco que todo ataque contra los bienes jurídicos penalmente salvaguardados deba determinar la intervención punitiva, pues ambas posibilidades se opondrían, respectivamente, al principio de subsidiariedad y al carácter fragmentario del DP, de modo que el concepto de bien jurídico es más amplio que el de bien jurídico-penal[964]. Por ello, la actual tarea dogmática consiste en determinar cuáles son los rasgos específicos del objeto de protección penal en relación con los objetos de protección de los demás sectores del ordenamiento jurídico con el fin de obtener el necesario baremo político-criminal que permita enjuiciar críticamente los procesos de

[960] Hormazábal Malarée, citando a Hassemer, señala que las tesis inmanentes al sistema jurídico-penal «cumplirían una función meramente sistemáticas [*sic*] y reducen el bien jurídico a una creación del legislador», mientras que las posiciones trascendentes a dicho sistema «sitúan el bien jurídico más allá del Derecho Penal y cumplen una función crítica del sistema» (Hormazábal Malarée: «Política...», *op. cit.*, 334).

[961] Incluso un sector propugna la interpretación sociológica del tipo penal sobre la base del art. 3 del Código Civil español y lo que actualmente constituye la fórmula abierta del art. 20.7 del CP. *Vid.* Roldán Barbero: *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, 127.

[962] La necesidad de vincular la política criminal al Estado social y democrático de derecho es sostenida desde hace cuatro décadas en Mir Puig: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho, passim*, y en Mir Puig: *El derecho...*, *op. cit.*, 29-91.

[963] Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 82.

[964] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 91; Mir Puig: *El derecho...*, *op. cit.*, 159 y ss.

criminalización y descriminalización[965]. En esta perspectiva ideológica, es necesario deleznar las tentativas de identificar el bien jurídico-penal con otras realidades que, si bien guardan relación con este, no logran agotar su contenido en los términos que se viene exponiendo. Tal es el caso, por ejemplo, de los conceptos de derecho subjetivo, interés, valor, la mera dañosidad social[966] y el objeto material del delito[967].

2. El bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena

Particularmente, la dañosidad social, si bien constituye un criterio suficiente para legitimar el bien jurídico, no se emplea para delimitar el bien jurídico-penal, que exige la referencia al individuo y otros requisitos derivados de la idea de proporcionalidad. De esta manera, por ejemplo, cuando a un determinado comportamiento le es imputable un resultado socialmente dañoso, pero no logra afectar directamente al individuo en sus posibilidades de participación social, quedará sin lugar la intervención penal a la vez que se habilita el uso del derecho administrativo[968]. En consecuencia, la síntesis de los aspectos de afectación a los individuos[969] y de repercusión social dañosa, en la construcción del bien jurídico como posibilidad de participación en la sociedad, constituye una primera e importante delimitación, pues permite excluir la sanción de las conductas puramente inmorales, así como la de otros valores, funciones o estrategias político-sociales. Empero, esta construcción no

[965] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 276. En palabras de Silva Sánchez: «El tema de nuestro tiempo no es [...] la construcción de una teoría del bien jurídico, sino, más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido» (*ibid.*, 277).

[966] Sobre el deslinde entre estos conceptos y el del bien jurídico-penal, *vid.* Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 129-136.

[967] Modernamente se diferencia el objeto material del delito del bien jurídico-penal, por cuanto este último cuenta con un momento valorativo, que es una perspectiva axiológica determinada por el valor o desvalor de la realidad social protegible. *Vid.* Mir Puig: «El objeto del delito», 765; Bustos Ramírez: «Consideraciones en torno al injusto penal», 36; Laurenzo Copello: *El resultado en derecho penal*, 63-104, 140-165; Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 328; Stratenwerth: *Derecho...*, *op. cit.*, 78. Jescheck y Weigend entienden que «los bienes jurídicos no han de entenderse como objetos asequibles a la percepción sensorial, sino que son **valores ideales del orden social** en los que descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la colectividad. En cambio el objeto *real* sobre el que recae la acción típica se denomina **objeto de la acción (o del ataque)**» (Jescheck y Weigend: *Tratado de derecho penal. Parte general I*, 234, énfasis agregado).

[968] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 276, nota 405, donde pone el ejemplo de los ilícitos con víctimas difusas.

[969] *Ibid.*, 272. Aunque puede fundamentarse que la afección al individuo puede ser directa o indirecta, ello arrastra el problema de fijación de límites, pues hablar de vulneraciones «indirectas» significa moverse alrededor de términos ambiguos, por lo que se imponen los recursos a otros correctivos para una mayor precisión.

excluye y, más bien, refuerza la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, tales como la salud pública, el ambiente natural o la ordenación del territorio, pues estos constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo[970].

No obstante, con todo, se imponen aún mayores precisiones, pues el reconocimiento de la dañosidad social y la afectación individual, como criterios delimitadores, es aún insuficiente, lo que se evidencia, por ejemplo, en la ambigüedad del correctivo de la afectación individual indirecta que justifica la intervención penal en el terreno de los intereses colectivos o difusos, donde es fácil sostener la necesidad de adelantar la barrera de la tutela penal en pro de la sanción de la puesta en peligro del bien en función del recurso argumental del perjuicio potencial o indirecto sobre el individuo. Así, por ejemplo, tratándose del bien jurídico ambiente natural, de limitarse el ámbito de lo punible a los casos de daño subjetivo directo, tales como la muerte de personas o lesiones a la integridad psicofísica a causa de la contaminación del entorno, el efecto preventivo se reduce ostensiblemente y resulta el recurso penal, de modo tal que parece proporcionada y necesaria la tipificación del peligro. Empero, el riesgo que encierra esta solución consiste en que la indeterminación del concepto de «afectación individual indirecta» puede dar paso a la sanción de comportamientos que solo remotamente pueden constituir un peligro significativo para el bien jurídico, con lo cual se desprecia el principio de ofensividad.

Por ende, es necesaria una mayor concreción del concepto material de bien jurídico-penal, para lo cual la idea de plasmación constitucional, en sentido amplio y no como la mera vinculación estricta, debe acogerse en atención a la máxima jerarquía y carácter consensual de la carta magna, con lo que el bien jurídico, a la vez de cobrar una mayor legitimidad en términos normativos, cuenta con un nuevo elemento limitador que ha de añadirse a las ideas mencionadas anteriormente. No obstante, aún entendido el bien jurídico-penal a partir de la dañosidad social de las agresiones (la referencia individual y su plasmación constitucional) esta orientación solo nos permite acercarnos al conocimiento sobre cuáles son los bienes que ameritan una valoración penal positiva, es decir, al juicio sobre el *merecimiento de pena*, pero no señala qué comportamientos deben incriminarse por ser oportuna o útil la intervención punitiva. Dicha orientación ha de enfrentar una teoría del bien jurídico-penal que aspire a ejercer en la realidad una función crítica y rectora de los procesos de criminalización y descriminalización.

[970] Hassemer: «Lineamientos para una teoría personal del bien jurídico» en *Doctrina Penal*, 282.

Ahora bien, esta misión puede afrontarse con éxito desde el punto de vista de la tensión de diferentes principios, que fueron sintetizados en el juicio sobre el merecimiento de pena que hemos desarrollado en el anterior párrafo, y al que debe sumarse el de *necesidad de pena*[971], aún por delinear. Como indica Silva Sánchez, aunque la doctrina suele conectar el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos y la fragmentariedad solo con consideraciones de necesidad y utilidad, una delimitación de los objetos penalmente protegibles ha de derivar de la síntesis de los requerimientos de necesidad de pena y merecimiento de pena[972]. En tal sentido, deben conjugarse los aspectos utilitaristas del principio de mínima intervención en términos de necesidad y subsidiariedad[973], junto con las consideraciones axiológicas o de principio relacionadas con la importancia del bien y la intensidad de sus afecciones, es decir, el merecimiento de pena[974]. Antes bien, ambos conceptos (necesidad de pena y merecimiento de pena deben de diferenciarse, pues obedecen a lógicas distintas que incluso pueden llegar a colisionar.

Ciertamente, el camino hacia la concreción del bien jurídico-penal debe atender en primera instancia a las consideraciones de *merecimiento de pena*, cuyo juicio deriva de la significación atribuida al bien y a la gravedad de las diversas formas de ataque al mismo. Estos son princi-

[971] De obligada revisión es el trabajo de Luzón Peña: «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con estructura del delito» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 21 y ss. Hay referencias similares en el trabajo de su discípulo Díaz y García Conlledo: *La autoría en derecho penal*, 78-79, 82 y ss., 85 y ss., 454 y ss., 485, 508 y ss., 531 y ss., 611 y ss., 638, 704 y ss., 753 y ss. En la doctrina española no reina el acuerdo sobre los conceptos de «merecimiento de pena» (Strafwürdigkeit) y «necesidad de pena» (Strafbedürftigkeit o Strafbedürfnis) y en muchos casos, tales expresiones se usan indistintamente. Ello es similar en la dogmática alemana, pues las coincidencias no van más allá de las definiciones tautológicas y no existe unanimidad sobre el origen, alcance, significado material, función, ubicación sistemática y relación recíproca entre ambos principios. *Vid.* Luzón Peña: «La relación...», *op. cit.*, 21-22. Empero, la importancia de determinar los citados aspectos ha cobrado gran trascendencia en las últimas décadas hasta el punto de considerarse que las exigencias político-criminales aplicables al trabajo dogmático han de deducirse de la idea de merecimiento y necesidad de pena (*vid.* Díaz y García Conlledo: *La autoría*..., 79). Ello se ve reforzado por la labor orientada a la construcción del perfil de un futuro sistema penal europeo, la que ha recibido el enfoque desde los citados principios. *Vid.* Haffke: «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal», 129 y ss.; Romano: «"Merecimiento de pena", "necesidad de pena" y teoría del delito», 139 y ss.; Costa Andrade: «Merecimiento de pena y necesidad de tutela como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito», 153 y ss.

[972] Silva Sánchez: *Aproximación*..., *op. cit.*, 267, nota 369.

[973] Berdugo Gómez de la Torre: «Reflexiones...», *op. cit.*, 8; Pedrazzi: «El bien jurídico en los delitos económicos», 288; Roxin: «Franz...», *op. cit.*, 44-45; Luzón Peña: *Curso*..., *op. cit.*, 327.

[974] Silva Sánchez: *Aproximación*..., *op. cit.*, 277; Mir Puig: *El derecho*..., *op. cit.*, 162 y ss.

pios de justicia que inspiran el merecimiento de pena, pues este se sitúa en torno a consideraciones garantistas de proporcionalidad, de manera que los bienes jurídicos han de ser realidades especialmente valoradas, tan fundamentales que las conductas dirigidas en su contra experimentan una mayor desvalorización. En este orden de pensamientos, como bien expresa Silva Sánchez, para que un bien jurídico, en cuanto a su protección, revista la calidad de merecedor de pena, debe de aglutinar, simultáneamente, la referencia al individuo, la dañosidad social de las agresiones y su plasmación constitucional[975].

Sin embargo, a mi entender, es necesario matizar el juicio sobre el merecimiento de pena con el fin de otorgarle un mayor énfasis al referente individual en especial relación con el principio de dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que se entienden no en clave *ius naturalista,* sino constitucional[976] y, más aún, incardinado en el modelo de Estado social y democrático de derecho. Aspiro con este correctivo a que el referente individual, en la construcción del concepto material de bien jurídico-penal, no se convierta en un mero instrumento de neutralización de las pretensiones de socializarlo en términos puramente funcionalistas y que, más bien, la tensión entre lo individual y lo colectivo, en el terreno del merecimiento de pena, se resuelva con una justificada predominancia del primero en atención a la necesidad de erigir un DP garantista.

Con esto, tomo prudente distancia de las pretensiones de considerar lo individual como un simple ingrediente en la conformación del bien jurídico, donde, por ejemplo, cabe el uso ambiguo de criterios como el de «afectación individual indirecta» con su consiguiente perversión de cara a la posibilidad de legitimar la presencia de tipos penales que sancionan situaciones remotamente peligrosas para las condiciones de participación del individuo en la vida social, así como la sanción penal de la bagatela[977], en otras palabras, en realidades donde el acento está puesto en la funcionalidad del sistema y no en el individuo. Pero enfatizar lo personal tampoco debe significar el destierro del componente social, dado que equivaldría a la privatización del orden penal donde la identidad entre bien jurídico-penal y el derecho subjetivo sería inevitable.

[975] Silva Sánchez: *Aproximación..., op. cit.*, 288.

[976] *Vid.* art. 10.1 de la CE.

[977] *Vid.* Armenta Deu: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, 23 y ss.

Ciertamente, la labor de conjugar lo individual y lo colectivo, con énfasis en lo primero, se enfrenta al problema de sus límites, que ya hemos establecido en términos de dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que deben ser afectadas (lesión o puesta en peligro real) por los comportamientos que contravienen los bienes jurídico-penales. Pero estos conceptos personalistas (dignidad y libre desarrollo) merecen una mayor concreción en orden a su operatividad dentro del sistema penal[978], por lo cual debe relacionarse el principio de dignidad de la persona humana con la idea kantiana del hombre como fin en sí mismo, es decir, con la imposibilidad de instrumentalizar al ser humano como medio para la consecución de metas colectivas, sociales o que están más allá de su propia entidad[979]. Asimismo, este principio tiene una validez *a priori*[980], dada su significación constitucional, como fundamento del orden político y la paz social, al tratarse de un principio material de justicia que representa un límite inmanente del derecho positivo[981]. A su vez, el principio de libre desarrollo de la personalidad, fundamentado en el Estado democrático de derecho, introduce en el razonamiento penal un límite infranqueable al Estado social autoritario, al exigir que «el sistema social se ponga al servicio del individuo»[982], por lo que «las condiciones sociales a proteger deben servir de base a la posibilidad de participación de los individuos en el sistema social»[983], según hemos advertido abundantemente.

Ahora bien, en orden a la vigencia material de los correctivos personalistas de dignidad y libre desarrollo, y dentro de la línea del merecimiento de pena, no debe perderse de vista la perspectiva de los derechos humanos, pues como señala Berdugo Gómez de la Torre:

[978] *Vid.* Wolter: «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de derecho penal», 37 y ss.

[979] Señala Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español II*, 32, nota 105, donde ya Welzel introducía en la órbita penal el imperativo de Kant consistente en que «el ser humano no debe ser tratado como una cosa, sino siempre *también* como un fin en sí mismo».

[980] El sentido prioritario de la dignidad humana no solo es percibible en el terreno del bien jurídico-penal, que también cobra trascendencia en toda la teoría del delito, pues «dada una lesión del contenido de dignidad humana y del contenido nuclear de los derechos fundamentales, incluido el del principio de legalidad, el Derecho Penal queda excluido en todos sus niveles sistemáticos con respecto al autor y a los intereses represivos». *Vid.* Wolter: «Derechos...», *op. cit.*, 37.

[981] Cerezo Mir: *Curso...*, *op. cit.*, 32.

[982] Mir Puig: *El derecho...*, *op. cit.*, 165.

[983] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 92.

> La garantía de los derechos humanos en todas las fases por la que transcurre el sistema penal, constituye, sin duda, un criterio político criminal básico. La asunción del mismo responde a un determinado punto de partida ideológico, aquel que propugna un modelo social personalista, esto es de orientación hacia el individuo, de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los denominados derechos humanos y no a la inversa de entender que el individuo y sus derechos solamente tienen sentido dentro del Estado, que adquiere una consideración autónoma respecto a aquellos que la integran.[984]

En esta línea argumental, cabe destacar la construcción de Zúñiga Rodríguez cuando señala que los objetos de protección jurídico-penal están imbuidos de un profundo contenido material en una categoría programática de justicia, que es la realización de los derechos humanos, como límite de intervención de la función represiva del derecho, con lo cual se erige un importante criterio legitimador del DP que señala los ámbitos y límites en su forma primaria de intervención y el proceso de criminalización, opción garantista respaldada por las previsiones de los arts. 9.2 y 10.1 de la CE[985]. De esta forma, la autora fundamenta[986] la razón de ser de los derechos humanos en el seno de la democracia, entendida como la «sociedad comunicativa ideal», es decir, los derechos humanos como «necesidades humanas comunicativas ideales»[987], y se acerca a la construcción de Terradillos Basoco, quien entiende el bien jurídico como un vehículo de satisfacción de necesidades humanas[988].

Pese a la importante orientación de las opiniones reseñadas en los dos párrafos anteriores, dado los objetivos de estas líneas, no me interesa decantar la cuestión sobre las posibilidades de legitimar el sistema penal sobre la razón que asiste a los derechos humanos. Antes bien, ya he negado la posibilidad de identificar el concepto material de bien jurídico-penal con el de derecho fundamental[989], pues en palabras de Terradillos Basoco:

---

[984] Berdugo Gómez de la Torre: «Derechos...», *op. cit.*, 32.

[985] Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 59.

[986] Inspirada en los trabajos de Habermas y Heller: *Por una filosofía radical, passim.*

[987] Zúñiga Rodríguez: *Libertad ...*, *op. cit.*, 64-65.

[988] Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 136 y ss.; Terradillos Basoco: «Función simbólica y objeto de protección del derecho penal» en *Pena y Estado*, 22. En esta misma perspectiva, Hormazábal Malarée: *Bien...*, *op. cit.*, 161 y ss.

[989] Para Ferrajoli, «el primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones solo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo [...]. Entre los bienes externos al DP cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están, por razones obvias, todos los "derechos fundamentales"» (Ferrajoli: *Derecho...*, *op. cit.*, 473).

> [...] o bien identificamos el concepto de derechos fundamentales con aquellos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico, con lo que llegaremos a análisis positivistas no aplicables a la fase de *iure condendo* que nos ocupa, o bien nuestro examen se orientará al contenido de esos derechos, prescindiendo del «Derecho», con lo que habremos adelantado muy poco y estaremos en realidad moviéndonos en el ámbito de los valores.[990]

Sin embargo, este rechazo no equivale a negar que en varios casos una misma realidad constituya simultáneamente un bien jurídico-penal y derecho fundamental[991], como sucede por ejemplo con muchos derechos individuales y otros de carácter, más bien, colectivo. En todo caso, lo que se desprecia es que la condición de derecho fundamental delimite, de modo exclusivo y excluyente, el objeto jurídico-penal, como proponen las teorías constitucionales estrictas. Por ello, en mi sentir, los correctivos constitucionales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad deben ser entendidos en el seno de los derechos humanos constitucionalmente garantizados, en tanto que estos últimos constituyen las condiciones necesarias para la vigencia material de los primeros. De esta manera, los derechos humanos se constituyen en un criterio de obligada referencia que sin duda no es el único[992]: en el juicio sobre el merecimiento de pena[993].

Me interesa extraer de esta línea ideológica el sentido de los llamados *derechos humanos de tercera generación* o *de solidaridad*, entre los que cabe destacar, por ejemplo, el ambiente natural, cuya plasmación positiva se encuentra en el art. 45 de la CE. Pues bien, las críticas desde la criminología juzgan al sistema penal como un instrumento creador de desigualdad[994] e imponen la tarea de avanzar hacia un sistema social plenamente democrático, para lo cual resulta importante no solo desincriminar las conductas que imponen un determinado orden ético o cultural, sino también incriminar a aquellos comportamientos lesivos de ámbitos

[990] Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 130.

[991] Por *derechos fundamentales* se entiende aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos, en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. *Vid.* Pérez Luño: *Los derechos fundamentales*, 46.

[992] «Hay que tener presente la no identidad entre bienes jurídicos tutelados por un DP respetuoso con la Constitución y derechos fundamentales» (Terradillos Basoco: «La satisfacción...», *op. cit.*, 14).

[993] Como señalé líneas arriba, en este punto de referencia importa la asunción de un conjunto de consecuencia que se trasluce a todo el sistema penal, no solo en la determinación de los objetos de protección y los límites de la sanción penal, sino también en el contenido de los distintos elementos de la teoría del delito. *Vid.* Berdugo Gómez de la Torre: «Derechos...», *op. cit.*, 32-34; Zúñiga Rodríguez: *Libertad...*, *op. cit.*, 65-66.

[994] *Vid.* Ferrajoli: «El derecho penal mínimo», *passim*; Baratta: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, *passim*.

fundamentales de la vida individual y colectiva[995], es decir, de los llamados *bienes colectivos o difundidos*[996], cuya titularidad corresponde por igual a los miembros de la comunidad. En esa perspectiva, cobra importancia la tutela de determinados derechos humanos de tercera generación, es decir, los valores de gran relevancia social[997] e individual, como, por ejemplo, la salud pública, los intereses de los consumidores, el ambiente natural o la ordenación del territorio, pero cuya vigencia se opone, no pocas veces, a importantes e influyentes intereses políticos y económicos[998].

De este modo, los derechos humanos de tercera generación, como sucede paradigmáticamente con el ambiente natural, pueden constituirse en una importante fuente de bienes jurídico-penales, como realidades merecedoras de pena por la dañosidad social de sus afecciones, por constituir condiciones necesarias para el desarrollo digno de los individuos en sociedad y porque muchos de ellos tienen plasmación constitucional. Como nota especial, tratándose del ambiente natural o la protección de los consumidores, considero que puede hablarse de un criterio adicional en orden al merecimiento de pena, es decir, su gran relevancia y trascendencia para la integración económica y política en la Unión Europea[999].

Tras delinear los principales aspectos del merecimiento de pena, queda aún por decantar el ámbito de la *necesidad de pena*[1000], para con ello ce-

[995] Berdugo Gómez de la Torre: «Derechos...», *op. cit.*, 42-43.

[996] *Vid.* Sgubbi: «Tutela penale di "interessi difussi"» en *La Questione Criminale*, 439-481; Sgubbi: «L' interesse diffuso come oggetto della tutela penale. Considerazioni svolte con particolare riguardo alla protezione del consumatore», 549-594. También Bricola: «Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi colettivi» en *La Questione Criminale*, 7-72; Federici: *Gli interessi diffussi. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo,* 93 y ss. Sobre la delimitación del concepto de interés difuso en la doctrina procesal española, *vid.* Acosta Estéves: *Tutela...*, *op. cit.*, *passim*; Bujosa Vadell: *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, *passim*; Lozano Higuero: «La protección procesal de los intereses difusos» en *Boletín (Facultad de Derecho)*, *passim*. En la doctrina penal, González Rus: *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, 32 y ss., 79 y ss.; Bustos Ramírez: «Los bienes...», *op. cit.*, 185 y ss.; Portilla Contreras: «Principio...», *op. cit.*, 723 y ss.

[997] *Vid.* el clásico trabajo de Cascajo Castro: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, 15 y ss. El concepto de *derechos sociales* ha tenido cierta repercusión en la órbita penal. *Vid.* Quintero Olivares: «Delitos contra los intereses generales o derechos sociales» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 571, 574.

[998] En esa línea se expresa Berdugo Gómez de la Torre: «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», 44.

[999] *Vid.* el Acta Única Europea y el Tratado de la Unión Europea.

[1000] A favor de limitar el bien jurídico-penal acudiendo al principio de necesidad de pena, *vid.* Mir Puig: *El derecho...*, *op. cit.*, 162, 166-167; Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 267. Este autor pone de manifiesto que, además del merecimiento y la necesidad de pena, se requiere que el bien jurídico sea susceptible de ser protegido penalmente, aunque reconoce

rrar el desarrollo de los criterios delimitadores del bien jurídico-penal. Basta para ello con resaltar que la necesidad de pena obedece a criterios de utilidad o rendimiento social, ya que impone agotar la eficacia de otros medios menos lesivos previo al paso de la intervención penal, pues de lo que se trata es sobre proteger los bienes jurídicos al menor coste social posible y si para ello es suficiente recurrir al control administrativo o civil, no existe necesidad de utilizar la pena[1001].

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en muchos casos, el juicio sobre la necesidad de pena puede pervertirse al punto de pretender justificar verdaderas huidas hacia el DP. Ello sucede, por ejemplo, cuando una determinada realidad que amerita una valoración positiva, por razones que escapan a la racionalidad jurídica, es decir, de orden político, económico u otras, no encuentra una adecuada protección en el seno del control extrapenal, de modo que el legislador opta por la alternativa punitiva con la hipócrita esperanza de que las insuficiencias tutelares sean acalladas, de forma que se utiliza la pena no como instrumento de tutela de bienes jurídicos, sino con fines latentes u ocultos, es decir, como un recurso simbólico o de engaño[1002]. Por ello, considero importante vincular la necesidad de pena con los fines de la norma penal[1003], lo que en mi caso equivale a poner de relieve la función motivadora, entendida la pena como prevención general negativa respetuosa del principio de proporcionalidad[1004]. En consecuencia, hay necesidad de pena solo cuando los medios extrapenales son incapaces de dispensar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea útil para motivar en la generalidad la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro.

Planteados los criterios para la determinación del concepto material de bien jurídico-penal, sin embargo, la generalidad de esta exposición no desarrolla varios aspectos relevantes de cara a una mayor concreción del concepto, relaciones y funciones de los principios de merecimiento y

que dicha exigencia bien puede entenderse como incluida en el concepto de necesidad de pena. *Vid.* Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 289, nota 451.

[1001] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 289, expresa que el bien jurídico precisa, además, la necesidad de protección penal y que dicha tutela sea satisfactoria en términos de utilidad social general, lo que no ocurre cuando la tutela puede dispensarse eficazmente a través de los medios no penales de control y, por ende, menos lesivos, por lo que deben observarse los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* e intervención mínima.

[1002] *Vid.* Hassemer: «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos» en *Pena y Estado*, 23 y ss.

[1003] Luzón Peña: «La relación...», *op. cit.*, 27 y ss.; Díaz y García Conlledo: *La autoría...*, *op. cit.*, 82, 611 y ss.

[1004] Sigo en este punto a Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 7-10.

necesidad de pena[1005]. Empero, pese a ello, considero que el bien jurídico-penal, como realidad que merece y necesita de protección penal, logra expresar con holgura la síntesis de la evolución del concepto, a la vez que refleja la tensión dialéctica de los diferentes principios que rigen el *ius puniendi*[1006]. Solo de esta manera, como objeto sintético y dialéctico, puede legitimarse el bien jurídico-penal en orden a su función crítica, es decir, como criterio rector de los procesos de criminalización y descriminalización que operan en el DP contemporáneo. Por lo tanto, actualmente es posible enfrentar a las pretensiones del funcionalismo sistémico, de lo contrario, con la pérdida de la teoría del bien jurídico, la dogmática habrá perdido «el último apoyo que le queda para la crítica del DP positivo»[1007].

[1005] Luzón Peña: «La relación...», *op. cit.*, 25-26, pese a aportar criterios positivos para entender estos principios, no deja de destacar el imperativo de avanzar hacia ulteriores concreciones. Así, señala que «el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y la exclusión de todos los elementos del delito, pero también en la de otros requisitos de la pena no referidos al hecho. No deben entenderse, sin embargo, como categorías sistemáticas autónomas. Se comportan entre sí como círculos secantes, es decir, que ambos tienen puntos comunes con influencia recíproca, pero también es cierto que cada principio expresa criterios diferentes y propios. Por lo demás, estos principios **necesitan todavía una concreción mucho mayor de su contenido**, si es que se pretende aplicarlos de forma más precisa y clara de como se viene haciendo habitualmente» (énfasis agregado).

[1006] Tal tensión puede explicarse, en general, como la oposición entre garantismo y eficacia. *Vid.*, Berdugo Gómez de la Torre: «Prólogo», 2.

[1007] Muñoz Conde: *Derecho penal y control social*, 28.

Capítulo IV

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Dolo, culpa y responsabilidad objetiva

I. Planteamiento

Es de idea extendida en la doctrina[1008] que las infracciones penales pueden cometerse de modo intencional (con dolo) o sin intención, pero mediante negligencia, impericia o imprudencia —culposamente— e infringiendo en este último caso un deber de cuidado (de diligencia, pericia o prudencia).

No obstante, al regir la presunción de inocencia[1009] y el principio de *in dubio pro reo*[1010], el dolo no puede presumirse, por lo que puede solo deducirse de los hechos externos. Esta dificultad de prueba, sumada a la posibilidad de que frecuentemente la infracción de los preceptos penales no sea realmente intencional[1011], sino por negligencia, aconsejan la previsión de ambas versiones (la culposa y la dolosa) en todos o en casi todos los supuestos de protección penal del medio ambiente.

El Código Penal, en su versión inicial, solo incorpora dos fórmulas culposas: delitos de contaminación (art. 304) y manipulación de desechos industriales o domésticos (art. 307). Los demás tipos son de naturaleza dolosa.

Ahora bien, el uso de tipos culposos puede generar problemas de orden práctico. Teniendo en cuenta que la doctrina aconseja el uso de tipos de peligro

---

[1008] Rodríguez Ramos: «Alternativas a la protección penal del medio ambiente» en *Cuadernos de Política Criminal*, 146-147; Bacigalupo: «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», 204 y ss.

[1009] Art. 2, num. 24, lit. e, de la Constitución Política: «Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad».

[1010] En todo caso, la Constitución Política establece la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda (art. 139, num. 11).

[1011] Rodríguez Ramos indica, sin ánimo positivista y en referencia a la tipología de los autores de los atentados contra el ambiente, que salvo casos excepcionales, las agresiones al medio ambiente no son directamente intencionadas, por lo que no pocas veces serán meramente culposas (Rodríguez Ramos: «Alternativas...», *op. cit.*, 140).

abstracto (delito de mera actividad), la posibilidad de incorporar descripciones culposas está limitada, como en efecto sucede en el derecho comparado, por la exigencia de un resultado típico en los delitos imprudentes[1012], por lo que deberá probarse el nexo causal entre la infracción al deber de cuidado y el resultado típico, que es sumamente dificultoso en las infracciones ambientales y que precisamente busca evitarse usando los tipos de peligro abstracto.

Para superar este problema, hay dos posibles soluciones en la doctrina:

i. Incorporar tipos culposos y de peligro abstracto, de manera que bastará acreditar el acto imprudente sin necesidad de un resultado típico. Se trataría de delitos imprudentes de mera actividad.

   Desde ya nos oponemos a esta opción, debido a que, además de dejar de lado las garantías ciudadanas inherentes a la exigencia de un resultado, podría servir para encubrir fórmulas de responsabilidad objetiva, de tal forma que en el afán de efectivizar la protección penal se llegaría a sancionar sin que necesariamente haya existido dolo o culpa en el agente.

ii. Crear fórmulas de responsabilidad objetiva o por el solo acto[1013], tal como sucede en el derecho francés en materia ambiental —también nos oponemos a esta propuesta—.

   Como puede apreciarse, el gran problema de estas dos soluciones es que, al configurar supuestos de responsabilidad objetiva, atentan contra los más elementales principios del derecho penal. Seguidamente analizaremos esta problemática.

II. El control penal y los límites a la función punitiva

Ya no se discute que el derecho penal, como todo derecho, se constituye como un instrumento de control social formal o primario[1014]. El sistema penal emerge como mecanismo de socialización sustituto ante el fracaso de los medios de control informal o secundario, tales como la familia, la educación, etc.[1015], y se caracteriza porque el Estado formaliza el uso de la violencia mediante la pena.

[1012] Se ha señalado que la exigencia del resultado en los delitos culposos se justifica como garantía de seguridad para los ciudadanos y cumple de este modo una función limitadora del *ius puniendi* que evita la sobrecriminalización.

[1013] Tiedemann: *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, 184.

[1014] Pérez Pinzón: «Principios fundamentales del derecho penal», 53.

[1015] Aniyar de Castro: «Sistema penal y sistema social. La criminalización y la descriminalización como funciones del mismo proceso» en *Cuadernos de Política Criminal*, 345; Muñoz Conde: *Derecho penal y control social*, 722.

El control penal se define como un «sistema que reúne objetivos de gobierno, procedimientos técnicos y organismos públicos cuya finalidad y función comunes son la prevención y control de los actos criminalizados»[1016].

El Estado monopoliza el ejercicio del control penal, es por ello que se habla de la «función punitiva estatal». El sistema penal opera a través de procesos de criminalización primaria (producción normativa), criminalización secundaria (aplicación de las normas), y ejecución de penas y medidas de seguridad.

El ejercicio de la función punitiva en un modelo constitucional de Estado social y democrático[1017] (art. 43 de la Constitución) no puede ser irrestricto: está limitado por un conjunto de principios y dispositivos incorporados en el sistema jurídico.

Los principios limitadores del control penal no han sido sistematizados de modo unánime en la ciencia penal. Sin embargo, su vigencia ha sido reforzada formalmente a través de su incorporación constitucional y en los múltiples instrumentos internacionales y regionales de promoción de los derechos humanos[1018].

La función de estos principios es orientar los procesos de criminalización primaria, secundaria y de ejecución penal hacia la construcción de un sistema de control penal respetuoso de los derechos humanos. Son la base para la existencia de un derecho penal garantista de mínima intervención[1019].

Precisamente, uno de los criterios rectores de la ahora vetusta «reforma penal» de 1991 ha tenido como fundamento el principio de culpabilidad. La incorporación de este principio en la legislación penal vigente tiene como consecuencia la exclusión de las formas de responsabilidad objetiva y la consiguiente afirmación de la responsabilidad subjetiva con efectos importantes en la denominada *teoría del error* en materia penal.

[1016] Prado Saldarriaga: *Derecho penal y política*, 14-15; Sandoval Huertas: *Sistema penal y criminología crítica*, 9 y ss.; Kaiser: *Criminología*, 82 y ss.; Bergalli y Bustos Ramírez: *El pensamiento criminológico II*, 75.

[1017] Rubio Correa y Bernales Ballesteros: *Constitución y sociedad política*, 245 y ss.; Landa Arroyo: «El proceso de formación contemporáneo del Estado peruano», 56 y ss.; Eguiguren Praeli: *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, 12; Pérez Pinzón: «Principios...», *op. cit.*, 55 y ss.; Mir Puig: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, *passim*.

[1018] Prado Saldarriaga: *Derecho penal y política*, 41.

[1019] *Ibid.*, 42; Baratta: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 170; Ferrajoli: «El derecho penal mínimo», *passim*; Zaffaroni: *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 102 y ss.

III. El principio de culpabilidad

1. El concepto amplio y el concepto estricto de culpabilidad

Es posible distinguir un concepto amplio o lato y un concepto estricto o restringido de culpabilidad[1020]:

i. En sentido amplio, expresa el conjunto de presupuestos que permiten «culpar» a un sujeto porque motiva la pena. Estos presupuestos afectan a todos los requisitos del concepto de delito, tales como la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad.

ii. En sentido estricto, se refiere solo a los presupuestos del delito que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor. Es el conocido *reproche personal del acto antijurídico en base al libre albedrío*, que se fundamenta en las categorías de imputabilidad, conocimiento del injusto y exigibilidad.

El sentido amplio de culpabilidad cobra relevancia cuando se alude a su significado de límite político-criminal de la función punitiva del Estado[1021].

2. La crisis de la culpabilidad y su función limitadora del control penal

La profunda crítica formulada al concepto de culpabilidad ha llevado a afirmar que presenciamos una verdadera «crisis de la culpabilidad». En este panorama crítico existen dos importantes tendencias doctrinales: la de quienes han renunciado a operar dogmáticamente con dicho concepto y la de aquellos que han optado por utilizar fórmulas alternativas[1022]. En la ciencia penal peruana, la culpabilidad también es cuestionada[1023]. Dicha crítica se dirige fundamentalmente sobre el concepto estricto de culpabilidad, pese a lo cual hay aún consenso en reconocerle un rol garantista relevante[1024].

[1020] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 107. Esto no se confunde con las teorías de la culpabilidad amplia o del «dolo malo», de la culpabilidad estricta ni de la culpabilidad restringida, propias de los sistemas causalistas, finalistas y de elementos negativos del tipo, respectivamente.

[1021] *Idem*.

[1022] Prado Saldarriaga: *Derecho penal y política*, 47; Bustos Ramírez: *Manual de derecho penal. Parte general*, 329 y ss.; Gimbernat Ordeig: *Estudios de derecho penal*, 118 y ss.; Jakobs: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grund lagen und Zurechnungslehre. Lerbuch*, 392 y ss. Stratenwerth: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, 90 y ss.; Roxin: *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, 57 y ss.; Zaffaroni: *En busca...*, *op. cit.*, 287 y ss.

[1023] Prado Saldarriaga: *Derecho penal y política*, 47; Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 429 y ss.; Peña Cabrera: «La culpabilidad» en *Debate Penal*, 71.

[1024] Prado Saldarriaga: *Derecho...*, *op. cit.*, 47-48; Bacigalupo: «¿Tiene rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?» en *Derecho Penal y Criminología*, 247 y ss.; Roxin: *Culpabilidad...*, *op. cit.*, 42 y ss.; Stratenwerth: *El futuro...*, *op. cit.*, 109 y ss.

En tal sentido, la culpabilidad en sentido amplio sigue siendo un fundamento útil para la construcción de un derecho penal coherente con los postulados de un Estado social y democrático[1025].

3. Contenido del principio de culpabilidad

Es importante definir el contenido del principio de culpabilidad. Esta no debe ser un oscuro juicio metafísico, sino el resultado de una serie de postulados concretos[1026].

Como ya se había advertido, los principios limitadores del control penal no han sido sistematizados de modo unívoco por la ciencia penal. El principio de culpabilidad no es ajeno a esta circunstancia.

En sentido dogmático, para una teoría finalista de la conducta que reconoce la estructura compleja del tipo penal (tipo objetivo y tipo subjetivo) y la culpabilidad —en sentido estricto— normativa[1027], el principio de culpabilidad tiene dos postulados correspondientes a dos estratos distintos de la teoría del delito[1028]:

i. A nivel de la tipicidad: Determina la exclusión de toda forma de responsabilidad objetiva, es decir, que una acción u omisión no pueden ser penalmente típicas si no existió dolo o, al menos, culpa.

ii. A nivel de la culpabilidad —en sentido estricto—: Implica la exclusión de la punición sin reprochabilidad.

En sentido político-criminal, puede entenderse que el «principio de culpabilidad» incluye diferentes límites a la función punitiva estatal[1029]:

i. El principio de personalidad de las penas, que impide castigar a alguien por un hecho ajeno.

ii. El principio de responsabilidad por el hecho, que exige un «derecho penal de acto» y se opone a la opción de reprimir el carácter o el modo de ser.

[1025] Prado Saldarriaga: *Derecho..., op. cit.*, 48. Mir Puig: *Derecho penal. Parte general 2.ª ed.*, 79 y ss.

[1026] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general 3.ª ed.*, 106.

[1027] Welzel: *Derecho penal alemán*, 197; Stratenwerth: *Derecho penal. Parte general*, 70-71; Zaffaroni: *Tratado de derecho penal. Parte general IV*, 10.

[1028] Zaffaroni: *Tratado... IV, op. cit.*, 33; Bovino: «Culpabilidad, cultura y error de prohibición» en *Thémis*, 32. Gimbernat Ordeig se refiere a un «doble significado del principio de culpabilidad» (Gimbernat Ordeig: *Estudios...*, 108, nota 12).

[1029] Mir Puig: *Derecho... 3.ª ed.*, 105 y ss.

iii. El principio de dolo o culpa, que excluye las formas de responsabilidad objetiva.

iv. El principio de atribuibilidad normal o de culpabilidad en sentido estricto, el cual impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida.

El contenido del principio de culpabilidad es unánimemente aceptado solo en el sentido de que contraría la «responsabilidad objetiva»[1030]. En tal sentido, no se discute la admisión del «principio de responsabilidad subjetiva».

Consideramos que una dogmática penal coherente con los postulados de un Estado social y democrático constitucionalmente reconocido debe respetar el principio de culpabilidad, especialmente la garantía de la «responsabilidad subjetiva», la cual fundamenta un adecuado tratamiento dogmático del «error de tipo».

4. El principio de responsabilidad subjetiva

La pena era determinada antiguamente por el resultado objetivamente producido. Al margen de si la conducta era dolosa o culposa, regía el denominado principio *versari in re illicita*, de «responsabilidad objetiva» o «responsabilidad por el resultado».

Actualmente, para esta determinación, y en el marco de un derecho penal de culpabilidad, opera el principio de responsabilidad subjetiva[1031]. Con arreglo a dicho principio, no puede haber responsabilidad penal alguna que no esté vinculada a un acto doloso o culposo.

En este sentido, el sistema de «responsabilidad objetiva» es excluido totalmente de un derecho penal que se funda en el principio de culpabilidad[1032].

4.1. Contenido

Su formulación no pertenece al ámbito del «sentido estricto de culpabilidad». Su inclusión en dicha categoría dogmática fue producto de la concepción psicológica de la culpabilidad que entendía a esta como la relación psíquica (dolosa o imprudente) entre el hecho y su autor[1033].

[1030] Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general I*, 36.

[1031] Maqueda Abreú: «El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal del 25 de junio de 1983» en *Cuadernos de Política Criminal*, 185 y ss.

[1032] Bacigalupo: *Derecho penal. Parte general*, 374 y ss.

[1033] Jescheck: *Tratado...*, *op. cit.*, 37.

Este entendimiento es propio de los sistemas causalistas[1034], pues en ellos el dolo y la culpa constituyen verdaderas formas de culpabilidad.

En el sistema finalista de la conducta y de los elementos negativos del tipo —en la versión más actual que ubica el dolo en el tipo—, la exclusión de la responsabilidad objetiva y su consiguiente exigencia de dolo o culpa para la imputación de un resultado opera dogmáticamente en el ámbito del tipo de lo injusto.

La «responsabilidad subjetiva», en la teoría finalista, significa que una acción u omisión no puede ser penalmente típica si no existió dolo o, al menos, culpa en el agente, es decir, *dolo* entendido como conocimiento (elemento cognoscitivo) y voluntad (elemento volitivo) de realización de los elementos del tipo objetivo y *culpa* entendida como infracción al deber de cuidado determinante de un resultado típico.

El principio de responsabilidad subjetiva impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible y reduce las formas de imputación de un resultado al dolo, a la culpa o a una combinación de ambas[1035] —estructuras típicas compuestas, es decir, los delitos preterintencionales—.

4.2. Fundamentación

Quien produce un resultado típico sin dolo ni culpa, conforme a la situación concreta donde actúa, no puede conducir finalmente su comportamiento hacia un resultado distinto. A nadie podemos prohibir causar un resultado imprevisible, puesto que nunca podrá determinar anticipadamente cuándo su conducta se encuentra prohibida[1036]. En este sentido, la exigencia de dolo o culpa es consecuencia de la función motivadora del tipo que, como materia de prohibición, solo puede proscribir aquellos resultados previsibles y evitable.

No son causaciones de resultados, sino conductas dolosas o culposas lo único que la amenaza con una pena puede prohibir. Por ello, solo la conducta dolosa —si el legislador quiere ampliar aún más el ámbito de protección del bien jurídico— y la imprudente pueden ser objeto racional de tipificación[1037].

[1034] Incluye el causalismo clásico, fundamentado en el positivismo científico (el sistema Liszt-Beling), y el causalismo neoclásico de bases neokantianas en sus dos vertientes (la Escuela de Marburgo y la de Baden).

[1035] Jescheck: *Tratado...*, *op. cit.*, 36.

[1036] Zaffaroni: *Tratado de derecho penal. Parte general III*, 432; Jescheck: *Tratado...*, *op. cit.*, 37; Muñoz Conde: «Función de la norma penal y reforma del derecho penal» en *Nuevo Pensamiento Penal*, 408 y ss.

[1037] Gimbernat Ordeig: *Estudios...*, *op. cit.*, 145-146, nota 40.

4.3. Garantías que implica el principio de responsabilidad subjetiva

La admisión de este principio importa la obligación de respetar dos preceptos de carácter negativo.

4.3.1. A nivel de la criminalización primaria

En el ámbito de la producción normativa, implica la prohibición al legislador de crear tipos penales calificados por el mero resultado o fórmulas dogmáticas que conlleven la misma consecuencia.

Sobre esto último, el principio de responsabilidad subjetiva tiene especial importancia para la teoría del «error de tipo». Con arreglo a dicho principio, el error de tipo invencible constituye un caso de atipicidad subjetiva, que es equivalente al «caso fortuito», e impune por la ausencia de dolo y culpa. A su turno, el error de tipo vencible es atípico en la fórmula dolosa y solo puede ser punible a título de culpa o imprudencia, siempre que exista un tipo penal que lo prevea.

4.3.2. A nivel de la criminalización secundaria

En el ámbito de la aplicación de las normas penales, se prohíbe imponer judicialmente una pena por actos realizados sin dolo ni culpa.

En este último nivel pueden distinguirse dos circunstancias:

i. Cuando no existe un tipo penal calificado por el resultado que abarque el hecho imputado producido sin dolo ni culpa. En este caso, el principio de responsabilidad subjetiva opera a través de la aplicación del principio de legalidad, debido a que el hecho imputado no constituye un acto u omisión previsto en la ley como infracción punible al no concurrir el elemento subjetivo del tipo.

ii. Cuando existe un tipo penal calificado por el resultado que abarque el hecho imputado producido sin dolo ni culpa. En este caso cobra importancia el principio de responsabilidad subjetiva: con arreglo a este, el hecho imputado resulta penalmente irrelevante.

Toda tendencia jurisprudencial, que proscribe la responsabilidad objetiva, refuerza los postulados del Estado social y democrático limitadores del poder penal. En consecuencia, el tratamiento dogmático para los delitos calificados por el resultado debe ser el de las llamadas *fórmulas preterintencionales* y se debe recurrir a sus principios.

5. Admisión en el sistema jurídico peruano

La importancia de la incorporación normativa del principio de culpabilidad y sus postulados se ubica en el plano de los derechos humanos. Este principio se encuentra orientado hacia la construcción de un sistema de control penal respetuoso de los derechos humanos en el derecho penal garantista de mínima intervención.

De este modo, son particularmente importantes las investigaciones de San José de Costa Rica (1983) y de Buenos Aires (1985) sobre sistemas penales y derechos humanos, desarrolladas por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y dirigidas por el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni[1038]. Producto de ellas, se han formulado recomendaciones correspondientes a la legislación penal.

En materia de declaraciones de garantías defectuosas o incompletas se sugiere: «2. Que los códigos expliciten técnicamente los principios fundamentales para la interpretación y aplicación de la ley penal, al menos en lo que hace a las garantías de [...] culpabilidad (exclusión de responsabilidad objetiva y requerimiento de reproche jurídico)».

Asimismo, en cuanto al *versari in re illicita* y la responsabilidad objetiva, se recomienda:

> 34. Propugnar que, en lo posible, el principio de culpabilidad y la necesaria correspondencia de la pena con los aspectos subjetivos del delito se consagren constitucionalmente [...][38]. Rechazar la teoría de los llamados delitos calificados por el resultado en la medida en que con ella se entiende la consagración de una forma de *versari in re illicita*.

Estas recomendaciones destacan la importancia de incorporar a nivel constitucional y legal el principio de culpabilidad y sus postulados, sobre todo el principio de responsabilidad subjetiva.

5.1. Nivel constitucional

En general, el principio de culpabilidad se encontraba implícito en el art. 2, num. 20, lit. f, de la Constitución de 1979[1039], que fue recogido actualmente en el art. 2, num. 24, lit. e, de la Constitución vigente.

Con este criterio, la admisión de este principio se encuentra ampliamente afirmada en diversos tratados internacionales de derechos hu-

[1038] Zaffaroni: «Derechos humanos y sistemas penales» en *Cuadernos Panameños de Criminología*, 121 y ss.
[1039] Prado Saldarriaga: *Derecho..., op. cit.*, 48.

manos, los cuales forman parte del derecho nacional conforme a lo dispuesto en el art. 55 de la Constitución Política. En tal sentido, se inscribe la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11, num. 1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, num. 2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, num. 2).

En particular, el principio de culpabilidad también está recogido en el art. 2, num. 24, lit. d, de la Constitución. Esta norma se relaciona con el principio de legalidad, pero el principio de culpabilidad se complementa con este. Es indispensable que exista la norma antes de que el acto u omisión para que el sujeto pueda conocerla y motivar su conducta conforme a ella. Así, este precepto no cumple solo con la función garantizadora, sino también con la función motivadora de conductas que debe tener toda ley penal[1040].

En consecuencia, el principio de culpabilidad, a su vez, se halla incorporado en varios tratados internacionales de derechos humanos. Así es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11, num. 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9).

5.2. Nivel legislativo

5.2.1. Experiencia anterior a la «reforma» de 1991

El Código Penal de 1924 no contenía una regla específica que incorpore el principio de culpabilidad, aunque su admisión se hallaba implícita en los arts. 1 y 167[1041]. Por las razones descritas anteriormente, consideramos que dicho principio estaba particularmente admitido en los arts. 3 y 81 del referido texto normativo. El Código de Procedimientos Penales de 1940 lo incorpora en el art. 284[1042].

A pesar de su consagración constitucional y legal, el principio de culpabilidad ha sido permanentemente afectado. A nivel de la criminalización primaria, los casos de represión objetiva fueron sumamente frecuentes en nuestra legislación penal. A modo de ejemplo, pueden citarse los decretos leyes 17388 y 19910[1043] y algunas disposiciones del Código Penal de 1924: art. 239, párr. 2 (robo seguido de lesión grave), art. 288-B, lit. b (actos de terrorismo seguidos de lesión en personas), art. 87 (error de tipo y de prohibición), arts. 169 y 170 (delito de riña),

[1040] Bovino: «Culpabilidad...», *op. cit.*, 33 y ss.
[1041] Prado Saldarriaga: *Derecho...*, *op. cit.*, 48.
[1042] *Idem.*
[1043] *Idem.*

art. 229, num. 4 (secuestro calificado), art. 84 (errores accidentales)[1044] y, a nuestro entender, también el art. 83.

No fue distinta la experiencia a nivel de la criminalización secundaria. La jurisprudencia de la Corte Suprema es contradictoria, ya que no aplicó en todos los casos el principio de culpabilidad[1045]. Así, por ejemplo, tratándose de actos no dolosos ni culposos, consideró que se trataba de imponer una pena «prudencial» o de «disminuir prudencialmente la pena»[1046]. También estimó que el art. 167 del CP de 1924 regulaba «el delito preterintencional»[1047], cuando en verdad se refería a un caso de resultado fortuito —cometido sin dolo ni culpa— no punible.

5.2.2. La «reforma penal» de 1991

Las dudas acerca de la existencia de un verdadero proceso de «reforma penal» han llevado a señalar que la labor realizada desde 1984 por las sucesivas comisiones reformadoras y revisoras del Código Penal ha perseguido un objetivo mucho más modesto y simple que la «transformación integral del sistema punitivo peruano». El panorama y el sentido de la denominada *reforma penal peruana* se redujo a la modernización de la legislación penal sustantiva, es decir, a la simple «modificación legal» o «reforma de papel»[1048].

Pero, al margen de sus defectos de organización y de sus limitaciones políticas, la reforma ha promovido innovaciones técnicas[1049] y político-criminales interesantes. Una de ellas corresponde a la incorporación expresa del principio de culpabilidad, en el sentido de que proscribe la responsabilidad objetiva y admite la responsabilidad subjetiva.

La abolición del sistema de responsabilidad objetiva ha quedado confirmada por el Código Penal en rigor, con la introducción del principio de legalidad en el art. II del título preliminar, lo que conlleva la admisión del principio de culpabilidad. Pero, en particular, el art. VII del título preliminar dispone categóricamente que «[l]a pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva».

[1044] Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 424-425.

[1045] *Ibid.*, 425.

[1046] *Vid.* Ejecutorias Supremas del 12 de mayo de 1938 (Anales Judiciales [1938], 210), del 12 de febrero de 1942, (Anales Judiciales [1942], 97), del 16 de febrero de 1950 (Revista del Foro [1950], 371), del 18 de octubre de 1951 (Revista del Foro [1952], 1279).

[1047] *Vid.* Anales Judiciales de 1948, 271.

[1048] Prado Saldarriaga: *Derecho...*, *op. cit.*, capítulos III, V, VI y VII; Prado Saldarriaga: «Las penas en la reforma penal» en *Anuario de Derecho Penal*, 66.

[1049] *Ibid.*, 68.

Asimismo, la consiguiente admisión del principio de responsabilidad subjetiva deriva de lo dispuesto en el art. 11 del CP, que sanciona como delitos y faltas solo los actos u omisiones dolosos o culposos. En coherencia con lo anterior, la regulación del error de tipo, prevista en el art. 14, párr. 1, respeta plenamente el principio de responsabilidad subjetiva.

En tal sentido, la inclusión de previsiones como la del art. 123 del CP, que regula el caso de lesiones con resultado fortuito, resultan ociosas y reiterativas de lo dispuesto en el título preliminar y parte general de dicho texto legal.

Capítulo V

LA APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LEY PENAL

I. Aplicación espacial de la ley penal en la sociedad global

El capítulo I, título I, libro I, del Código Penal peruano, al igual que el título I, libro I, del Código Penal de la Nación Argentina, establece una serie de reglas o principios que permite establecer, en los casos ya concretamente propuestos por la praxis de los tribunales, el ámbito de aplicación en el espacio de la ley penal peruana. Estas reglas o principios, bien recuerda Hurtado Pozo[1050], no pueden ser individual ni aisladamente consideradas, pues deben ser complementados entre sí.

Esta necesidad de limitar la aplicación en el espacio de la ley penal se ubica en que el derecho penal es innegablemente una «expresión del Estado»[1051] y una manifestación de la soberanía estatal[1052] que data de la época de la Ilustración[1053].

En tal virtud, resulta indispensable que, en la parte general de todo estatuto penal, se contengan las reglas que permitan determinar en qué casos un determinado Estado posee soberanía para expresarse a través del derecho penal. Además, fijar anticipadamente las reglas de aplicación espacial de la ley penal permite al ciudadano conocer con antelación el derecho que le será aplicable[1054] y posibilita que la norma penal cumpla con mayor suceso su función motivadora.

[1050] Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 206.

[1051] Quintero Olivares: *Curso de derecho penal. Parte general*, 173.

[1052] Al igual como sostiene Bacigalupo, que lo es el resto de la legislación estatal, aunque —agrego yo— con mayor intensidad (Bacigalupo: *Derecho penal. Parte general*, 175), *vid.* también, Bramont Arias y Bramont-Arias Torres: *Código Penal anotado*, 142; Villavicencio Terreros: *Código Penal comentado*, 44.

[1053] Luzón Peña: *Curso de derecho penal. Parte general I*, 202.

[1054] Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas: *Derecho penal latinoamericano comparado*, 39.

La soberanía cumple una función de gran importancia en el Estado moderno en tanto el principio destinado a brindar al Estado una capacidad real para ejercer un monopolio en la creación de normas jurídicas. La soberanía, a decir de Bergalli, se manifiesta de forma interna y externa. Internamente, la soberanía de un Estado se evidencia al mostrar que la exclusividad en el ejercicio de la violencia legítima contra el comportamiento de los ciudadanos corresponde al Estado; externamente, la soberanía ha permitido que la forma Estado-nación sea reconocida de modo progresivo[1055].

En cuanto a su manifestación externa, la soberanía ha sido utilizada continua e intensamente como justificación para la instauración de conflictos armados, a tal punto que resulte perfectamente válida la afirmación de Kelsen, quien luego de la Primera Guerra Mundial sostuvo que «[e]l concepto de soberanía debe ser superado. Este es el gran cambio cultural que necesitamos»[1056]. No obstante, no deja de preocupar cómo los países más poderosos han podido, en las más recientes conflagraciones bélicas —valiéndose de lo que Bergalli denomina «disfraz de "injerencia humanitaria"»[1057]—, soslayar la soberanía de otras naciones ciertamente más débiles.

La manifestación interna de la soberanía muestra una relación entre las nociones de violencia y soberanía mucho más marcada y que tienen continua expresión en nuestras vidas cotidianas frente a discursos como el de mantenimiento del orden interno estatal.

Hoy en día, sin embargo, hay que reconocer los profundos cambios operados en nuestras sociedades, —llamémoslas *posmodernas* o *posindustriales*[1058]— en donde el industrialismo antes imperante ha sido superado por una nueva concepción como la de «globalización»[1059] y se ha convertido —a decir de Militello— en «el *topos* que expresa una tendencia general de la realidad moderna y que no deja inmune al mundo del delito»[1060].

El fenómeno social de la globalización tiene —no se puede negar— un origen fundamentalmente económico[1061]. Por ello, no le falta razón a Dix Silva

---

[1055] Bergalli: «Principio de justicia universal y modernidad jurídica» en *Jueces para la Democracia*, 26.

[1056] *Ibid.*, 27.

[1057] *Idem.*

[1058] No debe olvidarse que la sociedad del riesgo aparece como una superación de la sociedad industrial. *Vid.* Figueiredo Días: «El derecho penal entre la sociedad industrial y la sociedad del riesgo» en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 81; Jaén Vallejo: *La justicia penal ante los nuevos retos de la actualidad*, 18.

[1059] Beck: *¿Qué es la globalización?, passim.*

[1060] Militello: «Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías», 177.

[1061] En sentido similar, *vid.* Zúñiga Rodríguez: *Política criminal*, 264-265, quien parece reconocer que los fenómenos de integración política ubican su origen en integraciones económicas.

cuando, al definir la globalización, sostiene que esta es «un proceso uniforme en el cual los Estados-nación, culturas nacionales y, consecuentemente, el Derecho son transformados por la *integración económica*»[1062].

Esta integración, que se evidenció principalmente durante las dos últimas décadas del siglo pasado y se manifestó en la creación y consolidación de bloques económicos mundiales (Unión Europea, Tratado de Comercio del Atlántico Norte, Área de Libre Comercio de las Américas, etc.), ha sido la gestora de la actual globalización mundial[1063].

Además, la integración económica internacional se produjo, a su vez, a partir de la revelación del sistema económico como el preponderante dentro de la actual sociedad que no sería sino —utilizando expresiones de Jakobs— «una sociedad de explotación»[1064]. Dentro de esta *sociedad*, la competencia económica tomó la posta a la competencia entre Estados y exigió a sus participantes —que podrían ser también Estados— el uso de la totalidad de herramientas disponibles, de lo contrario sufrirían marginación y sucumbirían a la lucha económica[1065]. Pues bien, una de las herramientas para conseguir éxito en la competencia económica era la integración.

Esta vinculación entre integración económica y globalización se manifiesta en el ámbito del derecho penal en la constatación hecha por Silva Sánchez acerca de que la criminalidad de la globalización es económica o lucrativa y encaja dentro de la caracterización criminológica de los conocidos como *crimes of the powerful* (delitos de los poderosos) en contraposición a los *crimes of the powerless* (delitos de los carentes de poder)[1066].

Este trinomio de integración económica-globalización-criminalidad parece constatarse criminológicamente a partir del caso del delito de blanqueo de capitales, respecto del cual se afirma que «las actuales condiciones económicas del mercado mundial permiten que importantes cantidades de dinero provenientes del crimen organizado se disuelvan en complicadas transferencias y escrupulosos "blanqueos"»[1067]. Por ello, el uruguayo Raúl Cervini considera al lavado de activos como una manifestación de la *macro* o *extracriminalidad económica* que se constituiría como:

[1062] Dix Silva: «Globalización y derecho penal brasilero: ¿acomodación o indiferencia?» en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 81.

[1063] Silva Sánchez: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 85-86; Silva Sánchez: «La política criminal y la teoría del derecho penal ante los aspectos socio-culturales, políticos y jurídicos de la globalización», 61-62.

[1064] Jakobs: *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, 311.

[1065] *Ibid.*, 312.

[1066] Silva Sánchez: *La expansión...*, *op. cit.*, 83.

[1067] Garrido, Stangeland y Redondo: *Principios de criminología*, 649.

> [La] expresión emergente de una desviación estructural vinculada al ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la *economía*, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos [...], a saber: *los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior* [...].[1068]

Otro dato a favor de las consideraciones precedentes está relacionado con la formación de un embrión de derecho penal en el seno de la Unión Europea[1069] que, como debe recordarse, se inició bajo la idea de la integración económica, así como con el hecho de que son justamente los intereses económicos de la Unión Europea los que se busca proteger primariamente a través de estos intentos de legislación penal comunitaria.

Sin embargo, sería errado limitar la idea de globalización al ámbito estrictamente económico, pues, aunque el origen del fenómeno que se comenta sea económico, sus implicancias transcienden dicho ámbito e involucran aspectos sociales, culturales y políticos[1070]. Por ello, más exacta resulta la definición propuesta por Beck, quien identifica la globalización como «los *procesos* en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios»[1071], con lo que, a diferencia de la definición planteada por Silva Dix, aporta mayores datos sobre el contenido del concepto *globalización* sin limitarse a dar cuenta del origen del fenómeno y sus efectos.

La globalización ha provocado toda una *transnacionalización del campo jurídico*[1072], en general, y una *transnacionalización en el ámbito delictual*, en concreto. Esta *transnacionalización del campo jurídico y de lo delictual* tiene mucho que ver con las altas tasas de migración internacional tanto de personas como de capitales.

En el derecho penal, esta *transnacionalización* o *internacionalización*[1073] se manifiesta en el hecho de que los riesgos que provocan en la actualidad el

---

[1068] Cervini: «Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas», 17.

[1069] No sin razón Roxin sostiene que la europeización del derecho penal tiene cierta relación con una posible globalización del derecho penal (Roxin: «El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo», 446-447).

[1070] Es por lo que Dix Silva considera más apropiado referirse a varias «globalizaciones» (económica, social, cultural, etc.) que a una «globalización» (*vid.* Dix Silva: «Globalización...», *op. cit.*, 82). De forma similar, destacando las diversas aristas del concepto *globalización*, *vid.* Viggiani Bicudo: «La globalización y las transformaciones en el derecho penal» en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 97.

[1071] Beck: *¿Qué es...*, *op. cit.*, 29.

[1072] Bergalli: «Principio...», *op. cit.*, 27, citando a De Sousa Santos.

[1073] Jakobs: *La ciencia...*, *op. cit.*, 318; Silva Sánchez: «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal» en *Revista de Derecho*, 101.

desarrollo de la tecnología no reconocen fronteras, por lo que puede —conforme destaca notablemente Mendoza Buergo— perfectamente hablarse de «*peligros globales en la sociedad global*, lo que justificaría, entre otras cosas, hablar de "sociedad de riesgo mundial"»[1074].

Esta referencia a la noción de *sociedad de riesgo mundial*[1075] nos obliga a remitirnos a los desarrollos realizados por el sociólogo alemán Ulrich Beck sobre *la sociedad del riesgo*. Según Beck, el desarrollo tecnológico e industrial provoca una serie de efectos nocivos muchas veces no previstos ni previsibles por el ser humano[1076], cuyas dimensiones son de niveles insospechados a tal punto de que el propio Beck sostiene que los peligros que acechan a nuestras sociedades son «incuantificables, incontrolables, indeterminables y atribuibles»[1077]. No obstante, pese a lo catastrófico que puede resultar la verificación en resultados materiales de estos riesgos, nuestras modernas sociedades posindustriales no pueden ya renunciar a ellos, pues dicha dimisión supondría un total entorpecimiento de las más básicas y necesarias actividades del ser humano.

Por ejemplo: viajar en automóvil, utilizar teléfono celular, consumir productos con preservantes, etc. son prácticas cotidianas que tienen inmanente un determinado nivel de riesgo a las cuales —pese al riesgo que pueden implicar— no podemos renunciar sin peligro de afectar el funcionamiento del sistema social tal como lo concebimos actualmente.

Frente a tal dicotomía, se produce una constante e inusual contradicción entre las ideas de *seguridad* y *riesgo*[1078], que para el derecho punitivo ha planteado a su vez una confrontación entre los defensores de un *derecho penal del peligro* o *de la seguridad* y quienes propugnan la reducción del derecho penal a su núcleo duro[1079]. Un ejemplo paradigmático de tal tensión es el enfervorizado debate sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto[1080].

[1074] Mendoza Buergo: *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, 26-27; Suárez González: «Derecho penal y realidad social», 118.

[1075] Reyna Alfaro: «Cuestiones básicas del derecho penal del ambiente: reflexiones desde el derecho peruano» en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 52; Reyna Alfaro: «La protección penal del ambiente: posibilidades y límites» en *Ciencias Penales contemporáneas*, 210.

[1076] Mendoza Buergo: *El derecho...*, *op. cit.*, 27; Reyna Alfaro: «Los delitos informáticos en el Código Penal peruano» en *Revista Jurídica del Perú*, 61.

[1077] Cuesta Aguado: «Derecho penal económico y nuevas tecnologías», 187, citando a Beck; Cuesta Aguado: «La protección penal del medio ambiente en Argentina: un objetivo aplazado» en *Ciencias Penales*, 101.

[1078] Caro Coria: «Bienes jurídicos colectivos en la "sociedad del riesgo" y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo», 51; Caro Coria: *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal*, 4.

[1079] Sobre esta cuestión, *vid.* Mendoza Buergo: *El derecho...*, *op. cit.*, *passim*.

[1080] *Vid.* Mendoza Buergo: *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, *passim*; López Barja de Quiroga: *Derecho penal. Parte general II*, 128.

Esta parcela, aunque ha sido comúnmente denominada como *derecho penal internacional*, debe precisarse —con Antolisei, Mantovani, Maurach y Zipf— que se trata de una denominación ciertamente incorrecta. Lo es porque no se trata, en puridad, de un *derecho internacional*, pues no se ha generado ni en el derecho de gentes ni sobre la base de los tratados. Por el contrario, se trata de un mero derecho interno que no puede perder tal carácter a pesar de que aparezca una consecuencia de deberes asumidos internacionalmente por el Estado[1081]. Por ello, Maurach y Zipf proponen la denominación *derecho de aplicación penal* o *derecho de aplicación del derecho penal*[1082].

De similar opinión parece ser Diego Luzón Peña cuando sostiene que por derecho penal internacional «se entiende mayoritariamente el conjunto de preceptos (del Derecho interno de cada país) sobre aplicación extraterritorial de la ley penal, añadiendo algunos autores también la regulación de la ayuda judicial internacional en materia penal y en especial la extradición»[1083].

Por el contrario, Jescheck y Weigend, aunque optan por utilizar la expresión *derecho penal internacional*, afirman:

> Derecho penal internacional pertenece al Derecho *estatal* y no al internacional, a pesar de que en él se contienen normas para la aplicación del poder punitivo propio a extranjeros y a hechos cometidos fuera del país, así como aquellas que se dirigen a la protección penal de bienes jurídicos de otros Estados.[1084]

Así, estos dos autores demuestran una evidente contradicción en su posición.

En nuestra doctrina, Villavicencio Terreros[1085] y San Martín Castro[1086] —rememorando a Binding— plantean distinguir el *derecho internacional penal* del *derecho penal internacional*, que sería el «conjunto de disposiciones de Derecho Interno en cuya virtud el legislador local determina en qué casos la ley penal nacional es aplicable»[1087]. Desde nuestra perspectiva, dicha distinción carece de operatividad, ya que no solo provoca confusiones innecesarias, sino que admite que aquello denominado *derecho penal internacional* es —en puridad— mero *derecho de aplicación penal* o *derecho de aplicación del derecho penal*.

Históricamente, encontramos que el Código Penal peruano de 1863 no comprendía ninguna disposición referente a la aplicación espacial de la ley

---

[1081] Antolisei: *Manual de derecho penal. Parte general*, 81; Mantovani: *Principi di diritto penale*, 437; Maurach y Zipf: *Derecho penal. Parte general I*, 173.

[1082] Maurach y Zipf: *Derecho... I, op. cit.*, 173.

[1083] Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 211-212.

[1084] Jescheck y Weigend: *Tratado de derecho penal. Parte general I*, 176.

[1085] Villavicencio Terreros: «Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional», 217.

[1086] San Martín Castro: «Los principios de legalidad penal y de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», 105.

[1087] *Idem.*

penal. Recién el Código de enjuiciamientos en materia penal incluyó un artículo (art. 2) que contenían los «sujetos a la jurisdicción criminal de la Nación» y reconocía algunos de los principios que reconoce actualmente nuestro Código Penal[1088].

El Código Penal de 1924 denominaba a su título II como «Dominio territorial de aplicación de la ley penal» (arts. 4-6). Esta designación, sostiene correctamente Bramont Arias[1089], era errada porque limitaba la aplicación espacial de la ley penal al ámbito territorial, delimitado por las fronteras, cuando en realidad es mucho más amplio.

II. Principio de territorialidad de la ley penal y principio del pabellón

El art. 1 del CP peruano y el art. 1 del CP argentino, establecen una regla general de aplicación territorial de la ley penal (*locus regit actum*) de gran tradición en el derecho penal latinoamericano[1090]: el *principio de territorialidad.*

Este principio —pone de manifiesto Ferrando Mantovani— goza del absoluto reconocimiento en el derecho internacional y es coincidente a su vez con el principio de soberanía nacional[1091]. En virtud al principio en mención, la ley penal peruana se aplica a toda persona nacional o extranjera que comete un hecho punible en el *territorio de la República con las excepciones que establece el derecho internacional.* Esta precisión legislativa penal debe ser complementada con el contenido del art. 54 de la Constitución Política del Estado que, además de explicar cómo está conformado el territorio peruano, concede soberanía y jurisdicción al Estado peruano sobre el mismo.

En líneas generales, se puede decir entonces que la importancia del territorio para un Estado se ubica en el hecho de que este —como decía Herrera Paulsen— «sirve de medida y límite a la autoridad del gobierno pues es una base de la acción del poder»[1092]. Así se constata la cercana interrelación entre las nociones de soberanía y territorio.

Pues bien, se plantea la urgencia de establecer qué es lo que debe ser entendido como «territorio de la República» que —como bien sostiene Villa Stein— aparece como un concepto normativo[1093] mucho más amplio que

[1088] Más detalladamente, *vid.* Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 207-208.
[1089] Bramont Arias: *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, 140.
[1090] Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas: *Derecho...*, *op. cit.*, 41.
[1091] Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 438.
[1092] Herrera Paulsen: *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 77.
[1093] Villa Stein: *Derecho penal. Parte general*, 142. A favor de recurrir a un concepto jurídico de territorio, *vid.* Fierro: «Artículo 1», 16 y 23.

el concepto geográfico del territorio[1094]. Para ello, debe recurrirse al ámbito constitucional y de derecho internacional público[1095], pues —como bien recuerda Bacigalupo— «el derecho penal no introduce en este concepto [el de "territorio"] ninguna particularidad»[1096].

En el ámbito del derecho constitucional, específicamente en los desarrollos de la denominada *teoría general del Estado*, suele recordarse que el territorio conforma, junto con el pueblo y el poder, los tres elementos propios de todo Estado. En las más actuales tendencias dentro del derecho constitucional, se suele considerar al territorio ya no como un *factum brutum*, sino como un *territorio culturalmente formado*, según palabras de Häberle[1097], quien lo ubicaría no como un *elemento* del Estado, sino como un *valor* constitucional.

Desde esta perspectiva constitucional, debemos recurrir a los términos del art. 54 de la Constitución Política de 1993, que precisa que el territorio del Estado se compone por el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre, cuyos contenidos —por cierto— vienen también iluminados por el derecho internacional público.

El suelo viene a ser la superficie territorial del Estado y es delimitado por las fronteras con Ecuador, Colombia, Brasil, Bolivia y Chile[1098]. El subsuelo se configura a partir de la idea de una figura cónica que va desde la superficie del suelo hasta el centro de la tierra. A través del concepto *subsuelo*, el Estado puede disfrutar de derechos sobre las sustancias minerales contenidas en su interior[1099].

El *dominio marítimo* se corresponde con la noción de *mar territorial* que es —siguiendo a Herrera Paulsen— «la zona de agua próxima a la costa que, por razones políticas, fiscales y económicas, está sometida a la ley del estado ribereño»[1100]. Aquí corresponde plantearse algunas interrogantes con relación a la extensión del *dominio marítimo*.

Según los términos del art. 54 de la Constitución, el dominio marítimo del Estado peruano «comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las

---

[1094] Labatut Glena: *Derecho penal*, 58. Igualmente, Villavicencio Terreros: *Código...*, *op. cit.*, 44.

[1095] Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, 176; Fernández Carrasquilla: *Derecho penal fundamental I*, 140; Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 439; Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 211.

[1096] Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, 176-177 (entrelíneas agregadas). De distinta opinión parece ser implícitamente, Quintero Olivares: *Curso de derecho penal. Parte general*, 176.

[1097] Häberle: *El Estado constitucional*, 21.

[1098] Interesante desde la perspectiva histórica y de derecho internacional. *Vid.* Belaunde: *La Constitución inicial del Perú ante el derecho internacional*, *passim*.

[1099] Herrera Paulsen: *Derecho...*, *op. cit.*, 80.

[1100] *Ibid.*, 81.

líneas de base que establece la ley». Nuestra norma constitucional reconoce así la *tesis de la plataforma submarina* o del *zócalo continental.*

Esta tesis tiene orígenes fundamentalmente americanos. Fue postulada inicialmente por el Gobierno de los Estados Unidos de América cuando su presidente Harry Truman en 1945 emite diversas proclamas donde se le reconocía al gobierno estadounidense la jurisdicción sobre el mar epicontinental. Dicha tesis obtuvo aceptación casi inmediata en los países de Latinoamérica: México, Argentina y Chile declararon seguidamente ejercer soberanía sobre las 200 millas marinas. Posteriormente, el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero la acogió mediante el decreto supremo del 29 de agosto de 1947[1101].

Según la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, la soberanía del Estado se limita a 12 millas. Esta idea se confronta con la conocida idea contenida en la Constitución Política de que el Estado peruano ejerce soberanía hasta las 200 millas marinas. Según refiere Luzón Peña, de acuerdo con los términos de la mencionada Convención de Derecho del Mar, la soberanía se limita a las 12 millas, pero la «zona contigua» o «zona económica de explotación exclusiva» sí se extendería hasta las 200 millas marinas[1102]. Pues bien, conviene recordar que nuestro país, si bien ha suscrito dicha Convención, no ha sido debidamente ratificado, por lo que sus contenidos carecen de fuerza vinculante en nuestro derecho interno, donde prevalecen los desarrollos constitucionales sobre la materia.

La referencia al *espacio aéreo* debe también ser concatenada a los desarrollos del derecho internacional público sobre esta materia. En ese contexto, debemos recurrir a los contenidos de la Convención de Chicago de 1944, que refiere la cual se debe entender por *espacio aéreo* al situado sobre el territorio terrestre y el mar territorial de un Estado.

Pero el principio de territorialidad en materia penal no resulta ser absoluto, pues admite —lo reconoce el art. 54 mencionado— excepciones que derivan del derecho internacional público. En virtud a estas excepciones, pese a ser la ley peruana la aplicable territorialmente, las razones de derecho internacional obligan al Estado peruano a abstenerse de ejercerse jurisdicción. Ocurre así, por ejemplo, en el caso de personas que gozan de privilegios diplomáticos.

El art. 1 del CP actual no contiene únicamente limitaciones o excepciones a la aplicación espacial peruana, sino también situaciones de extensión de aplicación territorial de la ley penal o de extraterritorialidad de la ley penal,

[1101] Herrera Paulsen: *Derecho...*, *op. cit.*, 81-82.
[1102] Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 203.

para los denominados *territorios flotantes*[1103] que, aunque no forman parte del territorio geográfico o natural del Estado, sí forman parte —ficta, por cierto— del territorio estatal desde una perspectiva jurídica[1104].

Estas situaciones de extensión, que se conocen comúnmente como *principio de pabellón*, se refieren a:

— Las naves o aeronaves nacionales públicas en donde se encuentren.

— Las naves o aeronaves nacionales privadas que se encuentren en altamar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

Con relación a las *naves o aeronaves nacionales públicas*, el principio de pabellón permite la aplicación de la ley penal nacional justamente en aquellas naves sin importar el lugar donde estas se encuentren. Una regulación de tal índole resulta ser consecuencia de los desarrollos propios del derecho internacional público que determinan que las naves o aeronaves del Estado son territorios flotantes o en movimiento. Conforme a lo señalado, por ejemplo, si se comete un hecho punible en el interior de una aeronave pública que hace escala en territorio extranjero, la norma que resulta aplicable será la peruana.

Más restrictiva resulta la extensión referida a las *naves o aeronaves nacionales privadas*. En este supuesto se exige, además de que el hecho sea cometido en dichas naves, que estas *se encuentren en alta mar* o *en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía*.

Esta noción de *territorio flotante*, como toda ficción jurídica, tiende a provocar problemas de interpretación. Hurtado Pozo, por ejemplo, hace notar que, si se considera territorio flotante a una nave, tendría que considerarse como territorio flotante también a la superficie sobre la que se navega y rodea, además del espacio aéreo que la cubre, lo que es, desde todo punto de vista, inaceptable[1105]. Pues bien, el propio autor nacional refiere que la noción de *territorio flotante* desde ser interpretada jurídicamente y no debe una perspectiva naturalista, aunque reconoce que las complicaciones por utilizar tal concepto subsisten.

III. Aplicación extraterritorial de la ley penal nacional

Aunque por regla general la ley penal nacional es aplicable respecto a los hechos punibles ocurridos en el «territorio de la república», el art. 2 del CP

[1103] Más detenidamente, Bramont Arias: *La ley...*, *op. cit.*, 154 y ss.
[1104] Labatut Glena: *Derecho...*, *op. cit.*, 58.
[1105] Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 218.

peruano[1106] prevé seis circunstancias donde la ley penal nacional puede ser aplicada en el extranjero y donde reconocen diversos principios de tradición doctrinaria, como son los principios de protección de intereses, de defensa o real (CP, art. 2, incs. 1-3), de personalidad —activa y pasiva— (CP, art. 2, inc. 4), de justicia universal (CP, art. 2, inc. 5) y de cumplimiento de obligaciones internacionales (CP, art. 2, inc. 6).

La posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal facilita —según recuerda Quintero Olivares evocando a Antón Oneca[1107]— las relaciones entre los Estados, en la medida en que supone un filtro destinado a evitar la posible impunidad de quien delinque en el extranjero, que podría producirse si se propugnará en términos absolutos el principio de territorialidad.

1. Principio real, de defensa o de protección de intereses

1.1. Primer supuesto

El primer supuesto posibilita la sanción del hecho punible cometido en el extranjero por el *funcionario o servidor público en desempeño de su cargo*. Es cierto que, en la doctrina penal especializada en los delitos contra la Administración pública, se ha producido un intenso debate respecto al contenido de la noción *funcionario* o *servidor público*. Evidentemente, no es posible —por cuestiones metodológicas— tratar aquí quiénes tienen la condición de «funcionario» o «servidor público». No obstante, sí puede decirse que el concepto de funcionario que tiene, en este ámbito, relevancia para el derecho penal es el que dimana del art. 425 del CP[1108].

Pero el supuesto aquí comentado —conviene recordarlo— no exige únicamente la concurrencia de la calidad de «funcionario» o «servidor público», sino que exige, además, que el delito sea cometido por el agente calificado *en desempeño de su cargo*.

Aunque no se limita el ámbito de aplicación del art. 2.1 del CP a un determinado rubro de delitos —a diferencia de lo que ocurre con posteriores párrafos de este artículo—, la referencia a que el delito sea cometido por el funcionario o servidor público en *desempeño de su cargo* plantea —de hecho— que el art. 2.1 del CP se refiere fundamental-

[1106] Conforme a la modificatoria producida mediante Ley 31501, del 10 de junio de 2022.
[1107] Quintero Olivares: *Curso...*, *op. cit.*, 180.
[1108] Sumamente clarificador en este sentido, Urquizo Olaechea: «Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración pública» en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 229 y ss.

mente a los delitos contra la Administración pública[1109]. Esta afirmación se enlaza con el efectivo interés del Estado por proteger sus valores.

1.2. Segundo supuesto

La segunda circunstancia que posibilita la aplicación de la ley penal nacional en el extranjero se da cuando el hecho punible «atenta contra la seguridad o la tranquilidad públicas o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República»[1110].

Esto quiere decir que será posible la aplicación de la ley penal nacional frente a aquellos hechos punibles producidos en territorio extranjero que se subsuman dentro de los delitos 1) contra la seguridad pública (CP, arts. 273-279), 2) contra la tranquilidad pública (CP, arts. 315-318) y 3) de lavado de activos, conforme a la regulación prevista en la legislación penal accesoria, cuando los efectos de tales hechos punibles se produzcan en territorio de la República.

Respecto a 1) los delitos contra la seguridad pública, no existen mayores inconvenientes de aplicación del precepto en la medida en que los delitos de peligro común a que se refieren los arts. 273-279 del CP tienen plena vigencia.

Ocurre lo contrario en el caso de 2) los delitos contra la tranquilidad pública, contenidos en el título XIV, libro II, del Código Penal. Solo los tipos penales contenidos en el capítulo I del mencionado título (CP, arts. 315-318) tienen vigencia en la actualidad. El capítulo II, título XIV, libro II, del Código Penal, destinado a regular los delitos de terrorismo, hoy en día no tiene vigencia, por lo que se ha trasladado la regulación penal de dicho delito a una ley penal especial[1111] y ha ocupado su lugar dentro de la numeración del Código Penal los delitos contra la humanidad (título XIV-A, libro II).

Este traslado de los delitos de terrorismo a una ley penal especial en nada impide que pueda invocarse la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana conforme al art. 2.2 del CP para los delitos de terrorismo conforme a su ubicación actual. En primer lugar, porque dicho delito, a

[1109] De distinta opinión, Chirinos Soto: *Comentarios al nuevo Código Penal del Perú I*, 64.

[1110] Conforme a la modificatoria producida por el art. 1 del Decreto Legislativo 982, del 22 de julio de 2007.

[1111] Me refiero al Decreto Ley 25475, del 6 de mayo de 1992, que debe actualmente ser complementado con el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional en materia de inconstitucionalidad (Expediente 010-2002-AI/TC) y el Decreto Legislativo 921.

pesar de encontrarse regulado en una ley especial, debe necesariamente obedecer los contenidos de la parte general del derecho penal, regulados a través del libro I del Código Penal. En segundo lugar, porque a pesar de haber variado su ubicación sistemática —por cierto, en nada exigida por el art. 2.2 del CP—, la identidad del bien jurídico mantiene incólume «la tranquilidad pública»[1112].

Por el contrario, no se puede de modo alguno aplicar extraterritorialmente la ley penal peruana conforme al art. 2.2 del CP a los delitos contra la humanidad que han ocupado el lugar dejado en el texto del Código Penal por los delitos de terrorismo.

Finalmente, respecto a 3) los delitos de lavado de activos, es importante reconocer que la eficacia de este precepto, incorporado el 22 de julio de 2007, debe ser respetuosa de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal.

Ahora, la condición común que limita la aplicación del párrafo segundo del art. 2 del CP es que los *efectos de tales hechos punibles se produzcan en territorio de la República.* Esta precisión plantea importantes limitaciones para la aplicación del párrafo comentado, sobre todo para los denominados *delitos instantáneos.*

Estos delitos —conviene recordarlo— son aquellos ilícitos cuya consumación es inmediata, en oposición a los *delitos permanentes,* donde el momento de consumación se prolonga en el tiempo, y a los *delitos de estado* que, si bien generan un estado antijurídico que se extiende temporalmente, se consuman al momento en que el mismo aparece[1113].

Como se observa de lo sostenido, los *delitos instantáneos* —por su forma de consumación— no provocan mayores efectos separables temporalmente del momento consumativo. Si esto es así y la acción u omisión típica se manifiesta en el extranjero, conforme se plantea en el art. 2.2 del CP, es improbable que se produzca en esta clase de delito algún efecto en el territorio peruano.

[1112] A favor de esta identificación del bien jurídico en el delito de terrorismo, *vid.* Bramont-Arias Torres y García Cantizano: *Manual de derecho penal. Parte especial,* 559. Cercanamente, antes de la modificación y agregando la seguridad pública, *vid.* Peña Cabrera: *Terrorismo y ley penal,* 29. En la doctrina española se habla muy cercanamente de la noción de «paz pública» como uno de los intereses protegidos mediante la figura de terrorismo. *Vid.* Cobo del Rosal y Quintanar Díaz: «Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo», 1046; Muñoz Conde: *Derecho penal. Parte especial,* 863; Prats Canut: «De los delitos de terrorismo», 1621.

[1113] Cuesta Aguado: *Tipicidad e imputación objetiva,* 83-84.

1.3. Tercer supuesto

El tercer supuesto se vincula cercanamente al anterior. En este caso, el catálogo de delitos en los que es posible la aplicación extraterritorial de la ley penal nacional comprende los delitos contra el orden monetario (CP, libro II, título X, capítulo II, arts. 252-261), delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (CP, libro II, título XV, arts. 325-345) y delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional (CP, libro II, título XVI, arts. 346-353).

En este caso, aunque no se exige que los efectos del hecho punible se produzcan en el territorio nacional, las singularidades propias de cada una de las parcelas delictivas incluidas plantean que —de hecho— en algunos casos los efectos del delito se manifiesten en el territorio nacional.

A manera de ejemplo de lo antes sostenido, podemos ubicar el caso de los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional. Por el delito de conspiración para cometer el delito de rebelión, sedición o motín del art. 349 del CP se castiga la conducta de quien «toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín». Pues bien, aunque la acción material se ejecute más allá de los límites territoriales del Estado peruano, resulta evidente que sus efectos se manifestarán necesariamente en el Perú, en la medida en que afectan la estabilidad de los poderes del Estado y el orden constitucional.

Entonces, las anteriores circunstancias (CP, art. 2, párrs. 1-3) se relacionan con el conocido en doctrina como *principio real, de defensa o de protección de intereses*. Este principio tiene como objetivo proporcionar al Estado la capacidad de protección y reacción frente a aquellas conductas que afecten sus intereses o bienes jurídicos de mayor entidad, aun si estos son cometidos en el extranjero.

2. Principio personal, de personalidad o de la nacionalidad

El cuarto párrafo del art. 2 del CP muestra una situación algo más compleja, referida a los hechos punibles cometidos en el extranjero «contra peruano o por peruano». Para que la ley penal peruana sea aplicable, es necesario que el delito sea susceptible de extradición de acuerdo con la normatividad peruana y se exige adicionalmente que se trate de un hecho punible también en el Estado en que se cometió la conducta y que el agente ingrese de cualquier manera al territorio de la República.

Encontramos que la posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal contenida en el art. 2.4 del CP se basa en el denominado *principio personal, de personalidad* o *de la nacionalidad*. Este principio, se-

gún recuerda Luzón Peña[1114], constituía antes de la Revolución francesa (1789) la regla general que posibilitaba la aplicación de la ley penal para aquellos ciudadanos nacionales que se encontrasen dentro y fuera del territorio estatal.

El objetivo primordial de este principio no es el vincular a la persona con la legislación de su país —como ocurría en los estados totalitarios que mantuvieron el *principio de personalidad* como regla: Alemania del nacionalsocialismo[1115] o la Unión Soviética—[1116], sino el de evitar la impunidad.

Hay que precisar que el principio que ahora comentamos tiene una expresión activa y una pasiva. Hablamos de *principio de personalidad activo* cuando el hecho es cometido «por peruano»; por el contrario, existe el *principio de personalidad pasivo* cuando el hecho es perpetrado «contra peruano».

El *principio de personalidad activo* plantea que el hecho haya sido perpetrado «por peruano». Conviene analizar si la referencia a la «perpetración» del hecho se encuentra dirigida únicamente al autor o si incluye también a los partícipes. Según entiendo, el texto del art. 2.4 del CP permite comprender solo al autor del hecho, lo que posibilita también, en aplicación del principio de accesoriedad de la participación, que al partícipe le sea aplicable la ley penal.

Por otra parte, el *principio de personalidad pasivo*, así como se encuentra regulado por el art. 2.4 del CP, permite comprender tanto los hechos en que los nacionales resultan víctimas como aquellos en que son sujetos pasivos del hecho, es decir, cuando son titulares de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal[1117].

Debe recordarse que anteriormente se solía considerar esta manifestación pasiva del principio de personalidad como una expresión del principio real o principio de defensa[1118] por considerarse que la defensa de los inte-

[1114] Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 206.

[1115] Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas recuerdan, por ejemplo, que el principio de territorialidad fue reemplazado en el derecho alemán por el principio de nacionalidad mediante la ley del 6 de mayo de 1940. *Vid.* Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas: *Derecho...*, *op. cit.*, 41.

[1116] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 59; Bramont Arias y Bramont-Arias Torres: *Código...*, *op. cit.*, 72; Quintero Olivares: *Curso...*, *op. cit.*, 180.

[1117] Conviene recordar que las condiciones de víctima de un delito y sujeto pasivo no siempre convergen. Sumamente ilustrativos, Bustos Ramírez y Larrauri Pijoán decían que «en un delito pueden coincidir sujeto pasivo y víctima —como cuando a alguien se le hurta un reloj—, pero suele suceder que ello no sea así —como cuando se le hurta un reloj a un niño pequeño que llevaba el de su padre a arreglar a una relojería—». (*vid.* Bustos Ramírez y Larrauri Pijoán: *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, 17).

[1118] En ese sentido, por ejemplo, *vid.* Bramont Arias: *La ley...*, *op. cit.*, 141; Villavicencio Terreros: *Código...*, *op. cit.*, 47.

reses de los nacionales suponía la defensa de los intereses del propio Estado. Incluso en la actualidad, Cuello Contreras sostiene que el principio real o de defensa «se trata de una modalidad del genérico principio de la personalidad pasiva»[1119] y Mantovani, en la misma línea de ideas, ubica el principio de personalidad pasiva dentro del principio de defensa[1120].

2.1. La extradición

Uno de los elementos condicionantes a la operatividad del num. 4, art. 2, del CP es que el delito sea susceptible de extradición[1121], por lo que dedicaremos algunas líneas a destacar las notas más saltantes de esta institución.

Una de las características sobresalientes de nuestros tiempos resulta ser la estabilización de las relaciones internacionales[1122] y la consecuente globalización mundial. Ello ha generado la aparición de criminalidad de orden transnacional que afecta a los bienes jurídicos de suma importancia, lo cual genera la necesidad de fijar respuestas del mismo orden[1123].

De todo lo expuesto se desprende la necesidad de articular instrumentos de cooperación internacional en materia penal, por lo que surge la figura de extradición con el fin de lograr dicha pretensión. Esta figura muestra una serie de complejidades que provocan dificultades para un entendimiento cabal de la extradición, que tienen que ver, conforme recuerda Pozo Pérez, con su carácter multidisciplinario, pues la extradición es una institución relacionada con el derecho constitucional, el derecho penal y el derecho procesal[1124].

Su objeto es transferir a una persona, individualmente perseguida o condenada, de la soberanía de un Estado a otro a fin de que se le juzgue o cumpla su condena[1125].

Como es bien sabido, nuestra normatividad procesal en materia penal está regida básicamente por el Código de Procedimientos Penales de

---

[1119] Cuello Contreras: *El derecho penal español. Parte general*, 267.

[1120] Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 438.

[1121] En lo que sigue, *vid.* Reyna Alfaro: *Manual de derecho penal económico. Parte general y parte especial*, 257-259.

[1122] Mazuelos Coello: «Sistema de justicia penal y asistencia judicial internacional», 185.

[1123] Informe del 9.° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (El Cairo), 44. Disponible en: <bit.ly/2I2rDpy>

[1124] Pozo Pérez: «La extradición», 111-112.

[1125] Antolisei: *Manual...*, 92; Pozo Pérez: «La extradición», *op. cit.*, 112; Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 260; Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 213; Peña Cabrera: *Tratado de derecho penal. Estudio programado de la parte general*, 223; Mazuelos Coello: «Extradición activa: requisitos, recaudos y trámites», 151; Ferré Olivé: «La extradición», 188.

1936, salvo algunos preceptos del Código Procesal Penal de 1991 —cuya *vacatio legis* dura más de diez años— que han sido incorporados al ordenamiento procesal penal, que no comprendía la extradición.

Hoy en día dicha regulación corresponde a los arts. 513-527 del CPP de 2004. Antes de su entrada en rigor, la norma aplicable era la Ley 24710 (ley de extradición), del 26 de junio de 1987.

La decisión final sobre la procedencia o no de la extradición corresponde al Poder Ejecutivo, conforme precisa nuestra Constitución Política en su art. 37[1126]. Estamos, pues, ante una figura de naturaleza mixta[1127].

La extradición puede ser principalmente de dos clases:

a) Activa: Por la cual un Estado requiere a otro la entrega de un procesado o sentenciado refugiado en su territorio con el objeto de ejercer su *ius puniendi*[1128].

b) Pasiva: Es la entrega de un procesado o sentenciado a otro Estado que lo solicite sin importar si este se encuentra en condición de residente, turista o de paso[1129].

No obstante, existen también otras formas de extradición, pero con menor incidencia práctica. De este modo, Pozo Pérez y Luzón Peña informan sobre la existencia de la *extradición de tránsito* y la *reextradición*[1130]. La *extradición de tránsito* posibilita que un Estado acepte el traslado por su territorio nacional de una persona que otro Estado haya requerido para entregar a un tercer Estado. En cambio con la *reextradición*, un Estado que ha recibido mediante un procedimiento de extradición a una persona para su juzgamiento entrega a este a un tercer Estado al que considera con mejor derecho.

Asimismo, se establece una serie de principios jurídicos propios de la extradición, los que Peña Cabrera[1131] ha clasificado en principios relativos a los delitos, principios relativos a los delincuentes y principios relativos a la penalidad.

[1126] «La extradición solo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad».

[1127] Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 261.

[1128] Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 214; Mazuelos Coello: «Extradición...», *op. cit.*, 151.

[1129] Peña Cabrera: *Tratado...*, *op. cit.*, 224.

[1130] Pozo Pérez: «La extradición», *op. cit.*, 113-114; Luzón Peña: *Curso...*, *op. cit.*, 214.

[1131] Peña Cabrera: *Tratado...*, *op. cit.*, 226. Aunque debo precisar que la referencia que se hace es básicamente en cuanto a la clasificación, mas no respecto al contenido que ha sido sustancialmente modificado.

a) Principios relativos a los delitos

1. Legalidad: Este principio informa que la extradición solo se podrá conceder por delito expresamente comprendido en la ley como *susceptibles de extradición*. La concurrencia en este principio tiene especial repercusión en el artículo comentado, en la medida en que el principio personal opera únicamente cuando estamos frente a delitos justamente *susceptibles de extradición*.

2. Doble incriminación: En cuya virtud se requiere que el hecho incriminado se encuentre tipificado como delito tanto en el Estado requirente como en el requerido. Lo fundamental de este principio no es la identidad del *nomen iuris*, sino la identidad estructural del tipo penal.

3. De especialidad: En virtud de este principio, el juzgamiento y posterior condena del sujeto extraditado solo es permisible respecto de los delitos específicamente comprendidos en el procedimiento de extradición.

4. Debe de tratarse de delitos comunes: Se excluye del ámbito de la extradición los delitos políticos, militares, contra la religión, de prensa o de opinión. Surge con ello, sin embargo, la necesidad de delimitar el concepto de delito político por la poca concreción que muestra dicho concepto[1132] y por sus cercanías a los delitos de carácter violento (como el terrorismo).

b) Principios relacionados con los delincuentes

En primer término, se requiere que se examine la calidad de la persona cuya extradición se solicita; sin embargo, aquí se plantean tres cuestiones al debate:

1. La extradición de nacionales: *De lege lata*, tenemos que es perfectamente posible la extradición de nacionales, aunque algunos autores se han manifestado disconformes con esta posibilidad[1133].

2. La extradición de asilados: De acuerdo a esta regla, no es posible la entrega de aquellas personas que gocen del derecho de asilo.

[1132] Fernández Carrasquilla: *Derecho...*, *op. cit.*, 144; Quintero Olivares: *Curso...*, *op. cit.*, 198.

[1133] En contra, Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 261; Valle Riestra: *La extradición: principios legislativos y jurisprudencia*, 60-61.

3. La extradición de militares: En este punto existe coincidencia en la doctrina para rechazar la procedencia de la extradición de militares por delitos de función, además de la prohibición legal, porque se considera que se trata de delitos que carecen de significación e interés para las naciones.

c) Principios relativos a la penalidad

1. La acción penal y la pena no deben estar prescritas: Si la acción penal y la pena no se encuentran vigentes, no procede la extradición por haber desaparecido la capacidad persecutoria del Estado requirente.

2. Que el extraditado no haya sido absuelto ni cumplido su condena: Tiene su sustento en la garantía del *non bis in idem*.

3. Conmutación de la pena de muerte o las consistentes en penas degradantes: Para la procedencia de la extradición se exige que la pena de muerte sea conmutada por alguna otra consecuencia jurídica.

Ahora bien, conviene subrayar que el parráfo comentado requiere únicamente que *el delito sea susceptible de extradición* y no que se haya iniciado un procedimiento de extradición, lo que es enteramente distinto.

Cuando el precepto que comentamos utiliza la expresión *por peruano* y *contra peruano*, se refiere tanto a los peruanos por nacimiento como a aquellos por naturalización y opción, conforme lo reconoce el art. 52 de la Constitución del Estado.

Peruano por nacimiento es aquel cuyo nacimiento se produce dentro del territorio de la República peruana o cuando —producido en el exterior y de padre y madre peruanos— es inscrito en el registro correspondiente durante la minoría de edad de la persona. La adquisición de la nacionalidad peruana por naturalización u opción se encuentra regulada por ley especial y exige que quien pretenda adquirir la nacionalidad tenga residencia en el Perú.

Por lo demás, conviene recordar que en virtud del reconocimiento constitucional conferido al principio de igualdad (art. 2.2 de la Constitución Política), los peruanos por nacimiento, por naturalización o por opción deben ser tratados en forma igualitaria sin ningún tipo de discriminación.

Otra de las exigencias del art. 2.2 del CP es que el delito «punible también en el Estado en que se cometió». En este punto, habría que analizar y determinar cuál es el contenido de la expresión *punible* utilizada

por el legislador penal: si se refiere a *punible* como sinónimo de *típico* o si se utiliza en referencia a la punibilidad.

No creo que sea posible considerar que la expresión *punible* haya sido utilizada por el legislador como sinónimo de *conducta típica*. En primer lugar, porque denotaría un manifiesto desconocimiento de la terminología elemental y básica dentro de las estructuras dogmáticas de la teoría del delito, lo que creo que no puede atribuírsele al legislador penal de 1991. En segundo lugar, porque la exigencia de doble incriminación o tipicidad se encuentra implícita dentro de las exigencias propias de la extradición. Finalmente, debe rechazarse la utilización de la expresión *punible* como sinónimo de *tipicidad* porque supondría una ampliación desmesurada de los alcances del art. 2.2 del CP.

En consecuencia, la expresión *punible* contenida en dicho artículo alude a aquella conducta que, además de resultar típica, antijurídica y culpable, es punible. Se hace, pues, alusión a la categoría de la teoría del delito de menor aceptación en la doctrina[1134]: la punibilidad[1135].

Esta categoría, según propone Quintero Olivares, puede ser definida «como *el cumplimiento de los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado*»[1136] y puede ser entendida como el conjunto de todas aquellas exigencias adicionales a la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad que permiten la punición de una determinada conducta (ausencia de excusas absolutorias y cumplimiento de condiciones objetivas de punibilidad).

Si bien recuerda Roxin, por «regla general, una acción típica, antijurídica y efectuada responsablemente también es punible»[1137]. En algunos supuestos excepcionales, deberán concurrir adicionalmente algunos elementos que den cabida a la punición de la conducta. Si dicho factor no se encuentra presente, a pesar de ser la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, no es susceptible de pena.

Otra de las exigencias limitadoras de aplicación del art. 2.2 del CP viene planteada al requerirse como elemento condicionante de que el agente *ingrese de cualquier manera al territorio de la República*.

[1134] Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito*, 972 y ss.; Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 225.

[1135] *Vid.* Bacigalupo: *Delito y punibilidad, passim.*

[1136] Quintero Olivares: *Curso...*, *op. cit.*, 445.

[1137] Roxin: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 970.

Solo si el agente ha ingresado al territorio de la República podrá efectivizarse su juzgamiento conforme a la ley penal peruana, pues, de lo contrario y en virtud a la exigencia de que el hecho sea punible en el Estado en que se cometió el evento, sería el país territorialmente competente el que debería ejercitar su *ius puniendi*.

3. Principio de justicia universal

Finalmente, se permite la aplicación extraterritorial de la ley penal nacional cuando se refiera a hechos punibles que «el Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales». Esto plantea, pues, la necesidad de integrar normativamente lo aquí dispuesto con los tratados existentes que establezcan obligaciones estatales de criminalización y, en cierto modo, con los relacionados a la cooperación judicial internacional.

Esta fórmula —bien recuerda Kai Ambos— comprende no solo los conocidos comúnmente como *crímenes internacionales*, sino también otros delitos gravísimos como el tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, etc., si existe un tratado internacional que establezca un imperativo de criminalización[1138].

Cabe señalar que dentro de los tratados internacionales suscritos por el Perú, por los cuales se asumen obligaciones estatales de criminalización, se pueden citar como los más importantes a la Convención sobre el Genocidio (vigente en nuestro país desde el 24 de mayo de 1960), la Convención de la Organización de las Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura (la primera en vigencia desde el 6 de agosto de 1988 y la segunda desde el 28 de abril de 1991) y la Convención contra el Apartheid (en vigencia desde el 1 de diciembre de 1978)[1139].

Todas estas disposiciones de índole supranacional, al haber sido aprobadas por el Congreso de la República y ratificadas por el presidente de la República, forman parte del derecho interno nacional conforme al mandato contenido en el art. 55 de la Constitución, que precisa: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

Pues bien, aunque en sede constitucional se integran los tratados celebrados por el Estado al derecho nacional, ello no significa de modo alguno que los tratados internacionales tengan rango constitucional

[1138] Ambos: «Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina» en *Revista Penal*, 141.
[1139] *Ibid.*, 146.

como erradamente parece sostener Kai Ambos[1140]. Forman parte del derecho interno, pero no con rango constitucional[1141]. A favor de lo que sostengo, abona la redacción del art. 101 de la Constitución Política de 1979 que, sin concederle constitucional, otorgaba a los tratados internacionales un estatus superior al de la ley: «En caso de conflicto entre el tratado y la ley —decía el anterior texto constitucional—, prevalece el primero».

Por ello, el legislador penal nacional ha debido acatar, en estricta observancia del principio de legalidad penal reconocido en el inc. d, art. 2.24, de la Constitución Política, las obligaciones internacionales de criminalización asumidas mediante los mencionados tratados internacionales trasladando sus contenidos al Código Penal[1142]. Así se han ido tipificando sucesivamente los delitos de genocidio (CP, art. 319, actualmente), tortura (CP, arts. 321 y 322, actualmente) y discriminación (CP, art. 323).

Según la opinión de Kai Ambos, el principio de justicia universal tiene para la doctrina penal un carácter subsidiario, en tanto opera únicamente ante el fracaso en la aplicación de los otros diversos principios de aplicación espacial de la ley penal[1143]. Pues bien, partiendo de la idea central de que la aplicación espacial de la ley penal peruana en cada caso concreto está sujeta a la conjunción de una serie de reglas o principios de carácter, más que supletorio, complementario[1144] —con cierta supremacía del principio de territorialidad—, no debe causar alarma la opinión de autores como Hurtado Pozo y Peña Cabrera, citados por Ambos como defensores de la subsidiariedad del principio de justicia universal a la que habría que proponer ciertos correctivos en la medida en que la idea de subsidiariedad del principio de justicia universal plantea verdaderas dificultades.

Además, plantea dificultades —en mi opinión— porque conceder un carácter subsidiario al aludido principio supone ubicarlo en una situa-

[1140] Ambos: «Jurisdicción...», *op. cit.*, 147.

[1141] Chirinos Soto: *La nueva Constitución al alcance de todos*, 114.

[1142] Esta cuestión adquirió singular interés en nuestra doctrina a partir del debate sobre la posibilidad de admitir instantáneamente los postulados de la Convención Interamericana contra la Corrupción en cuanto al concepto de funcionario. Al respecto, *vid.* Reyna Alfaro: *Comentarios a la legislación anticorrupción*, 76-78. A favor de un concepto anticipado de funcionario conforme a la Convención Interamericana contra la Corrupción, principalmente *vid.* Reaño Peschiera: «Algunos aspectos dogmáticos de los delitos de corrupción de funcionarios» en *Revista Jurídica del Perú*, 116-118.

[1143] Ambos: «Jurisdicción...», *op. cit.*, 139.

[1144] Hurtado Pozo: *Manual...*, *op. cit.*, 206.

ción de subordinación respecto a los restantes principios de aplicación extraterritorial de la ley penal peruana, en que además dicha situación no se condice con el texto expreso del art. 2 del CP. Más apropiada en este contexto es la noción de complementariedad del principio de justicia universal. La aplicación extraterritorial de la ley penal funciona como un sistema de engranajes en el que los diversos principios tienen el mismo nivel de importancia y tiene por función *atemperar* el principio de territorialidad de la ley penal[1145].

El conocido mayoritariamente como *principio de justicia universal*, en sus orígenes, tuvo fundamento de corte *iusnaturalista* debido a que existen delitos que, por su naturaleza y origen en el derecho natural, afectan sentimientos que son comunes a toda sociedad, por lo que su prosecución es de interés de la humanidad en pleno[1146].

Este principio, denominado de muy variadas formas como «principio de justicia universal», «principio de universalidad», «principio de justicia universal», etc., ha adquirido en nuestros días una gran importancia a propósito del interés mundial por develar los sucesos relacionados con violaciones a los derechos humanos, agrupados en los denominados *delitos de lesa humanidad.*

No obstante, históricamente las más importantes expresiones del *principio de justicia universal* se pueden encontrar en las etapas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que desencadenaron en la creación de tribunales penales internacionales *ad hoc* en la instauración de los ya paradigmáticos procesos de Núremberg, Tokio y más recientemente para la antigua Yugoslavia, para Ruanda[1147] y la creación de la Corte Penal Internacional[1148]. En épocas más recientes han suscitado gran atención los diversos intentos de castigar las violaciones de derechos humanos producidas por los regímenes dictatoriales de Chile y Argentina[1149], cuyos presuntos autores vienen siendo reclamados por la

[1145] De allí que Mantovani afirme certeramente que el Estado moderno acepta el principio de territorialidad temperada (Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 439).

[1146] Quintero Olivares: *Curso...*, *op. cit.*, 184.

[1147] Bonetto: «Corte Penal Internacional», 686-689; Novak Talavera: «Antecedentes históricos del Estatuto de Roma», 19 y ss. Sobre el proceso de Núremberg en concreto, *vid.* Labatut Glena: *Derecho...*, *op. cit.*, 64-65.

[1148] Cuerda Riezu y Ruiz Colomé: «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», 121 y ss.; Jescheck: «El Tribunal Penal Internacional» en *Revista Penal*, 53 y ss.; Novak Talavera: «Antecedentes...», *op. cit.*, 52 y ss.; Rodríguez-Villasante y Prieto: «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional» en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 34 y ss.; San Martín Castro: «Los principios...», *op. cit.*, 108-113.

[1149] Hay que reconocer, sin embargo, que las violaciones a los derechos humanos son imputables a todos los regímenes dictatoriales de la región (Bolivia, Paraguay, Perú, etc.);

justicia penal española justamente valiéndose del contenido esencial de *weltrechtsprinzip* o principio de justicia universal[1150].

Conviene —según estimo— hacer algunas referencias al caso Pinochet por las cercanas vinculaciones e implicancias que el mismo tiene para el principio penal que ahora nos ocupa. Al dictador chileno Augusto Pinochet se le hace responsable de las innumerables violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el gobierno militar que tuvo a su cargo de 1973 a 1990.

La existencia de una política estatal de violación a los derechos humanos durante el régimen del dictador Augusto Pinochet queda ciertamente evidenciada desde el 11 de setiembre de 1973, cuando el dictador chileno bombardeó el Palacio de la Moneda y provocó la muerte del entonces presidente constitucional Salvador Allende.

Otro dato que abona a favor de la afirmación de que durante el régimen dictatorial de Augusto Pinochet existía una política estatal de violación a los derechos humanos es que de las cinco mil reclamaciones de amparo (*habeas corpus*) formuladas ante la justicia chilena, solo 50 fueron acogidas y solo una de estas —la del excanciller chileno Orlando Letelier y su secretaria Ronnie Moffit, asesinados en Washington por orden de régimen de facto— y debido a las presiones ejercidas por el Gobierno de los Estados Unidos de América fue excluida de la Ley de Amnistía (Decreto Ley 2191).

Frente a esta inocultable realidad y la existencia de un sistema de «impunidad»[1151] enquistado en los referidos países latinoamericanos[1152] es que la Unión Progresista de Fiscales (España) presentó el 4 de julio de 1996 un recurso ante los juzgados centrales de instrucción de la audiencia nacional de España denunciando a Augusto Pinochet Ugarte, la junta militar

no obstante, destacan por su excesiva crueldad y mayor proporción los casos de Argentina y Chile.

[1150] Críticamente parece mostrarse el profesor Manuel Jaén Vallejo, quien presenta dudas respecto a la utilización indiscriminada del principio de justicia universal y propone, en cambio, que la defensa universal de los derechos humanos se efectivice a través del Tribunal Penal Internacional (Jaén Vallejo: *La justicia...*, *op. cit.*, 17-18).

[1151] Sobre la noción de impunidad, en especial referencia a las formas normativas de impunidad, *vid.* Ambos: *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*, 29 y ss.

[1152] Conviene recordar que ha sido práctica usual en nuestras naciones recurrir a leyes de «impunidad directa»: la Ley de Amnistía chilena (1992), la Ley de Punto Final y Obediencia Debida (Argentina) y la Ley de Amnistía de 1995 (Perú). *Vid.* López Garrido: «La impunidad nacional de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos en Chile y Argentina», 58-59; Reyna Alfaro: *Comentarios...*, *op. cit.*, 30; Sancinetti: *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, 4 y ss., 61 y ss.

chilena y a todos quienes resulten responsables por los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos en agravio de ciudadanos españoles y todas las víctimas sin distinción de nacionalidad y lugar de residencia.

El juez de la Audiencia Nacional Española, Baltasar Garzón, dio trámite al proceso, al que se le acumuló el proceso instaurado —en virtud a un pedido similar planteado por la mencionada Unión Progresista de Fiscales— contra los miembros de la junta militar argentina, pues existían evidencias de relación en los actos violatorios a los derechos humanos producidos en Chile y Argentina e incluso otros países de Latinoamérica a través del denominado *Plan Cóndor.*

En el marco de dicho proceso judicial es que el juez Garzón solicita a las respectivas autoridades británicas proceder con la detención provisionalmente del exdictador chileno (14 de octubre de 1998), por lo que efectivamente es detenido en Londres (16 de octubre de 1998). La detención del exdictador provocó en toda Europa una gran denuncia contra Augusto Pinochet Ugarte, tanto por nacionales de cada país como ciudadanos chilenos exiliados[1153].

No obstante, luego de un largo proceso de extradición solicitado por el gobierno español y más por razones políticas[1154], la Home Office Secretary de Reino Unido optó por suspender el procedimiento de extradición instaurado contra el exdictador chileno, utilizando como argumento que él no se encontraba físicamente apto para enfrentar un proceso de extradición como el que se le seguía ni continuar un proceso en el Reino Unido. Por fortuna, subsiste la esperanza de lograr la punición de los delitos de lesa humanidad cometidos por el exdictador en virtud de la causa instaurada —actualmente en trámite— por el juez Guzmán Tapia en la vecina nación chilena.

Hay que tener presente que, aunque el principio de justicia universal es de naturaleza material, en la medida en que sirve para determinar la posibilidad de aplicación de la ley penal nacional en el extranjero, se relaciona cercanamente con una noción de naturaleza formal: la *jurisdicción,* también conocida como *potestad jurisdiccional* y que tiene su origen en el principio de separación de poderes[1155].

[1153] Ambos: «El caso Pinochet y el derecho aplicable» en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* 407-408.

[1154] Bergalli: «Principio...», *op. cit.*, 29.

[1155] Heyde: «Capítulo XV: La jurisdicción», 720.

La jurisdicción, entendida como «la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y las Cortes, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado»[1156], al igual que el propio derecho penal, constituye también una manifestación de la soberanía estatal[1157].

La *jurisdicción* o *potestad jurisdiccional* debe tener como uno de sus presupuestos intrínsecos a la aplicabilidad de la ley penal nacional. En tal virtud, resulta claro que no será posible recurrir válidamente a la jurisdicción de un Estado en donde no sea aplicable al caso concreto la ley penal nacional.

Esta precedente afirmación se relaciona con el casi unánime entendimiento de que el derecho procesal penal es una disciplina destinada a concretar, materializar y realizar los objetivos del derecho penal material[1158]. Ambos, a su vez, se engarzan vislumbrando la orientación político-criminal del Estado que les sirve —parafraseando a Sánchez-Vera Gómez-Trelles— de «manto común»[1159]. El derecho penal material y el derecho penal formal, entonces, reproducen la orientación político-criminal del Estado[1160].

Conviene en este acápite hacer algunas breves precisiones respecto a la incidencia de que la creación de la Corte Penal Internacional puede propiciar dentro del derecho interno.

Si partimos de la idea de que el objetivo del art. 2.5 del CP es lograr que la ley penal peruana sea de aplicación extraterritorial —respecto a delitos creados a partir de obligaciones de criminalización de derecho internacional asumidas por el Estado peruano y la misma idea se relaciona con el hecho que este Estado, mediante la Resolución Legislativa

---

[1156] Montero Aroca: «Capítulo I: La jurisdicción», 40; Montero Aroca: *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*, 49.

[1157] Asencio Mellado: *Introducción al derecho procesal*, 45-46; Heyde: «Capítulo XV...», *op. cit.*, 40; Montero Aroca: *Introducción...*, *op. cit.*, 49; López Barja de Quiroga: *Instituciones de derecho procesal penal*, 143; Oré Guardia: *Manual de derecho procesal penal*, 148; San Martín Castro: *Derecho procesal penal*, 91.

[1158] Roxin: *Derecho procesal penal*, 1; Sánchez-Vera Gómez-Trelles: «Aspectos para una reforma del derecho procesal penal español» en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, 118-120; San Martín Castro: *Derecho...*, *op. cit.*, 7-9; García Rada: *Manual de derecho procesal penal*, 9.

[1159] Sánchez-Vera Gómez-Trelles: «Aspectos...», *op. cit.*, 119, a favor de considerar al derecho penal y procesal penal como manifestación de la política criminal. Quintero Olivares: *Curso...*, *op. cit.*, 116; Binder: *Introducción al derecho procesal penal*, 38 y ss.; Bovino: «La participación de la víctima en el procedimiento penal», 586.

[1160] Jescheck y Weigend: *Tratado...*, *op. cit.*, 24.

27517, del 13 de setiembre de 2001, ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con lo que esta adquiere carácter normativo nacional—, tendremos en un futuro[1161] inevitables —y quizás irremediables— colisiones entre ambos (Código Penal y Estatuto de la Corte Penal Internacional).

Resulta emblemática en ello la referencia hecha por Günther Jakobs, por ejemplo, en relación con los problemas que en el ámbito de la punibilidad temporal y espacial puede provocar un tribunal penal internacional a partir del principio de legalidad, que se constatan —refiere el catedrático alemán— con solo «tirar un hilo de la madeja» de problemas[1162].

4. Principio de cumplimiento de obligaciones internacionales

El art. 2 del CP introdujo, mediante la Ley 31501, del 29 de junio de 2022, un supuesto complementario de las reglas de aplicación extraterritorial de la ley penal peruana —que aquí denominamos *principio de cumplimiento de obligaciones internacionales*— que permite la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana en los casos en los que exista un compromiso adoptado por el Estado peruano.

IV. Justicia penal por representación

Existe otra posibilidad de aplicación territorial de la ley penal peruana. Este principio, como destacan diversos autores (Bacigalupo, Jakobs, Jescheck y Weigend, Maurach y Zipf, Villa Stein), es de carácter subsidiario[1163] o supletorio[1164] en la medida en que se articula únicamente cuando, solicitada la extradición del agente por parte de un Estado extranjero, esta no es admitida y no se le realice la entrega a la autoridad competente del Estado extranjero.

En cuanto a su fundamento, no obstante, las discrepancias existentes en doctrina se pueden considerar como dominantes a la posición teórica que ubica como su fundamento la solidaridad entre los estados[1165]. En el derecho peruano, esta posición se encuentra corroborada a partir de la exigencia de que

[1161] Se plantea como un problema a futuro porque, en virtud de lo señalado en el art. 126 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la entrada en vigencia del mismo se producirá «el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del secretario general de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión».

[1162] Jakobs: *La ciencia...*, *op. cit.*, 319-320.

[1163] Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, 184; Villa Stein: *Derecho...*, *op. cit.*, 147; Maurach y Zipf: *Derecho penal. Parte general I*, 186.

[1164] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 141; Jescheck y Weigend: *Tratado...*, *op. cit.*, 182.

[1165] Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, 184; Villa Stein: *Derecho...*, *op. cit.*, 147.

«solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero».

A través de este principio, se pretende salvar, además, las posibles lagunas que pudieran existir en el derecho penal y evitar, de ese modo, la posible impunidad de hechos delictivos. Su presencia —conforme postula Cuello Contreras— puede servir adicionalmente para afianzar la cooperación entre los países en pos de una justicia universal[1166].

Ahora bien, cabe destacar que —como sostienen Jescheck y Weigend— la intervención del juez nacional tiene como objetivo, en cierto modo, suplir al juez extranjero, quien no puede intervenir por no habérsele entregado el agente mediante extradición. Ello de ningún modo supone que sea la ley extranjera la que se aplique[1167], sino que será siempre la ley penal peruana, aunque evidentemente será necesario que exista cierta identidad normativa entre la ley penal extranjera y la ley penal peruana.

V. Excepciones a los supuestos de aplicación extraterritorial de la ley penal nacional

El art. 4 del CP establece una serie de excepciones de aplicación de los incs. 2-5 (principios de protección de intereses y de personalidad) del art. 2 del CP referido a las causales de aplicación extraterritorial de la ley penal peruana.

En el primer supuesto, se plantea la imposibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal peruana por haberse extinguido la acción penal en el Perú o en el Estado competente territorialmente.

Si la acción penal se ha extinguido conforme a la legislación peruana (CP, arts. 78[1168] y 79: muerte, prescripción, amnistía, cosa juzgada, desistimiento, transacción y por sentencia civil ejecutoriada), carece de todo sentido que se invoque la aplicación extraterritorial de la ley peruana, pues en el caso de considerarse ello posible, sería absolutamente fútil tal declaración, ya que, a partir de esa aplicación extraterritorial, debería procederse inmediatamente a declararse extinta la acción penal por el hecho cometido en el extranjero.

Por el contrario, si la acción penal se ha extinguido conforme a la legislación extranjera territorialmente aplicable, sería también absurdo pretender aplicar la ley penal peruana. Uno de los principios jurídicos propios de la extradición, instrumento a través del cual se efectivizará la posibilidad de aplicar extraterritorialmente la ley penal peruana, exige la vigencia de la acción penal

[1166] Cuello Contreras: *El derecho...*, *op. cit.*, 271.
[1167] Jescheck y Weigend: *Tratado...*, *op. cit.*, 182.
[1168] Según modificatoria operada mediante la Ley 26993.

o de la pena. En consecuencia, si la acción penal, según la ley extranjera, se ha extinguido, no será posible obtener la extradición del agente y cualquier intento de materializar la extraterritorialidad de la ley penal peruana sería pueril en el caso concreto.

El segundo supuesto planteado por el art. 4 del CP limita cualquier posibilidad de invocar la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana frente a *delitos políticos* o *hechos conexos* con ellos. Nuevamente vemos que son cuestiones pragmáticas relacionadas con la operatividad de la extradición las que condicionan la extraterritorialidad de la ley penal.

Si la extradición es improcedente respecto a los denominados *delitos políticos*, no tiene mayor sentido invocar la ley penal peruana si esta no podrá ser aplicada mediante la referida institución.

El art. 4 del CP prevé una *tercera causal* de inaplicabilidad de las circunstancias de aplicación extraterritorial de los incs. 2-5, art. 2, del CP que opera cuando «el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o esta se halla prescrita o remitida» y que se relaciona también con otro principio jurídico de la extradición vinculado a la imposibilidad de extraditar a quien haya sido absuelto o haya cumplido su condena, pues ello supondría una violación al principio *non bis in idem* que tiene reconocimiento supranacional y nacional (art. 139.13 de la Constitución).

Finalmente, la parte final del art. 4 del CP posibilita la renovación del proceso penal por delito respecto del cual cabe aplicar la ley penal nacional siempre que el agente no haya cumplido totalmente la pena impuesta en el extranjero. La pena cumplida en territorio extranjero será computada, lo que quiere decir que se cumplirá solo lo que reste de la misma.

El legislador nacional al utilizar la expresión *pena*, sin duda comprende en el ámbito de aplicación del precepto comentado, tanto a las penas privativas de libertad temporales como a las penas pecuniarias, las penas restrictivas de libertad y las penas limitativas de derecho.

En cambio, distinta se plantea la cuestión si nos referimos a las penas privativas de libertad de duración indeterminada (cadena perpetua). Ello debido a que, si partimos de la idea de que uno de los principios de la extradición, instrumento a través del cual deberá siempre operarse la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana en casos como este, es el de «conmutación de la pena de muerte o las consistentes en penas degradantes», tendremos la imposibilidad de plantear la extraterritorialidad de la ley peruana respecto a conductas sancionadas en nuestra legislación con cadena perpetua, pues a pesar de la declaración de constitucionalidad hecha por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Tineo Silva (Expediente 010-2002-AI/

TC), a nuestro entender, subsiste en la pena de cadena perpetua un elemento deteriorante y degradante de la condición del ser humano que la incapacita para ser objeto de extradición.

VI. El principio de ubicuidad

El art. 5 del CP reconoce normativamente lo que la doctrina denomina *teoría de la ubicuidad* (*ubiquitatstheorie*), que aparece como un intento de dar solución a los problemas que plantean aquellos delitos en los que la acción u omisión punible se ejecuta en un lugar (territorio nacional-territorio extranjero) y el resultado desvalioso o sus efectos se producen en un lugar distinto (inversamente)[1169], conocidos comúnmente en doctrina como *delitos a distancia*.

La aparición de un dispositivo, como el contenido en el art. 5 del CP, que lo reconoce el legislador penal de 1991 en su exposición de motivos, constituye una de las novedades más relevantes de la parte general de nuestro texto penal. Su presencia tiene importantes repercusiones en la práctica, en la medida en que la determinación del lugar donde se cometió el delito permite determinar el ámbito de aplicación espacial de la ley penal, a la par de que incide en el ámbito del procedimiento penal.

La *teoría de la ubicuidad*, conocida también como *teoría mixta* o *ecléctica*, formulada por Binding, aparece como una solución frente a las insuficiencias que mostraban principalmente la *teoría de la actividad*, *teoría de la acción* o *teoría de la residencia*, propuesta por Reinhard Frank y la *teoría del resultado* de Franz von Lizst.

La *teoría de la actividad* o *teoría de la acción* responde a una concepción subjetiva del delito[1170] y plantea como lugar de comisión del delito aquel donde se inició la ejecución de la conducta típica, que era también, por lo general, el lugar de residencia del agente, de allí que se le denominase también como *teoría de la residencia*. Esto quería decir que, si la conducta se realizaba en un país y su resultado se materializaba en otro, el lugar de comisión del delito era aquel donde se producía la actividad y era, por regla general, la ley penal de dicho país la que debía aplicarse.

Por otra parte, la *teoría del resultado* es reconocida, por ejemplo, por el Código de Derecho Internacional Privado —conocido también como *código Bustamante*— (art. 302) y responde a un entendimiento objetivista del delito[1171]. Según sus planteamientos, se considera como lugar de comisión del

[1169] Villavicencio Terreros: *Código...*, *op. cit.*, 50.
[1170] Mantovani: *Principi...*, *op. cit.*, 441.
[1171] *Idem.*

hecho punible donde se produce el resultado penalmente reprochable sin importar el lugar donde se realizó la acción —en sentido general— típica.

Entre las principales objeciones que se planteaban contra la *teoría del resultado* —fundamentalmente por los defensores de la *teoría de la actividad* o *teoría de la acción*—, se pueden mencionar las diversas insuficiencias que esta teoría tenía para solucionar el caso de los denominados *delitos de pura actividad*, pues la referencia al resultado no permitía, en derecho penal, una solución de carácter general aplicable a esta tipología delictiva. Otro cuestionamiento que realizaba contra *la teoría del resultado* es que se planteaban problemas en los casos en que durante el momento de realizarse la acción, el sujeto aparecía como inimputable; sin embargo cuando se producía el resultado, aquel ya era imputable. Igualmente se le cuestionaba al sujeto los problemas que producía en sede de aplicación temporal de la ley penal en la medida en que, entre el momento cuando se produjo la actividad y el resultado, podían darse cambios legislativos[1172].

Debe recordarse que, en su momento, se propugnaron diversas teorías destinadas a resolver el problema de determinación del lugar de comisión del delito: teoría de la intención, teoría del efecto intermedio o del efecto más próximo, teoría de la acción a distancia, etc.[1173]. Sin embargo, por estar privados del más mínimo sustento, carecieron de mayor reconocimiento en la doctrina.

Las insuficiencias presentadas tanto por la *teoría de la actividad* o *teoría de la acción* como por la *teoría del resultado* —que resultaron ser en su momento las teorías dominantes— impidieron que alguna de ellas tuviese el apoyo dominante de la doctrina. Por el contrario, fue la *teoría de la ubicuidad* desarrollada inicialmente por Binding la que finalmente se impuso y la que mayor reconocimiento ha obtenido legislativa, jurisprudencial y doctrinariamente.

El fundamento teórico de la *teoría de la ubicuidad* está relacionado con el entendimiento, desde la perspectiva típica, de la acción y el resultado como un todo, esto es, como una unidad indisoluble donde la acción y el resultado no pueden ser disgregados ni aisladamente considerados.

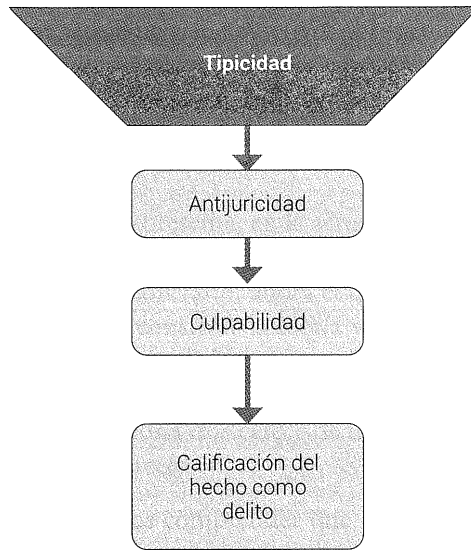
[1172] Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, 177-178.
[1173] *Vid.* Bramont Arias: *La ley...*, *op. cit.*, 146-148.

PARTE III

Teoría del delito

ESQUEMA CONCEPTUAL

La teoría general del delito como sistema de filtros



Capítulo I

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO

I. Aspectos generales

La elaboración de una teoría no tiene objetivos abstractos de mera construcción intelectual, sino fines prácticos —que se expresan, en el caso de la teoría del delito— en sus diversas consecuencias procesales. La construcción teórica es siempre instrumental y tiene sus expresiones finales en el proceso penal del cual se trate.

El desarrollo de las teorías no presenta, en la actualidad, esos vanos fines que tenía en el pasado cuando los libros enteros eran dedicados a temas como el «sexo de los ángeles». Por el contrario, ahora el desarrollo intelectual parece coincidir en la necesidad de construir la teoría y la vincula necesariamente con la práctica. No se concibe más la construcción de la *teoría por la teoría*; el éxito y recepción que pueda obtener una teoría depende esencialmente de su aplicación práctica. Una teoría que carece de utilidad práctica está condenada irremediablemente a perecer.

Con esta idea inicial podemos comprender que la teoría jurídica del delito no se desarrolla ni se aprende con el inútil objetivo de poseer más conocimientos. El aprendizaje de la teoría general del delito sirve y tiene utilidad práctica en la medida en que nos permite contar con una base teórica que hará posible conocer —en cada caso concreto— si estamos frente a un delito o un hecho que carece de relevancia penal. Las consecuencias procesales de esta última afirmación resultan innegables.

Esta circunstancia (conocimiento de la teoría del delito) en el ámbito de la litigación penal tiene suma importancia en la medida en que, a través de su aplicación al caso concreto, no solo se hacen mucho más predecibles los resultados del proceso penal, sino que también permitirá construir una teoría del caso de forma sólida y consistente.

II. Teoría jurídica del delito

1. ¿Cómo surge la teoría general del delito?

Históricamente es difícil establecer un dato que fije la aparición en el tiempo de la denominada *teoría general del delito*. A pesar de esta dificultad, es posible afirmar que fue a través de Franz von Liszt y su libro *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, publicado 10 años después de la promulgación del Código Penal alemán de 1871, que comienza a aparecer en la ciencia penal una auténtica teoría general del delito. Antes de la aparición de dicha obra, la única categoría o característica que había sido formulada con cierta claridad era la culpabilidad. Ni la antijuricidad ni la tipicidad habían sido aún observadas y menos aún desarrolladas.

El pensamiento de Liszt, sin embargo, se desarrolló a partir de la observación hecha por el filósofo del derecho Rudolf von Ihering, quien fue el primer autor que pudo apreciar el problema y cuyas ideas sirvieron luego a Liszt. Trasladando las ideas de Ihering al derecho penal, Liszt estableció la distinción entre los conceptos de *antijuricidad* y *culpabilidad* e inició la moderna teoría del delito. Posteriormente en 1906, Beling, mediante su obra *Lehre von Verbrechen*, añade el tercer elemento de la teoría del delito: la tipicidad. Es por este motivo, a pesar de la diferencia de planteamientos entre Listz y Beling, que se ha hablado del sistema Listz-Beling.

A partir de entonces, la conceptualización mayoritaria del delito ha contenido dichos elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Más adelante discutiremos cómo es que aquellos se distribuyen y organizan.

2. ¿Qué es la teoría general del delito?

La teoría general del delito es aquel instrumento o herramienta conceptual que se encarga de establecer y determinar aquellas características que deben concurrir necesariamente en un hecho para que este sea calificado como delito.

La teoría del delito reúne, en un sistema, los elementos que con base en el derecho positivo pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos. No es, pues, una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser, sino «una elaboración sistemática de las características generales que el derecho positivo permite atribuir al

delito a la vista de la regulación que aquel efectúa de este»[1174]. Existen características que aparecen en todos los delitos, mientras que hay otras que sirven más bien para diferenciar un delito de otro. Así, por ejemplo, el delito de seducción (CP, art. 175)[1175] tiene algunas características similares al delito de violación sexual (CP, art. 170)[1176] —el acceso carnal, por ejemplo—, pero posee igualmente características que lo distinguen

[1174] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general,* 108.

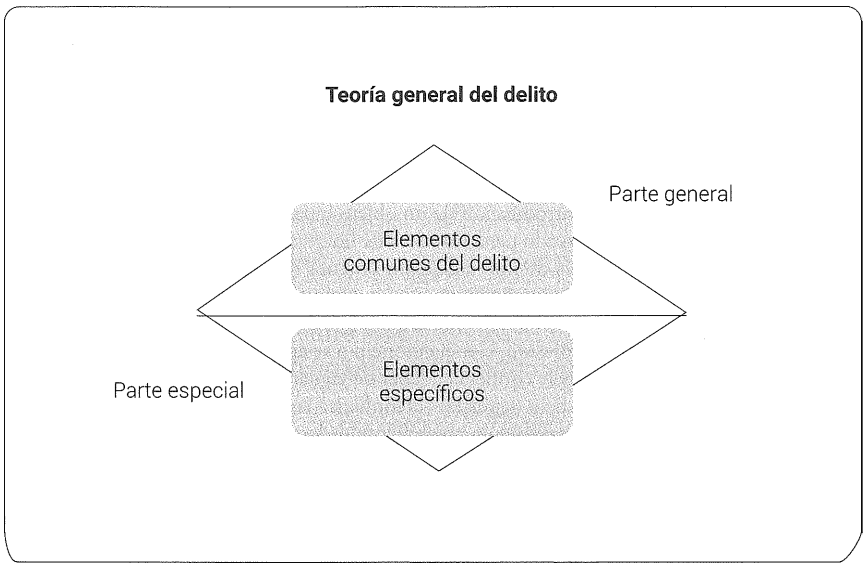
[1175] Art. 175: «El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años».

[1176] Art. 170: «El que, con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Si la violación se realiza con el empleo de arma o por dos o más sujetos.
2. Si el agente abusa de su profesión, ciencia u oficio o se aprovecha de cualquier posición, cargo o responsabilidad legal que le confiera el deber de vigilancia, custodia o particular autoridad sobre la víctima o la impulsa a depositar su confianza en él.
3. Si el agente aprovecha su calidad de ascendiente o descendiente, por consanguinidad, adopción o afinidad; o de cónyuge, excónyuge, conviviente o ex conviviente o con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; o tiene hijos en común con la víctima; o habita en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; o es pariente colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad.
4. Si es cometido por pastor, sacerdote o líder de una organización religiosa o espiritual que tenga particular ascendencia sobre la víctima.
5. Si el agente tiene cargo directivo, es docente, auxiliar o personal administrativo en el centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si mantiene una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, o de una relación laboral con la víctima, o si esta le presta servicios como trabajador del hogar.
7. Si fuera cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, o cualquier funcionario o servidor público, valiéndose del ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas.
8. Si el agente tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
9. Si el agente, a sabiendas, comete la violación sexual en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.
10. Si la víctima se encuentra en estado de gestación.
11. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, es adulto mayor o sufre de discapacidad, física o sensorial, y el agente se aprovecha de dicha condición.
12. Si la víctima es mujer y es agraviada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.
13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia».

(medio típico): en la seducción es el engaño; en la violación sexual, la violencia o la amenaza.

Pues bien, esas características comunes o genéricas a cada uno de los delitos son el objeto de estudio de la denominada *teoría general del delito* y, en términos amplios, de la parte general del derecho penal en tanto que las precisiones o características específicas de cada delito constituyen la parte especial del derecho penal.



Según es de recordar, el *delito* y la *pena*, junto con el binomio *peligrosidad/medidas de seguridad*, constituyen los objetos centrales del derecho penal. En su *parte especial*, el derecho penal describe los elementos que diferencian a los distintos delitos como el secuestro, la extorsión, el terrorismo, la tenencia ilegal de armas, etc.; del mismo modo que, para cada uno de ellos, se señalan las diferentes penas con que se castigan. En su *parte general*, el derecho penal versa fundamentalmente sobre los principios y elementos que son comunes y generales a todo hecho punible y a la pena. Jescheck nos dice al respecto que la parte general del derecho penal «se ocupa de los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad de una acción». Como tal, la teoría del delito posibilita una jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria, de modo que contribuye esencialmente a garantizar la seguridad jurídica.

3. ¿Cuál es la importancia de la teoría general del delito?

La importancia de la teoría general del delito para la ciencia del derecho penal reside en su gran utilidad práctica expresada en las consecuencias procesales y forenses de su utilización.

Antes mencionamos que el éxito de las teorías se mide necesariamente a través de la utilidad que en la práctica revisten las mismas. En ese contexto, no se duda hoy en día del éxito que la teoría general del delito tiene, suceso que guarda relación con la gran capacidad que ha mostrado esta teoría al solucionar los casos cotidianos.

Aunque existan divergencias respecto al contenido esencial de la teoría general del delito o sus límites, hay absoluta coincidencia en la doctrina respecto a la necesidad de utilizarla como el instrumento o herramienta conceptual que nos permita solucionar los casos que la práctica genera. Es innegable además su trascendencia en torno a la predictibilidad de las decisiones judiciales.

En el plano de la litigación penal, el instrumental que proporciona la teoría del delito constituye un elemento determinante del éxito de la teoría del caso[1177] porque todas las decisiones trascendentes adoptadas por el Ministerio Público (inicio de diligencias previas, formalización de investigación preparatoria, requerimiento acusatorio), el juez de investigación preparatoria (procedencia de excepciones, sentencia anticipada, controles de los requerimientos fiscales en fase intermedia) o el juez de juzgamiento (sentencia) tienen, como elemento de referencia, la existencia de un hecho —hipotéticamente formulado o probado según la etapa procesal de la que se trate— subsumido en la definición legal de delito.

III. Concepto de *delito*

El punto de partida de la denominada *teoría general del delito* es el de la conceptualización del delito.

Este concepto (*delito*), como resulta lógico, debe contener todas las características comunes al delito e iniciarse desde un análisis del derecho penal positivo —esto es, de la ley penal— que permita ubicar la labor de conceptualización propuesta dentro del terreno de lo jurídico —por imperio del principio de legalidad— para evitar referencias filosóficas, religiosas o morales.

Al derecho penal no le interesa, en lo más mínimo, crear modelos de conducta ni fomentar determinado tipo de moral o forma de pensamiento: su

[1177] *Vid.* Reyna Alfaro: *Tratado integral de litigación estratégica*, 174; Caro Coria: «La enseñanza de la dogmática penal como *conditio sine qua non* para el éxito de la oralidad», 317 y ss.

función no es esa. Por el contrario, lo único que le interesa es proteger bienes jurídicos que merezcan protección penal y además necesiten de la protección que proporciona el derecho penal (principio de protección exclusiva de bienes jurídicos).

Desde esta óptica jurídica y como consecuencia de los principios de legalidad y protección exclusiva de bienes jurídicos —principios que hacen realidad el ideal del *Estado de derecho*—, el delito resulta ser toda aquella conducta que para el legislador es merecedora de sanción y que, en tal virtud, se encuentra descrita como tal por la ley penal.

Desde una perspectiva formal, el art. 11 del CP propone una definición de delito en los términos siguientes: «Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley». Este concepto de delito es —como hemos precisado— puramente formal y dice poco o casi nada de sus elementos característicos internos. Muy ejemplificante resulta ser, en este punto, Zaffaroni, para quien el concepto formal que se extrae de la afirmación donde el delito es toda «infracción punible» es similar a afirmar que cebra es «el animal que la zoología llama así»[1178].

Como recuerda Hurtado Pozo[1179], de acuerdo con el principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Desde esta perspectiva, si queremos definir el delito, podemos hacerlo con base en datos de común aceptación: *el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, y se añade a menudo la exigencia de que es punible*. Apunta Mir Puig[1180] que en la doctrina actual se van imponiendo dos ideas fundamentales. Respecto a esta definición: a) sus dos pilares básicos son la *antijuricidad* —el comportamiento humano y su tipicidad pueden verse como condiciones de la antijuricidad penal— y la *culpabilidad*; b) «antijuricidad» significa aquí objetiva contrariedad al derecho penal —como juicio intersubjetivo, esto es, válido para todo sujeto—; mientras que «culpabilidad», posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable.

Aunque la definición legal de delito destaca ciertos caracteres, como que el delito o la falta puede ser cometido por acción u omisión (formas de realización de la conducta punible) con dolo o culpa (elementos subjetivos del delito), etc., al legislador penal no le resulta posible comprender todas las características del delito, por lo que queda en manos de la ciencia del derecho penal.

[1178] Zaffaroni: *Manual de derecho penal. Parte general I*, 391.
[1179] Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 332.
[1180] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 111.

IV. Elementos y estructura del delito

La realización de un hecho delictivo —esto es, de un delito— supone una valoración dual o doble. La primera valoración recae sobre el hecho o la acción humana y la segunda valoración se realiza sobre el autor de dicha acción. Al primer juicio de desvalor se le denomina *injusto* o *ilícito*; al segundo, *culpabilidad* o *responsabilidad*. En suma, *injusto* o *ilícito* es, pues, la desaprobación del acto; *culpabilidad o responsabilidad*, la atribución de dicho acto a su autor.

Dentro del *injusto* se ubican a su vez una serie de componentes como la acción u omisión, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica y el resultado. Por su parte, en la *culpabilidad* se ubican la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la no exigibilidad de comportamiento distinto. Ambas categorías tienen a su vez una faz negativa en donde se ubica, por ejemplo, la existencia de fuerza física irresistible, las causas de justificación, la ausencia de facultades psíquicas del autor, etc.

Toda esta elaboración teórica posee también importantes consecuencias prácticas. Así, por ejemplo, la imposición de una pena supone siempre la concurrencia de la antijuricidad de la conducta y de la culpabilidad del agente. En caso de que el autor no hubiese actuado culpablemente, se impondrá, como consecuencia jurídica, una medida de seguridad —en tanto se verifique la peligrosidad criminal del agente—. En este orden de ideas, la antijuricidad aparece como el límite mínimo de cualquier reacción punitiva.

No obstante, no todos aquellos comportamientos antijurídicos cometidos por un sujeto culpable pueden ser considerados como delitos, sino tan solo aquellos que el legislador previamente ha calificado como de mayor lesividad social. Todo este proceso de selección cuyo origen se ubica en el principio de legalidad penal se denomina *tipicidad*.

La tipicidad, conforme a la definición más usual, es la adecuación de un hecho en concreto a la descripción abstracta que de dicho hecho se hace en la ley penal. Esta «adecuación» o «subsunción» del hecho concreto a la descripción abstracta debe ser perfecta y se debe descartar la tipicidad cuando no exista sincronía exacta entre ambos elementos (hecho y tipo penal)[1181].

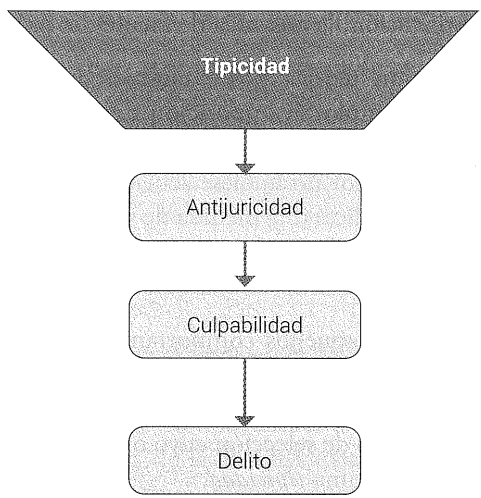
Estos tres elementos que actúan como especie de filtros o estratos —lo que será de suma utilidad en términos de metodología de solución de casos pe-

[1181] De allí la importancia del respeto al *principio de ley cierta* por parte del legislador. Gracias a este subprincipio —derivado del principio de legalidad penal y en virtud del cual debe recusarse la utilización de expresiones o elementos lingüísticos ambiguos o imprecisos—, será posible que el operador del sistema de administración de justicia penal pueda realizar la labor de subsunción adecuadamente sin los obstáculos derivados de la existencia de elementos oscuros en el tipo penal.

nales— son comunes a todo delito e integran la teoría general del delito. Por cuestiones que se precisarán más adelante, el estudio de dichos elementos se realiza en el siguiente orden secuencial: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Así pues, si un hecho no es típico aunque sea antijurídico o culpable, carecerá de relevancia penal. Por consiguiente, en estos casos (verificación de la ausencia de un elemento del delito) resulta carente de sentido el análisis de los restantes elementos del delito, pues el resultado (no delictuosidad del hecho) ya vendría determinado.

La teoría general del delito como sistema de filtros



Aunque su posición en la teoría general del delito ha sido en los últimos años dejada de lado, existe un último elemento conocido como *punibilidad* o *penalidad*, el cual examina la concurrencia —ciertamente excepcional— de circunstancias impeditivas de la aplicación de la pena. En efecto, aunque la consecuencia lógica y natural de la verificación de un hecho típico, antijurídico y culpable es la imposición de su consecuencia jurídica (la pena), existen casos donde el legislador, por diversas consideraciones, ha establecido obstáculos para la imposición de la pena. Ocurre así con las causas de levantamiento de pena o las excusas absolutorias.

Capítulo II

LAS CATEGORÍAS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL DELITO

I. Cuestiones preliminares

Dijimos anteriormente que la teoría general del delito era el instrumento o herramienta teórica que nos permitía constatar —en cada caso concreto— si nos encontramos o no frente a un delito. La forma mediante la cual la teoría general del delito nos permitirá saber si estamos o no frente a un delito es a través de las características que resultan comunes a todo delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Es la concurrencia de cada uno de estos elementos comunes (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) la que nos permitirá señalar si existe delito. De lo antes dicho se desprende que la ausencia de alguno de estos elementos comunes en el caso concreto impide afirmar la existencia de delito.

Ejemplifiquemos lo antes referido: si en el caso concreto existen los requisitos de tipicidad y antijuricidad de la conducta, mas no existe culpabilidad, no hay delito. Del mismo modo: si existe antijuricidad y culpabilidad, mas no tipicidad, no hay delito. Igualmente, si concurre tipicidad y culpabilidad, mas el comportamiento no es antijurídico, no existe delito.

En consecuencia, tenemos que la existencia de delito dependerá —en cada caso— de la concurrencia de la totalidad de los elementos comunes al delito conforme a la teoría general del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Esto tampoco quiere decir que la intervención del derecho penal como reacción formal frente al delito requiera necesariamente de la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable. La reacción penal exige —conforme conoceremos más adelante— al menos la existencia de los dos primeros elementos (tipicidad y antijuricidad) en cuyo caso la respuesta penal se articulará a través de las medidas de seguridad.

II. Categorías fundamentales de la teoría general del delito

Aunque existen divergencias respecto a la extensión y ubicación de las categorías que forman parte de la teoría general del delito, existe —como ya anticipamos— un consenso casi generalizado en la doctrina con relación a la conformación de las categorías fundamentales de la teoría general del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

A continuación, explicaré en términos generales cada una de las mencionadas categorías fundamentales de la teoría general del delito. El tratamiento exhaustivo será realizado en las lecciones correspondientes.

1. Tipicidad

La tipicidad es la primera categoría de la teoría general del delito y también la primera en examinar al momento de resolver los casos prácticos recurriendo a la teoría general del delito. Es generalmente a la que se presta mayor atención en la práctica forense.

Esta ubicación de la tipicidad en la primera línea de la teoría general del delito tiene dos razones:

1. La idea de la teoría general del delito como un *sistema de filtro*
2. El imperio del principio de legalidad penal

La idea de la teoría general del delito como un *sistema de filtros* plantea la necesidad de fijar la ubicación de cada uno de los filtros. En un sistema de filtros como es la teoría general del delito, las diversas categorías que la integran no pueden estar al mismo nivel, lo cual quiere decir que el análisis de estas será secuencial.

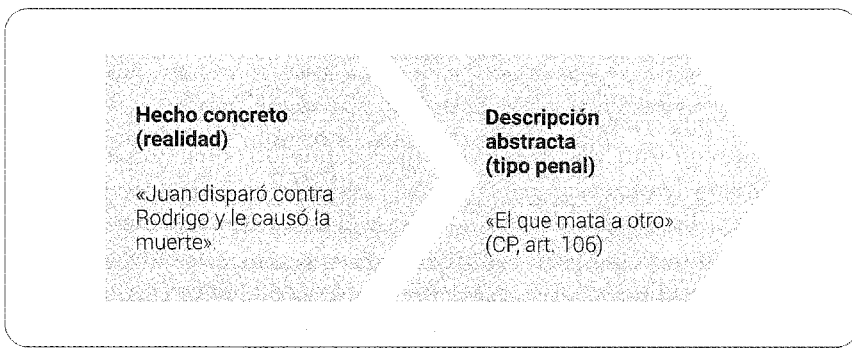
Si tenemos que necesariamente establecer un orden o secuencia entre la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, es necesario establecer cuál será el criterio de selección a utilizar. Es necesario —para tal efecto— recurrir a los principios que configuran el derecho penal (de dignidad de la persona humana, proporcionalidad, legalidad, culpabilidad, etc.) y extraer todos ellos de la noción de Estado de derecho.

Ya hemos dicho que la teoría jurídica del delito como sistema de filtros exige establecer un orden secuencial en sus categorías fundamentales y que resulta obligatorio extraer ese orden de los principios configuradores de un *derecho penal en el Estado de derecho*. No obstante, con esto no hemos establecido aún cuál de estos principios configuradores del derecho penal ubica a la tipicidad como primer filtro o categoría fundamental en la teoría general del delito.

Si el principio de legalidad penal plantea la imposibilidad de castigar comportamientos que no hayan sido calificados previamente por el legislador como delitos a través de ley escrita, previa, estricta y cierta y además la descripción de los comportamientos seleccionados por el legislador como delictivos se realiza a través del tipo penal, entonces resulta evidente que es el principio de legalidad penal el que obliga recurrir a la tipicidad como primer filtro en la teoría general del delito.

Luego de establecer la ubicación de la tipicidad dentro de la teoría general del delito, corresponde fijar su contenido. En la más usual definición de *tipicidad* se la caracteriza como *la subsunción o adecuación de un hecho concreto a la descripción abstracta hecha previamente por el legislador.* En otras palabras, la tipicidad se encarga de confrontar la realidad del hecho concreto y su encaje dentro de la abstracción contenida en la ley.

Veamos esto gráficamente:



Cuando el hecho concreto, extraído de la realidad («Juan disparó contra Rodrigo y le causó la muerte»), encaja —es decir «se subsume»— en la descripción abstracta hecha por el legislador a través del tipo penal (de homicidio simple), estamos frente a una conducta típica. En otras palabras, «hay tipicidad».

2. Antijuricidad

La segunda categoría fundamental de la teoría general del delito es la conocida como *antijuricidad* o *antijuridicidad.* Un comportamiento es antijurídico cuando resulta contrario al derecho, se opone al derecho y es ilícito. En suma, puede definirse la antijuricidad como *contrariedad al derecho.*

Esta *contrariedad al derecho* que se utiliza al definir la antijuricidad no se limita al derecho penal, sino que se refiere al ordenamiento jurídico en su integridad. Me explico a continuación.

Si la tipicidad nos indica que un hecho concreto tiene relevancia penal por ser típico, es decir, por encajar en la descripción del delito contenida en el tipo penal, la lógica nos lleva a sostener que la conducta calificada como típica es, de antemano, ilícita y, por ello, también antijurídica. Sin embargo, esta idea fracasa porque limita la antijuricidad al derecho penal sin tomar en cuenta a las otras ramas del ordenamiento jurídico, es decir, al ordenamiento jurídico en su totalidad.

Más allá del derecho penal existen circunstancias que pueden provocar que un comportamiento, a pesar de ser típico, sea permitido por el derecho y, por tanto, no merezca una respuesta o reacción desde el derecho penal. Muy didáctica resulta la referencia a la figura de la *legítima defensa*.

El art. 2.23 de la Constitución Política del Perú declara: «Toda persona tiene derecho [...] a la legítima defensa». Es decir, el ordenamiento jurídico constitucional exime de reproche penal aquellas conductas típicas —y por ello, inicialmente antijurídicas— que son consecuencia del ejercicio de derecho a la legítima defensa. Se establece de este modo una causa de permisión en virtud de la cual se autoriza al ciudadano a defenderse de las agresiones producidas en su contra sin sufrir consecuencias jurídicas negativas por dicho acto de defensa.

En este contexto, si en el ejemplo antes planteado («Juan disparó contra Rodrigo y le causó la muerte») la acción de Juan era defensiva y concurrían en ella los requisitos de la legítima defensa, entonces esta conducta de «matar a otro», pese a ser típica —y con ello, contraria al ordenamiento jurídico-penal—, pierde su contrariedad al derecho en general por ser justamente permitida por la Constitución (causa eximente).

De todo lo señalado podemos extraer las siguientes ideas fundamentales: a) la tipicidad no es antijuricidad —es indicio de ella— y b) la antijuricidad en los casos concretos se establece a través de un análisis negativo de existencia de circunstancias eximentes.

3. Culpabilidad

La culpabilidad es el filtro final que toda conducta concreta debe superar para ser calificada como delito. De hecho, es aquella que habilita la imposición de la pena como consecuencia jurídica.

La culpabilidad, en su definición más unánime, es entendida como *la categoría de la teoría general del delito que se encarga de establecer si en el caso concreto el sujeto posee capacidad de conocer la antijuricidad de su conducta y motivarse conforme a ese entendimiento*. En suma, culpabilidad es la capacidad de motivabilidad, es decir, la capacidad de entender que un comportamiento se encuentra prohibido y la posibilidad de guiarse de acuerdo con esa comprensión.

Entonces, la *culpabilidad* supone que el autor de un hecho penalmente antijurídico lo comete en condiciones psíquicas de normalidad motivacional. Falta explicar, en cambio, cuando el infractor de la prohibición penal no puede ser motivado normalmente por la norma. La culpabilidad está constituida por los elementos siguientes: 1) la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, que es el núcleo de la culpabilidad en tanto que hace mención a la capacidad del sujeto para verse motivado, 2) la conciencia de antijuricidad, que es el conocimiento que el sujeto tuviera de la prohibición penal y 3) la exigibilidad de una conducta diferente, que es un elemento referido a la «suficiente motivación»[1182] del autor a las exigencias de cumplimiento de los mandatos o prohibiciones.

En suma, si la culpabilidad se identifica con motivabilidad, tenemos que identificar los componentes que determinan cuándo una persona es motivable normativamente. Cuando utilizamos la expresión *motivabilidad*, nos referimos a la capacidad de motivación que a su vez exige:

1. Que el individuo tenga capacidad de entender que su comportamiento se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico.

2. Que el individuo, además siendo conocedor de esa prohibición, pueda motivarse conforme a esa comprensión.

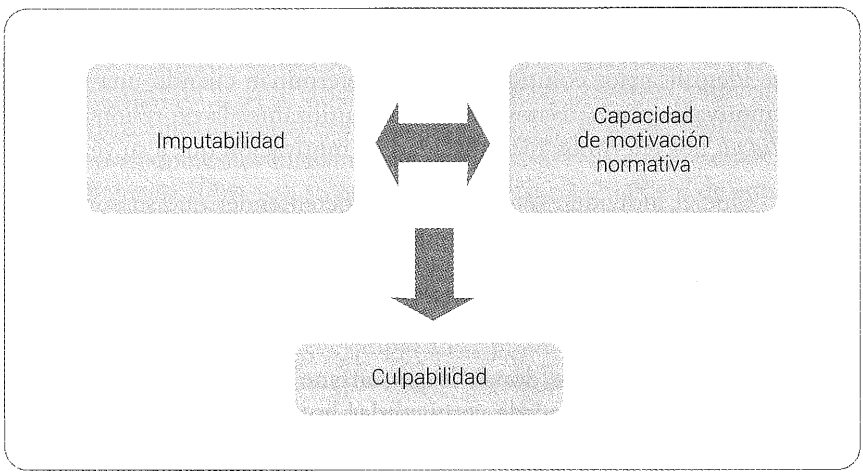
Existen circunstancias donde la persona no tiene —y si las tuvo, las perdió— esa capacidad de comprender lo que es correcto o no, esto es, lo que se encuentra permitido por el orden jurídico (1). Esto ocurre con los inimputables (menores de edad, enfermos mentales, etc.). Esta capacidad de comprender lo prohibido y lo permitido, es decir, de acceder a la norma, se denomina *imputabilidad* o *capacidad de culpabilidad.*

Para que exista culpabilidad no solo es necesaria la existencia de *imputabilidad*, sino que también es necesario que el individuo conozca la antijuricidad del comportamiento que ha desarrollado y que puede motivarse conforme a esa capacidad. No siempre quien es imputable —por tener capacidad para diferenciar lo permitido y lo prohibido— puede guiarse conforme al conocimiento de lo permitido y prohibido que posee, pues existen circunstancias que provocan en el individuo la desaparición de la capacidad de motivarse conforme al orden jurídico. Ilustremos la idea con el ejemplo que nos brinda el estado de necesidad exculpante (CP, art. 20.5).

En determinadas situaciones (de necesidad), el individuo se enfrenta al dilema de tener que sacrificar un determinado interés para salvaguardar

[1182] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general,* 204.

otro de igual valor en cuyo caso —pese a subsistir la antijuricidad de la conducta— se elimina la culpabilidad. Un ejemplo usualmente utilizado en la manualística penal es el conocido caso de la «tabla de Carnéades» en donde dos náufragos se encuentran sujetos a una tabla de madera (tabla de Carnéades) que solo puede soportar el peso de uno de ellos. El náufrago que mata a su compañero con el fin de sobrevivir, a pesar de cometer un comportamiento típico y antijurídico, no actúa culpablemente, pues en dichas circunstancias concretas (circunstancias apremiantes con riesgo de vida) no puede obedecer a los mandatos normativos.



4. Punibilidad

La *punibilidad* agrupa ciertas condiciones *positivas* de carácter objetivo (condiciones objetivas de punibilidad), que en rigor afectan el carácter penal de la antijuricidad del hecho, y *negativas* de carácter subjetivo o individual (causas personales de exclusión de pena o excusas absolutorias, por ejemplo, parentesco en los delitos patrimoniales), que impiden que el hecho pueda castigarse. No implica que no estemos frente a la presencia de un delito, sino que aquel no será objeto de su castigo. La ausencia —si son positivas— o concurrencia —si son negativas— de estas condiciones determina, en el caso concreto, la conveniencia político-criminal de la imposición de una pena.

Lo expuesto nos hace recordar las precisiones de Stratenwerth[1183], quien nos dice que la punibilidad de un comportamiento depende de nume-

[1183] Stratenwerth: *Derecho penal. Parte general*, 60.

rosas condiciones que, en primer lugar, surgen de las exigencias del Estado de derecho referidas a la legalidad de la amenaza penal; en segundo lugar, de la limitación del derecho penal al comportamiento reprochable; y en tercer lugar, del principio de que solamente es justificable la pena que aparece político y criminalmente como ineludible.

III. El ilícito o injusto y la responsabilidad o culpabilidad

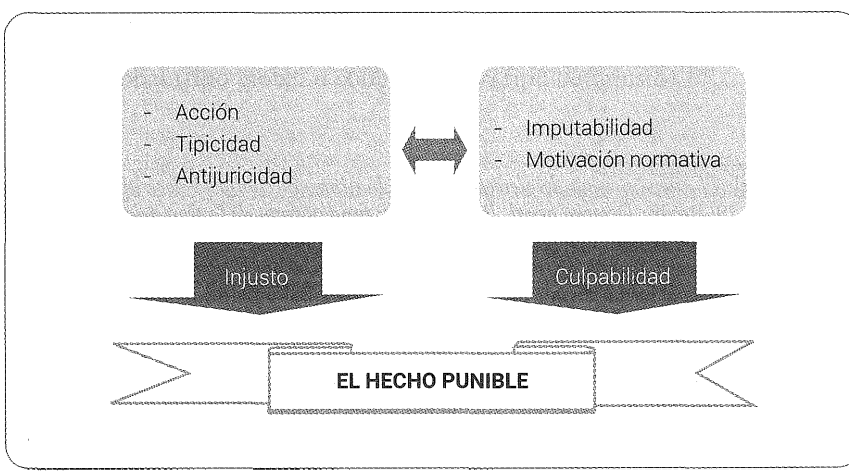
Hemos realizado una revisión superficial a las categorías fundamentales de la teoría jurídica del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Si observamos con cierta profundidad, veremos que cada una de esta categorías realizan una forma de valoración. Se puede tratar de una valoración que recae sobre el hecho o la acción humana (tipicidad y antijuricidad) o bien puede tratarse de una valoración sobre el autor del hecho o el comportamiento humano (culpabilidad). Por eso se dice que el delito supone una valoración doble o dual.

Observamos que tanto la tipicidad como la antijuricidad realizan una valoración que recae sobre el hecho o la acción humana. En estas dos categorías hablamos siempre de la acción humana si se encuentra descrita (tipicidad) o si se encuentra prohibida (antijuricidad).

Por otra parte, en el caso de la culpabilidad, la valoración se realiza siempre sobre el autor de la acción típica y antijurídica. Se valora si es imputable o si puede motivarse normativamente y si, en virtud de ello, puede reprochársele su comportamiento.

Al primer juicio de desvalor se le denomina *ilícito* o *injusto* y, al segundo, *culpabilidad* o *responsabilidad*. En suma, *injusto* o *ilícito* es, pues, la desaprobación del acto; *culpabilidad* o *responsabilidad*, la atribución de dicho acto a su autor.



IV. Conveniencia metodológica de la adopción de un sistema bipartito del derecho penal

1. Aproximación general

La evolución de la teoría del tipo permite reconocer el traslado desde percepciones *objetivas* como aquella propuesta por Ernst von Beling en virtud de las cuales era un elemento carente de contenidos valorativos o subjetivos[1184] hacia teorizaciones que reconocen que el tipo penal (*Tatbestand*) tiene contenido normativo que le vincula, en mayor o menor medida, con la antijuricidad y que posee una vertiente subjetiva.

En la teorización tradicional de Beling se distingue así entre el tipo, como mero *objeto de valoración*, de la antijuricidad, donde se desarrolla la valoración de ese objeto[1185]. Esta distinción entre categorías (tipo, antijuricidad y culpabilidad) se plantea en términos bastante radicales, conforme se desprende de las afirmaciones de Beling:

> Al incluir el concepto de tipicidad en la definición de delito debe tenerse presente que es necesario evitar toda apariencia de coordinación con antijuridicidad y culpabilidad. No es posible decir que el delito sea una acción 1.º conforme al tipo (adecuada al tipo, típica), 2.º antijurídica, 3.º culpable. Lo que debe decirse es que el delito es una acción típicamente (tipificadamente), antijurídica y correspondientemente culpable.[1186]

Beling, pese a reconocer la existencia de elementos subjetivos y elementos normativos, les consideraba ubicados extramuros de la tipicidad: «[L]os delitos-tipo son de carácter puramente *descriptivo* y que con ellos no se contesta la cuestión de la antijuricidad o la ilicitud»[1187]. Los argumentos de Beling no parecen totalmente convincentes si se toma en cuenta que la defensa de su posición se sostiene en el hecho de que las referencias valorativas en los tipos penales no impiden que estos «conserven su función "descriptiva"»[1188].

[1184] Welzel: *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 78-79; Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 279; Berdugo Gómez de la Torre: *Honor y libertad de expresión*, 18.

[1185] Roxin: *Derecho penal I*, *op. cit.*, 279; Mir Puig: *Derecho penal. Parte general 7.ª ed.*, 161 (quien destaca que el hecho de que hubiera tipicidad, para Beling, no suponía alguna clase de juicio de desvalor jurídico relacionado con el comportamiento, sino únicamente un análisis lógico de subsunción).

[1186] Beling: *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, 293.

[1187] Beling: *Esquema de derecho penal*, 66; Beling: *Esquema de derecho penal. La doctrina...*, *op. cit.*, 283.

[1188] Beling: *Esquema de derecho penal. La doctrina...*, *op. cit.*, 284.

No obstante, esa visión radical de los elementos del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad) como campos *estancos*, carentes de alguna clase de correlación, fue desmontada paulatinamente[1189]. En ese contexto, especialmente a partir de las propuestas de Max Ernst Mayer, Sauer y Mezger, se empezó a reconocer la concurrencia de elementos subjetivos en las causas de justificación (la voluntad de defensa en la legítima defensa)[1190].

Esta primera aproximación permitió posteriormente reconocer que los tipos penales tenían elementos valorativos (elementos normativos del tipo) y, por ende, desconocer la idea del tipo penal como categoría neutral. En efecto, los elementos normativos del tipo son *auténticos elementos de antijuricidad*[1191].

De este modo, señalaba Wolf: «El tipo es por tanto una figura totalmente normativa, un "inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser"»[1192]. Pero quizás más radical sea la afirmación de Roxin al señalar que «[e]l tipo es, al contrario, en sí mismo una expresión de un juicio de disvalor, y solo puede entenderse de esta manera»[1193].

El finalismo de Welzel participó también en el debate no solo resaltando la concurrencia de elementos subjetivos en el tipo, sino también reconociendo en significado valorativo relacionado con la función de la tipicidad de selección de hechos penalmente relevantes para el derecho penal[1194].

2. Teoría de los elementos negativos del tipo

Una consecuencia natural de la identificación del alcance de los elementos normativos del tipo penal es afirmar su conexión con los elementos de las causas de justificación y con ello reconocer que ambas cumplen funciones complementarias en la definición del hecho como un *injusto* o *ilícito* o *tipo de injusto*[1195]. El *tipo* y *antijuricidad* se considera una categoría global (tipo global o conglobante o tipo de injusto)[1196].

[1189] Berdugo Gómez de la Torre: *Honor...*, *op. cit.*, 18. Refiere que se trató de una visión que entró «rápidamente en crisis».

[1190] Al respecto, Roxin: *Derecho penal I*, *op. cit.*, 280; Berdugo Gómez de la Torre: *Honor...*, *op. cit.*, 18.

[1191] En ese sentido, Mayer: *Derecho penal. Parte general*, 230; similar, Berdugo Gómez de la Torre: *Honor...*, 19.

[1192] Citado por Roxin: *Derecho penal I*, *op. cit.*, 282.

[1193] Roxin: *Teoría del tipo penal*, 269.

[1194] Conforme destaca Mir Puig: *Derecho penal. Parte general 7.ª ed.*, 162.

[1195] Roxin: *Derecho penal I*, *op. cit.*, 283.

[1196] En este sentido, Roxin: *Teoría...*, *op. cit.*, 275.

Este tipo penal global, conglobante o tipo de injusto contiene así elementos de tipo positivos —que sirven para verificar o afirmar la concurrencia del tipo global al ser precisamente los que fundamentan el injusto, dado que se relacionan con la función de protección de bienes jurídicos— y elementos negativos o *contratipos* —que sirven para recusar, negar o excluir la concurrencia del tipo global—[1197]. Estos elementos pueden tener carácter escrito o no escritos y servirán tanto para el comportamiento activo como el omisivo[1198].

En el marco de esa conexión (tipo-antijuricidad) y teniendo en consideración las apreciaciones antes formuladas, las causas de justificación no solo tienen el efecto de incluir la antijuricidad, sino también el tipo penal en sí mismo[1199]. Esta conclusión lógica ha generado críticas relevantes contra la teoría de los elementos negativos del tipo.

Quizás la crítica más difundida provenga de Hans Welzel, quien resalta las diferencias entre los preceptos permisivos de la antijuricidad con los auténticos elementos del tipo penal. El razonamiento de la teoría de los elementos del tipo penal significaría —según Welzel— equiparar la acción de matar a una persona bajo legítima defensa con la acción de matar a una mosca[1200].

Otra crítica relevante se asocia al tratamiento del error sobre la concurrencia de los elementos de las causas de justificación como *error de tipo* y no como *error de prohibición*. Nos remitimos al fervoroso debate sobre esta cuestión en la doctrina[1201].

3. Estructura bipartita o tripartita

La adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo parece determinar la adopción de una visión bipartita del delito que reconoce, como elementos del delito, el injusto típico y la culpabilidad.

Esta visión bipartita tuvo singular aceptación en la doctrina durante la primera parte del siglo pasado[1202] especialmente a partir de sus ventajas desde la perspectiva teleológica y se considera actualmente como doctrina dominante[1203].

[1197] Roxin: *Teoría...*, *op. cit.*, 274; García Rivas: *El poder punitivo en el Estado democrático*, 83.
[1198] Roxin: *Derecho penal I*, *op. cit.*, 284.
[1199] *Idem.*
[1200] Welzel: *El nuevo...*, *op. cit.*, 92.
[1201] *Vid.* García Rivas: *El poder...*, 84.
[1202] Roxin: *Derecho penal I*, *op. cit.*, 284-285; Roxin: *Teoría...*, *op. cit.*, 269-270.
[1203] Silva Sánchez: *Introducción*, LXII.

Sin embargo, Claus Roxin, uno de sus más importantes defensores[1204], consideraba que había «razones de más peso a favor de mantener el tipo, en el sentido de *typus* delictivo»[1205], separado de la antijuricidad, sobre todo porque aquel (el tipo penal) cumple funciones político-criminales —que serían aquellas que permiten la selección de conductas penalmente relevantes—.

En ese sentido, Roxin considera, en primer lugar, que la atención al *merecimiento de pena* que proporciona el tipo penal podría perderse si el examen de la tipicidad se realiza de forma conglobante, sobre todo si se toma en cuenta las diferencias que —según Roxin— existen en la respectiva subsunción: mientras la subsunción del tipo penal responde al principio *nullum crimen* y *nulla poena sine lege* «en su significado más estricto»[1206], en la antijuricidad, esa subsunción:

> No está vinculada al límite del tenor literal, sino solo a los principios ordenadores inmanentes a las respectivas causas de justificación, de tal manera que se pueden incorporar al derecho penal causas de justificación extrapenales con resultados interpretativos específicos de sus respectivos campos jurídicos y las evoluciones sociales pueden influir en el derecho penal tipificado y comparativamente «rígido».[1207]

A esta razón, Roxin señala la divergencia de la visión que se adopta en cada categoría del injusto: la subsunción al tipo penal supone una valoración *individual* de la conducta del autor; en tanto que la subsunción en la antijuricidad —especialmente en los casos de ponderación de intereses— responde a una visión colectiva referida a la *concreta dañosidad social* del comportamiento típico[1208].

Estas consideraciones son las que justifican —en opinión de Roxin— el distanciamiento sistemático entre tipo y antijuricidad y, por ende, mantiene la división tripartita.

Ahora, pese a esta premisa (de tratamiento diferenciado entre tipo y antijuricidad), Roxin reconoce la existencia de tipos penales donde la separación con el injusto es inviable ya sea por consideraciones lingüísticas o por deficiencias de técnica por parte del legislador[1209].

[1204] De este modo se expresaba en Roxin: *Teoría...*, *op. cit.*, 275.
[1205] Roxin: *Derecho penal I*, *op. cit.*, 286.
[1206] *Idem.*
[1207] *Ibid.*, 286-287.
[1208] *Ibid.*, 287.
[1209] *Ibid.*, 288-289.

Reseñada la crítica de Roxin, parece notarse que los criterios que sustentan su posición parecen ser contingentes y pueden, por ende, servir no solo para defender la separación entre tipicidad y antijuricidad —como propone Roxin—, sino también para defender una posición favorable al tratamiento conjunto. En ese sentido, puede identificarse, entre otros, los planteamientos de Mir Puig y Berdugo Gómez de la Torre.

Mir Puig resalta la conexión de la antijuricidad material con el fin de protección de bienes jurídicos que asiste al derecho penal, pues es precisamente el carácter lesivo (o peligroso) del comportamiento prohibido por el derecho penal (antijuricidad formal) el que le fundamenta[1210].

Por su parte, Berdugo Gómez de la Torre refiere que la antijuricidad cumple (también) una función político-criminal en tanto constituye «el marco para la solución de los conflictos sociales. Conflictos sociales generados por la colisión de intereses sociales de distinto signo»[1211].

4. Toma de postura

Los autores de esta obra entendemos —con Mir Puig[1212] y Silva Sánchez[1213]— que las conexiones y relaciones entre tipicidad y antijuricidad permiten rechazar la conveniencia de un tratamiento autónoma entre ambas categorías: la tipicidad es el primer elemento de la antijuricidad[1214] y su verificación, aunada a la ausencia de causas de justificación, permitirán afirmar la concurrencia de la antijuricidad penal[1215].

Por eso el análisis del tipo de injusto supone adoptar una metodología en virtud de la cual tipicidad y antijuricidad funcionan como dos caras de una misma moneda: el tipo penal funciona como una faz positiva, en tanto que la antijuricidad funciona como una faz negativa[1216]. Es precisamente que este aspecto —con independencia de su adopción o rechazo— es uno de los más destacados en favor de la teoría de los elementos negativos del tipo[1217].

[1210] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general 7.ª ed.*, 156.
[1211] Berdugo Gómez de la Torre: *Honor...*, 24.
[1212] Mir Puig: *Derecho penal 7.ª ed., op. cit.*, 164.
[1213] Silva Sánchez: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 607.
[1214] Mir Puig: *Derecho penal 7.ª ed., op. cit.*, 154.
[1215] En ese punto (la relación entre tipicidad y antijuricidad) se encuentra el *nudo gordiano* en el dilema entre bipartición y tripartición (Silva Sánchez: *Aproximación..., op. cit.*, 609).
[1216] Mir Puig: *Derecho penal 7.ª ed., op. cit.*, 164-165.
[1217] *Ibid.*, 165.

Esta opción, como resuelve adecuadamente Silva Sánchez, se sostiene en la identificación de las «valoraciones fundamentales (orientadas teleológicamente)»[1218] y aquellas suponen realizar dos juicios: uno relacionado con el hecho, destinado a determinar su conformidad o contrariedad a derecho, y otro relacionado con el autor del hecho punible. Antijuricidad y culpabilidad, señala Silva Sánchez, «parecen claramente los dos niveles valorativos fundamentales»[1219]. De este modo, se logra una *configuración armónica del sistema penal* que sirva para compensar aquellas inarmonías que son propias del sistema tripartito[1220].

[1218] Silva Sánchez: *Aproximación...*, *op. cit.*, 607.
[1219] *Idem.*
[1220] *Ibid.*, 608.

Capítulo III

LA ACCIÓN (Y OMISIÓN) JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE

I. El comportamiento humano como base de la teoría del delito

El derecho penal reacciona siempre con posterioridad. Aunque su función sea siempre prevenir delitos y proteger bienes jurídicos, la reacción penal se produce siempre luego de un resultado que lesione algún bien jurídico o frente a alguna conducta que signifique la puesta en riesgo de algún interés social vital.

Si se pretendiera que el sistema penal reaccione antes de cometerse la conducta ilícita, tendríamos que admitir manifestaciones del derecho penal vinculadas a la idea de *derecho penal de autor* donde la sanción penal se fundamenta no en el comportamiento del sujeto, sino en sus condiciones personales o su forma de conducirse en la vida. Esta visión ha sido desechada por nuestra disciplina en virtud de los peligrosos niveles de arbitrariedad que posee.

Solo en un *derecho penal de acto*, donde el reproche penal se sitúa no en las características del individuo, sino en su comportamiento, puede la norma jurídico-penal cumplir algún cometido.

La norma jurídico-penal, según se sabe, emite dos tipos de mensajes: 1) el primero dirigido a los ciudadanos marcándoles pautas de actuación, esto es, indicándoles cómo actuar para hacer posible una pacífica convivencia social (norma primaria); 2) el segundo se encuentra dirigido a los operadores de justicia penal y que sirve para indicarles qué hacer ante las conductas que se alejan de las pautas de actuación establecidas (norma secundaria).

En función de lo antes afirmado, resulta lógico que sea el comportamiento humano la base a partir de la cual se configura la teoría general del delito. Es que solo el comportamiento humano puede ser motivado por las normas jurídico-penales y —como consecuencia de ello— solo el comportamiento humano puede ser merecedor de reacción por parte del sistema penal.

Todo esto nos permite excluir la posibilidad de que el derecho penal —en general— y la teoría general del delito —en concreto— se manifiesten o reaccionen más allá del comportamiento humano. Los comportamientos de animales o los fenómenos naturales no interesan al derecho penal ni a la teoría jurídica del delito. Respecto a la cuestión de la «acción» de las personas jurídicas, corresponde realizar ciertas disgregaciones.

II. La dicotomía de la «acción» de las personas jurídicas

En anterior oportunidad[1221] enfatizamos que las personas jurídicas eran incapaces de realizar *acciones jurídicas penalmente relevantes* en virtud de la configuración dogmática del concepto de *acción jurídico-penal*; sin embargo, la introducción de la Ley 30424 (Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas) y sus modificatorias provocan la necesidad de hacer ciertas precisiones.

La primera precisión para formular es que, pese a la calificación de la ley como de «responsabilidad administrativa», nos encontramos frente a una auténtica ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta afirmación conlleva a una serie de consecuencias prácticas (por ejemplo, existencia de una dogmática autónoma de contenido garantista y dotar a la persona jurídica de garantías penales y procesales).

La segunda precisión es que la teoría jurídica del delito que ha diseñado la doctrina penal es aplicable exclusivamente a la persona natural, pues, como hemos referido, sus desarrollos tienen como «piedra angular» la voluntad humana. No existe un desarrollo análogo en relación con las personas jurídicas. El desarrollo de una teoría del delito y una dogmática penal para la persona jurídica —pese a la ya abundante bibliografía— es aún una tarea pendiente.

La tercera precisión se relaciona con la nula aplicación de los contenidos de las leyes antes indicadas sobre las personas jurídicas. La data estadística nacional no muestra casuística de aplicación de respuestas penales sobre las personas jurídicas —ya sea en relación con las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas como en relación con las nuevas sanciones previstas en la Ley 30424—. De hecho, este dato ha sido ya puesto de relieve por parte de la Corte Suprema a través del Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116.

Finalmente, debe precisarse que en este trabajo examinaremos la teoría del delito de las personas físicas y derivaremos el examen de la responsabilidad penal de la persona jurídica para otro momento[1222].

[1221] Reyna Alfaro: *Derecho penal. Parte general*, 145.

[1222] Caro Coria y Reyna Alfaro: *Manual de derecho penal económico. Parte general y parte especial*, 557 y ss.

III. El comportamiento penalmente relevante

La voluntariedad de la conducta es central para su relevancia penal y, en orden, para su debida sistematización. Los comportamientos, como base de la tipicidad y de su valoración jurídico-penal, deben ser conducidos finalmente o guiados por su voluntad.

En este sentido, Muñoz Conde[1223] considera que la acción jurídico-penal puede ser definida como todo comportamiento dependiente de la voluntad humana y es que «solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad». El supuesto de hecho de la norma penal solo puede constituirlo la realización de una conducta traducida en actos externos susceptibles de verificación empírica; la base de la reacción penal sigue siendo la realización de actos perfectamente identificables como tales independientemente del carácter u otras condiciones personales de su autor.

El comportamiento penalmente relevante, esto es, aquel que interesa al derecho penal, encuentra dos posibles formas de expresión: una positiva y otra negativa. La expresión positiva del comportamiento relevante para el derecho penal resulta ser la *acción* en sentido estricto. En tanto que la expresión negativa del comportamiento penalmente relevante resulta ser la *omisión*.

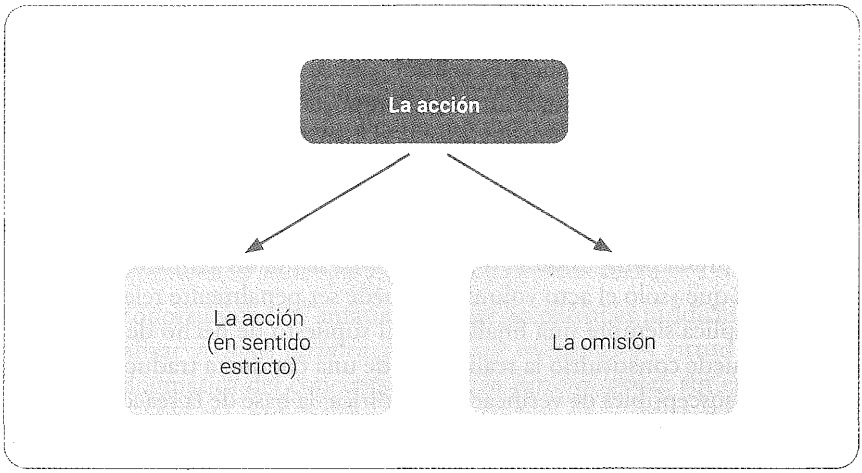
Es necesario destacar que la utilización de los términos *positivo* y *negativo* no tiene implicancias valorativas —en sentido de «bueno» o «malo»—. Es decir, al hablar de la *acción* —en sentido estricto— como expresión positiva del comportamiento relevante para el derecho penal, no queremos decir que la *acción* que interesa al derecho penal, esto es, la delictiva, sea positiva —es decir «buena»— en términos valorativos. El recurso a las expresiones *positivo* y *negativo* se relaciona más con cuestiones de tipo natural[1224]: la *acción* es expresión «positiva» por constituir un «hacer», mientras que la *omisión* es expresión «negativa» por constituir un «no hacer».

En este capítulo, utilizaremos el término *la acción* en forma amplia y comprehensiva, e incluye tanto a la acción propiamente dicha como a la omisión.

En suma, el comportamiento relevante para el derecho penal puede manifestarse a través de una acción como a través de una omisión.

[1223] Muñoz Conde: *Teoría general del delito*, 09.

[1224] Es de resaltar que estas diferencias naturales u ontológicas resultan absolutamente irrelevantes para quienes adoptan posiciones normativistas extremas donde el modo de manifestación física de la conducta constituye un dato casi circunstancial y anecdótico.



IV. El concepto jurídico-penal de *acción*

El concepto de *acción jurídica penalmente relevante* constituye el fundamento sustantivo donde se asienta la noción jurídica del delito. La acción u omisión se constituye como elemento básico de la teoría de delito, en su «piedra angular», precisamente porque aquella será objeto de valoración jurídico-penal.

En este sentido, ha destacado Roxin[1225] que el concepto de *acción jurídico-penal* tiene varios cometidos o propósitos fundamentales. En primer lugar, suministra un *supra* concepto útil para todas las formas de manifestación de la conducta punible. De esta forma, la acción jurídico-penal designa aspectos que se encuentran tanto en los hechos de tipo doloso o imprudente como en aquellas expresiones omisivas del comportamiento humano. En segundo lugar, el concepto de *acción jurídico-penal* vincula o enlaza a todas las concretas categorías del delito conectando a los diversos elementos de la teoría del delito que deben responder a los mismos criterios valorativos que orientan la configuración del concepto de *acción jurídico-penal.* En tercer lugar, el concepto de *acción jurídica penalmente relevante* tiene el cometido de excluir todo aquello que, de antemano e independientemente de la configuración cambiante de los tipos (consecuencia de las decisiones adoptadas por el legislador), no puede ser considerado como objeto de un enjuiciamiento jurídico-penal a partir de consideraciones de orden político-criminal —por ejemplo, aquellas que conflictúen con el principio de lesividad o de culpabilidad—.

[1225] Roxin: *Derecho penal I, op. cit.*, 235.

V. Propuestas conceptuales

El concepto de *acción jurídico-penal* es una de las nociones que ha sido más analizada por parte de la doctrina penal. Durante muchas décadas el debate dominante dentro del derecho penal era el relacionado con el concepto jurídico-penal de *acción*.

Es muy conocida en la doctrina penal la disputa que durante muchos años sostuvieron los llamados *causalistas* (defensores de la teoría causal de la acción) y los finalistas (defensores de la teoría final de la acción), a la cual se sumó la teoría de la acción social. La importancia de la discusión no es baladí, pues no solo es determinante de todo el esquema, diseño y contenido de la teoría del delito, sino que permite una mejor comprensión de las propuestas metodológicas existentes en la doctrina penal.

A fin de ilustrar los alcances de esta polémica doctrinal, se hará breve mención a cada una de estas teorías y sus incidencias en la teoría jurídica del delito.

1. Teoría de la acción causal

Según la teoría de la acción causal, la acción en sentido penal es aquella que provoca una modificación externa del mundo que al derecho penal le interesa sancionar. Por eso, Liszt definía la acción causal como «la conducta (*Verhalten)* voluntaria en el mundo exterior [...]. El concepto del acto exige, pues, la aparición de un cambio en el mundo exterior (aunque solo sea pasajero)»[1226] y Mezger trataba a la acción como «hacer o no hacer querido» buscando construir un «concepto natural» en virtud «de su referencia a la realidad misma»[1227].

La acción era vista entonces desde una óptica mecánica y causal, por lo que no era extraño escuchar a autores como Binding, Beling y Liszt que la acción que correspondía, por ejemplo, al delito de injurias era las vibraciones en el aire generadas por la ofensa verbal y los procesos en el sistema nervioso de la víctima como consecuencia de la injuria[1228].

Los seguidores de la teoría de la acción causal construyeron una teoría jurídica del delito consecuente con su desarrollo de la idea de acción causal, conocido comúnmente como *sistema causalista* de la teoría general del delito. En este *sistema causalista* se reconocen tres categorías:

[1226] Liszt: *Tratado de derecho penal II*, 285-288.

[1227] Mezger: *Tratado de derecho penal I*, 197.

[1228] Citando a Liszt, Welzel: *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 51.

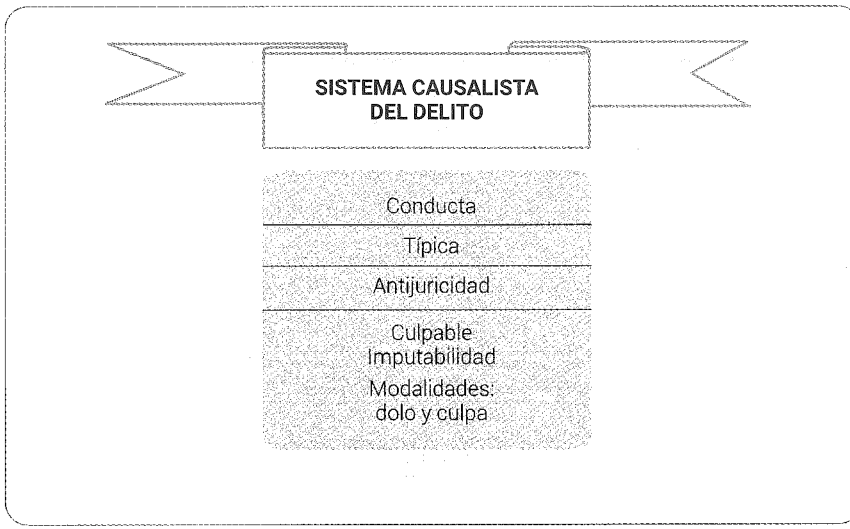
tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. La tipicidad y la antijuricidad eran consideradas como elementos de orden objetivo que no admitían, por lo tanto, alguna clase de elementos subjetivos. Estos formaban parte de la culpabilidad. Por ello, no es de extrañar que Welzel, crítico del causalismo, sostuviera que estas tesis «desgarraban» la acción en dos partes: lo externo u objetivo (tipicidad y antijuricidad) y lo interno o subjetivo (la culpabilidad)[1229].

El esquema de la teoría jurídica del delito, dentro del pensamiento causalista, aparecía como una especie de imagen cónica donde la tipicidad y la antijuricidad mostraban un trato mucho más reducido que la culpabilidad.

Dentro de los aspectos en favor del concepto causal de acción, se puede destacar que su vinculación a una «voluntad humana» resolvía con claridad el problema de la relevancia penal de las conductas atribuidas a animales o de las personas jurídicas.

Por otra parte, dentro los problemas que enfrenta la teoría causal de la acción pueden mencionarse las dificultades que esta tiene para comprender los supuestos donde —precisamente— esa modificación del mundo exterior no tiene lugar o cuando esa modificación del mundo exterior no comprende el resultado que el derecho penal pretende prevenir. La fundamentación de la responsabilidad por omisión y en supuestos de tentativa ha generado dificultades para quienes han pretendido consolidar la utilización del concepto causal de *acción jurídico-penal*. Por ese motivo, no extraña la crítica hecha por Welzel relacionada con la prevalencia del desvalor de la acción y la ausencia de referencias al desvalor del resultado: «[L]a parte esencial [...] no consiste en el *resultado* causado por un acto voluntario sino en la *acción* defectuosa, por consiguiente, no en el desvalor del *resultado*, sino en el desvalor de la *acción*»[1230].

[1229] Welzel: *El nuevo...*, *op. cit.*, 41.
[1230] *Ibid.*, 54-55.



2. Teoría de la acción final

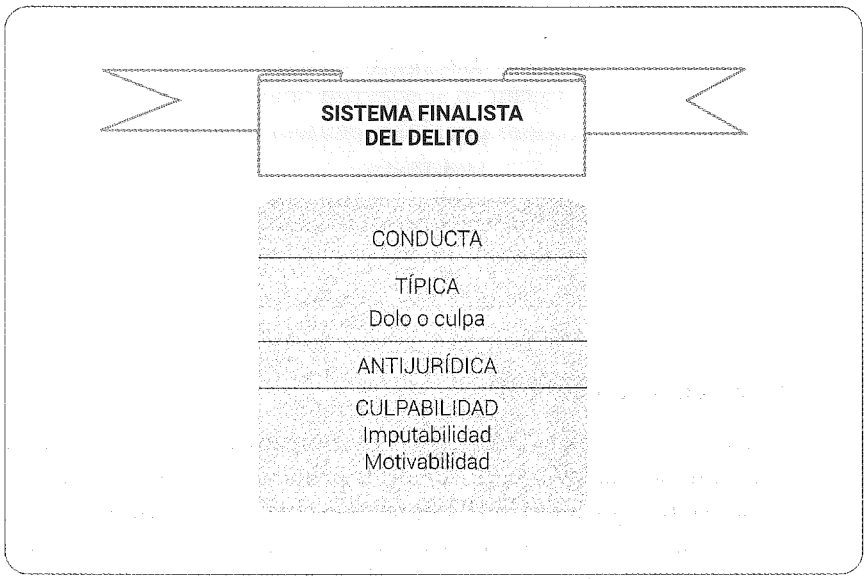
La teoría de la acción final surge como respuesta a la teoría causal de la acción. Su aparición responde principalmente al trabajo del alemán Hans Welzel, quien desde 1938 pretende eliminar esa distinción entre lo objetivo y lo subjetivo a través de la subjetivización de la tipicidad que significaba, por ejemplo, el traslado del dolo y la culpa desde la culpabilidad hacia la tipicidad.

La acción para los finalistas ya no es aquella que produce o causa una modificación del mundo exterior. La acción en sentido jurídico-penal es, para los finalistas, solo aquella que ha sido propiciada por una voluntad que pretende realizar determinado resultado. En palabras de Welzel: «Acción humana es ejercicio de la actividad final»[1231], «la actividad de la intención humana»[1232] o, lo que es lo mismo, es «la producción consciente de efectos partiendo de un objetivo».

La teoría jurídica del delito, construida a partir de la teoría de la acción final, aparece mucho más equilibrada que la teoría del delito que deriva del concepto causal de *acción*. El sistema finalista evoca más bien la imagen de un cilindro dividido en tres divisiones similares: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

[1231] Welzel: *El nuevo...*, *op. cit.*, 41.
[1232] Welzel: *Estudios de derecho penal*, 30.

Las principales críticas formuladas hacia el concepto final de *acción penal* se relacionan con los problemas que el mencionado concepto de *acción* posee para resolver la cuestión de los delitos culposos. En los delitos culposos está ausente ese elemento de voluntad final que fundamenta la acción final.



3. Teoría de la acción social

Su origen responde a la obra de Eberhardt Schmidt, discípulo de Liszt, y ha continuado hasta nuestros días con los trabajos del fallecido profesor Hans-Heinrich Jescheck y de su discípulo Thomas Weigend.

La teoría social de la acción pretende superar los puntos débiles de las teorías causal y final de la acción al resaltar la relevancia social del comportamiento humano. La acción, para la teoría de la acción social, es «un comportamiento humano con trascendencia social»[1233]. En efecto, la teoría de la acción social, si bien no recusa los planteamientos de la teoría final de la acción, postula las dificultades que aquella teoría tiene para unificar, en el plano ontológico, las diversas expresiones de la acción jurídica penalmente relevante (acción u omisión). Por eso se considera esencial recurrir a «un punto de vista superior de carácter

[1233] Jescheck y Weigend: *Tratado de derecho penal. Parte general I*, 330.

valorativo»[1234]. Ese *punto de vista valorativo superior* debe encontrarse —señalan Jescheck y Weigend— «en la relación del comportamiento humano con su entorno»[1235].

Pero esta teoría posee también problemas que giran principalmente en torno a la ambigüedad de su contenido y la introducción de elementos prejurídicos que no llaman la atención del jurista. Otros aspectos problemáticos de esta teoría se relacionan con su falta de capacidad para resolver cuestiones como la responsabilidad de las personas jurídicas o los movimientos reflejos, que —en la teoría de la acción social— tendrían relevancia penal por tener a su vez relevancia social.

4. Teoría personal de acción

Esta teoría, desarrollada fundamentalmente por Claus Roxin, pero con cierta proximidad a las propuestas de Rudolphi (teoría de la atribuibilidad personal) y de Arthur Kaufmann (teoría personal de la acción)[1236], parte de una idea central significativa: acción penalmente relevante es necesariamente una *manifestación de la personalidad*[1237]. Desde este punto de partida se limita el concepto de acción al ser humano que constituye el «centro anímico-espiritual de acción»[1238]. En ese orden de ideas, solo se considerarán acciones penalmente relevantes aquellas que se encuentren «cometidas al control del "yo" de la instancia conductora anímico espiritual del ser humano»[1239]. De este modo, se excluye a las personas jurídicas o incluso a las creaciones de inteligencia artificial.

Una construcción como la formulada por Roxin tiene la ventaja de comprender las diversas formas de manifestación del comportamiento criminal desde la perspectiva ontológica (acciones u omisiones) y desde el plano subjetivo (dolo o culpa). Pero, además, la construcción de Roxin no desatiende la incorporación de elementos valorativos asociados al injusto[1240] —y, por ello, relacionados con la misión de protección de bienes jurídicos—. Todo ello permite que el concepto de *acción jurídico-penal* opere como *elemento de unión o de enlace* entre los aspectos de corte naturalista-ontológico.

[1234] Jescheck y Weigend: *Tratado I, op. cit.*, 330.

[1235] *Idem.*

[1236] Conforme reconoce expresamente Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 253.

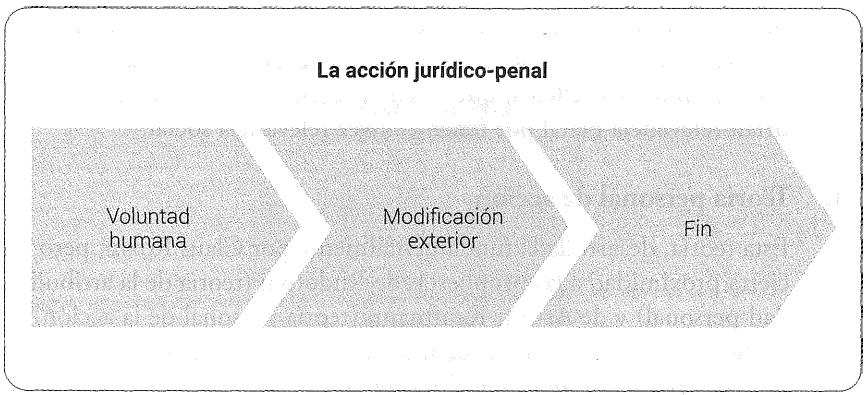
[1237] *Ibid.*, 252.

[1238] *Idem.*

[1239] *Idem.*

[1240] Roxin: *Derecho penal I, op. cit.*, 255. Precisamente por ese motivo Roxin reconoce su concordancia con los conceptos social y negativo de acción (*ibid.*, 265).

Esta construcción, en lo particular, parece ser aquella que tiene mayor capacidad de rendimiento para delimitar los supuestos de ausencia de acción, en los que la acción corporal se desarrolle «sin que el espíritu y la psique hayan participado de algún modo o hayan tenido oportunidad de intervenir en el suceso»[1241].



VI. Sujeto de la acción

Antes mencionábamos que los comportamientos que interesaban al derecho penal, es decir, aquellos jurídicos penalmente relevantes, eran solo aquellos donde la norma penal podía dirigir su mensaje de determinación, aquel que pretende que el sujeto de la acción observe el mandato (de no hacer o de hacer) implícito en la norma penal.

Por tanto, el sujeto de la acción con relevancia jurídica penal es aquel receptor del mensaje de determinación que divulga la norma jurídico-penal. Solo puede ser receptor de ese mensaje de la norma penal aquel que tiene capacidad de ser determinado (orientado) por las prohibiciones o mandatos impuestos por la norma penal, esto es, el ser humano.

Esto nos permite excluir como sujetos de la acción jurídico-penal no solo a los animales, sino también a las personas jurídicas y los entes de inteligencia artificial.

A pesar de la creciente tendencia de algunos países por castigar a la propia persona jurídica, que se refleja en una serie de reformas legislativas producidas en países con marcada tradición en torno al principio *societas delinquere non potest* y cuyo alcance comprende ya nuestro país merced a la promul-

[1241] Roxin: *Derecho penal I*, *op. cit.*, 261.

gación de la Ley 30424 (Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional) y su modificatoria producida mediante el Decreto Legislativo 1352 (Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas), podemos sostener válidamente que, según el estado de la teoría del delito —conforme se encuentra actualmente diseñada—, la persona jurídica carece de capacidad de acción en sentido jurídico-penal.

Es lógico. Basta con partir del propio concepto de acción personal asumido, pues siendo la conducta humana, como dice Muñoz Conde, «base de toda reacción jurídico penal»[1242], cada conminación penal deberá ser consecuencia de una acción u omisión cuyo origen sea precisamente la voluntad humana.

Como hemos observado, si todos los conceptos de acción jurídico-penal (causal, final, social, personal) tienen, como elementos coincidentes, la voluntariedad por parte del sujeto a quien se le atribuye el comportamiento, aquellos autores que acepten cualquiera de dichos conceptos deben consecuentemente rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se suele mencionar erróneamente que el problema de la incapacidad de acción en sentido jurídico-penal de las personas jurídicas se resuelve a través de la figura del *actuar en lugar de otro* (CP, art. 27). Esta apreciación, aunque común, es errada: el *actuar en lugar de otro* del art. 27 del CP peruano permite la extensión de la autoría en los delitos especiales, pero no responde al problema de la incapacidad de acción de las personas jurídicas.

Ahora, las afirmaciones antes vertidas no resultan incompatibles con un esquema alternativo o paralelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas —regulado por la Ley 30424 y su modificatoria producida mediante el Decreto Legislativo 1352—, pues aquel descansa sobre bases distintas. Como indiqué anteriormente, el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica tiene presupuestos distintos y divergentes a los que corresponden a la persona natural —que son los que examinamos en este libro—.

VII. La ausencia de acción

Si partimos de la idea de que la *voluntad* es un elemento inmanente al concepto de *acción jurídico-penal*, la ausencia de voluntad implica también —como es lógico— la ausencia de acción penalmente relevante, lo cual provoca que el comportamiento examinado sea calificado como absolutamente intrascendente para el derecho penal.

[1242] Muñoz Conde: *Teoría...*, *op. cit.*, 7.

En este contexto, existe una diversidad de circunstancias donde, a pesar de existir una modificación del mundo exterior, no existe voluntad en el sujeto que la causó o este carece de posibilidad de dominarla y orientarla. En estos casos se produce lo que en la doctrina penal se denomina *ausencia de acción*. Los supuestos de *ausencia de acción* que la doctrina reconoce son fuerza irresistible, movimientos reflejos y estados de inconsciencia.

1. Fuerza física irresistible

La fuerza física irresistible podría ser definida, según Polaino Navarrete, como «el constreñimiento físico ejercido sobre una persona, de forma tal que quien actúa no lo hace por propia voluntad, sino violentado por una voluntad externa que impide al sujeto manifestar su propia voluntad en el mundo externo»[1243].

De acuerdo con Berdugo Gómez de la Torre y otros, esta causal o supuesto de ausencia de acción se encuentra referida a los supuestos de fuerza material o física (*vis absoluta*) donde un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente le impide a este orientar su comportamiento conforme a su propia voluntad. Constituye fuerza física absoluta (o irresistible) aquella modalidad de violencia que, al aplicarse contra un sujeto, lo incapacita para dirigir personalmente sus propios movimientos y le hace obrar de una manera mecánica[1244].

Esta fuerza, como su propio nombre lo indica, debe ser *irresistible*, es decir, frente a ella no cabe oposición razonable por parte del sujeto. Por el contrario, si fuera posible que el individuo realice razonablemente actos de resistencia o se oponga a ella, debemos rechazar la concurrencia de *fuerza física irresistible*.

Además de la exigencia de que se trate de una fuerza irresistible, es necesario que sea una fuerza «física» (*vis absoluta*), lo cual excluye lo que se conoce como *coacción* o *amenaza* (*vis compulsiva*). Nuestro CP, en su art. 20.6, exime de responsabilidad penal a quien «obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza». Con esta redacción, el legislador peruano subraya los elementos de irresistibilidad de la fuerza y su carácter físico.

Es importante resaltar que, aunque el legislador no reconoce distinciones entre los supuestos de fuerza física irresistible proveniente de un tercero con aquellos que provienen de la naturaleza, en el primer caso

[1243] Polaino Navarrete: *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, 438.
[1244] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 114.

(fuerza física irresistible proveniente de un tercero), se deberá examinar si nos encontramos frente a un supuesto de *autoría mediata por coacción* donde el tercero, dominando por el suceso típico, instrumentaliza al ejecutor.

Un ejemplo comúnmente referido en la manualística penal de ausencia de acción por fuerza física irresistible se da en el caso del empleado ferroviario que es atado mientras descansa y se ve imposibilitado de cambiar las vías de dos trenes que finalmente se estrellan («caso del guardavía»). Este ejemplo nos permite apreciar que la importancia de la fuerza física irresistible se verifica en la práctica de los delitos de omisión, mas no en los delitos de acción en sentido estricto.

2. Movimientos reflejos

Constituyen aquellos movimientos corporales donde la excitación de los nervios motores de la persona no se encuentra bajo un influjo anímico o de la voluntad, sino que es inmediatamente desencadenada por un estímulo fisiológico corporal no controlable por el sujeto. Cuando hablamos de *movimientos reflejos*, nos referimos por tanto a aquellos movimientos que no se procesan cerebralmente y por ende no interviene en ellos la conciencia, como las convulsiones epilépticas o movimientos instintivos de defensa.

Algunos ejemplos didácticos: i) Fernando sufre un ataque de epilepsia que provoca, por su particular intensidad, la caída de obras artísticas de gran valor económico; ii) Daniela recibe una taza de café sumamente caliente y, como consecuencia del efecto del calor en sus manos, la deja caer sobre Luis y le causa quemaduras. En ambos casos, aunque existe una modificación exterior del mundo atribuible a una persona (Fernando o Daniela), aquella no puede ser calificada como una «acción» —en sentido jurídico-penal—, pues no ha existido intervención de la consciencia humana.

Son problemáticos los supuestos de actuar impulsivo, acciones de cortocircuito y reacciones de comportamiento de índole nostálgica, primitiva o explosiva donde será necesario examinar casuísticamente la concurrencia o no de las condiciones de capacidad psíquica de conducta personal. Hay que recordar, por ejemplo, que los actos de corto circuito y las reacciones explosivas —como la «emoción violenta»— no son considerados actos reflejos, pues en ellos sí existe voluntad, tal vez fugaz, pero voluntad al fin y al cabo.

3. Estados de inconsciencia

Son aquellos supuestos constituidos por la total falta de consciencia humana en el desarrollo del comportamiento humano. La inconsciencia no se identifica a la mera falta de conocimiento ni a la alteración o perturbación de consciencia, sino que equivale a la plena inexistencia o total exclusión de la consciencia personal. Dentro de los estados de inconsciencia que provocan ausencia de acción, se puede mencionar al sueño, el sonambulismo, la embriaguez, el hipnotismo, etc. En todos estos casos, la modificación del mundo exterior no viene acompañada de la existencia de voluntad, lo cual significa que está ausente uno de los elementos indispensables para hablar de acción en sentido jurídico-penal.

Un aspecto especialmente destacado en relación con los denominados *estados de inconsciencia* se relaciona con los casos donde el sujeto se coloca voluntariamente en estado de inconsciencia con el objetivo de delinquir, casos resueltos con la doctrina de la *actio liberae in causa.*

La doctrina de la *actio libera in causa* permite imputar la lesión a la conducta humana precedente que el sujeto realizó queriendo provocar aquella lesión sin acción o debiendo preverla y evitarla. Como indica Muñoz Conde, se recurre en estos casos a la ficción de considerar relevante la acción precedente, pero en realidad se trata de una parte de la misma acción que, globalmente considerada, permite integrar también en ella lo que en un momento determinado no es controlado directamente por la voluntad[1245].

VIII. La omisión

La acción —como ya lo dijimos— se expresa tanto de modo positivo como negativo. A la primera expresión (la positiva) se le conoce como *acción en sentido estricto*; a la segunda expresión (la negativa), como *omisión.*

Por tal motivo es que observamos la existencia de *normas penales prohibitivas*, es decir, aquellas que, al castigar determinadas acciones (por ejemplo, la de matar a otro), implícitamente establecen normas de conducta orientadas a la prohibición de las conductas que son objeto de sanción penal —en el mismo ejemplo, la norma subyacente sería la de no matar—. También observamos *normas penales imperativas*, esto es, aquellas que castigan la omisión de determinados comportamientos (por ejemplo, la omisión de socorro de la persona a la que se ha lesionado previamente) y que, por lo tanto, imponen

[1245] Muñoz Conde: *Teoría...*, *op. cit.*, 117.

normas orientadas a la realización de ciertas acciones —en el ejemplo antes planteado, la norma de brindar socorro o auxilio a la persona a la cual se ha herido o incapacitado—.

Ahora sí —como hemos referido anteriormente—, algunas normas penales nos obligan a realizar determinadas acciones: la omisión que el derecho penal castiga no es cualquier omisión, sino aquella referida a una acción determinada previamente por la norma penal (que contiene mandatos de acción). Por cuestiones de pedagogía, reservamos el tratamiento de la omisión penalmente relevante en líneas posteriores.

Capítulo IV

LA TIPICIDAD (I)

Cuestiones fundamentales

I. Tipicidad y tipo penal

La tipicidad viene a ser el primer elemento de la teoría general del delito, derivado del principio de legalidad en su vertiente de *nullum crimen sine lege*, es decir, «no hay delito sin ley». Es justamente el principio de legalidad penal lo que proporciona esta ubicación preferencial a la tipicidad dentro del sistema de filtros que es la teoría general del delito.

La tipicidad es usualmente definida como: «[L]a adecuación de un hecho en concreto a la descripción abstracta que de dicho hecho se hace en la ley penal»[1246]. Esto quiere decir que la tipicidad resulta ser la categoría de la teoría general del delito donde se comprueba si un determinado hecho encaja certeramente en la descripción que realiza la ley penal de un delito.

Esta categoría constituye el primer y más importante filtro que debe superar una acción u omisión para ser calificada como delito, pues, aun cuando una conducta resulte antijurídica y culpable, si no es típica, no puede ser considerada como «delito».

La categoría de la teoría del delito que estamos analizando puede articularse en la medida en que existen no solo hechos concretos que analizar, sino también una descripción abstracta que permite tal verificación. Pues bien, dicha descripción abstracta de la conducta resulta ser el tipo penal.

El proceso de elaboración de un tipo penal supone necesariamente una selección por parte del legislador de aquellas conductas que afecten o pongan en peligro de manera más contundente los bienes jurídicos de mayor importancia. Solo así los procesos de formación de la ley penal o —como también se

[1246] Cuesta Aguado: *Tipicidad e imputación objetiva*, 70.

le conoce— de criminalización primaria que dan origen a los tipos penales pueden armonizar con el principio de intervención mínima y fragmentariedad del derecho penal.

II. Las funciones del tipo penal

El tipo penal cumple una serie de funciones dignas de ser puestas en relieve. Estas son la función de garantía, función indiciaria, función motivadora y función de selección de las conductas penalmente relevantes.

1. Función de garantía

Esta función del tipo penal deriva del principio *nullum crimen sine lege*, previsto en el art. II del título preliminar del CP[1247] y que tiene reconocimiento consensuado en la legislación penal comparada. A partir de dicha función, cada tipo penal cumple con el deber de informar al ciudadano receptor de la norma que determinada conducta se encuentra prohibida y garantiza que toda conducta será susceptible de pena solo cuando se halle prescrita previamente como delito en la ley penal.

2. Función indiciaria

El tipo penal nos provee más de una función indiciaria de antijuricidad —cuando una conducta es típica, se presume que es también antijurídica—. Es solamente indiciaria de antijuricidad en la medida en que, aunque una conducta pueda resultar típica, pues se subsume en la descripción abstracta hecha por el tipo penal, la presencia de alguna determinada causa de justificación puede hacer que dicha conducta, inicialmente ilícita para el ordenamiento jurídico-penal, sea permitida por el ordenamiento jurídico.

3. Función motivadora

Al emerger de cada tipo penal una prohibición, este cumple con la función de motivar al ciudadano a comportarse conforme a la norma de conducta que subyace a cada prohibición. Así, el tipo que castiga el homicidio (CP, art. 106) cumple la función de motivar a los receptores de la norma penal a no matar a otras personas, pues ello acarreará la consecuencia jurídica establecida en el propio tipo penal.

[1247] Sobre el contenido del principio de legalidad, *vid.* Reyna Alfaro: «El programa dogmático y político criminal del principio de legalidad» en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 227 y ss.

4. Función de selección de las conductas penalmente relevantes o de discriminación

En el proceso de formación de la ley penal, el legislador selecciona, del conjunto de conductas antijurídicas, solo aquellas que considera que lesionan o que ponen en peligro con mayor intensidad a los más importantes bienes jurídicos. De este modo, el tipo penal constituye también un mecanismo de preservación del principio de lesividad, fragmentariedad y mínima intervención del derecho penal.

III. Estructura de los tipos penales

Los tipos penales internamente se encuentran configurados por dos ámbitos: el tipo objetivo y el tipo subjetivo. El lado objetivo del tipo penal es aquel que describe el hecho externo de forma perceptible por los sentidos. El aspecto subjetivo es el que se refiere a los elementos internos que han tenido relevancia para la realización del hecho concreto. En el caso de los delitos dolosos, el elemento subjetivo viene dado por el dolo en sus diversas manifestaciones (dolo directo, dolo eventual). Si estamos frente a tipos culposos, el elemento subjetivo resulta ser la culpa o imprudencia.

Aunque el resultado considerado nocivo por el derecho penal se produce a partir de la sucesión de los actos externos que conforman el tipo objetivo, para que una determinada conducta resulte típica, debe reunir además los elementos subjetivos requeridos por el tipo como, por ejemplo, el ánimo de lucro, el ánimo de injuriar, etc. De allí que se rechace, como bien lo hace el art. VII del título preliminar del CP, «toda forma de responsabilidad objetiva».

IV. Elementos lingüísticos del tipo penal

El cumplimiento de las funciones de garantía y la motivación general que —como hemos visto— tiene asignada el tipo penal requieren que en la elaboración del tipo penal se utilice un lenguaje claro y de fácil comprensión para el receptor de la norma penal, de tal forma que este pueda tener real conocimiento de la acción u omisión reprochada por el derecho penal.

Para lograr dicho cometido, el legislador penal debe recurrir a una serie de elementos lingüísticos, los cuales en algunos casos serán descriptivos y, en otros supuestos, normativos.

1. Elementos descriptivos del tipo

Los elementos descriptivos del tipo penal son aquellos que manifiestan una realidad natural comprensible por los sentidos, de forma tal que resulta innecesario recurrir a valoraciones o análisis posteriores. Por citar

los ejemplos más comunes, tenemos la utilización de expresiones como «matar» (CP, art. 106), «tercero» (CP, art. 113), etc.

Solía afirmarse que los tipos penales, dada su naturaleza predominantemente descriptiva, recurrían por lo general a este tipo de elementos del tipo —eran la regla—. Sin embargo, hoy dada la proliferación de regulaciones penales asociadas a actividades complejas, el uso de elementos descriptivos es cada vez más residual.

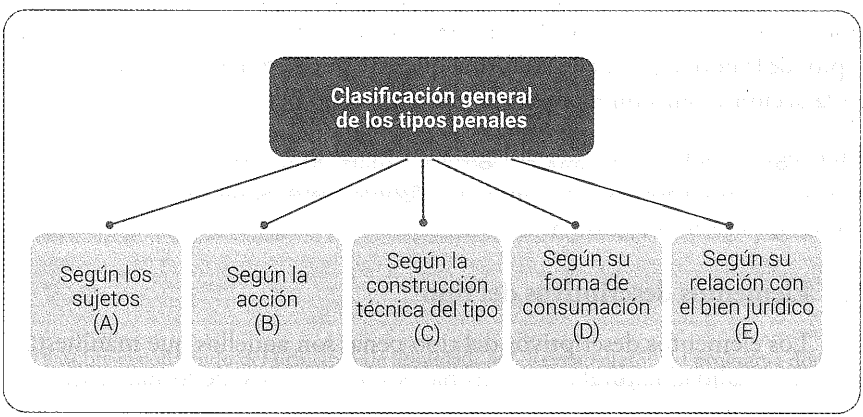
2. Elementos normativos del tipo

Son aquellos elementos del tipo que requieren una valoración social o jurídica. Piénsese, por ejemplo, en las expresiones «drogas tóxicas» (CP, art. 296), «funcionario público» (CP, art. 425) o «documento» (CP, art. 427) que suelen requerir un cierto análisis por parte del operador del sistema de administración de justicia penal.

Los elementos normativos del tipo pueden ser a su vez *elementos normativos de valoración global del hecho*, los cuales tienen referencias a la antijuricidad de la conducta; por ejemplo, el art. 222 del CP (Fabricación o uso no autorizado de patente) reprime a quien fabrica productos o usa un medio o proceso patentado de fabricación «**sin estar autorizado** por quien tiene derecho a hacerlo» (énfasis agregado) o elementos normativos referidos a *conceptos jurídicos indeterminados*, cuya utilización resulta peligrosa en la medida en que exige supuestas valoraciones sociales.

V. Clasificación de los tipos penales

Los tipos penales pueden ser clasificados según (A) los sujetos, (B) la acción, (C) la construcción técnica del tipo, (D) su forma de consumación y (E) su relación con el bien jurídico. A continuación, daremos cuenta de cada una de estas clasificaciones.



A. Según los sujetos

Esta clasificación se puede dividir según la delimitación típica del sujeto activo y según el número de sujetos que intervienen en su configuración.

A.1. Según la delimitación típica del sujeto activo

Según esta clasificación los delitos pueden ser comunes, especiales y de propia mano.

A.1.1. Delitos comunes

Son aquellos delitos donde el tipo permite considerar como sujeto activo a cualquier persona. Por regla general, como indica Bacigalupo, «solo se requiere para ser autor [...] tener *capacidad de acción*»[1248]. Son fáciles de distinguir debido a que generalmente se menciona al sujeto activo en la formulación del tipo penal como «El que [...]».

A.1.2. Delitos especiales

Los delitos especiales son aquellos que solo pueden ser realizados, a título de autor, por personas que reúnan determinadas condiciones establecidas en el propio tipo penal. Esta clase de delitos se subdivide a su vez en delitos especiales propios e impropios.

A.1.2.1. Delitos especiales propios

Los delitos especiales propios son aquellos donde la calidad o condición especial del sujeto activo propicia la propia tipicidad. Esto quiere decir que, si el sujeto activo no reúne la condición establecida en el tipo, la conducta resultará impune. Es la condición especial de autoría la que fundamenta la punición del comportamiento —por ende, si dicha condición especial de autoría no es verificada, la consecuencia es la atipicidad del comportamiento—.

Los ejemplos más característicos de estos delitos los ubicamos en los delitos contra la Administración pública consignados en el capítulo II, título XVIII, libro II, del Código Penal peruano.

A.1.2.2. Delitos especiales impropios

Esta clase de delitos especiales tiene como característica que la cualidad especial que el sujeto activo ostenta no motiva la punición, sino que simplemente permite un mayor grado de reproche.

[1248] Bacigalupo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 86.

Siendo esto así, se trata de delitos que tienen correspondencia con algún tipo común (por ejemplo, el delito de parricidio del art. 107 del CP, el cual corresponde con el delito de homicidio simple del art. 106 del CP). La inconcurrencia del elemento especial de autoría en esta tipología no conlleva a la impunidad, sino que determinará la aplicación del tipo común correspondiente.

A.1.3. Delitos de propia mano

Son aquellos delitos donde la conducta, por imperio del tipo penal, solo puede ser ejecutada por el autor directo, es decir, por el ejecutor de la acción típica. Por este motivo no se admiten en estos tipos penales la autoría indirecta o mediata. Un ejemplo clásico de esta clase de delitos lo ubicamos en el delito de perjuicio o falso testimonio (CP, art. 409).

A.2. Según el número de sujetos que intervienen en su ejecución

A.2.1. Delitos unipersonales o monosubjetivos

Esta clase de tipos penales no requieren, como condición necesaria, la intervención de más de una persona en su ejecución. El ejemplo prototípico lo proporciona el delito de homicidio que puede ser configurado con la intervención de una persona —quien ejecuta la acción típica—.

A.2.2. Delitos plurisubjetivos o pluripersonales

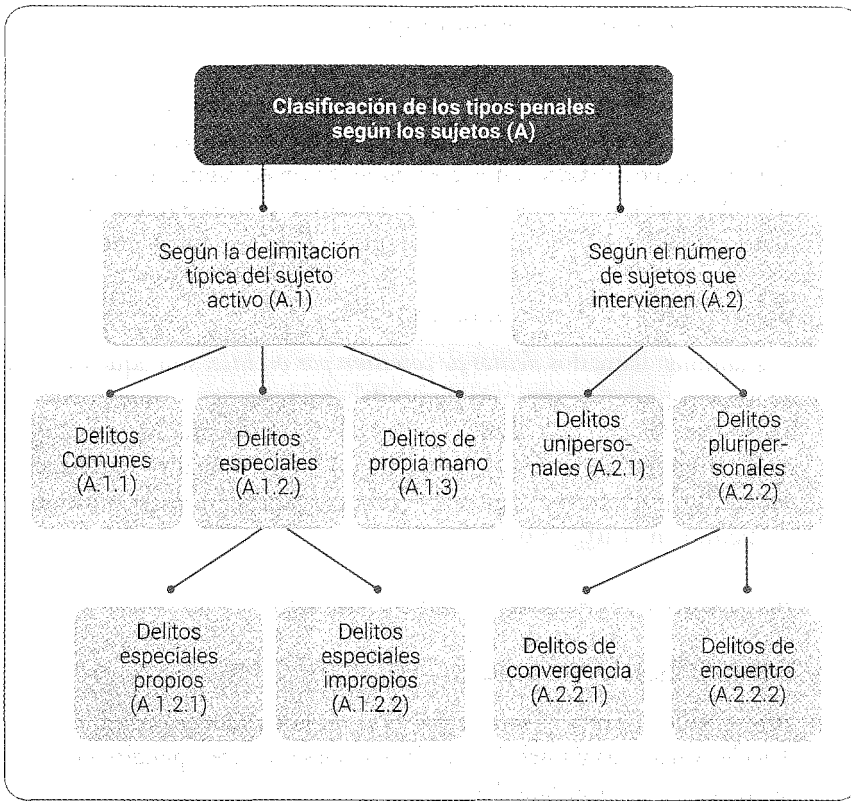
Estos delitos requieren, para su concreción, la concurrencia necesaria e imperativa de una multiplicidad de sujetos. Estos tipos penales a su vez pueden ser calificados como delitos de convergencia y delitos de encuentro.

A.2.2.1. Delitos de convergencia

Esta clase de delito pluripersonal aparece cuando los sujetos intervinientes en la conducta buscan simultáneamente la finalidad de concretar el tipo penal. Esa orientación común entre los sujetos intervinientes es la que se aprecia, por ejemplo, en el delito de sedición descrito en el art. 347 del CP.

A.2.2.2. Delitos de encuentro

Son aquellos delitos donde los sujetos que intervienen en el hecho lo hacen en colaboración con el sujeto activo como en el caso del delito de colusión desleal, descrito en el art. 384 del CP, y en donde concurren las conductas del funcionario y el particular para la configuración del «acuerdo colusorio».



B. Según la acción

Según la acción podemos distinguir entre delitos de acción y omisión y delitos de mera actividad y resultado.

B.1. Delitos de acción y omisión

B.1.1. Delitos de acción

Son aquellos delitos donde la norma que subyace al tipo contiene una prohibición, la cual puede consistir en una mera actividad o en resultado.

B.1.2. Delitos de omisión

A diferencia de los delitos de acción, los delitos de omisión contienen un mandato cuya no realización determina la sanción penal. Dentro de esta categoría se ubica una subclasificación entre delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia.

B.1.2.1. Delitos de omisión propia

Los delitos de omisión propia, como indica Peña Cabrera[1249], no se identifican con la mera inactividad, sino que se relacionan con un mandato (deber jurídico de actuar) previsto expresamente en la ley. Un ejemplo bastante claro aparece en el delito de omisión de socorro (CP, art. 127) que contiene el mandato específico (de prestar auxilio inmediato a quien se ha encontrado en estado de grave e inminente riesgo).

B.1.2.2. Delitos de omisión impropia

Los también llamados *delitos de comisión por omisión* son aquellos donde, en virtud de la existencia de un deber de garante —que puede encontrar su origen en un deber jurídico o un actuar precedente peligroso—, surge en el omitente una obligación de impedir la realización del hecho punible. La regulación de esta expresión de la omisión se encuentra en el art. 13 del CP.

B.2. Delitos de mera actividad o resultado

B.2.1. Delitos de mera actividad

Son aquellos donde la sola realización de la conducta prohibida conlleva la consumación del ilícito. En esta clase de tipos penales no existe referencias a un resultado lesivo.

B.2.2. Delitos de resultado

Los delitos de resultado tienen la particularidad de exigir, además de la realización de la conducta prohibida, la producción de un determinado resultado —que debe ser atribuible objetivamente a esa conducta—. A su vez se subdividen en:

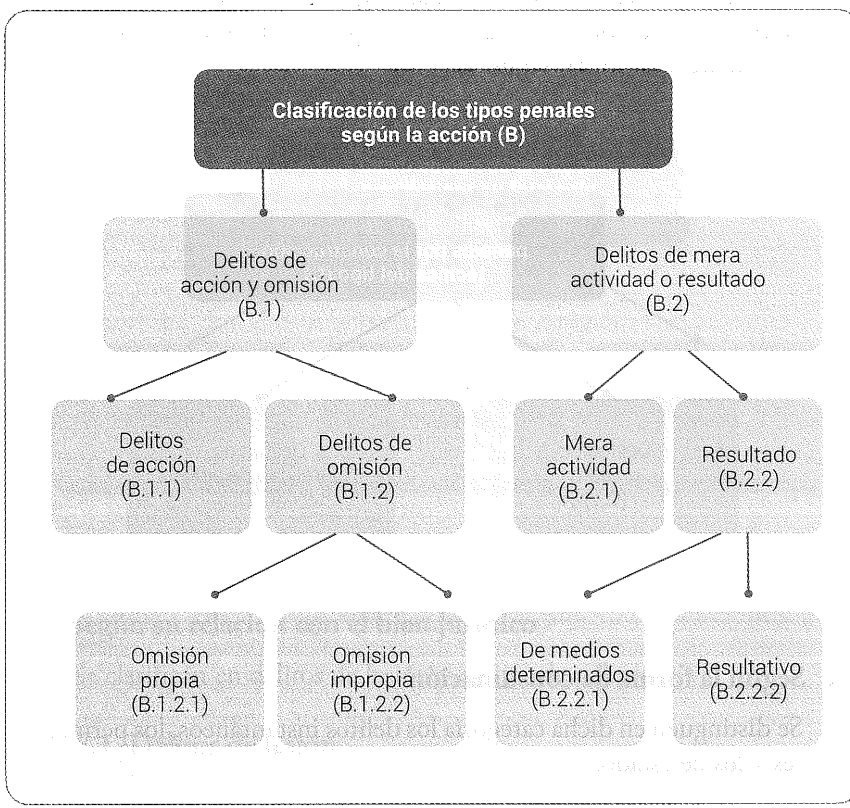
B.2.2.1. Delitos de medios determinados

Son aquellos delitos donde el tipo penal hace expresa referencia a los medios a través de los cuales puede producirse la conducta. Un ejemplo de esta clase de delitos lo ubicamos en el delito de violación de la libertad sexual (CP, art. 170), el cual establece que la conducta típica (el acceso carnal) solo adquiere trascendencia penal cuando se produce mediante los medios típicos descritos en dicho tipo penal: la violencia o la amenaza.

[1249] Peña Cabrera: *Tratado de derecho penal. Estudio programado de la parte general*, 530.

B.2.2.2. Delitos resultativos

Son aquellos delitos donde la descripción típica no limita las modalidades posibles de realización de la conducta típica. Un ejemplo muy sencillo es el homicidio simple (CP, art. 106), donde resulta intrascendente el medio utilizado para la comisión del delito, siendo más bien relevante la producción del resultado sancionado por la ley penal.



C. Por la construcción técnica del tipo

Esta clasificación se subdivide a su vez en 1) delitos de un acto y 2) delitos de pluralidad de actos.

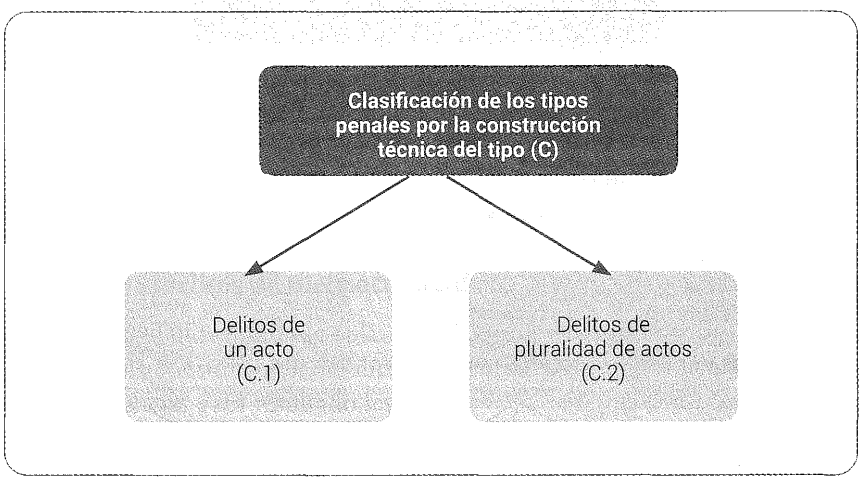
C.1. Delitos de un acto

Son aquellos que requieren una sola acción. Como ejemplo se cita el delito de conducción bajo la influencia del alcohol o drogas (CP, art. 274), donde la configuración del tipo se produce cuando el sujeto ha desarrollado el comportamiento de «conducir», «operar» o «maniobrar» un vehículo motorizado bajo la influencia del alcohol o las drogas.

C.2. Delitos de pluralidad de actos

Son delitos que exigen la concurrencia de varias acciones en sucesión determinada. Una modalidad digna de mención en esta clase de delitos se da en los denominados *delitos de hábito*, donde la sucesión repetida de acciones conectados objetivamente lleva a la consumación del delito.

Para poder comprender esta tipología basta remitirse al delito de plagio descrito en el art. 219 del CP, el cual requiere, por un lado, que el sujeto respecto a una obra ajena la copie o reproduzca (primer acto) y posteriormente la difunda (segundo acto).



D. Según la forma de consumación

Se distinguen en dicha categoría los delitos instantáneos, los permanentes y los de estado.

D.1. Delitos instantáneos

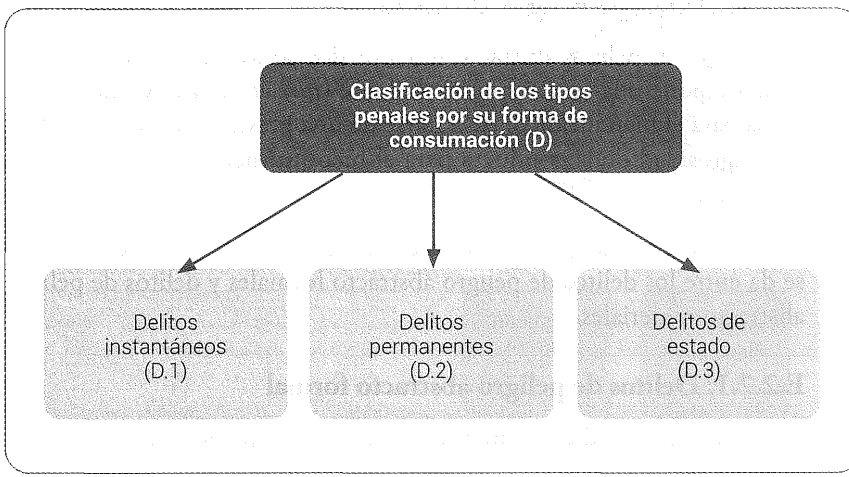
Se trata de aquellos cuya consumación es inmediata; esto quiere decir que el delito se agota con la producción del resultado socialmente dañoso.

D.2. Delitos permanentes

Los delitos permanentes son aquellos cuya fase de consumación se prolonga temporalmente. El ejemplo más paradigmático es el delito de secuestro (CP, art. 152) donde la fase de consumación se extiende en tanto se mantenga la privación indebida de libertad de la víctima del delito.

D.3. Delitos de estado

Estos delitos, aunque al igual que los delitos permanentes, «crean un estado antijurídico». Su consumación se produce desde el momento donde se genera dicho estado. Como ejemplo, se cita el delito de falsedad documental (CP, art. 427), el cual, si bien el sujeto activo con la elaboración de un documento falso provoca un estado antijurídico, el momento de consumación del delito sigue siendo donde se confeccionó el documento falso.



E. Según su relación con el bien jurídico

Se clasifican en delitos de lesión y delitos de peligro.

E.1. Delitos de lesión

Son aquellos delitos cuya verificación suponen una afectación al bien jurídico protegido penalmente. Así, por citar un ejemplo, tenemos el delito de hurto (CP, art. 185), cuya comisión supone un detrimento al patrimonio del sujeto pasivo.

E.2. Delitos de peligro

Los delitos de peligro son aquellos cuya consumación genera la puesta en peligro del bien jurídico. A su vez, se pueden clasificar en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

E.2.1. Delitos de peligro concreto

Son aquellos delitos donde se exige, como resultado típico que condiciona la aplicación del tipo penal, una efectiva situación de peligro para el bien jurídico tutelado. El ejemplo es el delito de contaminación ambiental (CP, art. 304), el cual exige, además de la realización de un acto contaminante superador de los límites de permisibilidad legal, que este «cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental».

E.2.2. Delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto son aquellos donde el comportamiento típico supone una acción que se presume (*iure et de iure*) y que es peligrosa para el bien jurídico. Al tratarse de una presunción *iure et de iure*, la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico no admite prueba en contra.

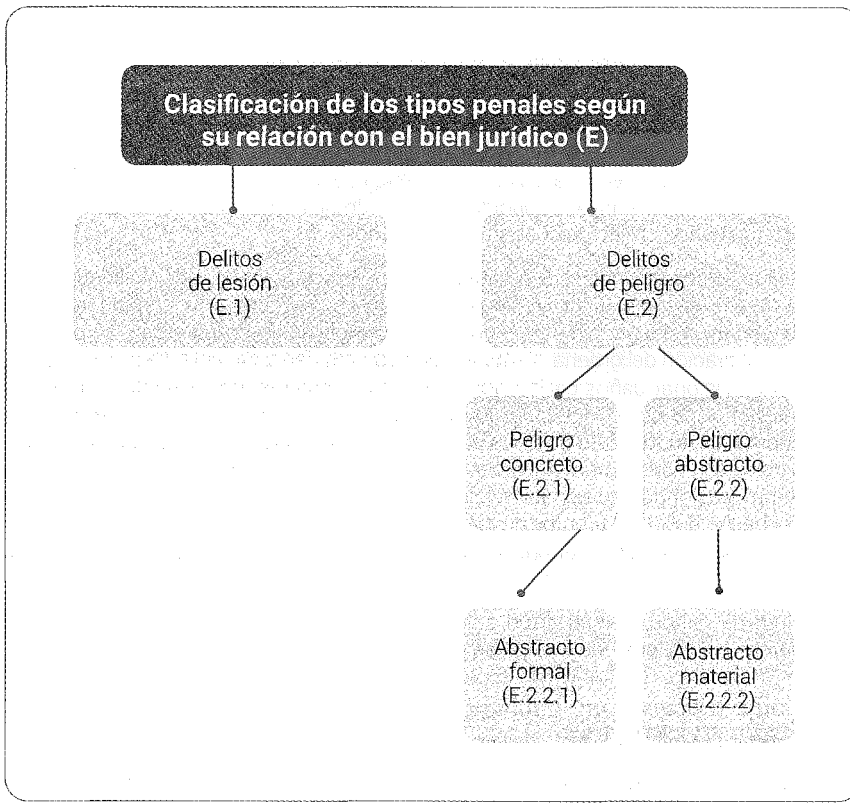
Dentro de esta categoría es posible distinguir una subclasificación que se da entre los delitos de peligro abstracto formales y delitos de peligro abstracto materiales.

E.2.2.1. Delitos de peligro abstracto formal

Categoría que tradicionalmente comprendía aquellos delitos que en realidad no afectan al bien jurídico alguno como los delitos que consistían en la infracción de reglas ético-sociales o religiosas, delitos de desobediencia o de policía y los delitos políticos. Estos delitos son rechazados por la doctrina penal mayoritaria al vulnerar el principio de lesividad (CP, art. IV del título preliminar), el cual exige que toda conducta, para ser estimada delito, debe lesionar o poner en peligro «un bien jurídico-penal».

E.2.2.2. Delitos de peligro abstracto material

Son delitos donde la peligrosidad material o efectiva de la conducta hace válida la intervención del derecho penal. Dentro de esta categoría se ubicarían los delitos de peligro abstracto-concreto, delitos de peligro presunto, delitos de peligro hipotético, delitos de peligro idóneo, etc.



Jurisprudencia

Reparación civil y delitos de peligro

Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116

9. Los **delitos de peligro** —especie de tipo legal según las características externas de la acción— pueden definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en *peligro* de sufrir la lesión que se quiere evitar [el *peligro* es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], sea cuando se requiere realmente la posibilidad de lesión —*peligro concreto*— o cuando según la experiencia general representa en si misma un peligro para el objeto protegido —*peligro abstracto*— (BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: *Derecho Penal - Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, página 223). Los primeros son, siempre, delitos de resultado, y los otros son delitos de mera actividad.

10. A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre el recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido el resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados.

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos —sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos— 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 o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo] (conforme: ROIG TORRES, MARGARITA: *La reparación del daño causado por el delito*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 124/125).

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía

F. Según su estructura

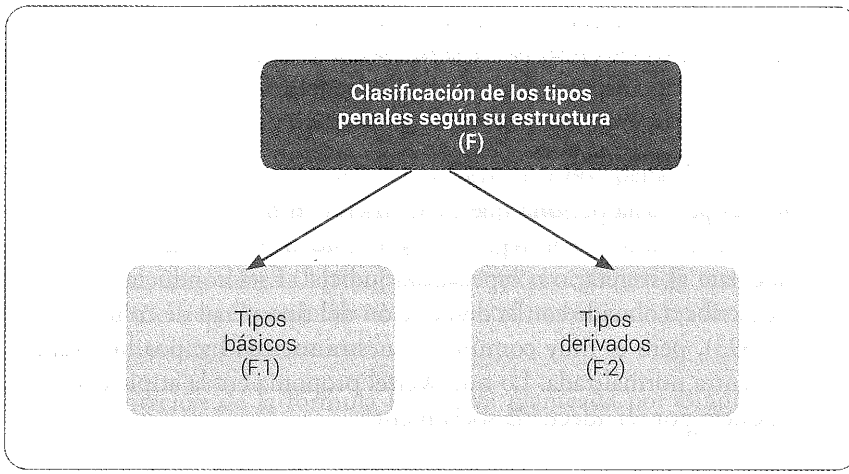
Según esta clasificación los tipos penales pueden ser tipos básicos y tipos derivados.

F.1. Tipos básicos

Son aquellos tipos penales que sirven de punto de partida en el análisis de las diversas figuras delictivas. Constituyen, en cierta forma, el modelo de la conducta prohibida por la ley. Por lo general, se encuentran ubicados sistemáticamente y dan inicio a cada uno de los diversos capítulos del CP. Así, tenemos el homicidio (CP, art. 106) y el hurto (CP, art. 185), los cuales inician al capítulo I, título I, y al capítulo I, título V, respectivamente, del libro II del CP.

F.2. Tipos derivados

Los tipos derivados son aquellos que se desprenden del tipo básico, le agregan determinadas circunstancias o presupuestos que hagan de dicha conducta una diferente a la del tipo base y que determinan ya sea una penalidad menor (tipos atenuados) o una mayor (tipos calificados). A manera de ejemplo, puede mencionarse el caso del hurto de uso, descrito en el art. 187 del CP, que deriva del tipo base del hurto contenido en el art. 185 del CP.



VI. Problemas de tipificación: la adecuación social y los tipos penales abiertos o en blanco

El desarrollo de la tipicidad es ciertamente muy complejo, lo cual ha provocado la aparición de especiales problemas de tipificación, esto es, en la elaboración del tipo penal por parte del legislador y que provocan dificultades en los operadores del sistema de justicia penal. Dos de estos problemas de tipificación resultan ser la adecuación social y los tipos penales abiertos o en blanco.

1. La adecuación social

La idea de la adecuación social debe su origen a la obra de Hans Welzel en su principal obra sobre la teoría final de la acción —*Studien zum System des Strafrechts* (1939)[1250]—, quien utilizó el criterio de la «adecuación social» con similar objeto que la actual imputación objetiva[1251].

La adecuación social era asumida por Welzel como «la interpretación de sentido de los tipos» en cuya virtud se excluyen del concepto de lo injusto todas aquellas conductas que respondan funcionalmente al orden histórico existente.

[1250] Texto que forma parte de Welzel: *Estudios de derecho penal*, 49 y ss.

[1251] Esta relación se aprecia con claridad en la posición de Welzel: «Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social» (Welzel: *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 87). También se aprecia incluso una similitud en la nomenclatura de ciertos conceptos al señalar Welzel: «Un caso especial de adecuación social es el riesgo permitido» (Welzel: *Estudios...*, *op. cit.*, 52).

Esto quiere decir que a través del criterio de la adecuación social se excluía la relevancia penal de aquellas conductas que, a pesar de coincidir con la descripción contenida en el tipo penal y ser por lo tanto formalmente típicas, eran comunes en la vida social, por lo cual se procedía a eliminar su tipicidad.

Por ejemplo: Una persona que tiene interés en un proceso judicial concurre al juzgado y le entrega, por generosidad o cortesía, una barra de chocolate al secretario o especialista judicial. Esta conducta, tal como se describe, coincide con la descripción del tipo penal de cohecho (CP, art. 393), pero es muy común en nuestra sociedad y, por lo tanto, se encuentra normalizada. Lo que Welzel proponía era la atipicidad de la conducta por ser adecuada socialmente.

En la actualidad, el criterio de la adecuación social ya no es defendido por confundir dos planos diversos: el social y el jurídico. La falta de coincidencia entre lo que dice la ley (plano jurídico) y lo que hace nuestra sociedad (plano social) no puede servir para excluir la tipicidad de los comportamientos.

2. Los tipos penales abiertos o en blanco

2.1. Algunas precisiones sobre su admisibilidad

La construcción de los tipos penales en el ámbito del derecho penal tradicional (homicidio, delitos patrimoniales, etc.), configurado por los denominados *delitos convencionales*, se ha basado en una realidad extremadamente opuesta a la existente desde hace pocos años atrás. Los códigos penales contemplaban conductas de regulación no muy compleja, lo que se apreciaba en los elementos del tipo penal («el que mata...», «el que se apodera...», etc.).

Desde fines del siglo pasado, en virtud de la evolución del comportamiento social, se ha producido la aparición de nuevas formas de criminalidad ante las cuales el grupo social carecía de formas de protección efectiva y se produjo la consecuente impunidad de conductas realmente nocivas a la colectividad.

La reacción penal en estos ámbitos de la vida se hacía necesaria, empero aparecían serios contratiempos al momento de realizar la descripción típica y elaborar los tipos penales en la medida en que, a través del principio de legalidad, existe la prohibición de sancionar comportamientos que no se encuentren previamente descritos, de manera inequívoca, en la ley penal y en tanto lo cualificado de los nuevos comportamientos socialmente lesivos producía serios problemas en la determinación de lo punible.

Aparecen así los conocidos como *tipos penales en blanco* (*Blankettstrafgesetzen)* o *tipos abiertos* (*Offenestrafgesetzen*) para determinar a aquellos tipos cuyo supuesto de hecho se encuentra establecido en otra norma ubicada en el mismo o en otro cuerpo de leyes.

La formulación de la teoría de las leyes o tipos penales en blanco o abiertas corresponde al alemán Karl Binding. Desde que este jurista alemán planteó su teoría en su obra *La norma y su contravención* (1872) hasta nuestros días, la fórmula del reenvío ha adquirido trascendental importancia en el moderno derecho penal, sobre todo en los supuestos de criminalidad económica[1252].

La aceptación de la fórmula legislativa planteada por Binding no ha sido del todo pacífica en la doctrina penal; existen posiciones favorables y contrarias a esta técnica legislativa. Haré una breve exposición de los argumentos expuestos por ambas corrientes.

Las posiciones contrarias a los tipos penales en blanco o abiertos se basan principalmente en sus posibles implicancias contra el principio de legalidad penal.

Jescheck logra resumir de manera sumamente didáctica esta tendencia:

> [...] la teoría de los tipos abiertos debe, sin embargo, rechazarse, pues si el tipo se entiende como clase de injusto, pues solo debe imaginarse como cerrado, ya que de lo contrario le faltaría, precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito.[1253]

La tipicidad, dice Jescheck, constituye un círculo que, para mantener su indemnidad, debe contener la totalidad de sus elementos (norma de conducta y consecuencia jurídica); de lo contrario, el círculo de tipicidad se mantendría abierto y, con ello, el principio de legalidad resultaría afectado.

Sin embargo, este sector doctrinal resulta minoritario. El proceso de integración de normas propio de los tipos penales en blanco —según mi opinión— afectará el principio de legalidad solo en los casos donde el supuesto de hecho descrito en sede extrapenal e integrado a la esfera punitiva sea incierto en su descripción de forma tal que su ambigüedad afecte la certeza (componente del principio aludido).

[1252] Al respecto, Serrano-Piedecasas: *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, 32.
[1253] Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 335.

El sector mayoritario de la doctrina, sin embargo, admite la presencia de las leyes penales en blanco, aunque algunos se refieren a ellas como una suerte de «mal necesario»[1254]. Creo, por el contrario, que el supuesto de hecho señalado en la norma extrapenal forma parte del propio precepto penal porque lo integra. De esta forma, se cierra el círculo de la tipicidad y se salvan así las posibles objeciones relacionadas con el principio de legalidad[1255].

Las normas penales en blanco no afectan, de forma particular, el principio de legalidad penal con excepción de los casos donde la norma extrapenal (integrante de la ley penal) describa la prohibición de manera difusa y ambigua —lo que puede incluso ocurrir en leyes que no recurran a la técnica del reenvío—. No se puede, en consecuencia, hablar de una singular afectación al principio de legalidad a través de las normas penales en blanco.

La cuestión de la legitimidad constitucional del recurso a las leyes penales en blanco se relaciona necesariamente con la forma donde se articule, en cada caso concreto, el reenvío legislativo. En esto han sido especialmente interesantes los desarrollos constitucionales que se han producido sobre la materia.

El Tribunal Constitucional español (STC 127/1990), por ejemplo, utiliza la *teoría de la esencialidad* para optar a favor de la legitimidad de la técnica del reenvío. Según los desarrollos de esta teoría, es constitucional el uso de la ley penal en blanco cuando:

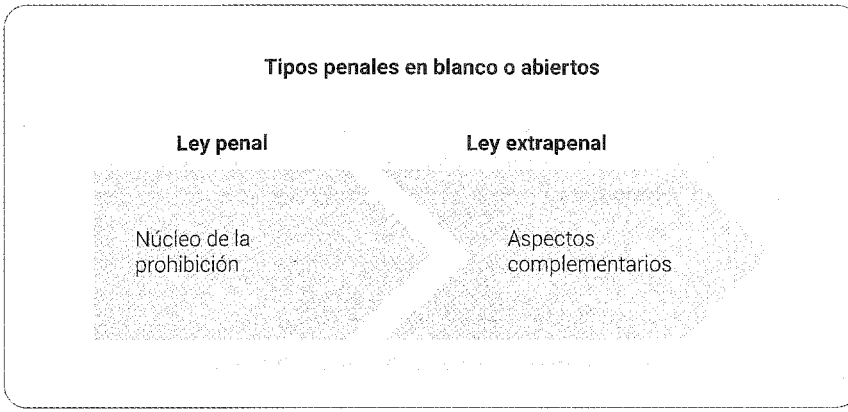
a) [...] el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal [...]

b) [...] que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la existencia de certeza o [...] se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada como delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

Por otra parte, abona, a favor de las normas penales en blanco, el hecho de que su utilización genera, como consecuencia, la unidad legislativa en materia penal. El empleo de la acotada técnica legislativa hace innecesaria la existencia de normas especiales de contenido penal, lo cual no hacen sino generar una innecesaria dispersión legislativa en materia penal.

[1254] Cury: *La ley penal*, 33.

[1255] Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 36-37.



2.2. La distinción entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo penal

Finalmente, es de rigor acotar que, si bien determinado sector de la doctrina considera que la utilización de elementos normativos en la elaboración de las leyes penales logra situar al tipo dentro del marco estrictamente penal, la abundancia o exceso en ellos puede llevar a una situación similar a la de las normas penales en blanco, puesto que resulta casi imposible resolver, en sede penal, los problemas de carácter técnico derivados de la regulación de materias complejas. Así, la remisión a normas especiales tendrá como objetivo, en ciertos casos, descifrar el significado inmanente al elemento normativo empleado y, en otras ocasiones, configurar el supuesto de hecho constitutivo de infracción penal.

Este cierto paralelismo ha sido puesto de manifiesto por múltiples autores; así —por ejemplo— Suay Hernández hace referencia a la existencia de contornos difusos en la delimitación entre los elementos normativos y las leyes penales en blanco[1256].

Sin embargo, creo necesario aclarar que la precedente afirmación, en el sentido de que entre ley penal en blanco y las leyes penales con sobrecarga de elementos normativos existiría cierto paralelismo, no puede llevarnos a la confusión de considerarlos como una misma cuestión. Esto quiere decir —en suma— que, desde nuestra perspectiva, la ley penal en blanco y las leyes penales con elementos normativos no son lo mismo.

[1256] Suay Hernández: «Los elementos normativos y el error» en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 323.

Por ello debemos rechazar la incorrecta utilización de la expresión *ley penal en blanco* por parte de la doctrina y la jurisprudencia penales. Este sector de la doctrina y jurisprudencia parecería admitir un concepto amplio de *ley penal en blanco* que comprende no solo los casos de remisiones directas, sino también a las leyes penales elaboradas que utilizan elementos normativos.

Capítulo V

LA TIPICIDAD (II)

La tipicidad en los delitos de comisión dolosa

I. Cuestiones preliminares

Según el modo en que se expresa la acción, los tipos penales pueden ser de acción o de omisión. Con el objetivo de marcar la distinción entre ambas manifestaciones de la acción, en este capítulo trataremos la tipicidad de los delitos de comisión dolosa y culposa en tanto que más adelante nos detendremos a estudiar los delitos de omisión propia e impropia, dolosa y culposa.

II. Estructura del tipo en los delitos de comisión

En el capítulo anterior se indicó que los tipos penales se estructuraban objetiva y subjetivamente. A la primera, se le denomina *tipo objetivo*; a la segunda, *tipo subjetivo*.

Todo tipo penal, de comisión o de omisión, doloso o culposo, cuenta con un lado objetivo (tipo objetivo) y un lado subjetivo (tipo subjetivo). Para afirmar la tipicidad de una conducta es indispensable que concurran tanto los elementos del tipo objetivo (la totalidad de ellos) como los del tipo subjetivo.

III. Tipo objetivo de los delitos de comisión

La tipicidad objetiva encierra el objeto que ha de ser abarcado por el dolo. Describe la acción, el objeto de la acción —en su caso, el resultado—, las circunstancias externas del hecho y las cualidades de los sujetos.

En los delitos de comisión sus elementos configuradores son los que se ven a continuación.

A. Los sujetos

Del tipo penal se puede extraer cuáles son los sujetos que pueden ser actores del ilícito.

El tipo penal objetivo indica así quiénes pueden ser los autores del delito, a quienes se denomina *sujeto activo*. Algunos tipos penales restringen la posibilidad de ser autores del delito a determinados sujetos (delitos especiales); en tanto que otros tipos penales pueden ser cometidos por cualquier persona (delitos comunes).

Asimismo, el tipo penal objetivo puede indicar quiénes resultarían afectados con la conducta criminal, a quienes denomina *sujeto pasivo*. Esta denominación difiere del concepto de *agraviado* o *perjudicado* que poseen alcances más extensos.

B. La acción y el resultado

El tipo penal objetivo cumple con indicarnos cuál es la acción que interesa castigar al derecho penal. Esta acción viene propuesta a partir de un verbo (matar, sustraer, etc.) al que se conoce como *verbo rector* del tipo.

Pues bien, el verbo rector del tipo puede hacer referencia únicamente a una actividad, en cuyo caso estaremos frente a lo que conocemos como *delitos de mera actividad*, o bien puede estar referido además a un resultado, en cuyo caso estaremos frente a un *delito de resultado lesivo*.

C. Objeto de la acción

El tipo penal objetivo permite determinar cuál es el objeto sobre el que recae la acción típica.

Ahora, el objeto de la acción típica no puede identificarse con el bien jurídico penalmente protegido mediante el tipo penal. El bien jurídico-penal es el interés que se intenta proteger a través del tipo penal, en tanto que el objeto de la acción típica es la materia sobre la que se ejercen los actos típicos. Aunque en ocasiones no sea sencillo distinguir entre el bien jurídico y el objeto de la acción típica, el ejemplo que nos proporcionan los delitos patrimoniales puede ser de mucha utilidad.

Imaginemos el delito de hurto (CP, art. 185). Es unánime la idea de que el bien jurídico protegido por el mencionado tipo penal es el *patrimonio*. No obstante, si revisamos el tipo penal antes citado, encontraremos que la acción típica recae sobre el *bien mueble*, pues es sobre esa expresión del patrimonio sobre la que recae la acción de *sustraer*.

D. Imputación al tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva

En el caso de los delitos de comisión que exigen un resultado material, esto es, aquellos donde además de la acción se exige un resultado que lesione al bien jurídico protegido por el derecho penal, es indispensable la constatación de la imputación al tipo objetivo.

Cuando hablamos de *constatación de la imputación al tipo objetivo*, nos referimos al proceso en virtud del cual verificamos si el resultado que el tipo penal reprime puede ser atribuido a la acción del individuo. Esta verificación supone constatar, en primer lugar, la causalidad y, en segundo lugar, constatar la imputación objetiva del resultado.

1. La causalidad

1.1. Su origen

La causalidad, como bien explica Reyes Alvarado[1257], es un problema que ha suscitado la atención del ser humano desde tiempos lejanos sin importar la base filosófica de la que partían y según la cual concebían el mundo.

Así, por ejemplo, aunque el pensamiento filosófico de Platón partía de las ideas, Reyes Alvarado integró el problema de la causalidad a sus planteamientos y llegó en su momento a afirmar que el mundo de las ideas se encontraba regido por leyes causales, de allí que a través de figuras silogísticas sostuviera que una determinada conclusión resultaba consecuencia de dos premisas —mayor y menor— que operaban como causas.

Por su parte, Aristóteles, en contra de la concepción del mundo expuesta por Platón, sostuvo que las ideas tienen carácter estático y por ello resultaban incapaces de explicar el movimiento, esencial dentro de una concepción de tal naturaleza. Por ello, Aristóteles rechazaba la idea del «automovimiento» para explicar que todo lo que estaba en movimiento había sido movido por algo, pues para él la causalidad no tenía por qué ser demostraba: debía presuponerse.

Según Aristóteles, no existe en realidad una sucesión de causas: existe un principio de todo que puede ser considerado como causa de todas las causas.

[1257] Reyes Alvarado: *Imputación objetiva*, 7 y ss.

Santo Tomás de Aquino —siguiendo la línea de pensamiento de Aristóteles, en cuya virtud la causalidad no debe ser probada, sino que debe ser considerada un presupuesto— afirmaba que, excepto Dios, absolutamente nada podía considerarse su propia causa. Todo resulta producto de una causalidad «externa». De esta premisa logra distinguir entre causas secundarias y primarias, y señala que solo Dios puede ser considerado como causa primaria.

Existen supuestos donde establecer la relación de causalidad no genera mayores problemas. Para graficar dicha afirmación usaremos un ya clásico ejemplo de Muñoz Conde: «A dispara tres tiros a B, quien se halla a un metro de distancia de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza y muriendo B casi instantáneamente a consecuencia de las heridas»[1258]. En este ejemplo, resulta bastante clara la relación entre los disparos realizados por A (causa) y la muerte de B (resultado).

No obstante, algunos otros supuestos plantean serios problemas en vista a determinar la relación de causalidad. Así, por ejemplo: «Si A hiere a B y este muere al ser trasladado a la casa de socorro para ser atendido o por una infección sobrevenida a consecuencia de la herida o por un mal tratamiento médico», o el conocido ejemplo de quien «ante la proximidad de una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza que le alcance un rayo» y esto, en efecto, ocurre, entonces no será posible o, al menos, no resultará sencillo afirmar la existencia de una relación de causalidad.

Para dar respuesta a estos problemas, la doctrina ha elaborado una serie de teorías al respecto y resultan las más conocidas y relevantes: a) la teoría de la equivalencia de condiciones, b) la teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación y c) la teoría de la relevancia de la condición o de la causalidad relevante. Estas posturas de la doctrina serán analizadas más detenidamente en el acápite siguiente.

1.2. Teoría de la equivalencia de condiciones

Conocida también como *teoría de las condiciones* o de la *conditio sine qua non*, surge del pensamiento de Julius Glaser, aunque se atribuya al magistrado del Tribunal Supremo del Reich Alemán, Von Buri, su formulación en materia penal y que parte de una concepción de causa cuyo origen se sitúa en la filosofía empirista de dicha época representada fundamentalmente por Stuart Mill.

[1258] Muñoz Conde: *Teoría general del delito*, 18.

Según la *teoría de la equivalencia de condiciones* y empleando palabras de Reyes Alvarado:

> [...] cada una de las *condiciones* que contribuyen para el surgimiento de una consecuencia debe ser considerada como su causa, de tal manera que ninguno de los varios factores determinantes del resultado tiene una importancia superior a la de los demás, sino que, por el contrario, poseen todo un valor *equivalente*, pues solo su conjunción posibilitó el resultado.[1259]

De acuerdo con esta idea, explica Reyes Alvarado, en la determinación de causalidad en un hurto de reloj serían igualmente importantes la fabricación del bien, su venta y empleo como el propio acto de la sustracción[1260].

Pues bien, ante su carencia de aportes para el reconocimiento de las características básicas en la determinación del curso causal y para la apreciación de un factor como causa —en sentido jurídico-penal—, simultáneamente apareció la fórmula de la *conditio sine qua non*, según la cual es causa toda condición de un resultado que, suprimida mentalmente, daría lugar a que ese resultado no se produjese.

Desarrollos posteriores trataron de superar las críticas en el plano de la culpabilidad —dolo y culpa ubicadas, en ese momento, en la culpabilidad, según el causalismo—. Así es la respuesta dada, por ejemplo, por Hans Welzel en la última edición de su manual en donde resuelve el ejemplo del sujeto que envía a otro al bosque y afirma que en el autor no existe dolo ni «voluntad de matar».

La crítica más fuerte contra esta teoría ha sido dirigida contra la posibilidad del *regressus ad infinitum* (regreso al infinito), pues en los ejemplos planteados con anterioridad es causa tanto A que dispara a B como la propia madre de A, ya que esta ha originado también una condición del resultado (el nacimiento de hija A) sin la cual no se habría producido la muerte de B. En el caso del sujeto que envía a otro al bosque, no quedaría más que afirmar la existencia de un vínculo de causalidad.

Más aún, llevando el planteamiento hasta sus últimas consecuencias, Adán y Eva —desde una óptica bíblica— serían responsables de todos los delitos cometidos hasta ahora, ya que ningún delito se habría producido suprimiendo mentalmente la acción de procreación realizada por ellos.

[1259] Reyes Alvarado: *Imputación...*, *op. cit.*, 8.
[1260] *Ibid.*, 8-9.

Otro problema adicional que presenta la fórmula de la supresión hipotética es su aplicabilidad solo en aquellos casos donde se ha comprobado con anterioridad la presencia de una determinada ley de causalidad. En supuestos donde los cursos causales no son verificables, la supresión mental no produce mayores efectos. Si no conozco la ley causal —como ocurrió en Alemania en el famoso caso de la talidomina (una medicina) en donde no se conocían los efectos adversos de su consumo— la supresión mental no genera efectos.

La fórmula de la *conditio sine qua non*, incluso conociendo la causa general, tiene problemas en determinar la causalidad específica. Así, por ejemplo, si un avión explota en pleno vuelo y fallecen sus ocupantes, aún cuando se sabe que la causa de muerte fue una «explosión», esto no sirve mucho para determinar la causa concreta del resultado, es decir, la causa que generó la explosión.

Los grupos de casos que mayores problemas plantea a la teoría de la condición son aquellos vinculados con los denominados *procesos patológicos*; entre estos tenemos:

a) **Cursos causales acumulables o causalidad cumulativa:** Aparecen cuando dos o más condiciones, de manera simultánea y no concertadas, producen un resultado sin que ninguna de dichas condiciones, de manera independiente, hubiese sido capaz de producirlo.

Ejemplo: «A y B añaden al café de Z, cada uno de ellos sin saber de la actuación del otro, un somnífero, pero al sumarse los efectos de las dos sustancias se produce la muerte de Z».

b) **Causas de sustitución o cursos salvadores:** La utilización de la causalidad hipotética facilita la entrada de causas de sustitución o, denominadas también, *cursos salvadores*, en cuya virtud cualquier otra causa hubiese producido el mismo resultado en el mismo momento y forma. De esta manera, la supresión mental de la causa no desaparece el resultado.

Ejemplo: «A dispara contra B y lo mata, pero se comprueba que, aunque A no hubiera actuado, B hubiera muerto de igual forma porque C le hubiera disparado».

Similar es la situación de la conocida como *causalidad adelantada*, en la cual una causa interviene antes de otra. Así, en el ejemplo «A y B ponen veneno en la taza de C, pero el veneno de B es más rápido y actúa antes que el de A», si se aplica la causalidad adecuada, la acción de B no resultaría causa de la muerte de C, pues de no haber intervenido igualmente la acción de A hubiese provocado la

muerte de C. No obstante —y esto demuestra las insuficiencias de la *conditio sine qua non*—, la acción de A tampoco es causa de la muerte de C, pues en realidad no fue el efecto del veneno por él aplicado lo que causó el deceso de C.

c) **Doble causalidad o causalidad alternativa:** Se produce cuando dos determinadas acciones producen, de manera simultánea, el mismo efecto lesivo.

Si utilizamos el ejemplo del veneno en el café, con la variante de que ambas dosis (A y B) poseen los mismos efectos nocivos y, por ende, producen ambas el resultado, empero a partir de la supresión mental de ambas, siempre quedaría la otra conducta como causa del resultado.

d) **Delitos cualificados por el resultado:** Los tipos cualificados por el resultado son aquellos que, pese a ser elaborados como delitos dolosos o culposos —aunque minoritariamente—, establecen una agravación de la pena en la medida que hayan provocado un resultado más grave.

En el derecho penal actual se rechaza la utilización del principio *versari in re illicita* (la causa de la causa es causa del mal causado) en la medida en que suponen el castigo por la mera responsabilidad objetiva.

Este abandono del viejo principio *versari in re illicita* se ha constatado en nuestro ordenamiento punitivo vigente a través del art. VII del título preliminar del CP peruano que precisa: «La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva».

1.3. Teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación

Esta teoría estima que solo puede considerarse causa de un resultado aquella condición que, de acuerdo con la experiencia, tenga la capacidad de producirlo. De esta manera, se planteaba una solución más general y, por lo tanto, aplicable a cualquier caso.

Así, por ejemplo, la ingestión de arsénico resulta ser «causa» del resultado «muerte», pues, según la experiencia general, la ingestión de determinadas dosis de dicha sustancia es capaz de producir el resultado reprochado penalmente. Por el contrario, no puede considerarse a una bofetada como «causa» capaz de producir el resultado antes aludido por su incapacidad, según la experiencia general, de ocasionar la muerte de otra persona.

Según los planteamientos de la teoría de la causalidad adecuada trasladada al ámbito jurídico por Bar, aun cuando se estime que un determinado hecho es resultado de la confluencia de diversas circunstancias, se distingue entre «causa» y «condición» para lograr definir sus planteamientos. Así, una determinada «condición» podrá adquirir la categoría de «causa» solo cuando, conforme a la experiencia general de vida, sea capaz de producir el resultado reprochado penalmente.

Posterior y probablemente debido a los aportes de Kries, aparece una variante a la fórmula planteada por Bar. La utilización de esta variante de la teoría de la adecuación se ha venido generalizando en la doctrina penal a tal punto que la mayoría de autores no distingue el planteamiento inicial de los desarrollos posteriores.

En los desarrollos posteriores de la teoría de la adecuación, se recurría a dos criterios con los cuales se estimaba posible determinar en qué circunstancias una determinada «condición» puede ser calificada como «causa» de un resultado. Estos criterios son la previsibilidad objetiva y la diligencia debida. A través de estas medidas era posible, por ejemplo, aún cuando una determinada conducta fuera condición de un resultado, excluir la causalidad cuando dicha conducta resultaba imprevisible.

La teoría de la causalidad adecuada ha sido utilizada por la antigua jurisprudencia penal peruana. Así, rememora la Ejecutoria Suprema del 17 de agosto de 1936, donde, en un proceso por lesiones culposas producidas por una yegua dejada por el procesado en la vía pública, señalaba que la omisión del cuidado necesario fue «causa del resultado dañino y que este, conforme al desarrollo normal de las cosas, muy bien podía suceder».

La crítica principal que se dirigió a esta teoría es la de ser una construcción basada en circunstancias dependientes del conocimiento del autor como la previsibilidad —con lo que, por cierto, se favorecía la imprudencia— y que confundía dos niveles distintos del conocimiento: el nivel ontológico y el nivel normativo.

Igualmente cabe precisar que esta teoría consentía ciertos matices o variantes en la utilización de su criterio fundamental —la experiencia general— y perdía un tanto su coherencia interna, pues al examinar las conductas de quienes poseen conocimientos especiales o superiores a los correspondientes a la experiencia general (médicos, químicos, etc.), valoraba la concurrencia de dichos conocimientos especiales. De la misma manera, se objetaba su pretensión de elaborar un concepto de «causa» estrictamente jurídico-penal y se renuncia en ello a los aportes de las ciencias naturales y la realidad.

1.4. Teoría de la relevancia de la condición o de la causalidad relevante

Esta teoría aparece como un intento por superar las críticas formuladas contra la fórmula de la *conditio sine qua non*. Así, Traeger agregó como exigencia que esta fórmula siempre debe encontrarse referida al resultado que interesa al derecho penal.

Con posterioridad, Mezger, aceptando la certeza de la equivalencia de las condiciones de la *conditio sine qua non*, postuló que el análisis de las condiciones relevantes tome como punto de partida el ámbito estrictamente jurídico a través del estudio de los respectivos tipos penales. Así, la mera relación de causalidad no resulta capaz por sí sola de fundamentar la responsabilidad por determinado resultado; es necesaria además «la relevancia jurídico-penal del nexo condicional».

Según esta teoría, si bien todas las condiciones pueden ser equiparadas, pues pueden ser todas ellas consideradas causas, no lo son en sentido jurídico-penal, de allí que no todas ellas supongan la responsabilidad jurídico-penal del autor.

Es por tal motivo que la punición de determinada conducta suponía, según esta teoría, la concurrencia de tres elementos: la existencia de relación causal, la relevancia jurídica de tal relación y la culpabilidad del agente.

La teoría de la causalidad relevante, si bien tiene el acierto diferenciar la causalidad de la responsabilidad, no logra precisar con claridad cuál es el criterio capaz de establecer que una determinada causa tiene relevancia jurídico-penal.

Pues bien, aunque se trata de una teoría que no ha tenido mayor acogida en el discurso jurídico-penal, ha adquirido relevancia en la medida en que ha servido de base para quienes proponen una intervención restringida del derecho penal a partir del estudio de la tipicidad. Es por tal motivo que autores la consideran el antecedente más claro de la actual teoría de la imputación objetiva.

2. La imputación objetiva del resultado

La cuestión de la imputación objetiva del resultado ha sido el tema más vivamente discutido en el derecho penal de los últimos 30 años[1261]. Dicha trascendencia es similar a la que tuvo el finalismo antes de 1975 o

[1261] Schünemann: «Teoría de la imputación objetiva» en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, 33.

el concepto de *causalidad* en el periodo del naturalismo jurídico-penal, con la distinción de que, en cuanto a las categorías aludidas —causalidad y finalismo—, estas resultaban definibles ontológicamente, lo que no ocurre en la imputación objetiva, a tal punto que Schünemann señala: «[L]a categoría de la imputación objetiva ha abarcado entre tanto cada vez más ámbitos de aplicación, como un pulpo gigante con innumerables tentáculos»[1262].

Pues bien, a pesar del enorme interés que ha provocado la teoría de la imputación objetiva en la moderna dogmática del derecho penal, hay que dejar en claro que sus resultados, como Claus Roxin ha referido, son aún muy inseguros[1263].

En lo que sigue detallaremos, de modo muy elemental, por cierto, algunas referencias a su origen, así como los principales criterios que conforman la teoría de la imputación objetiva.

2.1. Su origen

Como dijimos antes, la teoría de la causalidad relevante marcó el inicio de una fase de transición hacia el reemplazo de la teoría causal por la de la imputación objetiva al marcar la distinción entre causalidad y responsabilidad penal.

Casi paralelamente, otros autores como Honig y Welzel, desde diversas ópticas, impulsaron también el progresivo abandono de la teoría causal[1264].

Así, en 1930, en su aporte al libro homenaje a Frank, Honig introduce la denominada *perseguibilidad objetiva de una finalidad* (*objektive Zweckhaftigkeit*) como criterio con el cual negar la existencia de cursos causales producto de la casualidad. De esta manera, solo era posible imputar un determinado resultado cuando este se había producido «sirviendo a los fines»[1265].

Posteriormente, en 1931, a raíz de su obra *Die Kausalität als Merkmal der Stratrechtlichen Tatbestände*, el alemán Engisch, valiéndose de los aportes de la teoría de la adecuación y con la exigencia además de la

[1262] Schünemann: «Teoría de la imputación objetiva» en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, 33.

[1263] Roxin: *La imputación objetiva en el derecho penal*, 91.

[1264] Esto se debería, según Torio López, a tres factores: a) la aparición de la teoría finalista, b) la aparición del concepto *imputación objetiva* cuyo origen se encontraría a su vez en la aparición de la nueva «teoría del delito» a partir de 1960 y c) el alejamiento de la concepción básicamente «descriptiva» de los elementos del tipo penal. Al detalle, Torio López: «Relación de causalidad, indicaciones para una actualización» en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 591-592.

[1265] Schünemann: «Teoría...», *op. cit.*, 35.

previsibilidad general del resultado propiciada por la infracción de un deber objetivo de cuidado, agregó como criterio limitador la «adecuación en relación con el modo especial del curso causal», de forma tal que para afirmar la imputación del resultado era preciso que este haya sido consecuencia de la realización del «peligro específico» inmanente a la conducta[1266]. De esta manera, como precisa Schünemann: «Engisch encontró ya hace sesenta años atrás exactamente la misma formulación que utiliza la opinión ampliamente dominante en la actualidad para la definición de la imputación objetiva»[1267].

En 1939, Hans Welzel, en su principal obra sobre la teoría final de la acción —*Studien zum System des Strafrechts*—, utilizó el criterio de la «adecuación social» con similar objeto que la actual imputación objetiva[1268]. La adecuación social era asumida por Welzel como «la interpretación de sentido de los tipos» en cuya virtud se excluyen, del concepto de lo injusto, todas aquellas conductas que respondan funcionalmente al orden histórico existente.

Empero, posteriormente Welzel, al «absolutizar» la teoría final de la acción, dejó de utilizar la adecuación social y resolvió los casos a través de la negación del dolo[1269]. De esta forma, en el ámbito de los delitos dolosos, los criterios de orden objetivo fueron considerados innecesarios —excepto la exigencia de causalidad a partir de la teoría de la equivalencia—, en tanto que en los delitos culposos la previsibilidad objetiva y la infracción del deber objetivo de cuidado fueron incorporadas al tipo. Esta formulación fue asumida entre 1950 y 1960, y se convirtió en la posición dominante[1270].

Estos desarrollos sirvieron para que posteriormente Claus Roxin, en 1970, en una contribución al libro homenaje a Honig, esbozara un concepto que englobaba los puntos de vista de Honig, Engisch y Welzel, y que ubicaba la sustancia de los delitos dolosos y culposos de lesión en la creación o aumento y realización de un riesgo no permitido[1271].

Desde entonces, la teoría de la imputación objetiva ha venido imponiéndose a tal punto de ser considerada actualmente dominante en las doctrinas alemana, española y latinoamericana.

[1266] Schünemann: «Teoría...», *op. cit.*, 35-36.
[1267] *Ibid.*, 36.
[1268] Welzel: *Estudios de derecho penal, passim.*
[1269] Roxin: *La imputación...*, *op. cit.*, 89-90; Schünemann: «Teoría...», *op. cit.*, 36.
[1270] Schünemann: «Teoría...», *op. cit.*, 36.
[1271] *Ibid.*, 37. La doctrina más relevante ha reconocido el papel de los aportes de Roxin en el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva.

2.2. Contenido teórico

Pues bien, actualmente se entiende que la relación de causalidad no es suficiente para hacer de la causación una acción típica. Es necesario además que dicha causación pueda serle objetivamente atribuida. Así, la teoría de la imputación objetiva tiene como objetivo básico, utilizando las expresiones de Roxin, «informar sobre los hechos que hacen de una causación (como frontera más lejana de una posible imputación) una acción típica»[1272].

Entre los criterios utilizados para lograr dicho fin, la teoría de la imputación objetiva hace uso de los siguientes criterios: i) la creación de un riesgo no permitido y realizado en el resultado específico y ii) el fin de protección de la norma.

2.2.1. Creación de un riesgo no permitido y realizado en el resultado específico

Por regla general, cuando la conducta del agente supone la creación de un riesgo no permitido por el derecho penal, cabe imputarle el resultado penalmente reprochable. Empero, existen diversos supuestos donde, aun cuando la conducta del autor crea un riesgo no permitido por el derecho, se excluye el tipo objetivo.

Dentro de esta constelación de supuestos tenemos:

- **Cuando la conducta del autor disminuye el riesgo:** Dentro de estos supuestos se incluye a todos aquellos donde, en el fondo, se mejora la situación del objeto de la acción. A continuación, mostraremos algunos ejemplos:

  — A observa que B arroja una piedra sobre C, quien no se percata de la agresión. La piedra tenía como destino la cabeza de C; sin embargo, gracias a la intervención de A, quien interpone su mano, la piedra solo le alcanza en uno de los brazos.

  — A es médico; no obstante, por el muy grave estado de salud de B, lo interviene quirúrgicamente y solo logra retardar el desenlace fatal que es inevitable.

  En estos dos ejemplos, aunque se afirma la relación de causalidad, no es posible a los autores atribuirles el tipo objetivo correspondiente a los delitos de lesiones y homicidio, debido a que, como señala Roxin, «no tendría sentido prohibir conductas que no empeoran la situación del bien jurídico protegido, sino la mejoran»[1273].

[1272] Roxin: *La imputación...*, *op. cit.*, 91.
[1273] *Ibid.*, 96.

Si bien estos casos, que no son pocos en la práctica forense, han sido resueltos por la dogmática más tradicional a través del argumento de la concurrencia de un estado de necesidad justificante que excluye la antijuricidad de la conducta, dicha solución supondría admitir que la conducta que disminuye un riesgo es una lesión típica del bien jurídico-penal.

Este grupo de casos difiere de aquellos en los cuales no se disminuye el riesgo, sino que este es reemplazado por otro cuya concreción es también menos lesiva para el bien jurídico.

Roxin cita dos ejemplos muy didácticos[1274]:

— A, frente a la inminencia de que B sea devorado por las llamas en el transcurso de un incendio, lo arroja por las ventanas y le ocasiona lesiones, pero evita que B muera como consecuencia del incendio.

— A, sabiendo que B puede ser secuestrado en cualquier momento, lo encierra en un dormitorio sin explicarle las razones de dicha conducta.

En estos dos ejemplos, sí se realiza el tipo objetivo de los delitos de lesiones y violación de la libertad personal, pero, debido a las circunstancias concretas, es posible que dichas conductas sean justificadas en virtud de un estado de necesidad justificante.

- **Ausencia de la creación de un peligro:** Tampoco es posible la imputación al tipo objetivo cuando la conducta del autor no supone una elevación o incremento del peligro. Dentro de este rubro se ubicaría el conocido caso de quien, ante la proximidad de una tormenta y con la confianza que le alcance un rayo, envía a otro al bosque y el resultado se llega a producir, así como todos aquellos casos de inducción a la realización de actividades cotidianas comunes sin mayor relevancia penal.

El punto de partida para negar la imputación al tipo objetivo es la propia ausencia de contenido peligroso en las respectivas conductas. Estamos frente a actividades cotidianas, carentes de peligro que, por ende, no pueden ser prohibidas por el derecho penal.

Dentro de esta categoría se ubican también la constelación de casos donde el aumento de peligro es mínimo. Un ejemplo muy utilizado es el de la inundación: «A», observando que las aguas están

[1274] Roxin: *La imputación...*, *op. cit.*, 97.

a punto de romper un dique, agrega una jarra de agua y provoca una inundación. En este caso, aun cuando es evidente la relación de causalidad, no puede imputarse a «A» el tipo objetivo del delito de inundaciones, toda vez que la prohibición que emerge de dicho tipo penal no está dirigida a prevenir dicha clase de vertidos de agua.

Según Roxin[1275], el principio de imputación de la «creación y aumento de riesgo» se correspondería con la teoría de la adecuación social (Welzel) y el principio de la «finalidad objetiva» (Larenz y Honig). Si una conducta no pone en peligro relevante el bien jurídico penalmente tutelado, los resultados lesivos pueden vinculársele solo de forma casual y, en consecuencia, estos —los resultados— no podrán producirse de manera final.

Por este motivo, sostiene Roxin, es que se utiliza la prognosis posterior-objetiva propia de la teoría de la adecuación social. Según dicha valoración, tendría que determinarse si un observador razonable habría considerado que la conducta desplegada por el autor generaría o aumentaría el riesgo. Esto supone tener en cuenta los conocimientos especiales del autor en el caso concreto. Así, si el autor conocía que en la zona deambulaba un asesino y no obstante ello envía a la víctima a dar un paseo, es evidente que su conducta crea un peligro, de forma tal que, si este se materializa en lesiones o muerte de la víctima por parte del asesino que deambulaba el lugar, es posible imputar dichos resultados al autor.

- **Creación de peligros y cursos causales hipotéticos:** Uno de los ámbitos que mayores discusiones viene provocando en el terreno de la imputación objetiva es el relacionado con los cursos causales hipotéticos y si deben o no ser tomados en cuenta en el examen de la creación o aumento del riesgo.

  Pues bien, aun cuando se plantean muchas dudas en dicho tema, algo sí ha quedado en evidencia y es que no se puede excluir la imputación al tipo objetivo por el solo hecho de existir la posibilidad de que otro hubiese realizado el hecho si el autor hubiese decidido retirarse.

  Así, no podría excluirse de responsabilidad a aquel que realiza una ejecución o fusilamiento argumentando que otro habría asumido su papel. Ello deriva, dice Roxin, de la noción teleológica imperativa de que el ordenamiento jurídico no puede retirar sus prohibiciones por el simple hecho de que exista alguien dispuesto a infringirlas, lo que supondría una impunidad indiscriminada. Existe,

[1275] Roxin: *La imputación...*, *op. cit.*, 98-99.

en estos casos y también en los delitos culposos, un aumento de peligro cuya realización corresponde exclusivamente al autor y, por ende, este se encuentra obligado a soportar los costes de su conducta.

Esta solución sería también aplicable respecto a conductas arregladas al derecho. Así, siguiendo ejemplos citados por Roxin, si alguien tala un árbol cuyo dueño también había tomado la decisión de hacerlo, resultará responsable del delito de daños (CP, art. 202). Por citar otro ejemplo, el caso del padre que concurre a la ejecución del asesino de su hijo y, aprovechando un descuido del funcionario encargado de la ejecución, activa la silla eléctrica y provoca la muerte del asesino unos minutos antes de lo programado. En este caso, el padre resulta responsable del delito de homicidio (CP, art. 106).

- **Conductas dentro del ámbito de riesgo permitido:** Existe una serie de comportamientos que, a pesar de significar una creación de riesgo, se ubican dentro de niveles permitidos para el desarrollo de la actividad, por lo que se rechaza la imputación objetiva.

  Ejemplo clásico de conducta dentro del ámbito del riesgo permitido es la conducción motorizada. Nadie duda de que la conducción de vehículos motorizados se encuentra —estadísticamente— como una de las principales causas de muerte. No obstante, el riesgo implícito en esta actividad, por ser indispensable para el desarrollo social, debe permitirse bajo determinadas circunstancias que hagan el peligro socialmente tolerable. Si la actividad peligrosa se desarrolla dentro de esos límites de tolerabilidad, estamos frente a una conducta dentro del ámbito del riesgo permitido.

- **Conductas creadoras de un riesgo, pero no realizadoras del mismo:** Existe una serie de comportamientos que, a pesar de provocar un riesgo para el bien jurídico-penal, no lo realizan en el caso concreto, por lo que no puede imputárseles objetivamente el tipo penal.

  Por ejemplo: Juan Pérez es lesionado por un arma punzocortante (cuchillo) y, en virtud de ello, es trasladado a un hospital donde es internado por presentar lesiones leves. El mismo día se produce un incendio donde Juan Pérez muere calcinado. En este caso, es cierto que se produjo una creación de riesgo, pero ese riesgo (lesiones leves por arma punzocortante) no se realizó en el caso concreto, por lo que no puede afirmarse la imputación al tipo objetivo.

- **Conductas que sobrepasan el nivel de riesgo permitido, pero que no lo realizan:** Mencionamos antes que existen actividades indispensables para la sociedad, pero que llevaban implícitos determinados niveles de riesgo frente a los cuales se establecía estándares o medidas que hacían tolerable el riesgo. En el grupo de casos que ahora proponemos, pese a existir una conducta que sobrepasa los niveles que hacen permisible el riesgo, el mismo no se realiza en el caso concreto, por lo que tampoco puede afirmarse la imputación al tipo objetivo.

  Nuevamente recurramos a algunos ejemplos: Pedro conduce su vehículo por una carretera sobrepasando, por unos breves segundos, los límites de velocidad permitidos y luego regresa a los niveles permitidos, momentos donde un niño cruza intempestivamente la vía, lo arrolla y le produce la muerte. En este caso, el nivel de riesgo permitido en la conducción motorizada fue sobrepasado —al superar momentáneamente el límite de velocidad—, pero el mismo no se realizó, pues el resultado lesivo se produjo como consecuencia de una autopuesta en riesgo de la víctima.

2.2.1.1. El principio de confianza

Uno de los criterios que integran el espacio del riesgo permitido es el de la actuación bajo el principio de confianza en virtud del cual nadie tiene por qué suponer que los demás actuarán irregularmente si no tiene indicios especiales para hacerlo[1276]. La utilización del principio de confianza es apropiada cuando, como anota Jakobs, «no está probado que el resultado puede ser atribuido al comportamiento»[1277].

2.2.1.2. La prohibición de regreso

Sobre esta cuestión, me remito a los desarrollos formulados respecto a la intervención delictiva a través de actos neutrales.

2.2.2. El fin de protección de la norma

Pero no es suficiente, para dar por verificada la imputación al tipo penal objetivo, la creación o aumento de un riesgo jurídico penalmente desaprobado, es necesario además que este encaje dentro del fin de protección de la norma penal.

[1276] Roxin: «Observaciones a la "prohibición de regreso"», 62.
[1277] Jakobs: *La imputación objetiva en derecho penal*, 117.

Cuando hablamos del *fin de protección de la norma*, nos referimos a que la conducta creadora de un riesgo debe ser una de aquellas que el legislador quiso evitar mediante la norma, de lo contrario tampoco podrá afirmarse la imputación objetiva.

Entre las más usuales manifestaciones de conductas creadoras de riesgo que no encajan dentro del fin de protección de la norma jurídico-penal podemos mencionar:

- **La participación en puestas en riesgo propias:** Se incluye, en esta constelación de casos, aquellos donde se motiva a otros —plenamente conscientes— a realizar conductas que exceden los niveles normales de riesgo.

  Por ejemplo: Juan y Pedro, ambos aficionados al patinaje sobre hielo, deciden —a iniciativa de Pedro— practicar su deporte sobre un lago cubierto por una fina capa de hielo. Al rato, el hielo se quiebra, Juan cae en este y resulta con lesiones de gravedad. En este caso, no puede producirse contra Pedro una imputación al tipo objetivo de lesiones culposas, pues no encaja dentro del fin de protección del art. 124 del CP.

- **La atribución a un ámbito de responsabilidad ajena:** Tampoco forma parte del fin de protección de la norma evitar resultados lesivos más allá del propio ámbito de responsabilidad personal.

  A este grupo de casos pertenece, por ejemplo, la conocida *prohibición de regreso* que se produce cuando una acción humana ajena —dolosa o culposa— aparece con posterioridad y desarrolla la actividad delictiva.

  Por ejemplo: Juan (taxista) traslada —como parte de su ocupación— a un grupo de individuos que ingresan a un banco y lo asaltan.

IV. Tipo subjetivo de los delitos de comisión dolosa

Los delitos —en general— y los delitos de comisión —en concreto— pueden manifestarse, desde una perspectiva subjetiva, como delitos dolosos o culposos según el elemento subjetivo del tipo penal sea el dolo o la culpa. Esto quiere decir que el tipo objetivo en los delitos de comisión puede ser el dolo o la culpa.

El CP (art. 12) establece un sistema de número cerrado en virtud del cual «[l]as penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa [...]. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley». Es decir, si el tipo penal no menciona el

elemento subjetivo, la represión penal se producirá solo a título de dolo; la culpa solo es castigada cuando el tipo penal expresamente lo indica.

1. El dolo

A. Dolo volitivo

Desde la perspectiva finalista, el dolo (*dolo natural*) ha sido concebido por gran parte de la doctrina como conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en el tipo penal (dolo volitivo). En el caso del delito de homicidio, por ejemplo, quiere decir que el sujeto sabe que, utilizando un arma de fuego sobre una parte vital del cuerpo humano, causará la muerte de otro y dispara el arma porque quiere matarlo.

Los elementos cognoscitivos y el volitivo del dolo se pueden dar con distintas intensidades y en este sentido tradicionalmente el dolo ha tenido una clasificación tripartita:

- Será *dolo directo de primer grado o intención* cuando el resultado típico o la acción típica es el objetivo perseguido por el sujeto.
- El *dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias* es cuando el autor sabe o prevé como seguro que su acción conduce a la realización del tipo penal. El autor da cabida en su voluntad de realización a todo lo que se representa como consecuencia necesaria y segura de su conducta, aunque uno u otro efecto de su acción pueda no ser deseado por él.
- El *dolo eventual* cuando el autor considera seriamente como posible que su conducta ha de producir la realización del tipo y se conforma con esta posibilidad[1278].

Sin embargo, el amplio consenso doctrinal respecto del dolo directo y el dolo de consecuencias necesarias desaparece en cuanto nos trasladamos al dolo eventual, pues «aquí ni concurre la certeza de realización del tipo ni este constituye el fin perseguido por el autor»[1279].

[1278] Wessels: *Derecho penal. Parte general*, 67-69.
[1279] Laurenzo Copello: *Dolo y conocimiento*, 189.

B. Dolo cognitivo

En ese contexto, cobra relevancia la *teoría cognitiva del dolo* que pone en tela de juicio el papel de la voluntad como dato distintivo del comportamiento doloso precisamente porque:

> [...] resulta muy conflictiva la cuestión de si todos los elementos plasmados en los diversos tipos deben ser queridos, es decir, si tiene sentido exigir, por ejemplo, que en un hurto el sujeto deba querer la ajenidad de la cosa para poder reputarlo doloso, o que en unos abusos sexuales deba quererse que la víctima sea menor de cierta edad. Así mientras la definición usual de dolo como conocer y querer sitúa a ambos requisitos en un plano de diferente igualdad, cuando éstos se trasladan a los diversos tipos de la Parte especial, se advierte que conocimiento y voluntad no siempre pueden tener un mismo alcance.[1280]

Asumir el conocimiento como parte integrante del dolo plantea ante todo una cuestión fundamental referida a establecer una definición de dolo que pueda delimitar las conductas dolosas y que además responda a un problema central de la doctrina: ¿De qué tipo ha de ser este conocimiento y cuál es su contenido?[1281]

Como Díaz Pita establece[1282], este «conocer» que compone el dolo está referido principalmente a la conciencia de que el agente tiene sobre las circunstancias y las consecuencias que previsiblemente se pueden esperar que se deriven de su comportamiento. El sujeto entonces «ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo»[1283].

Así, autores como Muñoz Conde afirman que:

> [...] el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica [...], no es necesario en cambio que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuricidad, a la culpabilidad o a la penalidad.[1284]

Este conocer estará vinculado entonces también al grado de conciencia o de atención del sujeto requerido en el momento del hecho para posibilitar una imputación dolosa, es decir, tanto a un

[1280] Ragués i Vallés: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 32.
[1281] Díaz Pita: *El dolo eventual*, 28.
[1282] *Idem*.
[1283] Citado por *ibid.*, *passim*.
[1284] *Idem*.

conocimiento «potencial»[1285], entendido como aquel contenido de la memoria que se encuentra almacenado de manera inconsciente, como a un conocimiento «actual», donde el sujeto mediante un proceso de actualización lleva a la consciencia estos conocimientos almacenados en la memoria y a partir de ellos realiza la acción.

Por ese motivo, este conocimiento actual es el que se exige para afirmar la existencia del dolo porque precisamente se reconoce una inaccesibilidad a la constatación empírica del suceso cognitivo desarrollado en lo más íntimo del sujeto. Así, este «ha de deducirse del comportamiento externo, es decir de las circunstancias que anteceden, rodean y siguen al acontecer delictivo configurándolo»[1286].

Al mismo tiempo, la imputación del acto delictivo debe tener como requisito fundamental la aprehensión correcta de la situación por parte del sujeto, es decir, tanto «el conocimiento exacto de los elementos que conforman el tipo objetivo como la apreciación correcta del significado de la situación»[1287]. Para Roxin, por ejemplo, conocimiento significa «percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión intelectual de las normativas»[1288]. Así, quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente.

El punto de quiebre histórico de la centenaria discusión sobre el concepto de dolo fue indiscutiblemente la sentencia emanada por el Tribunal Supremo alemán (BGH) en 1955 cuando tanto la doctrina como la jurisprudencia se enfrentaron con el problema de delimitar, en un caso concreto, las diferencias teóricas entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Es a partir de la sentencia del *Lederriemenfall*[1289] que los contextos de discusión cambian y se

[1285] La potencialidad del conocimiento respecto a la antijuricidad viene siendo predicada desde hace tiempo por la doctrina. Según Welzel, el dolo y el conocimiento del injusto requieren psicológicamente dos formas de conciencia: el primero exige necesariamente la representación con la percepción actual en el momento del hecho; el segundo se conforma con saber inactual. *Vid.* Díaz Pita: *El dolo…*, *op. cit.*, 67.

[1286] *Ibid.*, 72.

[1287] *Idem.*

[1288] Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 46. A lo anteriormente expuesto, debemos agregar que autores contemporáneos como Ragués i Vallés, Jakobs, Lesch, Stein, Maiwald y Freund consideran que es necesario utilizar también un criterio de delimitación del dolo que tome en cuenta un sentido social y que en este se considere que para la interpretación del injusto penal se debe tener en cuenta el valor comunicativo del derecho penal.

[1289] El caso Lederriemenfall, o el *caso de la correa de cuero*, es reseñado por Ragués i Vallés del modo siguiente: «El joven K, de casi 20 años de edad, había conocido en 1953 al vendedor de seguros M, con quien había accedido a mantener ciertos contactos sexuales, probablemente a

produce un notable acercamiento de fondo entre las diversas teorías de la «voluntad» y de la «representación», las mismas que tradicionalmente habían conceptualizado el dolo desde perspectivas diametralmente opuestas cuando el BGH reformula el contenido del elemento volitivo del dolo eventual y fija así las pautas para una futura configuración del elemento cognitivo.

Para autores como Ragués i Valles, es este elemento cognitivo el que deberá fundamentar de manera exclusiva un concepto unitario de *dolo*, ya que «el actuar conociendo el peligro (elemento de representación) será siempre el indicio clave para averiguar la "aprobación" o "conformidad" de un sujeto»[1290], es decir, la voluntad se deduce del conocimiento. Un elemento volitivo así delimitado no tiene papel sustancial alguno, pues depende de modo absoluto de la representación. La esencia del delito doloso se traslada entonces a los aspectos cognoscitivos.

Patricia Laurenzo Copello ejemplifica esta situación afirmando que en lo relativo al conocimiento exigido para una acción dolosa debe haber una «conciencia actual de la posible realización del tipo»[1291], es decir, debe existir una representación de un riesgo concreto e inmediato para un bien jurídico específico cuya integridad se ve directamente amenazada por la acción. El conocimiento requerido para el dolo exige entonces que el sujeto parta de que su conducta lleva implícito el peligro directo de realización del tipo. No obstante, esto no significa que el dolo necesariamente concurra en todos los casos donde el autor ha pensado en la posibilidad de desenca-

cambio de dinero. También por aquellas fechas, el citado K entabló amistad con J. Para poder comprar ropa y poder pagar el alquiler de una habitación, a estos dos últimos sujetos se les ocurrió la idea de sustraer a M cierta cantidad de dinero, pensando que este no les denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales, por aquel entonces delictivas. Con este fin planearon que una vez dentro de su vivienda, dejarían a M inconsciente dándole un golpe en la cabeza con un saco de arena, habiendo descartado antes la posibilidad de hacerlo cortándole la respiración con una correa de cuero por temor a causarle la muerte. El 25 de febrero de 1954, K y J convencieron a M para que les permitiera pasar la noche en su casa, a lo que este accedió. A las cuatro de la madrugada, de acuerdo con el plan, J golpeó a M mientras este dormía con el saco de arena en la cabeza, acción que solo sirvió para despertarle. En aquel preciso momento K recurrió a la correa de cuero que había llevado consigo, y con la ayuda de J consiguió colocarla alrededor del cuello de M tirando con fuerza de ambos extremos hasta que este dejó de moverse, procediendo entonces a maniatarlo. Seguidamente se apoderaron de una serie de objetos y, tras intentar en vano algunas maniobras de reanimación, abandonaron la vivienda. A consecuencia del uso de la correa se produjo la muerte de M. El Tribunal del jurado condenó a J y K como autores dolosos de dicha muerte» (Ragués i Vallés: *El dolo...*, *op. cit.*, *passim*).

[1290] *Ibid.*., 240.

[1291] Laurenzo Copello: *Dolo...*, *op. cit.*, 288.

denar la realización del riesgo. Puede suceder que mediante una evaluación racional, aunque equivocada, llegue a una conclusión contraria. A esta conclusión llega Stratenwerth en supuestos de esta clase, en donde afirma que «el sujeto conocerá el peligro genérico, pero no lo "reconocerá" como componente de su propia acción, "dejando así de contar con él"»[1292].

Así, para Ragués i Valles[1293], puede suceder que, aunque el autor haya pensado en la posibilidad de desencadenar la realización del riesgo, mediante una evaluación racional, «el sujeto ya no atribuya a su concreto comportamiento la capacidad lesiva que el tipo requiere»[1294] y se excluya de esta manera la calificación de la conducta como dolosa.

Cuando el autor desconoce la concurrencia o realización de alguno o de todos los elementos del tipo de injusto —tanto se trate de elementos descriptivos como normativos—, nos encontramos ante lo que se llama *error de tipo*. En este caso, el autor no actúa dolosamente sin perjuicio de que el error sea evitable o inevitable o si ha surgido por una simple «falta de conocimiento» o por una falsa representación concreta, fundada en hechos, o jurídica. Si el error es invencible, según el art. 14, párr. I, del CP, la infracción será castigada como culposa o imprudente, siempre que exista, para ese resultado, un delito culposo.

C. Clases

El dolo puede manifestarse de diversas formas. Sus expresiones más reconocidas por la doctrina son el dolo directo, el dolo indirecto o de consecuencias necesarias y el dolo eventual. La distinción entre una u otra forma de dolo se relaciona con las consecuencias principales y accesorias que genera la acción.

[1292] Laurenzo Copello: *Dolo…*, *op. cit.*, 290.

[1293] Ragués i Vallés: *El dolo…*, *op. cit.*, 519. El autor considera que la confianza no tiene una autonomía conceptual propia, sino que su capacidad para excluir el dolo depende siempre del grado de representación que subsiste. Por esta razón, la confianza solo será relevante en aquellos casos donde incida de tal modo en la representación del sujeto que ya no se colmen las exigencias del elemento cognitivo del dolo.

[1294] *Ibid.*, 168.

C.1. Dolo directo

El dolo directo, conocido también como *dolo de primer grado*, concurre cuando el agente de la conducta quiere realizar la acción típica y desea además que el resultado típico se produzca como consecuencia de la acción. En síntesis, las consecuencias que produce la acción son el resultado querido por el autor.

Por ejemplo: Juan coge un arma de fuego con el objetivo de disparar a Cristian y así matarlo. Juan en efecto se acerca a Cristian y, estando a tres metros de distancia, le dispara y le provoca la muerte.

C.2. Dolo indirecto o de consecuencias necesarias

A diferencia del dolo directo, en donde las consecuencias de la acción constituían el objetivo perseguido por el autor, en el dolo indirecto o de consecuencias necesarias, la acción realizada por el autor no pretende provocar el resultado, pero lo asume como consecuencia necesaria del que realmente pretende.

Por ejemplo: Juan, miembro de una banda terrorista, coloca un dispositivo en el vehículo de Enrique, funcionario del Estado, con el objetivo de detonarlo cuando esté en circulación. Juan, a pesar de saber que la detonación del vehículo provocará la muerte no solo de Enrique, sino también la de Pedro, su chofer, asume esa consecuencia como necesaria.

C.3. Dolo eventual

Concurre dolo eventual cuando la persona que realiza la acción típica, a pesar de admitir la posibilidad de provocar un resultado más grave del cual quiere causar, lo asume y realiza la conducta.

Por ejemplo: Juan y un grupo de vecinos encuentran a Felipe, quien está cometiendo un asalto en la vecindad de ellos, por lo que deciden darle un escarmiento. Con ese objetivo, lo golpean y flagelan públicamente, luego entregan a Felipe a las autoridades y muere este último a las pocas horas como consecuencia de los golpes recibidos.

2. Los elementos subjetivos adicionales al dolo

Tradicionalmente se consideraba en doctrina que algunos tipos penales requerían, además del elemento subjetivo «dolo», algún otro elemento subjetivo adicional.

Por ejemplo: Se decía que en el delito de injurias se requería, además del dolo, un ánimo de injuriar, conocido como *animus injuriandi*. Lo mismo se mencionaba en relación con el hurto (ánimo de lucro) o de apropiación (*animus rem sibi habendi*).

En la actualidad, sin embargo, se reconoce que esos elementos subjetivos adicionales de los que hablaba la doctrina más tradicional no eran sino expresiones del propio dolo del tipo. De ese modo, por ejemplo, el *animus injuriandi* del delito de injurias no es sino el dolo del tipo.

V. Ausencia de dolo

1. El error que recae sobre el tipo penal

Hemos observado cómo el conocimiento es el elemento fundamental en torno del cual gira la noción de dolo que se ha asumido. Pues bien, existen circunstancias donde ese conocimiento no existe o es únicamente aparente debido a que el agente de la acción erró. Estamos frente a lo que se conoce en doctrina como *error de tipo* y que supone, en algunos casos, la exclusión de la tipicidad subjetiva.

Como afirma Velásquez Velásquez[1295], el error es de tipo cuando el momento cognoscitivo del dolo no abarca el aspecto objetivo del supuesto de hecho en la forma requerida por cada figura. Por ende, habrá error de tipo cuando no exista conocimiento de que se realiza el aspecto objetivo del tipo y deviene la conducta en atípica. En el *error de tipo*, el agente obra bajo un error sobre los elementos del tipo objetivo. Estos elementos sobre los que recae el error pueden ser de orden descriptivo o de orden normativo.

Para entender lo que es el error de tipo recurramos al ejemplo que nos proporciona el delito de violación sexual de menor de edad (CP, art. 173). Este tipo penal tiene como uno de sus elementos objetivos la condición de menor de 14 años de edad de la víctima. Imaginemos el caso de Pedro, quien mantiene relaciones sexuales con Juana, de solo 13 años de edad, en la creencia —por la contextura física de Juana— de que se trataba de una persona mayor de 18 años. Estamos frente a un caso de *error de tipo*, pues Pedro yerra sobre un elemento objetivo del tipo, como es la edad de la agraviada, y a partir del cual se realiza el comportamiento.

[1295] Velásquez Velásquez: *Derecho penal. Parte general*, 414.

El CP de Perú, en su art. 14, señala que, si el error de tipo es invencible, conlleva a la exclusión de responsabilidad, en tanto que si fuera vencible la pena a aplicar sería la del delito culposo si lo hubiera.

2. Modalidades de error de tipo

Existen modalidades particulares de error. Estas son las siguientes a detallar.

2.1. Error sobre el objeto

Es el más importante. Se presenta cuando la conducta desplegada por el agente se ejecuta sobre un objeto de la acción diferente al que se quería dañar. En este se confunde a la víctima y se la toma como otra persona. Este error será relevante en la medida en que el error sobre la persona versa sobre la persona que goza de protección penal especial.

2.2. Error sobre el proceso causal

El autor quiere causar el resultado, pero por otro conducto. Pueden suceder dos supuestos: a) que la desviación de la procesal causal excluya la posibilidad de imputación objetiva del resultado por ruptura de la relación de riesgo del mismo con la conducta (por ejemplo, lesionado muere como consecuencia de un accidente de tráfico al ser llevado en ambulancia al hospital), solo habrá delito en grado de tentativa; y b) que la desviación no excluya la imputación objetiva del resultado causado. En este último supuesto, el error será irrelevante si el riesgo concretamente realizado no constituye una clase de riesgo distinta a la abarcada con dolo directo o eventual (por ejemplo, es irrelevante que el disparo dirigido al corazón dé en otra parte vital). En cambio, será relevante cuando el modo de ejecución influya en la calificación del hecho o en sus circunstancias relevantes en orden a la responsabilidad penal o cuando el riesgo realizado sea de otra clase que el abarcado por el dolo. Aquí se incluyen el supuesto denominado *dolus generalis*, que se da cuando un suceso se lleva a cabo en dos actos y el autor juzga equivocadamente el curso de la acción al creer haber logrado el resultado querido mediante el primer acto, en tanto que el resultado se ha producido con el segundo acto (por ejemplo, Daniela quiere matar a Renzo a golpes con un bastón; luego de haberle propinado varios golpes y creerlo muerto, para ocultar el cadáver, lo arroja a un pozo con agua. Al descubrirse el hecho se acreditó que Renzo murió ahogado). Se trata de dos acciones diferentes: en el primer tramo, tentativa y, en la segunda, imprudencia (según el ejemplo, del delito de homicidio) siempre que la decisión de realizar el segundo acto sea sobreviniente, pues si el autor

predeterminó el segundo tramo, solo habrá una desviación no esencial del nexo causal[1296].

2.3. *Aberratio ictus*

Se diferencia del *error in objecto* en que no supone la confusión del objeto por otro, sino solo que se yerra la dirección del ataque (por ejemplo, se dispara a Carlos, pero la bala impacta en Alberto). El error, en principio, será irrelevante, pero no cuando el resultado corresponda a un tipo penal distinto al que se perseguía, que se resuelve mediante la regla del concurso ideal entre tentativa e imprudencia.

[1296] Bacigalupo: *Lineamientos de la teoría del delito*, 56.

Capítulo VI

LA TIPICIDAD (III)

La tipicidad en los delitos dolosos de omisión (propia e impropia)

I. Cuestiones preliminares

La acción jurídico-penal puede manifestarse tanto positiva como negativamente. La manifestación positiva de la acción se expresa a través de los delitos de comisión, en tanto que la expresión negativa de la acción se concreta mediante los delitos de omisión. En la lección anterior analizamos la tipicidad de los delitos de comisión dolosa, ahora analizaremos la tipicidad de los delitos de omisión dolosa.

A diferencia de los delitos de comisión, los delitos de omisión aparecen por lo general solo residualmente y su proporción, con relación a los delitos de comisión, es bastante menor.

II. Estructura del tipo en los delitos de omisión (propia) dolosa

En este momento compete analizar la tipicidad que corresponde a los delitos de omisión dolosa.

Al igual que en los delitos de comisión dolosa, el tipo penal se estructura de modo objetivo a través del tipo penal objetivo y de modo subjetivo mediante el tipo penal subjetivo. Las principales diferencias que podemos encontrar en la tipicidad de los delitos de comisión y omisión dolosos las encontramos en sede de tipicidad objetiva.

III. Tipo objetivo de los delitos de omisión (propia) dolosa

Pues bien, los delitos de omisión se caracterizan —como su propio nombre lo indica— porque el reproche penal se fundamenta ya no en un hacer, como en los delitos de comisión, sino en un *no hacer*, en una *omisión*. Por ello, no sorprende que las principales diferencias entre los delitos de comisión y los de omisión se ubiquen en el ámbito de la tipicidad objetiva.

Dentro del tipo objetivo de los delitos de omisión (propia) podemos identificar los siguientes componentes detallados a continuación.

1. La situación generadora del deber de actuar

Este primer componente del tipo objetivo de los delitos de omisión se encuentra contenido en la ley y nos permite descifrar cuáles son las situaciones que provocan en el sujeto la obligación de actuar.

Utilicemos para una mejor comprensión el ejemplo proporcionado por el art. 126 del CP que tipifica el delito de omisión de socorro. El mencionado dispositivo indica: «El que omite prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o salud [...]». La *situación generadora del deber de actuar* es, en este caso, haber herido o incapacitado a una persona y poner en peligro su vida o salud. En ese contexto, la mera omisión de prestar socorro a quien, por ejemplo, se encuentra en situación de riesgo —sin que el omitente la haya provocado— no configurará la omisión punible sancionada a través de esta figura legal.

2. La no realización de la acción esperada

Verificada la *situación generadora del deber de actuar*, el segundo elemento a tomar en cuenta es la constatación de que el generador de la situación no realizó la acción esperada.

Regresando al ejemplo utilizado del delito de omisión de socorro, luego de verificar que el sujeto que hirió o incapacitó a una persona y puso en peligro su vida o salud (*situación generadora del deber de actuar*), tendremos que verificar si este realizó o no la acción esperada por la ley, que viene indicada por el propio tipo penal y que es la de «prestar socorro» al herido o incapacitado. Si observamos la concurrencia de estos dos primeros elementos (*situación generadora del deber de actuar* y *no realización de la acción esperada*), podemos continuar con la constatación de la tipicidad objetiva.

3. Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción

El tercer elemento que integra la tipicidad objetiva es la capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción, esto es, la posibilidad individual de cumplir con realizar la acción esperada. En efecto, no solo debe constatarse si el autor omitió realizar la acción esperada, sino que también debe comprobarse si efectivamente se encontraba en condiciones de realizar la acción esperada, esto partiendo de la idea de que el derecho penal no puede esperar ni pretender comportamientos *supererogatorios* o sacrificados de los ciudadanos.

En la hipótesis ejemplificativa antes planteada (delito de omisión de socorro), la comprobación de este elemento supone examinar si era posible —en las circunstancias concretas del caso— que el omitente pudiera realizar la conducta que la ley esperaba de él. Si por alguna circunstancia razonable —encontrarse lesionado, por ejemplo— el omitente no puede brindar el auxilio o socorro esperado, deberá descartarse la tipicidad objetiva.

IV. Tipo subjetivo de los delitos de omisión (propia) dolosa

Subjetivamente queda claro que será el dolo el elemento subjetivo en los delitos de omisión (propia) dolosa.

En consecuencia, no queda sino reproducir las precisiones anteriores respecto al contenido del dolo y a sus diversas manifestaciones, aunque con algunas breves variantes.

El dolo, como en los delitos comisivos, debe recaer sobre los elementos objetivos del tipo penal, lo que en el caso de los delitos de omisión se traduce en el conocimiento de la existencia de una situación generadora del deber y de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de realizar la acción esperada.

V. La cuestión de los delitos de omisión impropia

Además de los delitos de omisión propia, tipificados expresamente en la parte especial, los tipos penales omisivos tienen también una manifestación general: los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión.

Los delitos de omisión impropia plantean la equiparación de determinadas omisiones al actuar positivo, cuando el agente asume la condición de garante del bien jurídico y en la medida que se den una serie de presupuestos previstos legalmente.

1. Cuestiones iniciales: su admisibilidad

Se ha cuestionado mucho el recurso a estos tipos penales, pues constituirían una de las expresiones más notorias de la expansión del derecho penal[1297], lo que sería incompatible con el principio de mínima intervención.

[1297] Romeo Casabona: «Límites de los delitos de comisión por omisión» en *Debate Penal*, 103.

El sector de la doctrina que más agudo se ha mostrado en sus críticas ha sido la denominada *Escuela de Frankfurt*[1298]. La utilización de los delitos de omisión impropia constituye, para esta escuela, solo una de las características del moderno derecho penal sumamente funcionalizado y simbólico y sacrifica principios esenciales del derecho penal, principalmente los de certeza, subsidiariedad y de imputación individual[1299].

El empleo de esta técnica legislativa debe fundamentarse en criterios de índole político-criminal ante la imposibilidad material de comprender en el texto legal todas las posibles posiciones de garantía, así como las infracciones penales derivadas de una posición de garante[1300], además debe entenderse que el tipo de comisión por omisión no hace más que complementar la norma de prohibición emergente de cada delito de acción[1301].

En este estado de la discusión, resulta incuestionable que corresponde al juez penal determinar la existencia de una posición de garante derivada de un deber jurídico o de un actuar precedente. Es elemental, por ello, que el operador de justicia comprenda los límites de dicha figura y pueda determinar, en cada caso concreto, la concurrencia del tipo de omisión impropia. Ya lo decía Welzel: «En los delitos impropios de omisión queda sin precisar el círculo de autores y tiene que ser completado por el juez mediante el criterio de la "posición de garante"»[1302].

2. Requisitos para la imputación por delito omisivo impropio

Cabe preguntarse ahora ¿cuáles son los requisitos que deben concurrir para afirmar la concurrencia de un delito de omisión impropia?

En primer lugar, *debe existir una posición de garante*, la que según nuestro Código Penal es pluricategorial[1303], pues se fundamenta en la existencia de un deber jurídico de impedir un resultado que (i) emerge de

---

[1298] *Vid.* Hassemer y Muñoz Conde: *La responsabilidad por el producto en derecho penal, passim.*

[1299] Rodríguez Montañes: «Consideraciones generales acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto» en *Debate Penal*, 99.

[1300] En contra Hurtado Pozo, quien sostiene que «sería preferible prever, en la parte especial, los casos concretos que es de penar. Así, se protegerían mejor los bienes jurídicos más importantes y, al mismo tiempo, se reforzaría la seguridad jurídica» (Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general, 2.ª ed.*, 352).

[1301] En ese sentido *vid.* Zaffaroni: *Manual de derecho penal. Parte general I*, 559.

[1302] Welzel: *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 73. Resaltando la labor de la magistratura, Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español. Parte general I*, 318.

[1303] Bramont Arias y Bramont-Arias Torres: *Código penal anotado*, 169.

un actuar precedente del omitente y (ii) tiene fundamento normativo —de dicha manera, se evita recurrir a juicios de carácter moral o ético, los que resultan mucho más imprecisos y ambiguos[1304]—.

La posición de garante consiste en un «especial deber de garantía»[1305]. Siendo esto así, no basta con la existencia de un deber jurídico, sino que este debe crear una especial relación de garantía entre el omitente y el bien jurídico tutelado. En ese sentido, conforme indica Zaffaroni:

> El deudor que habiendo pagado su deuda hubiese evitado el suicidio de su acreedor, no comete una conducta típica de omisión por omisión impropia, porque si bien tenía el deber jurídico de pagar, este deber jurídico no le creaba ninguna relación especial de garantía respecto a la vida de su acreedor.[1306]

La posición de garante derivada de un actuar precedente, o también denominada *por injerencia*, es aquella que tiene aquel que ha provocado la posibilidad de producir un resultado típico a través de un actuar precedente riesgoso, circunstancia que genera la obligación de impedir que dicho resultado típico efectivamente se produzca.

Para la existencia de una posición de garante por injerencia, se requiere la proximidad del peligro, esto es, que el peligro de lesión del bien jurídico resulte próximo temporalmente al actuar precedente al riesgo. Asimismo, es necesaria la adecuación del peligro al daño causado, es decir, el peligro debe ser apropiado para afectar el bien jurídico.

3. Los delitos de omisión impropia en el Código Penal

La omisión impropia o comisión por omisión ha sido recogida en el art. 13 del CP peruano que, en su actual configuración legal, precisa:

> El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.

[1304] De hecho, la regulación original del art. 13 del CP hacía referencia al «deber moral» —junto con el deber jurídico— de impedir el resultado. Tras la modificatoria acaecida mediante la Ley 26682, del 11 de noviembre de 1996, se eliminó la referencia al deber moral como fuente del deber de actuar.

[1305] Zaffaroni: *Manual...*, *op. cit.*, 558.

[1306] *Idem.*

Como se indicó anteriormente, mediante la Ley 26682, del 11 de noviembre de 1996, se eliminó la referencia al deber moral como fuente de la posición de garantía. De esta forma, se elimina uno de los rasgos finales de la moralidad en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

La penalidad que se establece en los delitos de omisión impropia puede resultar —condicionalmente no obligatoria— atenuada en relación con el tipo comisivo con el cual es equiparado, esto es, al cual se transpone.

Capítulo VII

LA TIPICIDAD (IV)

La tipicidad en los delitos culposos (de comisión u omisión)

I. Cuestiones preliminares

La criminalidad culposa ha tenido —valgan verdades— una escasa atención por parte de la doctrina jurídico-penal[1307] que fijaba preferente atención a la delincuencia dolosa, de allí que Binding sostuviera que la imprudencia resultaba ser la «hijastra» del derecho penal[1308].

Esta falta de reflexión sobre la delincuencia culposa tendría su origen en la propia inobservancia de la que fue objeto por parte de los fundadores de la escuela positiva italiana, quienes consideraban las infracciones culposas como «cuasi-delitos» y a su responsable como «pseudo-delincuente» o «criminaloide»[1309].

Pues bien, tal entendimiento es comprensible si se tiene en cuenta el momento histórico donde dicha línea de pensamiento teórico aparece. Durante el siglo XIX, época donde la doctrina ubica la aparición de la escuela positivista, el nivel de desarrollo de la industria automotriz, por ejemplo, justificaba plenamente dicha opción a favor de la criminalidad dolosa.

Ya hace más de cuatro décadas atrás Quintano Ripolles señalaba: «Estadísticamente considerada la cuestión, la criminalidad contemporánea aparece dominada por el signo de la imprudencia, dominio que en lo cuantitativo global es siempre proporcional al grado de progreso industrial y de mecanización»[1310]. De esta forma, el autor español denunciaba la notable repercusión que venía adquiriendo la criminalidad culposa.

[1307] Olmo: *Estudio criminológico de los delitos de tránsito en Venezuela*, 15.

[1308] Al respecto, *vid.* García Cavero: «La imputación objetiva en los delitos imprudentes: comentario a la Sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, RN NÚM. 4288-97 Áncash» en *Revista de Derecho*, 191.

[1309] Olmo: *Estudio...*, *op. cit.*, 16.

[1310] Quintano Ripollés: *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, 128.

Este interés por la criminalidad culposa en los últimos treinta años se ha venido profundizando y se aprecia hoy en día un tratamiento más detallado y cuidadoso de las cuestiones teóricas que se generan en el ámbito de la delincuencia culposa.

La delincuencia culposa se desarrolla en tres ámbitos fundamentales: el tráfico vehicular, el trabajo y la medicina[1311]. Todas estas actividades se caracterizan porque, además de tener implícitas un determinado nivel de riesgo por ser indispensables para el normal desenvolvimiento de la sociedad, es necesario aceptarlas y admitir la existencia de un determinado nivel de riesgo, de un «riesgo permitido»[1312].

II. La estructura del tipo en los delitos culposos (de comisión u omisión)

No es necesario redundar en el hecho de que la estructura de todo tipo penal es dual o doble, pues tiene una vertiente objetiva y otra subjetiva. De hecho, todo tipo penal, sea de comisión o de omisión, doloso o culposo, tiene siempre un lado objetivo (tipo objetivo) y un lado subjetivo (tipo subjetivo), y cambian únicamente el contenido de cada lado.

En esta línea de ideas, en el ámbito de los delitos culposos tenemos igualmente la existencia de un tipo objetivo y de un tipo subjetivo.

En el caso del tipo penal objetivo, los delitos culposos contienen dos elementos objetivos: a) la acción (u omisión) que infringe el deber objetivo de cuidado y b) el resultado que intenta evitar el derecho penal.

Desde la tipicidad subjetiva podemos encontrar que es la culpa el elemento subjetivo propio de los delitos culposos.

III. El deber objetivo de cuidado y su infracción

La tipicidad objetiva de los delitos culposos se expresa a través de la infracción del *deber objetivo de cuidado*, elemento introducido por Engisch en 1930 y que se sumaba a la conexión causal o relación de causalidad.

A través de la introducción de la infracción del *deber objetivo de cuidado* como elemento de la tipicidad objetiva en los delitos culposos, se exige, para fundamentar la imputación, algo más que la simple relación de causalidad.

[1311] Corcoy Bidasolo: «Imputación "objetiva" en el delito imprudente», 93 y ss.; Feijoo Sánchez: *Imputación objetiva en derecho penal*, 33.

[1312] Sobre la *sociedad de riesgo* en derecho penal, *vid.* Silva Sánchez: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 26-27; Mendoza Buergo: *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, 24 y ss.

Esto quiere decir que, en los delitos culposos, la primera constatación en sede de tipicidad objetiva es la relación de causalidad y la imputación objetiva para posteriormente recurrir a un segundo criterio como es la lesión del deber objetivo de cuidado.

Existe una infracción al deber objetivo de cuidado cuando la conducta es realizada sin el cuidado que exige la misma y provoca, de ese modo, que se incrementen los niveles de riesgo jurídicamente permitidos. El agente ha de haber realizado la conducta como la habría ejecutado cualquier hombre razonable y prudente en la situación del autor —a esto se llama *el deber de cuidado*—. Pero para definirlo se asume un criterio mixto, es decir, se parte del cuidado que hubiese puesto un hombre consciente y prudente en la misma situación vivida por el agente (criterio objetivo) y se asume, además, las capacidades y conocimientos del autor en concreto (criterio individual).

Toda actividad que implica algún determinado nivel de riesgo —el riesgo es ineludible en una sociedad del riesgo— se encuentra sujeta a determinadas normas o deberes de cuidado. Así, por ejemplo, quien conduce un vehículo debe manejarlo conforme a las reglas de cuidado establecidas por el Código de Tránsito. Del mismo modo, el médico debe desarrollar su actuación profesional ciñéndose a las normas de cuidado que derivan de la *lex artis*.

Pero ¿cuál es el origen del deber de cuidado? Tal como se ve en los ejemplos propuestos, el deber objetivo de cuidado no tiene un origen unívoco, sino de las leyes o reglamentos, la *lex artis* (reglas de la experiencia técnica, científica o laboral), la experiencia o de los principios deontológicos. Como se aprecia, hay diversas fuentes que sirven de directrices para determinar la falta del deber de cuidado: a) normas jurídicas o reglamentarias (por ejemplo, de tránsito, normas de seguridad industrial, etc.), b) el principio de confianza, que es producto de esas mismas normatividades en cuya virtud quien se comporta de acuerdo con las reglas establecidas puede y debe confiar en que todos también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario, y c) el criterio del hombre medio, donde el juez puede valorar la conducta examinada a la luz de la actuación que hubiera llevado a cabo un hombre prudente y una diligencia ubicada en la misma situación del autor.

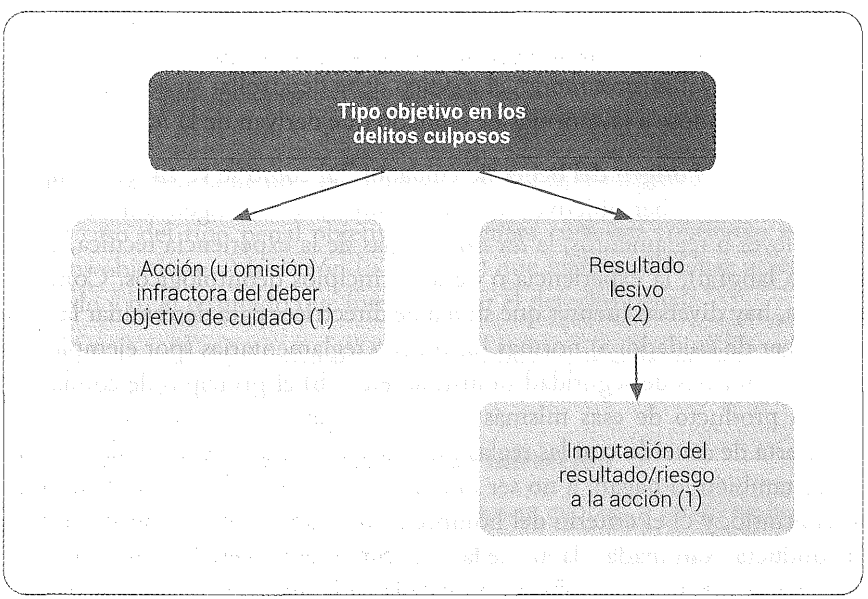
IV. El resultado

Otro de los elementos del tipo objetivo de los delitos culposos viene a ser el resultado.

Por su carácter residual, los delitos culposos solo se castigan cuando provocan un resultado lesivo sobre el bien jurídico, de modo tal que la mera actividad infractora del deber objetivo de cuidado, sin resultados que lamentar, no satisface la tipicidad objetiva del delito culposo.

Ahora, si entendemos que los delitos culposos requieren la presencia de resultados lesivos, la imputación al tipo objetivo requerirá no solo la existencia de un resultado lesivo, sino que también el mismo pueda ser objetivamente atribuido a la acción infractora del deber objetivo de cuidado.

Para comprobar la imputación objetiva, debemos recurrir a las reglas propias de la teoría de la imputación objetiva antes desarrollada.



V. El contenido de la culpa o imprudencia

Revisados ya los elementos objetivos de los tipos penales culposos, corresponde introducirnos al contenido de la culpa o imprudencia, elemento subjetivo en la tipicidad de los delitos culposos.

El aspecto subjetivo del tipo culposo requiere un elemento positivo, esto es, haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña la misma o sin ese conocimiento, y un elemento ne-

gativo, esto es, el no haber deseado o querido por parte del autor cometer el hecho resultante.

La culpa o imprudencia se expresa tradicionalmente como impericia, negligencia e imprudencia propiamente dicha. Demos una mirada a estos conceptos.

1. La impericia

La impericia concurre cuando el sujeto carece de los conocimientos necesarios para desarrollar la actividad o es inepto para la misma y, no obstante, ello la desarrolla o ejecuta. Por ejemplo: Pedro, trabajador de una fábrica textil, es contratado para operar una máquina, pero no conoce en su totalidad la forma como debe manipularla y provoca así que se sobrecargue y se produzca un incendio que provoca daños corporales en terceros.

2. La negligencia

Se conoce como tal a la manifestación de la imprudencia en virtud de la cual el sujeto, pese a tener conocimientos propios de determinadas actividades, no los aplica con corrección en el caso concreto. Por ejemplo: Juan, médico cirujano, durante el curso de una intervención quirúrgica olvida sus tijeras dentro del vientre de la persona a quien intervino, lo cual determina una infección generalizada en el paciente y su posterior fallecimiento.

3. La imprudencia en sentido estricto

Estamos frente a una imprudencia propiamente dicha cuando el sujeto cumple con su deber objetivo de cuidado, pero de modo descuidado sin que concurra impericia o negligencia. Por ejemplo: Paolo, médico cirujano, interviene quirúrgicamente a Alberto y la operación resulta ser un éxito; sin embargo, Paolo se descuida en el tratamiento posoperatorio y se produce en Alberto una infección producto de la cual muere.

4. La innecesaria distinción entre culpa consciente e inconsciente

Se distinguen dos formas de culpa o imprudencia: *consciente*, o con representación, que se presenta cuando el agente, habiéndose representado como posible la producción del resultado, confía en poder evitarlo, es decir, hay una imprudente confianza en que podrá evitarlo —si el imputado acepta la posibilidad de producción del resultado, se está ante un dolo eventual—; e *inconsciente*, o sin representación, que se realiza cuando ante el agente no se representó la posible ocurrencia del resultado típico cuando pudo y debió hacerlo.

Estas dos clases de culpa no constituyen grados diferentes de culpabilidad y es imposible afirmar *a priori* que la culpa consciente sea más grave que la inconsciente.

Desde una postura cognitiva, la peculiaridad de la culpa frente al dolo reside siempre en la ausencia del conocimiento mínimo necesario para fundamentar el juicio de desvaloración más grave sobre la que se asienta la punición del delito doloso, ya que en estos supuestos el sujeto supone erróneamente que el hecho está bajo control y el resultado se evitará: «La llamada culpa consciente solo se diferenciará de la inconsciente porque el error no descansa sobre el mero desconocimiento del peligro, sino sobre un juicio desacertado de las consecuencias concretas de este»[1313].

VI. Los delitos preterintencionales

Fuera de los tipos simples, dolosos o culposos, a veces los legisladores suelen englobar tipos penales productos de la conjunción de dolo y culpa (tipos preterintencionales). Estas figuras, sin embargo, no están desarrolladas en la parte general del Código Penal, aunque existen supuestos muy claros en la parte especial como es el caso, por ejemplo, de las lesiones o el aborto seguido de muerte, o del secuestro y la violación con resultado de muerte subsiguiente.

Respecto al *tipo preterintencional*, esta figura, también denominada *ultraintención*, se presenta cuando el agente dirige su voluntad de causación hacia un determinado resultado y se produce uno más grave que cuando el agente estaba —por lo menos— en capacidad de prever (culpa). Los elementos que lo configuran surgen de unir las circunstancias correspondientes al tipo base doloso (acción, nexo de causalidad y resultado, de ser el caso, sujeto, objeto de la acción idéntico, bien jurídico, dolo inicial e incluso elementos subjetivos del tipo) con los correspondientes a la figura culposa (violación del deber de cuidado al producir el resultado excedido, imputación objetiva entre la violación del deber de cuidado y el resultado, posibilidad de conocer la amenaza que la conducta representa para los bienes jurídicos y la previsión del resultado excedido).

Para Bacigalupo[1314] las condiciones que requiere la responsabilidad mayor culposa son dos: en primer lugar, una conexión de inmediatez, la cual significa que el mayor resultado producido no haya tenido lugar como consecuencia de la propia víctima o de un tercero; y en segundo lugar, se requiere que el autor del delito doloso base haya actuado con culpa respecto del resultado mayor.

[1313] Laurenzo Copello: *Dolo y conocimiento*, 289.
[1314] Bacigalupo: *Lineamientos de la teoría del delito, passim.*

Debe tenerse en cuenta que, en aquellos sistemas en los que imperó la responsabilidad objetiva, se creó la figura de los *tipos calificados por el resultado* con el fin de sancionar con mayor severidad la realización de resultados más graves sin dolo ni culpa, es decir, que era suficiente para la imputación verificar la relación de causalidad. En tanto en nuestro Código Penal prima el principio constitucional de culpabilidad (art. VII del título preliminar), el resultado más grave solo puede ser atribuido a título de dolo o culpa, es decir, que los delitos calificados por el resultado son inconstitucionales. En todo caso, aquellos tipos penales que erigen una agravante sobre la base de un resultado deben interpretarse en el sentido de exigir, al menos, culpa.

VII. La regulación del delito culposo en el Código Penal

El art. 12 del CP, al tratar los delitos culposos, ha recurrido a una cláusula cerrada según la cual las conductas solo pueden ser castigadas a título de culpa cuando expresamente se indique así en el tipo penal. La ausencia de referencia a la culpa como título de imputación subjetiva determina *por defecto* la punición de esta exclusivamente a título doloso.

De este modo, si el tipo penal no fija ni señala cuál es el elemento subjetivo del tipo, la conducta se reputa que solo podrá ser castigada si es realizada con dolo. Para el castigo de la conducta culposa es indispensable que el tipo penal señale el castigo para quien actúe «por culpa».

VIII. Imputación objetiva y autoría en los delitos imprudentes (a propósito de la STS español del 27 de enero de 1984)

1. Los hechos

En San Sebastián (España), el conductor novato de una furgoneta invadió una zona exclusiva para peatones, dirigió el vehículo contra tres personas y atropelló intempestivamente a una de ellas, quien falleció casi instantáneamente. Los dos sobrevivientes eran casados, empero la mujer presa del pánico y del terror cruzó la calzada sin el menor cuidado llamando desesperadamente a la esposa del occiso que se había adelantado en el paso peatonal. Sin embargo, esta fue atropellada por otro vehículo que circulaba en dirección contraria con regularidad. La nueva víctima sufrió lesiones que requirieron atención médica por 93 días.

La STS español del 27 de enero de 1984 condenó al primer conductor por la comisión de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes. Sustenta ello contradictoriamente en la existencia de una causalidad jurídica tras afirmar, sin embargo, la interrupción de la causalidad material o real.

2. El problema principal

No es problemática la afirmación de homicidio culposo por parte del primer conductor. Asimismo, también resultaría evidente la ausencia de responsabilidad penal respecto a las lesiones de la mujer por parte del segundo conductor, dado que ha obrado sin dolo ni culpa y se configuró un supuesto de caso fortuito —atipicidad subjetiva— no punible.

Empero, el problema principal radica en determinar si el primer conductor es penalmente responsable por las lesiones que sufrió la mujer.

3. El análisis

El problema puede resolverse atendiendo solo a criterios de imputación objetiva o recurriendo además a los conceptos de autoría y participación en los delitos imprudentes. En la primera línea se inscribe el trabajo de Silva Sánchez, mientras que Luzón Peña defiende la tesis de que el caso debe analizarse desde las dos ópticas apuntadas, punto de partida que lo lleva a resolver el problema de modo contrario a lo expuesto por Silva Sánchez.

Antes bien, debe señalarse que esta jurisprudencia significa un retroceso respecto a otras STS (del 20 de mayo de 1981, 5 de abril y 29 de mayo de 1983) que diferencian claramente los niveles de causalidad e imputación objetiva. La sentencia bajo comento confunde dichos niveles sin ofrecer un criterio unívoco y coherente para la resolución del caso.

3.1. La posición de Silva Sánchez[1315]

Los criterios normativos de la imputación objetiva encuentran sentido en un derecho penal preventivo basado en una concepción imperativa de la norma penal como norma de comportamiento y en la adopción de una perspectiva *ex ante*. Se trata de averiguar si la conducta era peligrosa *ex ante* sobre la base de una causalidad afirmada. Silva Sánchez cuestiona el criterio de la equivalencia de las condiciones y la fórmula de la *conditio sine qua non*, lo cual en su opinión lleva a un sector doctrinal a asumir el criterio de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica.

Llámesele o no causalidad, lo cierto es que la conducta del chofer ha determinado o dado lugar al acto imprudente de la peatón, pero se requiere además la relación de riesgo: que la conducta contenga *ex ante* un riesgo y que este se realice en el resultado *ex post*.

[1315] Silva Sánchez: «Límites en la responsabilidad por imprudencia. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 27 de enero de 1984)» en *La Ley*, 1040-1046.

Para Schünemann la imputación del resultado requiere además de la causalidad. 1) *La relación de adecuación*: que la conducta cree un riesgo jurídicamente relevante que haga previsible objetivamente la producción del resultado. Wolter normativiza la relación de adecuación, la niega cuando el juez, en su prognósis posterior objetiva (hombre promedio más las cualidades especiales del autor), valora el riesgo como inapreciablemente pequeño y abstracto y confía en una buena salida. 2) *La relación de riesgo*: que el resultado no se produjera si se comporta conforme a derecho. 3) Que el resultado ingrese en el ámbito de tutela de la norma.

Para Silva Sánchez no se dan dichos requisitos. Existen problemas para afirmar la relación de adecuación. Para un sector doctrinal, al igual que en otros supuestos parecidos, sí existiría dicha relación, como es el caso de Roxin, y el ejemplo de daños por *shock* de la madre y el hijo muerto, y se entiende que la experiencia general muestra que sucesos tales no son infrecuentes. Pero en todo caso, Silva Sánchez señala que es dudoso que las lesiones sean consecuencia típica de la conducta del chofer. De aplicarse el criterio de Wolter, la relación de adecuación se negaría.

Empero, si se afirma la relación de adecuación, también se afirma la relación de riesgo. Luego, puede negarse la imputación objetiva porque político y criminalmente la esfera de protección de la norma se limita a los daños directos. Desde tal perspectiva, razones derivadas de la exclusión del *versare in re illicita* y del principio de confianza pueden llevar a estimar que la norma infringida por el primer conductor no abarca la evitación de resultados como las lesiones mencionadas. El chofer *no puede en absoluto controlar el proceso que conduce al daño final* y la norma no puede impedir la realización de resultado (lesiones), sean fortuitos o previsibles, porque es algo que ella no puede impedir.

En consecuencia, se excluye la imputación objetiva del resultado (lesiones) a la conducta del chofer.

3.2. La posición de Luzón Peña[1316]

Cuando todos o parte de los factores causales concurrentes consisten en la intervención de otras personas —terceros o la víctima—, la tipicidad plantea un problema adicional al de la imputación objetiva, el cual es

[1316] Luzón Peña: «Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo del 27-01-84)», 85-106. Con posterioridad, Luzón Peña desarrolla las ideas de este primer trabajo en otro titulado «La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 889-913.

el de la autoría —que para Mir Puig es un fragmento de la teoría de la imputación objetiva, pero para Luzón Peña es otro componente del tipo objetivo que tiene sus propias peculiaridades—. Se trata de definir si dicha intervención constituye a su vez formas de autoría o de participación.

Ello tiene relevancia incluso en los casos de participación imprudente en el hecho imprudente cuya punición no está legalmente prevista. Es correcta la conclusión de la doctrina alemana de que no es punible la participación en los delitos culposos, mas no el fundamento de que para la autoría basta la simple contribución causal con base en la infracción del deber de cuidado. Ello lo aplica tácitamente el Tribunal Supremo (TS) español en casos de culpas concurrentes o conjuntas donde castiga a todos como autores. Pero este argumento se relativiza en los casos donde la jurisprudencia excluye de toda responsabilidad por acción imprudente cuando concurre otra de mayor influencia causal, allí el TS señala que esa otra conducta es la única causa eficiente o relevante y es irrelevante la eficacia causal de la primera imprudencia. Ello es deleznable por responder a una visión puramente causalista del problema de la autoría imprudente. Lo correcto sería decir que no es auténtica autoría, sino una mera participación que favorece la autoría de otra persona, pero que tal participación es legalmente impune.

Según Luzón Peña, el comportamiento o es punible porque (i) la legislación penal se refiere solo a la participación dolosa en un hecho doloso o por ser causa de ampliación de la punibilidad (de la tipicidad). Caso similar se presenta en la tentativa. (ii) Al igual que la inducción exige dolo, la cooperación y la complicidad deben entenderse en sentido subjetivo. (iii) Político y criminalmente, la sanción de la imprudencia debe ser excepcional. Ello se ve reforzado por el análisis dogmático, pues hay delitos que no admiten la comisión culposa y las faltas culposas no son punibles, ello más aún con el sistema de *numerus clausus* previsto el art. 12 del CP español.

Luego, si la participación imprudente es impune, con más razón lo será la participación meramente objetiva de un tercero o de la víctima.

Para resolver un caso tal vez deba plantearse el tema de la autoría antes que el análisis de la imputación objetiva. Pero en la práctica puede suceder a la inversa por verse claramente que falta un elemento de imputación objetiva.

En el caso de la sentencia existe relación causal, pero se duda si hay imputación objetiva, pues la conducta es adecuada desde que el curso de los acontecimientos no es absolutamente imprevisible. No es extraño que un sujeto salga corriendo o huyendo alocadamente ante un

accidente. Más problemático es decidir el fin de protección de la norma si las lesiones suponen la realización del peligro en el resultado. En consecuencia, como la existencia de la imputación objetiva es dudosa, entonces hay que evaluar la autoría en función de dos hipótesis:

- **Hipótesis 1:** La víctima tiene el dominio objetivo (potencial) y positivo del hecho. Es autora de las autolesiones imprudentes. El conductor del otro vehículo no tiene dominio objetivo, subjetivo, positivo ni negativo del hecho. Es un caso fortuito. El chofer actuó conforme a derecho. El primer conductor se limitó a favorecer causalmente (provocar) el hecho. Entonces, es un mero partícipe objetivo (provocación imprudente de autolesiones imprudentes) y es impune no solo por los argumentos anteriormente descritos, sino también porque el hecho de la víctima no es antijurídico (autolesiones).

Para Roxin sería un caso de autoría imprudente impune por faltar la imputación objetiva del resultado y por no encajar en el fin de protección de la norma. Ello para Luzón Peña es errado porque no hay autoría. Pero en verdad el resultado queda fuera del fin de la norma —que prohíbe que los vehículos invadan la acera— porque ella no aspira a evitar que los peatones salgan corriendo a la calzada sin mirar para avisar del accidente.

- **Hipótesis 2:** La víctima está aterrorizada; presa del pánico, sale corriendo. Se sustenta en la sentencia. En contra, se puede mencionar el hecho de salir llamando a la esposa, pero al transcurrir ello inmediatamente luego del accidente se torna en un comportamiento razonable. Por ende, la víctima no tiene decisión espontánea y responsable.

Para Maurach y Gössel, el provocar imprudentemente que otro realice la acción lesiva (de bienes jurídicos propios o de terceros) puede constituir autoría culposa en correspondencia con la autoría mediata en delitos dolosos siempre que el primer sujeto tenga el dominio fáctico sobre el hecho del otro. Ello no se da si el sujeto asume voluntariamente la acción riesgosa, pero si no es libre ni responsable, entonces hay autoría mediata.

Para Luzón Peña, existe una autoría mediata culposa si la acción descuidada del primer sujeto provoca que otro se vea obligado o forzado a realizar una acción peligrosa para sí mismo o para terceros. Por ejemplo, si se obliga, para esquivar un coche, a saltar a la calzada y es atropellado por otro automóvil o si se provoca una situación de inimputabilidad o inculpabilidad como miedo insuperable o trastorno mental, hay autoría mediata porque el sujeto tiene objetiva y potencialmente el dominio

positivo sobre el hecho lesivo del otro, pues objetivamente está en posición de control.

Ahora bien, en el caso de la sentencia se ha provocado una actuación peligrosa no libre ni responsable por crearse una situación de inculpabilidad, por lo que el acto del chofer constituye autoría mediata imprudente de las lesiones.

Por otro lado, también existe imputación objetiva, pues uno de los fines de la norma de cuidado que prohíbe a los vehículos invadir aceras peatonales, además de evitar atropellos directos, es evitar que los peatones irrumpan ciegamente en la calzada aterrorizados y alterados por la invasión de un vehículo motor o al ver que arrolla a otra persona. Luego, el fin de la norma es evitar atropellos en esa irrupción del aterrorizado, por lo que ello es la realización de uno de los riesgos inherentes a la acción inicial.

4. Conclusiones

(i) Existen dos modos de resolver el caso: solo sobre la base de la imputación objetiva como Silva Sánchez o recurriendo además a criterios de autoría.

(ii) Silva Sánchez resuelve el caso recurriendo a los criterios clásicos de la imputación objetiva reseñados por Schünemann, según el cual es necesario afirmar la relación causal para luego enfrentar el análisis de las relaciones de adecuación y riesgo (creación de un riesgo jurídicamente relevante) para finalmente evaluar si el resultado queda dentro del ámbito de protección de la norma (realización del riesgo en el resultado).

(iii) Luzón Peña no establece un orden lógico de análisis en el sentido de priorizar el de la imputación objetiva por sobre el de autoría, pero sí remarca que ambos constituyen dos núcleos de análisis diferenciados y que responden a principios dogmáticos también distintos.

(iv) Existe la necesidad dogmática de delimitar el ámbito de la imputación objetiva respecto de la autoría. Para Luzón Peña, por ejemplo, son valoraciones distintas en el ámbito del tipo objetivo. Para Mir Puig, sin embargo, la relación de autoría es una parte de la imputación objetiva.

(v) Lo importante del caso, al margen de la resolución, es tener en claro que estos procedimientos sirven para determinar la responsabilidad penal en casos de pluralidad de conductas imprudentes que contribuyen a la producción del resultado.

Capítulo VIII

LA TIPICIDAD (V)

La extensión de la tipicidad: las formas imperfectas de realización del tipo penal (la tentativa)

I. La extensión del tipo penal

En puridad, el tipo penal, por su forma de redacción legal, comprende —por regla general— las conductas culminadas (consumadas), desarrolladas y ejecutadas por una persona en concreto —quien, por regla general, es su autor—.

Una visión estricta del tipo penal resultaría ciertamente reducida y permitiría un amplio margen de impunidad incompatible con las lógicas de protección de bienes jurídicos inmanente al derecho penal. Por ello, se entiende la necesidad de extender la tipicidad tanto a las formas de realización imperfecta del tipo penal (la tentativa) como a quienes, sin ejecutar la conducta típica, contribuyen en su realización (partícipes o cómplices).

Hecha esta aclaración, nos introduciremos ya de lleno al análisis de las formas de imperfecta realización del tipo penal.

II. Concepto de *tentativa*

La acción es punible no solamente cuando concurren todos los elementos que comportan el tipo objetivo y el subjetivo, sino también bajo ciertas circunstancias cuando falte algún elemento requerido por el tipo objetivo. Así, estaremos ante la figura de la tentativa cuando «el autor con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no la consuma por circunstancias ajenas a su voluntad»[1317].

En este sentido, Bacigalupo[1318] afirma que el fundamento de la punibilidad de la tentativa reside en el desvalor de la acción, ya que el desvalor del resultado no alcanza precisamente a producirse. En efecto:

[1317] Bacigalupo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 165.
[1318] *Idem.*

> [...] mientras que en la tentativa el resultado lo constituye una puesta en peligro concreto, en la consumación lo conforma la efectiva lesión del bien jurídico [...] es posible sostener que el fundamento material del injusto de la tentativa se concreta en la creación de un resultado de peligro.[1319]

Nuestro mismo Código Penal, a través de su art. 16, proporciona una definición o concepto legal de la tentativa. Según el tenor del mencionado precepto: «En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo». La tentativa, siguiendo al art. 16 del CP, es la fase del *iter* del delito que abarca desde el inicio de ejecución del delito —conforme a la descripción contenida en el tipo penal— hasta la consumación del mismo —precisamente antes de aquella—.

La tentativa regulada en el art. 16 del CP se caracteriza por la falta de algún elemento del tipo objetivo y permanece el tipo subjetivo (dolo, elementos subjetivos) idéntico a la consumación. Así, serán «elementos del tipo de la tentativa»[1320]: el dolo del autor (y los demás elementos del tipo subjetivo) y el comienzo de ejecución de la acción típica.

La tentativa es por tanto un «tipo dependiente»[1321], ya que sus elementos no se pueden comprender por sí mismos, sino que deben ser referidos al tipo de una determinada forma delictiva, del mismo modo esta siempre debe ser dolosa, pues quien actúa de forma culposa «no manifiesta la decisión de cometer un delito»[1322].

III. Naturaleza jurídica

La discusión en torno a la naturaleza jurídica de la tentativa gira alrededor de si se la considera un tipo penal autónomo o si constituye una forma de extensión de la tipicidad.

Para un sector importante de la doctrina, la tentativa es autónoma del tipo penal consumado, por lo que se le considera un tipo penal independiente a pesar de encontrarse relacionado con el tipo penal consumado.

En oposición a esta tesis de la autonomía, la doctrina mayoritaria —a la que nos sumamos— plantea que la tentativa aparece a partir de la extensión de la tipicidad del tipo penal consumado. La tentativa no es, por lo tanto, ni independiente ni autónoma del tipo penal consumado. A favor de esta opción abonan dos hechos irrefutables: 1) si no existiera tipo penal —descrito en términos

[1319] Serrano-Piedecasas: *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, 157, nota 565.
[1320] Bacigalupo: *Manual...*, *op. cit.*, 167.
[1321] Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 703.
[1322] *Ibid.*, 704.

de consumación—, la tentativa sería impune; 2) la penalidad de la tentativa es dependiente de la fijada en el tipo penal consumado. En suma, la naturaleza jurídica de la tentativa es la de ser una forma de extensión de los tipos penales.

IV. *Iter criminis* (etapas de realización del delito): actos preparatorios y actos ejecutivos

Con la expresión latina *iter criminis* se identifica a todo el camino, proceso o etapas por el cual debe pasar un hecho hasta la perfecta realización del tipo penal. Estas etapas de realización del tipo penal, más allá de algunas discusiones doctrinales, son ideación, preparación, ejecución y consumación.

1. La ideación

Abarca aquella fase interna donde el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción y elige a partir del fin los medios para alcanzarlo.

Es la primera etapa del *iter criminis* y se caracteriza por mantenerse en la mente del sujeto sin ser exteriorizada y sin tener manifestación objetiva alguna.

En la ideación, el individuo concibe la idea de cometer el delito e idea la forma de perpetrarlo. Por pertenecer a la fase interna y no suponer ninguna clase de riesgo sobre el bien jurídico penalmente relevante, se trata de una etapa impune, es decir, una etapa que no es castigada por el derecho penal.

2. La preparación

En esta fase, el individuo pasa de la fase interna a la fase externa. Durante la etapa de preparación, el individuo reúne todos los medios y prepara la ejecución de su idea criminal sin realizarla aún.

Con algunas excepciones, esta fase del *iter criminis* permanece también impune por encontrarse ausente el elemento de ofensividad o riesgo sobre el bien jurídico penalmente tutelado.

3. La ejecución

Como su propia denominación lo indica, durante la fase de ejecución, el individuo procede a realizar las acciones necesarias para lograr la consumación de su plan criminal. Es la fase del *iter criminis* que involucra desde el inicio de ejecución hasta antes de la consumación.

La ejecución supone la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan. Dentro de la ejecución es posible distinguir dos

niveles de desarrollo: uno donde el autor no ha dado término todavía a su plan (tentativa inacabada) y otro donde ya ha realizado todo cuanto se requiere según su plan, pero la perfecta realización del tipo penal no tiene lugar (tentativa acabada).

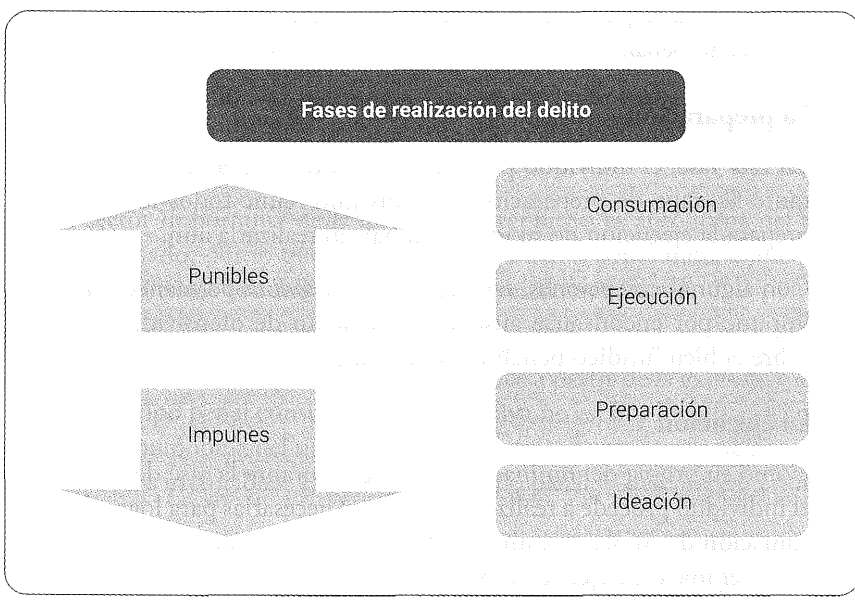
La realización de la conducta a partir del inicio de la fase de ejecución es castigada a través de la figura de la tentativa. Su punición responde y se sustenta en el hecho de que en esta etapa existe ya una situación de peligro sobre el bien jurídico protegido penalmente.

4. La consumación

Hablamos de consumación cuando el tipo penal es perfectamente realizado tanto en sus elementos objetivos como en sus elementos subjetivos. Evidentemente, dada su lesividad se trata de una fase punible.

La consumación no es sino la obtención del fin típico planeado mediante los medios utilizados por el autor. El delito se considerará consumado cuando la actividad practicada se corresponda totalmente con el supuesto de hecho contenido en el tipo.

La determinación de la consumación de un delito se extrae directamente de la redacción del tipo legal (principio de legalidad) que determina —o debería hacerlo— el momento de culminación del *iter criminis*.



La determinación de las diversas fases del *iter criminis* tiene importantes trascendencias prácticas en la medida que sirva para no solo los contornos de la punibilidad —limita los supuestos no punibles de aquellos que sí lo son—, sino que delimita los límites de la intervención delictiva —solo será posible la intervención delictiva en tanto el delito no se haya consumado—.

V. Teorías sobre el inicio de la ejecución

De estas etapas solo entran en el ámbito de lo punible las de ejecución y consumación; sin embargo, la distinción entre el «comienzo de la ejecución»[1323] y los actos preparatorios se determina de manera diversa por la doctrina. Así, para autores como Berdugo Gómez de la Torre[1324] el debate actual se centra sobre todo en dos teorías.

1. Teoría objetiva

Caracterizada por analizar los hechos desde el enfoque de quien desconoce absolutamente los planes del autor y espera a que sus acciones le delaten, es decir, a que los actos por el ejecutado reflejen a un tiempo el peligro para el bien jurídico y, consecuentemente, el dolo con que se ejecuta la acción. Así, es el hecho mismo el que se valora y queda al margen la perspectiva del plan del autor.

2. Teoría objetivo-subjetiva

Su rasgo distintivo reside en el hecho de que, para decidir cuándo comienza la ejecución, toma como guía el propio plan del autor para establecer si este ya ha tomado decisión de ejecutar el hecho y luego comprobar si el acto efectivamente realizado ya representa un peligro para el bien jurídico que pueda considerarse cercano o inmediato.

[1323] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general,* 235.
[1324] *Idem.*

Jurisprudencia

Sentencia Casatoria del 13 de marzo de 2012

Casación 13-2011, Arequipa

DÉCIMO TERCERO: La ley penal no solo sanciona los actos que efectivamente lesionan el interés jurídicamente por ella tutelado, sino también aquellas situaciones en que lo protegido es puesto en peligro mediante la conducta del agente, conforme al principio de lesividad previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, el cual establece que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Ejemplo de ello, es lo que sucede con la tentativa, en la que el agente inicia la comisión de un hecho considerado como delictivo, pero no logra su consumación por factores ajenos a su voluntad, aunque también se puede presentar un caso de desistimiento voluntario. El inicio de la ejecución del delito por parte del agente es, entonces, requisito para que se estructure la tentativa.

DÉCIMO CUARTO: La tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, pone de relieve la toma de postura que un determinado ordenamiento realiza frente a la discusión dogmática entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Prueba de ello es que el artículo diecisiete regula la tentativa inidónea. Así, la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos como punto de discusión en torno a la tentativa, debe resolverse a partir de la concepción del injusto que maneje un determinado ordenamiento, en el caso concreto, la legislación peruana. El fundamento de la punición de la tentativa va a jugar un papel determinante a la hora de distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutivos. En efecto, según la postura que se adopte, el sustento de la punición variará, y ello afectará, a su vez, la posición en torno a la distinción entre acto ejecutivo y acto preparatorio.

DÉCIMO QUINTO: Un planteamiento que parta de la comprensión de la norma penal como norma objetiva de valoración, entenderá que el sistema punitivo tiene como finalidad la protección de determinados valores. Así entonces, la norma se encuentra establecida para proteger bienes jurídicos, y el contenido del injusto estará dado por la lesión o puesta en peligro del mismo, lo cual será verificable mediante lo objetivo. Si se entiende que el injusto es de carácter objetivo, dado que la norma tiende a la protección de bienes jurídicos, es imperativo optar por una disminución punitiva en aquellos eventos en que se dé inicio a la ejecución del delito sin que el mismo se consume (2). En efecto, «[...] el desvalor de resultado es el elemento necesario e imprescindible para la construcción del injusto penal, esto es, el elemento fundante; el desvalor de acción cumple la función auxiliar de fijar la dirección de la voluntad y por lo tanto se constituye en un elemento cofundante...» (3). En consecuencia, los actos preparatorios por su lejanía respecto del bien jurídicamente tutelado, se considerarán en todo caso impunes, al igual que sucede con la tentativa inidónea y la tentativa imposible, en las cuales la conducta no tiene la entidad para poner en peligro del objeto de protección.

DÉCIMO SEXTO: De otro lado, la norma penal como subjetiva de determinación, significa sostener que ella establece un patrón de conducta que se busca sea interiorizado por sus destinatarios, de manera que cuando es contrariada, lo sancionado es la exteriorización de una voluntad rebelde hacia el mandato legal. Entender la norma penal como subjetiva de determinación, implica afirmar que es procedente la sanción, más allá de que se lesione o no un bien jurídico protegido pues en esta hipótesis, lo protegido es la fidelidad hacia la norma. El contenido del injusto para esta postura estará dado por el desvalor de acción. De acogerse esta postura de corte subjetivista, serían punibles tanto la tentativa imposible

como la inidónea, pues en estas, también el autor ha manifestado su voluntad de contrariar la norma.

DÉCIMO SÉPTIMO: En la actualidad existe doctrina mayoritaria que entiende que el injusto debe contener tanto el desvalor de la acción como el desvalor de resultado, o lo es que es lo mismo, que la norma penal debe entenderse tanto como norma objetiva de valoración, como norma subjetiva de determinación. Son varios los argumentos para optar por una tesis en este sentido. En primer lugar, si se tiene en cuenta que las funciones del derecho penal están dadas por la función de motivación y la función de protección de bienes jurídicos, puede llegarse a entender que el injusto se constituye tanto por el desvalor de acción como por el de resultado. Mediante la función de protección de bienes jurídicos, el legislador busca que el derecho penal proteja bienes jurídicos necesarios para que el individuo pueda desarrollarse dentro de una sociedad determinada. Así entonces, el Derecho Penal será la rama del ordenamiento que conmine mediante penas aquellas conductas que atenten contra la convivencia dentro de la comunidad.

DÉCIMO OCTAVO: Por otro parte, mediante la función de motivación, el Derecho Penal busca que sus normas sean interiorizadas por los individuos, quienes se abstendrán de incurrir en las conductas sancionadas por la ley penal ya sea, por que introyectan el valor protegido por la ley, o por el temor a la sanción. Así entonces, para el caso de la función de protección de bienes jurídicos la norma penal obrará como norma objetiva de determinación, mientras que en el caso de la función de motivación, la norma se entenderá como subjetiva de determinación, de modo que para que se pueda sancionar una conducta, es necesario que la misma lesione o ponga en peligro bienes jurídicos —antijuricidad material—.

DÉCIMO NOVENO: En los fundamentos jurídicos anteriores hemos desarrollado las diversas posturas sobre la naturaleza de la norma penal y como, para el caso del ordenamiento peruano, es necesario entender el injusto penal como un ente complejo, compuesto tanto por el desvalor de acción, como por el de resultado, de manera conjunta, ya que el principio de lesividad opera no en la fase estática de la previsión legal, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta punible. Se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, en el sentido de que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna típica, concurre el desvalor de resultado, entendido como el impacto en el bien jurídico tutelado, al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, y en ello consiste la denominada antijuricidad material.

VIGÉSIMO: Estando definido lo anterior se debe señalar que el denominado *íter criminis* fue desarrollado por CARRARA. Así, el principal autor de la escuela clásica italiana enseña que el mismo comprendía las siguientes fases: a. Fase ideativa, o de ideación, en la que surge la idea criminal en la mente del delincuente. b. Fase preparativa, en la cual el agente dispone los medios elegidos con miras a crear las condiciones básicas para la realización del delito perseguido. c. Fase ejecutiva, en la que el agente emplea los medios elegidos para realizar el delito perseguido. d. Fase de consumación en la que el agente obtiene el resultado típico propuesto, mediante los medios por él dispuestos para el efecto. La primera fase abarca los momentos de la ideación del delito, la deliberación que precede a la decisión de cometerlo y la resolución criminal, en la que la voluntad se inclina por la realización del delito. REYES ECHANDÍA considera que en esta fase preparativa los actos aún son equívocos, para hacer referencia a que puedan estar dispuestos tanto para cometer el delito, como para otro comportamiento (4).

VIGÉSIMO SEGUNDO: El primer presupuesto para que se estructure la tentativa es la necesidad de exteriorización de la conducta mediante la realización de ac-

tos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación del hecho. En efecto, es necesario que el sujeto activo de la conducta exteriorice su personalidad mediante actos que supongan algo más allá de su fuero interno. Para que la conducta entre en la fase de ejecución es requisito que el agente realice una conducta en el sentido jurídico penal del término, lo cual, en todo caso, supondrá la realización de una serie de actos externos sin que se pueda penar a alguien por su forma de ser, de pensar etc. Así entonces, la doctrina ha distinguido en el desarrollo del *íter criminis* los denominados actos preparatorios de los actos ejecutivos, para señalar, que solo a partir de los segundos, es punible la tentativa. La Corte Suprema ha destacado que en el proceso del delito se destacan dos fases: la fase interna que comprende la ideación y la fase externa que abarca los actos preparatorios, la tentativa, la consumación y el agotamiento del delito. Los actos preparatorios, vienen a ser la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar lo que se propone, los que generalmente también son atípicos y, por ende, impunes (5).

VIGÉSIMO TERCERO: Así entonces, en el acto preparatorio aún no se alcanza a poner en peligro el bien jurídico, por lo que estaremos frente a actos preparatorios, cuando se inicie el peligro de lesión para el interés jurídicamente tutelado sin que sea necesario tener en consideración el plan del autor, pues dogmáticamente ello sería incorrecto, ya que hay tentativa cuando el sujeto da inicio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicado todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico tutelado, lo que no ocurrió en el caso de autos, pues únicamente se habrían dado inicio a los actos preparatorios (al haberse encontrado benzodiacepina en uno de los vasos), los que no son punibles por no constituir propiamente actos ejecución del tipo penal, pues como se indicó anteriormente, para que exista tentativa se requiere el comienzo de la ejecución, es decir de actos idóneos y eficaces para lesionar el bien jurídico protegido, de los cuales pueden también deducirse la voluntad del agente, y que revelen el comienzo de la ejecución según el plan que se ha propuesto el autor. Lo cierto es que el hallazgo de benzodiacepina en uno de los vasos no evidencia, *perse*, el inicio de la realización del delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia. En efecto, de acuerdo con el marco fáctico transcrito en el fundamento jurídico segundo no se desprende un peligro inmediato para el bien jurídico ni se puede deducir del mismo, la verdadera voluntad del agente.

VI. La tentativa acabada y la tentativa inacabada

La distinción entre tentativa acabada y tentativa inacabada forma parte de nuestra tradición jurídico-penal. Los efectos prácticos de esta distinción aparecen cuando estamos frente a casos de desistimiento o arrepentimiento.

1. La tentativa acabada

Existe tentativa acabada cuando, conforme al plan y representación del autor, se han realizado todos los actos que resultan necesarios para la consumación del delito, pero esta —en efecto— no se produce.

2. La tentativa inacabada

Por el contrario, la tentativa inacabada existe cuando el autor —igualmente según su plan y representación— no ha culminado con la ejecución de los actos necesarios para lograr la consumación del delito. Es esta falta de culminación del plan delictivo del agente la que determina —generalmente— la no culminación del delito.

Jurisprudencia

21 de enero de 2014

Recurso de Nulidad 815-2013, Lima Sur

2.2. En la configuración de una tentativa delictiva cabe indicar que en ciertos casos se requiere la concurrencia de tres requisitos: a) Resolución criminal. b) Comienzo de la ejecución. c) Falta de consumación, sea por desistimiento o por circunstancias externas.

2.3. En la tentativa se distingue entre dos formas, de un lado, la inacabada y, del otro, la acabada; la diferencia entre ambas radica en la representación de los hechos por el autor, sobre la base del estado de realización de estos. Así, en la primera forma, el agente no logró realizar lo necesario para alcanzar el resultado propuesto, en tanto, en la segunda forma, se realizaron los actos necesarios para la consumación del delito.

2.4. Por su parte, para que se configure un desistimiento en tentativa, acabada deben cumplirse como requisitos que: a) Haya una actividad positiva del agente. b) Se aprecia voluntariedad del desistimiento. c) El desistimiento debe ser definitivo. d) Debe apreciarse eficacia del desistimiento. Dado que se desarrollan acciones destinadas a la consumación del delito, en este tipo de tentativa se requiere también para la configuración del desistimiento el despliegue de acciones positivas por el agente, para evitar la consumación del delito.

2.5. Precisamente porque en esta clase de tentativa se desarrollan acciones orientadas a la consumación del delito, la norma exige que se verifique si esas acciones, de manera independiente, podrían haber consumado otro ilícito del catálogo penal y, de ser así, el agente deberá responder bajo esa calificación jurídica.

VII. La tentativa punible y la impune

Aunque, por regla general, la fase de ejecución del delito es desde ya merecedora de sanción penal, existen determinados supuestos que presuponen la impunidad de la tentativa. Estos son la tentativa inidónea y el desistimiento en la tentativa.

1. La tentativa inidónea

Se conoce como *tentativa inidónea* aquella cuando la consumación del delito es manifiestamente imposible. Esta imposibilidad de la consuma-

ción del delito se puede deber a (i) la absoluta inidoneidad del medio empleado para su comisión o a (ii) la absoluta impropiedad del objeto.

Hablamos de *absoluta inidoneidad del medio empleado* cuando el medio que se emplea para cometer el delito no tiene la capacidad para afectar el bien jurídico tutelado. Por ejemplo: Daniela, quien se dice bruja y hechicera, lanza unos maleficios contra Renzo a fin de provocarle lesiones corporales. Aunque, según el plan criminal de Daniela, el hecho de proferir conjuros agota el proyecto delictivo (lo concluye), es una conducta que no puede ser sancionada, pues según el conocimiento científico carece de la capacidad de provocar efectos en la integridad corporal de una persona.

Existe *absoluta impropiedad del objeto* cuando el objeto sobre donde recaen los actos materiales carece de capacidad para ser lesionados. Por ejemplo: Juan ingresa de noche a la habitación de su suegra y coloca sobre ella una almohada con el objetivo de asfixiarla; no obstante, una hora antes del ingreso de Juan a su habitación, la suegra había fallecido de un paro cardiaco, por lo que su vida no podía ser afectada.

La impunidad de la tentativa inidónea es reconocida por el art. 17 del CP peruano: «No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto».

En concordancia con el art. 17 del CP, es necesario afirmar también que:

> Aunque *ex post* toda tentativa demuestra no haber sido adecuada para consumar el delito, pueden distinguirse entonces (*ex post*), una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que *en un principio* eran capaces de consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión *desde un primer momento*.[1325]

Estas últimas son las denominadas *tentativas inidóneas*. Así, existirá tentativa inidónea, siguiendo a Jescheck, «cuando la acción del autor dirigida a la realización de un tipo penal no puede llegar a la consumación por razones fácticas o jurídicas. Sucede esto en los casos de inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto»[1326].

[1325] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general 7.ª ed.*, 354.
[1326] Jescheck: *Tratado...*, *op. cit.*, 724.

Para autores como Berdugo Gómez de la Torre y otros[1327], además, se debe hacer una distinción con base en la probabilidad de lesión del bien jurídico protegido entre aquellos casos que plantean una inidoneidad absoluta (por ejemplo, el intento de homicidio con el arma descargada, el intento de hacer abortar a la mujer que no está embarazada o el disparo sobre un cuerpo muerto) de aquellos otros que pueden clasificarse como de inidoneidad relativa, en donde sí es identificable la posibilidad de la producción del resultado típico y, por lo tanto, hay una situación de peligro provocada por la acción del sujeto, razón por la cual estos casos sí deben ser punibles como tentativa.

2. El desistimiento en la tentativa

Cuando una persona inicia la ejecución de un delito y se decide voluntariamente a no seguir con la ejecución del mismo o impide que se produzca el resultado, puede ser beneficiado con la impunidad de su acto de tentativa cuando los actos practicados no constituyan por sí mismos otros delitos, es decir, en tanto no se hayan configurado previamente otros delitos.

Para verificar el desistimiento en tentativa, resulta esencial que el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor; sin embargo, cuando el resultado no se produce por la propia voluntad de este, nos encontraremos ante la figura del desistimiento. Para autores como Bacigalupo[1328], dependerá fundamentalmente del grado de realización alcanzado por el hecho y, en este sentido, se debe hacer una distinción entre la *tentativa acabada* —cuando el autor según su plan haya realizado todos los actos necesarios para que se consuma el delito faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado— y la *tentativa inacabada* —cuando de acuerdo al plan del autor el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y en el momento cuando se la considera restan todavía por cumplir actos necesarios para producir el resultado—.

Así, para el desistimiento de la tentativa inacabada será necesario la *omisión de la continuación* de las acciones tendientes a la consumación, la *voluntariedad del desistimiento*, que en la tentativa inidónea será posible en tanto el autor no conozca la inidoneidad, y que el *desistimiento sea definitivo*, es decir, que haya una renuncia completa a la ejecución sin reservarse la continuación.

[1327] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 239-240.
[1328] Bacigalupo: *Manual...*, *op. cit.*, 174-177.

En el caso de la tentativa acabada, el desistimiento requiere un requisito más: que el autor *impida por los medios a su alcance la producción del resultado.*

La impunidad del desistimiento en la tentativa está reconocida en el art. 18 («Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos») y el art. 19 («Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquel que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación») del CP peruano. En concordancia con el art. 18 del CP, el desistimiento excluye la pena en forma personal; sin embargo, los delitos que hubieran alcanzado consumación antes del desistimiento no son afectados en su punibilidad por esta excusa absolutoria y son plenamente punibles.

VIII. La penalidad de la tentativa

En virtud de su condición de expresión del tipo penal amplificado, la penalidad a aplicar en los casos de tentativa es siempre dependiente de la penalidad establecida para el tipo penal consumado.

Sin embargo, hay que recordar que el art. 16 del CP impone —no propone— al juez penal una reducción prudencial de la pena del delito tentado respecto al delito consumado. La referencia legal a la disminución prudencial de la pena supone la necesidad de que el operador motive suficientemente los motivos que llevan a que proponga la pena concreta.

Capítulo IX

LA TIPICIDAD (VI)

La extensión de la tipicidad: la participación en el delito

I. Autoría y participación: cuestiones iniciales

Los tipos penales están estructurados generalmente en referencia a quien realiza la acción típica (el ejecutor). Referencias como «el que mata a otro...», «el que ofende o ultraja a otra persona...» y «el que omite prestar socorro...» son constantes en nuestros códigos penales.

Un entendimiento así del tipo penal significaría limitar el castigo penal solo al ejecutor directo, lo que plantearía un grave problema de impunidad en la medida en que dejaría fuera de cobertura penal el comportamiento de quienes asisten o contribuyen con el autor. Por eso, se extiende la tipicidad a la conducta de los colaboradores en el hecho punible.

II. La autoría

El art. 23 del CP señala: «El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo comentan conjuntamente, serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción». Por su parte, el art. 25 del CP indica: «El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena».

De este modo, el CP establece una distinción entre la figura central del hecho delictivo, quien realiza el hecho punible (directa, indirecta o conjuntamente), de quien tiene un papel secundario y colabora en su realización. Fija por tanto una distinción entre el autor y el partícipe.

Esta distinción, ciertamente, por lo general carece de relevancia en la determinación de la pena, en la medida en que —con excepción de la complicidad secundaria— la autoría y la participación reciben el mismo reproche punitivo.

III. La distinción entre autoría y participación: teorías

Las teorías sobre la distinción entre autoría y participación en derecho penal suelen ser agrupadas en teorías extensivas y teorías restrictivas.

1. Teorías extensivas de autoría: la teoría subjetiva

Las teorías extensivas de autoría mantienen una cercana proximidad con un concepto unitario de autor, pues estiman que la distinción entre autor y cómplice no es de carácter substancial y son las consideraciones de política-criminal las que exigen una respuesta penal diversa.

a) Teoría subjetiva de Von Buri

Entre las posiciones extensivas de autoría destacan la teoría subjetiva que, partiendo de la teoría de la equivalencia de condiciones postulada por Von Buri, según la cual no era posible distinguir objetivamente entre las aportaciones de autor y cómplice, establecía la distinción entre autoría y complicidad a partir del ánimo que movía al agente. Así, el sujeto que hubiere actuado con ánimo de autor (*animus auctoris*) debía responder como tal, en tanto que quien actuaba como partícipe (*animus socci*) obtenía su calificación a partir del ánimo que guiaba su comportamiento.

b) Teoría subjetiva del «acuerdo previo»

La teoría del *acuerdo previo* es atribuida al desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo español desde la sentencia del 7 de noviembre de 1890. Esta teoría, a partir de 1924, ya era doctrina dominante y predominante hasta aproximadamente 1939 donde adquiere una posición secundaria.

Según la idea central de esta teoría —escasamente fundamentada, como recuerda Gimbernat—, la existencia de un previo acuerdo entre los intervinientes convertía en autores a todos ellos. Fundamental era entonces la resolución conjunta de realizar el hecho punible; la cercanía o la lejanía de la intervención al resultado aparecen estrictamente casuales. De este modo, cuando exista acuerdo previo, cada interviniente actúa a nombre propio y de los demás.

Contra la teoría del acuerdo previo, se sostiene que aquella destruye el principio de tipicidad, la responsabilidad por el hecho propio y la garantía de seguridad jurídica que la misma ofrece en tanto la atribución de la condición de autor no depende de aquello que en efecto hizo el ciudadano, sino de aquello que podría haber hecho.

A nivel crítico, aunque se reconoce que desde la perspectiva causal no existen distinciones objetivas entre el hecho de autor y del partícipe, sí existen desde la perspectiva valorativa.

2. Las teorías restrictivas: la teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho

En contraposición a las teorías extensivas de autor, aparecieron *posturas de corte restrictivo* que afirmaban la existencia de distinciones entre el autor y su partícipe. Dentro de este sector se ubican la *teoría objetivo-formal* y la *teoría objetiva del dominio del hecho*.

La *teoría objetivo-formal* tuvo, en su momento, notable acogida en la doctrina penal de habla hispana. Según sus planteamientos, el autor resultaba ser aquel que realice total o parcialmente la conducta típica, es decir, quien realiza el tipo penal.

En esta teoría, la distinción entre autor y partícipe se relacionaba con el momento cuando aquellos intervenían. Es autor aquel que interviene en la fase de ejecución del delito, es cómplice aquel que realiza un acto preparatorio o una acción accesoria en la acción ejecutiva llevada a cabo por otro.

A nivel de la fundamentación del por qué se consideraba autor a quien realizaba la acción ejecutiva, se destaca, en primer lugar, el sentido expresivo de la acción ejecutiva. En efecto, para los defensores de la teoría objetivo-formal, el ejecutor proyecta una mayor peligrosidad y reprochabilidad con lo que genera una impresión distinta en la sociedad que el mero aporte preparatorio. En segundo lugar, la condición de autor se fundamentaría en el sentido literal posible de los tipos penales cuyos términos se dirigen esencialmente a los ejecutores.

Las críticas formuladas contra la teoría objetivo-formal se pueden ubicar a distintos niveles. Con relación al planteamiento de la presunta mayor reprochabilidad de quien ejecuta el hecho, se destaca la poca garantía de éxito que produce la variedad de indeterminación de los criterios de reprochabilidad.

A su favor se refiere que pudo establecer distinciones entre la autoría y la participación, mientras que sus puntos críticos se ubicaban en su incapacidad para considerar los supuestos de autoría mediata y algunos de coautoría.

Sin embargo, ha sido la *teoría objetiva*, llamada también *teoría finalista de autor* o, más comúnmente, *teoría del dominio del hecho*, la posición que hoy en día cuenta con mayores defensores.

La *teoría del dominio del hecho* parte del concepto de acción final esbozado por el alemán Hans Welzel y, según sostiene Roxin, es la que cuenta indiscutiblemente con el mayor número de defensores.

IV. La autoría y sus expresiones desde la teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho, propugnada por Hans Welzel, es —como ya se dijo— la posición dominante en el discurso jurídico-penal moderno que sirviera de fuente al legislador penal de 1991 en lo concerniente a autoría y participación criminal y que es la preponderante en la praxis jurisprudencial peruana.

Según esta teoría, indica Roxin:

> [...] el autor no debe de determinarse de acuerdo con la dirección de su voluntad, sino según la importancia, objetivamente considerada, de su aporte al hecho; es autor quien, de acuerdo con el papel desempeñado en el despliegue de la acción, ha tenido el dominio o codominio del suceso.

En palabras de Welzel: «El autor final es señor y dueño de la decisión y su ejecución, y con esto, dueño y señor de "su" hecho, al cual le da forma conscientemente en su existencia y en su forma»[1329].

Dicho dominio del hecho típico puede manifestarse de diversas maneras: *dominio de la acción*, en los supuestos de autoría directa o inmediata; *dominio de la voluntad*, frente a la autoría indirecta o mediata, y *dominio funcional del hecho*, en la coautoría.

Para ubicar al lector en nuestros planteamientos, me detendré a esbozar algunas notas generales respecto a estas categorías.

1. Autor directo

De acuerdo con el criterio objetivo-material de dominio final del acto, un autor directo será aquel que realiza el delito personalmente, esto es, quien de un modo directo realiza (ejecuta) la conducta típica. Este concepto resulta bastante similar a la redacción propuesta por el art. 23 del CP.

Siendo así, será indispensable el análisis de cada tipo penal para determinar al autor directo, en quien deben concurrir las calidades que requiera para sí el tipo penal y deberá realizar el elemento subjetivo especial que requiera el comportamiento.

[1329] Welzel: *Estudios de derecho penal*, 82-83.

El autor, en frase de Welzel, es el «quien anónimo» de los tipos penales; por tanto, los tipos de la parte especial son tipos de autoría, pues es autor quien los realiza. Este es un concepto ontológico o real de autor porque responde al significado propio de la palabra *autor*. Nuestro Código Penal acoge esta concepción al señalar que son autores: «El que realiza por si o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente» (art. 23).

El autor, frente al partícipe, es quien tiene el dominio del hecho, es decir, en frase de Maurach, quien tiene dolosamente en sus manos el curso del suceder típico. Sus consecuencias, según Jescheck, son 1) que siempre es autor quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo (dominio de la acción), 2) que es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento —autoría mediata— (dominio de la voluntad) y 3) que es autor el coautor, quien realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global, aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva (dominio funcional del hecho). En los tipos culposos es autor todo aquel que causa el resultado, determinado por la violación del deber de cuidado, pues no existe dominio del hecho.

2. Autor mediato

La autoría mediata, según palabras de Roxin, se determina como aquella forma de autoría donde la realización del tipo penal se realiza «sirviéndose de otro y empleando la persona de este para los fines propios de modo que, mediante su instrumentalización (su utilización como "**instrumento**") se domina mediatamente (como "**sujeto de atrás**") el acontecer»[1330] (énfasis agregado).

En estos casos, la voluntad del autor directo queda relegada por la voluntad del ejecutor mediato, quien tiene —usando términos de Jakobs— el «superior dominio de la decisión»[1331]. El dominio del hecho por dominio de voluntad se puede obtener por coacción, por error o por organización. Veamos a continuación cada una de estas formas de dominio de la voluntad.

A. Dominio del hecho por dominio de voluntad por coacción

Comprende los casos donde el ejecutor carece de voluntad debido a la violencia o amenaza ejercida por el verdadero autor: el hombre de atrás. Queda claro como en estos casos quien domina el hecho

[1330] Roxin: *Derecho penal. Parte general: especiales formas de aparición del delito II*, 84.
[1331] Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 763.

no es el ejecutor de la acción, quien aparece como un simple instrumento del verdadero autor. Los medios coactivos que utiliza el *autor detrás del autor* deben ser idóneos para generar el efecto de doblegar la voluntad del ejecutor.

B. Dominio del hecho por dominio de voluntad por error

Es posible observar el dominio del hecho por persona distinta al ejecutor de la acción cuando aquel es inducido a error por quien resulta ser el verdadero autor. En estos casos es autor no quien realiza la acción, sino quien provoca y genera el error en el ejecutor. La punición del ejecutor solo podría ser objeto de punición si el hecho fuese punible a título de imprudencia.

C. Dominio del hecho por dominio de voluntad en aparatos organizados de poder

Esta propuesta dogmática corresponde a los desarrollos de Claus Roxin y surge históricamente como un intento de determinar el título de imputación correspondiente a Adolf Eichmann, uno de los más altos mandos del régimen nacionalsocialista alemán, por los crímenes realizados por la organización criminal nazi. En ese ámbito, se parte de la siguiente idea expresada por el Tribunal Regional de Jerusalén al sentenciar contra Eichmann: «[L]a magnitud de la responsabilidad crece, más bien, mientras más se aleje uno de aquel que maneje el arma asesina con sus propias manos, y llegue a los niveles de mando más elevados»[1332].

Esta concepción ha sido confeccionada a partir de la teoría del dominio del hecho y las tres formas de dominio del hecho reconocidas doctrinalmente: dominio del hecho por acción, dominio del hecho por voluntad y dominio del hecho funcional. En el ámbito del dominio del hecho por voluntad, incorpora al dominio de voluntad por coacción y dominio de voluntad por error una tercera forma de dominio de voluntad descrita a continuación.

- **El dominio del hecho por *dominio de organización***

  En los casos de dominio de voluntad por organización, los ejecutores o autores directos resultan ser simples piezas intercambiables. Siendo esto así, no resulta necesario ni siquiera que el «hombre de atrás», quien ordena la ejecución del comportamiento, conozca al ejecutor, pues este (el hombre de atrás), en

[1332] Citada por Roxin: «Dominio de la organización y resolución al hecho», 516.

virtud de la organización del aparato de poder, podrá confiar en que así uno de los ejecutores no cumpla con su orden algún otro ocupará su lugar y realizará su mandato. Es así como el hombre de atrás resulta ser la figura principal del hecho.

Cualquier persona que se encuentra en los mandos superiores de un aparato de organización y destine su capacidad de efectuar órdenes a la realización de hechos punibles responderá por el delito a título de autor mediato.

Faltaría definir entonces en qué casos existe dominio de voluntad por organización. Roxin, anticipándose a los cuestionamientos que se pudieran dirigir a la falta de precisión del «dominio por organización», advierte que resultaría inconveniente establecer un concepto de autor con límites exactos y debe este surgir de «las formas estructurales del dominio» en el concreto supuesto fáctico. Así, el dominio de voluntad por organización se convierte en un concepto abierto. No obstante, sí es posible delimitar sus caracteres fundamentales.

Roxin parte de la idea de que la vida de la organización criminal es totalmente independiente del estado cambiante de sus integrantes. En ese contexto, la *fungibilidad del ejecutor* es probablemente el factor fundamental para la configuración del dominio de voluntad por organización.

El punto de partida para la comprensión de la propuesta dogmática del dominio del hecho en aparatos organizados de poder es determinar qué se califica como un aparato de poder.

Dentro de nuestra doctrina jurisprudencial nacional, el desarrollo más significativo es el contenido en la sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República en el conocido caso del expresidente Alberto Fujimori Fujimori (sentencia del 7 de abril de 2009 recaída en el Expediente AV 19-2001).

Jurisprudencia

Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 7 de abril de 2009

Expediente AV 19-2001*

719. LA AUTORÍA MEDIATA. Se identifica como autoría mediata aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta [...].

Por tanto, será un autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechando el error en que éste se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces.

La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata, es, pues, la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona. Se trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta, por lo que debe hacérsele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita.

720. FORMAS DE AUTORÍA MEDIATA. En la actualidad se admiten tres formas de autoría mediata. En todas ellas el agente actúa o incide dominando la voluntad del intermediario material. Por consiguiente, «*el autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito*».

Inicialmente, sólo se reconocían dos modalidades de autoría mediata:

(1) La primera provenía del «*dominio por error*», ya que en ella el autor mediato dominaba la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que éste realizaba, o al darle al suceso donde aquél intervenía, un sentido o significado distintos del que realmente le correspondía.

(2) La segunda modalidad era la del «*dominio por coacción*». Aquí, el hombre de atrás direccionaba la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal inminente y grave que estaba en sus facultades realizar.

En ambos casos, pues, era el hombre de atrás quien condicionaba y decidía la estructura del hecho delictivo, de manera tal que la conducta realizada por la persona interpuesta sólo podía imputársele como obra suya.

(3) La tercera modalidad es conocida como «*autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*», cuyas características, presupuestos, requisitos y consecuencias serán objeto de un análisis posterior.

Es importante destacar que en torno a esta modalidad de autoría mediata, subsisten algunas posiciones discrepantes entre los autores nacionales y extranjeros que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad, pese a no darse en ella la horizontalidad, o la relación directa o periférica que

* A efectos de no generar confusiones al lector, se han suprimido las notas de pie que correspondían a la sentencia citada. El lector puede consultarlas en el texto íntegro disponible en <bit.ly/3l3woVY>.

caracteriza a aquéllas. Esta interpretación discrepante sobre la posición dogmática del nivel superior estratégico, también se ha proyectado en la jurisprudencia nacional. En efecto, en la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema —caso Abimael Guzmán Reynoso— del catorce de diciembre de dos mil siete un voto singular consideró la hipótesis de la coautoría. Al respecto el propio ROXIN ha aclarado que con relación a la coautoría «*falta una resolución común hacia el hecho, la cual, según la doctrina absolutamente dominante, es presupuesto de cualquier "comisión conjunta" en el sentido de la coautoría. Y es que el hombre de atrás y el ejecutante mayormente ni siquiera se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones con igual rango. La ejecución de un requerimiento, como el que se presenta en los casos en cuestión, se basa en una orden y no en una decisión conjunta*». Y con referencia a la instigación ha sostenido que «*la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato*».

§ 2. La autoría mediata en el Código Penal peruano

721. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y TEXTO VIGENTE. El Código Penal peruano de mil novecientos veinticuatro no incluía en su artículo 100 una definición legal de autor mediato. Sin embargo, el Código Penal de mil ochocientos sesenta y tres en el inciso 2), de su artículo 12, aludía, aunque en términos no muy precisos, que también podían ser considerados como autores del delito «*los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros*».

Los Proyectos de Reforma del Código Penal de mil novecientos veinticuatro que se sucedieron desde octubre de mil novecientos ochenta y cuatro hasta enero de mil novecientos noventa y uno, y que precedieron al Código vigente, incorporaron expresamente una fórmula legal alusiva a la autoría mediata. No obstante, en su secuencia evolutiva describieron esta forma de autoría utilizando expresiones diferentes. Así, por ejemplo, los Proyectos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (artículo 28), agosto de mil novecientos ochenta y cinco (artículo 40) y de abril de mil novecientos ochenta y seis (artículo 40) precisaban que también era autor el que realizaba el delito «*sirviéndose de otro*». En cambio, los Proyectos de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (artículo 28), de julio mil novecientos noventa (artículo 28) y de enero de mil novecientos noventa y uno (artículo 23) optaron por identificar como autor mediato a quien cometía el delito «*por medio de otro*». Esta última redacción es la que ha recepcionado la legislación vigente. Efectivamente, el Código Penal de mil novecientos noventa y uno reconoce tres formas de autoría en su artículo 23, correspondiendo la segunda a la autoría mediata. Según esta disposición será autor «*El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente...*».

722. POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. La doctrina y la jurisprudencia nacionales han coincidido en aceptar que dicha fórmula normativa da cabida y legitimidad a las distintas formas de autoría mediata. En ese sentido, se han pronunciado HURTADO POZO, VILLAVICENCIO TERREROS, BRAMONT ARIAS y Bramont-Arias Torres y VILLA STEIN. Igualmente, los Tribunales nacionales han aplicado la doctrina de la autoría mediata, sobretodo al resolver casos vinculados a organizaciones criminales.

Por consiguiente, la discusión del caso *sub judice* a partir de los contenidos dogmáticos y político criminales de la autoría mediata resulta admisible, legal y justificada.

§ 3. *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*

1. Antecedentes y desarrollos de la dogmática penal

723. ORIGEN. Fue el jurista alemán CLAUS ROXIN quien a partir de mil novecientos sesenta y tres comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata, a la que denominó «*autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*». De esta manera buscaba aportar una solución dogmática a los problemas de autoría que surgían en el debate sobre la vinculación y el *status* penal que debía imputarse a los órganos centrales o entes estratégicos de aparatos de poder organizados, que si bien no intervenían directamente en la ejecución de delitos realizados desde estas estructuras, sí los decidían, programaban y planificaban. Según la tesis central de su reflexión era posible identificar en estos casos un dominio de la voluntad distinto a los tradicionales supuestos basados en la coacción y el error.

724. El surgimiento de esta propuesta tuvo como punto de partida el análisis de los *casos Eichmann y Staschynski*. La evaluación de estos procesos judiciales demostró que no era posible vincular a los procesados con las opciones clásicas de autoría mediata. Sin embargo, ROXIN constató que ambos implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos en realidad respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras, los cuales dominaban y conducían su realización. A partir de ello, se podía concluir que el ejecutor inmediato del delito, los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero que no eran excluyentes entre sí.

Así, mientras el primero de ellos tenía en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la producción material del hecho punible, el segundo y el tercero poseían el *dominio de la organización*. Es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, a través del aparato de poder que estaba a su disposición. Lo que hacía de estos últimos verdaderos autores mediatos, ya que «*el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata*».

Por tanto, se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor inmediato. Siendo así, el fundamento de esta forma de autoría mediata no puede basarse, pues, en un dominio o control sobre la «*persona interpuesta*», ya que ésta finalmente «*es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones*». El dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor.

725. RECEPCIÓN JUDICIAL DE LA TESIS DE ROXIN. La concepción de ROXIN fue invocada judicialmente por primera vez en mil novecientos ochenta y cinco y mil novecientos ochenta y seis, en las sentencias que pronunciaron los Tribunales argentinos que tuvieron a cargo el juzgamiento y la revisión de la condena de las Juntas Militares que gobernaron Argentina entre los años mil novecientos seten-

ta y seis y mil novecientos ochenta y tres —sentencias de nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, y de treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y seis dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respectivamente—. Los magistrados de la primera instancia llegaron a la conclusión que los mandos militares eran responsables penalmente en calidad de autores mediatos. Así, en el punto VII.6 de la sentencia de instancia, subtitulado «*El camino a seguir*», se hizo hincapié en que los procesados habían mantenido siempre el dominio sobre los ejecutores y, por consiguiente, debían responder como autores mediatos de los delitos cometidos. Dicha decisión fue luego debatida por la Corte Suprema de Justicia y en un fallo dividido la mayoría de sus integrantes aplicaron también la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización.

Posteriormente, fue el Tribunal Supremo Federal alemán —en la sentencia del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cuatro (BGHSt, Tomo cuarenta, páginas doscientos dieciocho/doscientos cuarenta)— quien recurrió a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, para responsabilizar penalmente a los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana, por los homicidios cometidos mediante disparos o a través de la colocación de minas con cargas explosivas mortales, en las inmediaciones del Muro de Berlín. En esta ocasión se declaró autores mediatos de estas muertes a los tres integrantes del Consejo Nacional de Defensa. De esta manera se modificó la sentencia de primera instancia que sólo los había considerado instigadores de tales ilícitos.

En nuestra jurisprudencia también se ha atribuido tal modalidad de autoría mediata al líder del grupo terrorista Sendero Luminoso Abimael Guzmán Reynoso. Tanto la sentencia de la Sala Penal Nacional del trece de octubre de dos mil seis, como en la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema —voto de la mayoría de dicho Tribunal—, del catorce de diciembre de dos mil siete, lo responsabilizaron por los homicidios y atentados ejecutados por los niveles operativos de dicha organización ilegal. En estas decisiones de la judicatura nacional, a los ejecutores materiales se les consideró autores directos de tan execrables hechos, mientras que a Guzmán Reynoso se le imputaron tales delitos al haber tenido el dominio de la organización, por ejercer el control político y militar de Sendero Luminoso desde su posición y jerarquía en el Comité Central o Dirección Central.

Actualmente a la tercera modalidad de autoría mediata propuesta por ROXIN, se le han aportado desde la doctrina penal alterna o derivada nuevos enfoques y denominaciones, siendo las más utilizadas las siguientes: «*autoría a través del poder de mando*», «*dominio de la organización*» o «*dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder*».

La doctrina penal nacional también ha analizado la posibilidad de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, por lo que la discusión de sus alcances y aplicación en el presente caso es pertinente.

2. El Presupuesto General: La existencia de la organización

726. ORGANIZACIÓN ESTRUCTURADA. CARACTERÍSTICAS. La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la «*existencia previa de una organización estructurada*». Ésta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su

interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional.

En tal virtud, una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad, es, pues, **(i)** la «*asignación de roles*». Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con supuestos de coautoría. En este sentido, ROXIN ha precisado que «*tampoco puede hablarse de "división del trabajo" —lo que en la actualidad de manera general se considera como elemento central de la coautoría— cuando el detentador de poder deja a órganos ejecutantes toda la realización de su orden*».

Es importante destacar también como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, el que **(ii)** desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el «*mecanismo funcional del aparato*», esto es, su «*automatismo*» o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato. Será, pues, este «*funcionamiento automático del aparato*» lo que realmente garantice el cumplimiento de la orden. Por tanto, no será indispensable que exista una disposición expresa y que esté contenida en un documento, por la que el nivel superior estratégico ordene directamente el cumplimiento de una función específica al ejecutor inmediato. Sin embargo, ello no significará que aquél se aleje por completo del actuar concreto de la organización, sino, más bien, que su presencia se advierta en la configuración u operatividad de una serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder, los cuales permiten que el aparato permanezca activo y cumpliendo sus designios delictivos. A esta conclusión arribaron Ambos y Grammer al atribuir a los integrantes de la Junta Militar Argentina, Videla y Massera, responsabilidad penal como autores mediatos de los delitos de secuestro, torturas y posterior asesinato de la joven estudiante alemana Elisabeth Käsemann. Según ellos, los militares argentinos «*pudieron estar seguros de que sus órdenes tendrían consecuencias, pudieron confiar, por lo tanto, en el procedimiento reglado del aparato de poder por ellos conducido y que se creó a través de sus órdenes*».

3. Los Presupuestos Específicos y sus Requisitos

727. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS FUNCIONALES. La identificación de las organizaciones jerárquicas que constituyen los aparatos de poder organizado, que sirven de base a la forma de autoría mediata que se analiza, requiere también de la constatación de la presencia de lo que el Tribunal Supremo Federal Alemán ha denominado las «*condiciones marco*». Es decir, de presupuestos y requisitos funcionales. Estos son los siguientes: **1)** el poder de mando; **2)** la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; **3)** la fungibilidad del ejecutor inmediato; y **4)** la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho.

Estas condiciones marco deben ser analizadas de manera conjunta. No obstante, ello no significa su adición aritmética para configurar como resultado el dominio de la organización. Sino, más bien, que su evaluación debe hacerse caso por caso, evitando así una visión parcial, sesgada o desnaturalizada de su estructura y de su funcionamiento.

728. NIVELES. Para desarrollar un análisis adecuado y útil de estas condiciones marco, podemos examinarlas en dos niveles.

(A) Uno, de carácter objetivo que comprende **i)** el *poder de mando* y **ii)** la *desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder*. El primero de estos requisitos resulta trascendental para materializar el dominio de la organización; mientras que, el segundo, le dará mayor solidez a este dominio. Por tanto, cabe calificar a ambos como el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato) edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal.

(B) El otro, de carácter subjetivo, donde estarían ubicadas **i)** la *fungibilidad del ejecutor directo* y **ii)** su *elevada disponibilidad hacia la realización del hecho*. Estos dos requisitos subjetivos son consecuencia del propio automatismo y derivan de lo que ROXIN denomina la «*palanca del poder*». Ello es trascendente, pues permite inferir que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por éste del evento criminal, conllevará a su *fungibilidad* o sustitución por la de otra persona interpuesta que tenga una mayor *predisposición a la realización del hecho típico*.

4. Los Presupuestos y Requisitos Objetivos

4.1. El Poder de Mando.

729. CONCEPTO. Como se ha señalado es condición fundamental, para imputar autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado, el *poder de mando*.

El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior —del hombre de atrás— de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar.

El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato.

Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque, como se detallará más adelante, el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que *el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado*.

730. FORMAS DEL PODER DE MANDO. En este ámbito, cabe distinguir entre el poder de mando que se ejerce en el nivel superior estratégico y el que se realiza en los niveles intermedios. Es, pues, importante distinguir que el poder de mando se puede expresar de dos formas. La primera, desde el nivel superior estratégico hacia los niveles intermedios tácticos u operativos. Y, la segunda, desde los niveles intermedios hacia los ejecutores materiales. En ambos casos, dicho poder de mando se manifestará siempre en línea vertical. Esto último será determinante para la atribución de una autoría mediata hacia todos los mandos en la cadena del aparato de poder, ya que no se pueden equiparar la forma y alcance con las cuales el nivel estratégico superior imparte o trasmite sus decisiones,

con aquellas que realizan los mandos intermedios hacia los ejecutores directos, justamente por la posición diferente que ocupa cada estamento al interior de la organización criminal. El dominio de la organización que se ejerce desde el nivel estratégico superior será, pues, distinto del que detenta el mando intermedio, ya que quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete.

Esta visualización de la organización y de sus jerarquías funcionales, ha sido aplicada en la judicatura nacional para interpretar el diseño de Sendero Luminoso. Efectivamente, la Sala Penal Nacional precisaba que la llamada *Dirección Central* era la que ejercía el «*poder real de dominio de toda la organización*», ya que se encargaba de presidir y dirigir las reuniones que se llevaban a cabo con los *organismos intermedios* y a su vez controlar el correcto funcionamiento del aparato criminal. Por su parte, estos «*organismos intermedios*» estaban integrados por los llamados *Comités Regionales* y *Comités Zonales*. Luego, en un escalón inferior, se encontraban los *Comités Subzonales* y los *Comités de Células*. Además, la Sala Penal Nacional señalaba que al haberse militarizado este grupo terrorista, todas las estructuras trabajaban en función de la realización de operaciones armadas. En tal sentido, cuando conformaban el denominado *Ejército Popular*, los que eran *Secretario Político* y *Subsecretario de un Comité*, pasaban a ser, *Mando Político* y *Mando Militar*, respectivamente.

731. GRADOS DE RESPONSABILIDAD Y REPROCHABILIDAD

1. El grado de responsabilidad penal también difiere para quien se encuentra en el escalón superior máximo y será mucho mayor que el que corresponde atribuir a quien se encuentra en un nivel intermedio. Este mayor nivel de responsabilidad fue puesto de relieve por el Tribunal de Jerusalén en el caso Eichmann. En esa ocasión se señaló que «*la medida de la responsabilidad crece siempre más cuanto más uno se aleje de aquellos que ponen las armas letales en acción con sus manos, alcanzado a los escalones más altos del mando,...*». Similar posición asumió la Sala Penal Nacional con relación a los líderes de Sendero Luminoso. Al respecto, se destacó que «*El poder fáctico de control, decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado en cierto modo con la mayor responsabilidad de quienes están en las posiciones más altas*». En ambos casos, pues, se verificó judicialmente lo que ROXIN refiere en torno a «*... que la pérdida en proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato se ve compensada crecientemente en dominio organizativo*». Lo que permite concluir que la responsabilidad se incrementará cuanto más se aleje de la comisión del hecho delictivo y se acerque más al nivel estratégico superior del aparato de poder organizado.

2. Cabe destacar, en este contexto, que el grado de reprochabilidad que ha de recaer sobre el titular del poder de mando será siempre más intenso cuando el origen del mismo parte de un marco de legitimidad formal. En estos casos, pues, corresponderá un mayor grado de desvalor, porque aquél abusando de su posición de dominio produce una doble afectación al sistema al crear y dirigir una estructura organizacional jerárquica y delincuencial, a la vez que paralela y encubierta. Primero, por haberse alejado del orden legal establecido y que era la fuente del uso legítimo de su poder; y, luego, porque al ser conocedor del marco jurídico existente diseña y activa dicha estructura criminal de modo que resulta menos identificable a las autoridades encargadas de la prevención y control del delito.

3. Es relevante precisar que quien actúa en línea periférica o colateral a una cadena de mando, sea como consejero o simple emisario de las disposiciones de los niveles estratégicos o intermediarios; o de quien sólo se limita a proporcionar los medios necesarios para la comisión del delito, sin posibilidad alguna de emitir órdenes, sólo podrá ser considerado como cómplice. Pero, para poder determinar este rol subsidiario a la cadena de mando será necesario reconocer la posición real que se ocupa dentro de la organización, así como el tipo de aporte que se realiza para la concreción de los hechos ilícitos. Por tanto, no resulta compatible con la configuración e intervención de este sector periférico o colateral la denominación de «*mandos intermedios inferiores*» que le asigna parte de la doctrina nacional. Sobretodo, porque el término «*mando*» implicará siempre la capacidad de emitir una orden basándose en el grado de dominio que se ejerce sobre la estructura criminal. Por tanto, todo aquél que en atención a su jerarquía pone en funcionamiento la maquinaria del aparato de poder organizado, para la comisión del delito, deberá responder siempre como autor mediato.

4. Un caso particular que se ha de tomar en cuenta es el *poder de mando entre niveles intermedios* o lo que se podría denominar también la *posición de mando a mando*. Esta variante se presenta generalmente en aparatos de poder organizados complejos. Ahora bien, la presencia de una cadena de mandos intermedios no excluye la imputación de responsabilidad equivalente de unos y otros. En estos supuestos, es importante reiterarlo, todo aquél que se encuentra en una posición específica privilegiada con capacidad de impartir órdenes, responderá a título de autor mediato, pues sus disposiciones permitirán que la estructura criminal siga activa.

5. Por consiguiente, no se puede admitir entre estos niveles de mando intermedio o secuencial, como causa de exculpación, el hecho de que «*solamente se encargó de transmitir la orden*» proveniente de otro mando. Ello debido a que su disposición y mando determinan también que la conducta punible se realice. Tampoco cabe argüir como eximente, en estos casos, el argumento de que «*si no lo hubiera hecho otro se hubiera encargado de hacerlo*» pues el mando intermedio tiene cabal conocimiento, por su posición en una estructura jerárquica, que su intervención será parte activa en la concreción de las conductas criminales que realicen finalmente los ejecutores. Según Roxin, esto también fue destacado por el Tribunal de Jerusalén para justificar la condición de autor de Eichmann, la cual no se veía afectada «... *aún cuando él esté en una relación de subordinación respecto del órgano, como un mero ejecutor. Porque la figura de la víctima sin sentido, por más importante que sea en la teoría del autor para sancionar la conducta del mandante, va más allá, en referencia al comportamiento personal del ejecutor, hasta el viejo y ya antes mencionado pretexto de la causalidad superadora...*». En consecuencia, pues, dicho autor destaca que «*quien comete un delito no se libera de su responsabilidad por la circunstancia de que si él no lo hace, otro habría consumado el hecho. Por otra parte, Eichmann no era sólo un ejecutor, sino que a la vista de sus subordinados era, al mismo tiempo, un mandante, de modo tal que los criterios que hacen de sus inspiradores autores mediatos también lo alcanzan a él*».

732. PODER DE MANDO Y ÓRDENES. CLASIFICACIÓN

1. Como se ha enunciado, la manifestación más característica del poder de mando es la orden. Esta debe entenderse como un mandato que dispone la realización de un hecho o misión y que debe cumplir el subordinado en

atención a la posición y jerarquía funcional de quien la transmite. Puede ser verbal o escrita. Sin embargo, también puede expresarse a través de signos o gestos. Por tanto, respecto a las órdenes, se pueden distinguir dos planos.

En un primer plano, cabe ubicar las *órdenes formales* que adquieren tal condición en función de *disposiciones, directivas* y *mandatos*. En cambio, en un segundo plano se encuentran las *órdenes por su efectividad material*, es decir, las *señales, expresiones, gesticulaciones, acciones concretas o expresiones afines de distinta índole*. Cabe precisar que el titular del poder de mando puede, según los casos y las circunstancias de su intervención, dar a sus órdenes cualesquiera de las dos expresiones que se han detallado.

2. Las órdenes del primer plano son frecuentes en aquellas organizaciones que apartándose del régimen formal y legítimo que gobiernan su estructura, se desvían hacia la realización de fines delictivos. En estos casos, se busca aprovechar la base legal con la que se constituyeron para «*disfrazar*» la comisión de sus actos ilícitos. Así la utilización de órdenes del primer plano, llámense disposiciones, directivas, mandatos y/o normativas, etcétera, pueden coincidir o no con los procedimientos usuales del marco legal - formal. No obstante, esto último resulta irrelevante ya que el aparato de poder viene actuando al margen del Derecho y con la finalidad concreta de realizar conductas punibles. Es más, las experiencias conocidas judicialmente sobre estructuras de poder organizado de naturaleza u origen estatal muestran que lo común es que no se registre en una disposición o documento el mandato ilegal, pues lo que es importante es el poder concreto, efectivo y real que se ejerce por el nivel de mando dentro de la organización y que los subordinados reconocen como tal.

3. El caso de las Juntas Militares de gobierno argentinas, ha posibilitado evidenciar este tipo de proceder. Así lo refiere CASTILLO ALVA, citando a SANCINETTI: «*Todas las operaciones contra la subversión y el terrorismo, llevadas a cabo por las fuerzas armadas y por las fuerzas de seguridad, policiales y penitenciarias bajo el control operacional, en cumplimiento de lo dispuesto por los decretos 261/75, 2770/75, 2771/75 y 2772/75 fueron ejecutados conforme a los planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las fuerzas armadas y por la junta militar a partir del momento de su constitución*».

4. Las órdenes del segundo plano se emplean, generalmente, por los aparatos de poder organizado que se han estructurado desde sus orígenes desvinculados totalmente del ordenamiento jurídico. Éste es el caso de las organizaciones terroristas que persiguen la toma violenta del poder político.

5. Según la jurisprudencia nacional, ello ocurrió al interior de la organización Sendero Luminoso mediante el poder de decisión que detentaba su Dirección Central. En efecto, conforme a lo establecido por la Sala Penal Nacional muchas de las órdenes que se emitían consistían en una serie de gestos y prácticas codificadas que sólo los integrantes de la organización, y en especial sus dirigentes, utilizaban e interpretaban. Así, era un procedimiento reglado por la cúpula que antes de la realización de un aniquilamiento, se tenía que «*desenmascarar a la víctima*», sea un funcionario público o empresario. Esto último se llevaba a cabo a través del pegado de afiches, reparto de volantes, publicaciones en periódicos u otros medios de comunicación o por concretas críticas que hacía la Dirección a un determinado personaje en las sesiones del Comité Central u otros eventos en los que se proponían el asesinato de ciertas personas. Las mismas que al poco tiempo eran eliminadas y que, luego, la Dirección Central, de manera exprofesa, destacaba como un éxito de

la organización. Según la sentencia de la Sala Penal Nacional, tal procedimiento fue adoptado por Abimael Guzmán Reynoso contra el Vicealmirante en situación de retiro Gerónimo Cafferata Marazzi, durante la denominada IV Conferencia Nacional realizada en 1986.

4.2. El Apartamiento del Derecho. Modalidades y Características

733. DEFINICIÓN. Otro presupuesto objetivo para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es la «*desvinculación*» o «*apartamiento*» del Derecho. Identificando a este último como un sistema u ordenamiento jurídico representado por un *conjunto coordinado de normas generales y positivas que regulan la vida social*. El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el «*Derecho del Estado*» o el «*Derecho nacional*». Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad. Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional.

En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional.

734. ALCANCE DEL APARTAMIENTO DEL DERECHO. SUPUESTOS. Como advierte ROXIN, en estos casos, «*el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico*». Es decir, produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del Derecho. En su análisis sobre los casos Eichmann y Staschynski, él detectó que el poder estatal operaba al margen del Derecho ya que las propias garantías que éste regulaba no tenían efectividad. Sin embargo, ello no implicaba, necesariamente, que los detentadores de dicho poder no estuvieran finalmente regidos por el mismo orden jurídico, sobretodo en su dimensión internacional. Para ROXIN, pues, el apartamiento del Derecho no se refiere únicamente al ordenamiento jurídico interno de cada Estado sino también, y muy particularmente, al Derecho Internacional: «*sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivos y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos*». En esa misma dirección, FARALDO CABANA hace referencia a un «*derecho suprapositivo*» que estaría representado por el orden jurídico internacional: «*explicar como un Estado totalitario puede actuar como un todo fuera del marco del Ordenamiento jurídico, al ser ese marco no el proporcionado por el Derecho estatal sino otro más amplio, llámesele internacional, suprapositivo, supralegal o natural*».

Otro supuesto de autoría mediata, por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, que reconoce ROXIN, se da en los delitos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones similares que colisionan con las normas internas del Estado. Es decir, que operan como «*una especie de Estado dentro del Estado que se ha emancipado del orden comunitario en general, o en determinadas relaciones de la comunidad*».

En suma, para ROXIN el apartamiento o desvinculación del Derecho se presentaría no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de «*criminalidad organizada no estatal*» *y en muchas «formas de aparición del terrorismo»*. Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial. En consecuencia, pues, toda

visualización y comprensión de la desvinculación o apartamiento del Derecho deben comenzar identificando si se trata del ámbito de la criminalidad estatal o de la criminalidad no estatal. Ello será fundamental para poder advertir, en cada estructura y manifestación delictiva, la presencia de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

735. AUTORÍA MEDIATA Y CRIMINALIDAD ESTATAL. Por las características y contenidos de la imputación en el caso *sub judice*, es relevante evaluar las expresiones y manifestaciones concretas de la autoría mediata que se gesta y opera como criminalidad estatal.

1. Al respecto, cabe destacar que ROXIN considera a la criminalidad de los aparatos de poder organizado estatal, como el «*prototipo de criminalidad organizada*». Es más, como refiere ZAFFARONI, la criminología y la criminalística muestran que «*el crimen de estado es un delito altamente organizado y jerarquizado, quizá la manifestación de criminalidad realmente organizada por excelencia*».

2. Es importante señalar que una particularidad trascendente de este tipo de delincuencia, radica en que el nivel superior estratégico del Estado, esto es, su autoridad central utiliza, en el ejercicio de su cargo, las estructuras del aparato estatal para la comisión sistemática de delitos que por su gravedad y riesgos de impunidad adquieren relevancia internacional. Esta forma de criminalidad atenta, pues, contra el orden jurídico vigente, dejando al margen el Derecho legalmente estatuido tanto en su dimensión nacional como supranacional. Por lo tanto, un régimen estatal que desde su nivel estratégico superior ordena la comisión de estos graves delitos no puede ser calificado como un Estado de Derecho. En realidad está totalmente apartado de él.

3. En consecuencia, pues, la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del «*Estado de Derecho*». Esto último es trascendente, ya que consolidará el dominio que aquél ejerce sobre la organización y hará que los ejecutores estén más predispuestos hacia la comisión del delito, en tanto estos conocen e internalizan que no habrá norma o autoridad que pueda limitar o sancionar su actuar delictivo.

4. La *desvinculación del ordenamiento jurídico* en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras. Primero, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo del Derecho y crear un *sistema normativo totalmente diferente* que no es reconocido ni aceptado por el Derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. Segundo, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico. Esto es, inicialmente sólo para la realización de determinados hechos punibles, pero, luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamente los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad. Sin embargo, subrepticiamente intenta crear un *sistema normativo alterno* al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves.

5. Queda claro que la presencia en ambos casos de un apartamiento del Derecho y de la vigencia de dos sistemas normativos paralelos o alternos pro-

movidos desde el mismo Estado, y por quien detenta la máxima autoridad, no pueden ser tolerados por los regímenes democráticos. Por consiguiente, pues, esta situación anómala generará, tarde o temprano, la reacción e intervención de organismos internacionales a los que está vinculado el régimen estatal infractor, para salvaguardar o recuperar el orden jurídico que era reconocido y legitimado por la comunidad internacional.

736. GOBIERNOS DE FACTO Y APARTAMIENTO DEL DERECHO. En este contexto, es relevante, particularmente para el caso *sub judice*, evaluar la condición de los denominados *gobiernos de facto por razón de su ejercicio*. Es decir, aquellos que fueron instituidos con las formalidades estipuladas en la Constitución, pero que luego se van expresando, manifestando y conduciendo fuera de ella o contra lo previsto por ella.

1. GARCÍA TOMA precisa que los gobiernos de facto se constituyen a raíz de «*...hechos que contradicen las normas constitucionales y legales que proveen el modo de constituir un gobierno o el ejercicio mismo del poder político*». En estos casos, refiere el citado autor, el poder de mando de tales regímenes se encuentra viciado por el «*síndrome de la irregularidad jurídica*», lo cual conlleva a «*la ruptura total o parcial del ordenamiento constitucional vigente, mediante una acción súbita y violenta*». La experiencia latinoamericana ha denunciado que estos regímenes de facto, sobre todo aquellos que surgen de golpes de Estado, paulatinamente se van apartando del derecho y auspician un sistema jurídico paralelo dentro del cual la criminalidad de Estado es siempre un efecto latente o manifiesto como se evidenció en varios países de la región en las tres últimas décadas.

2. Con respecto a esto último el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC número 0014-2003-AI/TC, del diez de diciembre de dos mil tres, sexto Fundamento Jurídico, que «*Uno de los criterios para medir el grado de legitimidad de una institución, tiene que ver con lo que el mismo* KARL DEUTSCH *denomina "legitimidad por procedimiento". Mediante éste, por ejemplo, se analiza la forma cómo alguien llega al poder, se hace del poder [o, agregamos nosotros], se crea una institución. Este usufructo del poder [o el proceso de creación de una institución] "se dice a menudo legítima, cuando se llega al mismo mediante un procedimiento 'legítimo', es decir, un procedimiento que los gobernados consideran compatible con la configuración de sus propios valores. Según este punto de vista, su posesión del cargo [o la creación de una institución] es legítima por la forma en que la obtuvo [o se crea], no en virtud de lo que [se] haga en el mismo" [Política y Gobierno, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 28]. En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento.*

   Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993. Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81 de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346 del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional.»

5. Los Presupuestos y Requisitos Subjetivos

1. La Fungibilidad. Clases

737. CONCEPTO. La fungibilidad constituye el primer presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se le ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso. En tal sentido, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, parafraseando la posición de JOECKS, señala que un elemento central de esta forma del dominio de la voluntad lo constituye el *poder de sustitución* de que tiene el hombre de atrás. Esta jurista además, da constancia que en la actual doctrina española y sudamericana, se concede a la fungibilidad igual condición.

Pero, si bien se representa a la fungibilidad como una facultad de absoluto control del nivel estratégico superior, ella se cimienta, en realidad, en la propia configuración que tienen los niveles intermedios y ejecutores que se integran en la estructura criminal de poder que aquél controla totalmente. En tal sentido, como destaca FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la fungibilidad no depende, entonces, del modo de comisión del hecho punible que realiza el ejecutor, sino de su particular integración en la estructura criminal: «*La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable... Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad... Desde luego que el ejecutor es sustituible, por mucho que no haya sido sustituido en el hecho concreto*».

De allí que ROXIN, al exponer las características de la fungibilidad, resalte, continuamente, que tal condición garantiza al hombre de atrás la realización del evento criminal y le permite, a su vez, el dominio del hecho. El ejecutor es, pues, simplemente una «*ruedita cambiable en la máquina del poder*», un «*engranaje*» sustituible en cualquier momento pero que ocupará un lugar central en la materialización de los acontecimientos ilícitos. Ahora bien, desde ese enfoque la fungibilidad incide, justamente, en la mayor probabilidad de concreción del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo indeterminado de ejecutores potenciales, con lo cual en ningún momento el cumplimiento de la orden estará, siquiera mediatamente, en riesgo.

En suma, como reconoce la doctrina extranjera y nacional, «*La fungibilidad debe indudablemente existir durante la ejecución del delito, pero será difícil imaginar un supuesto en el que ésta no existiera también previamente*». De allí que: «*la posibilidad y capacidad de intercambiar a los ejecutores del hecho delictivo acaecido en el seno de una maquinaria de poder organizado no puede prescindir de un análisis ex ante*».

738. CLASES DE FUNGIBILIDAD. En función de lo antes expuesto se pueden identificar dos clases de fungibilidad: *la negativa y la positiva*.

1. La *fungibilidd* [*sic*] *negativa*. Corresponde al concepto tradicional que le otorga ROXIN y que implica, sobretodo, que: «*El agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible*». Es decir, en términos operativos, ello supone en relación a los potenciales ejecutores, que: «*Si uno fracasa, otro le va suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás*». Esta fungibilidad negativa significa, pues, que una posible abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organiza-

ción que le fueron asignados, no impedirá que aquellos sean materializados. Ello, porque el incumplimiento de la orden por el primer ejecutor determinará, por la propia estructura del aparato de poder, que un segundo ejecutor tome inmediatamente su lugar, no afectándose en nada la concreción de la conducta punible. Sin embargo, tal como lo señala BOLEA BARDÓN, la exigencia de una reserva de ejecutores no supone que el número de estos tenga que ser ilimitado. En ese mismo sentido, FARALDO CABANA sostiene que basta contar con un número de integrantes que resulte suficiente para posibilitar el intercambio oportuno de la persona interpuesta que se niega a la realización de la orden dispuesta por el nivel estratégico superior. La doctrina nacional también participa de esta referencia cuantitativa a la fungibilidad negativa. Así, MEINI MÉNDEZ requiere únicamente que la cantidad de ejecutores potenciales sea idónea para asegurar el éxito del plan delictivo.

2. Para graficar esta modalidad fungible, ROXIN aludía a los argumentos planteados por la defensa de Eichmann ante el Tribunal de Jerusalén. Según él, carecía de relevancia que el funcionario nazi no cumpliera con la orden de ejecución de los judíos, ya que ésta, aún en tal supuesto, se hubiera llevado a cabo. De esta manera quedaba en evidencia que el delito no era obra de una persona individual, sino del propio Estado. En la jurisprudencia nacional también se ha aludido a esta posición de fungibilidad negativa. Efectivamente, la Sala Penal Nacional en su sentencia al líder senderista Abimael Guzmán Reynoso, sostuvo: «*el hombre de atrás no dominaba la voluntad del ejecutor de modo directo, sino sólo indirecto a través del aparato criminal*». Ello, en función de la concurrencia de dos factores interdependientes: primero por lo decisivo de la conducción del aparato; y, luego, por la vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía de este aparato.

3. La *fungibilidad positiva*. Surge y se aprecia, justamente, a partir de la concurrencia de una pluralidad de ejecutores potenciales en la estructura del aparato de poder. Esto último otorga al nivel estratégico superior mayor garantía para el cumplimiento de su orden, en función a las necesidades particulares que la ejecución que esta demande. Por tanto, aquél conoce que no tendrá, necesariamente, que utilizar siempre a los mismos ejecutores en la concreción de un hecho punible, sino que podrá intercambiarlos atendiendo a las circunstancias y magnitud de cada evento criminal, para lo cual evaluará, entre otros factores, las especialidades, capacidades y habilidades que estos tengan. En consecuencia, la fungibilidad en sentido positivo otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir, para la comisión del hecho punible, la mejor opción entre todos los ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder. Por tanto, como explica FARALDO CABANA, «*...el criterio de fungibilidad no se determina atendiendo únicamente al momento de la ejecución, sino observando si existen en el momento de dar la orden sujetos dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, con independencia de que al final sean sólo unos pocos los que las ejecuten*».

739. FUNGIBILIDAD Y DISCUSIÓN DOGMÁTICA. Un sector minoritario de la doctrina ha cuestionado la condición de presupuesto esencial, que tendría la fungibilidad para la configuración de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

1. Según sus principales exponentes, lo verdaderamente importante sería la elevada disposición del ejecutor hacia la realización del delito ordenado. Al respecto PARIONA ARANA, precisa que SCHROEDER, desde mil novecientos sesenta y cinco, sostuvo que en la fundamentación de una autoría mediata en aparatos de poder organizados no sería decisiva la fungibilidad de la per-

sona interpuesta, ya que en el caso de que los ejecutores directos no sean reemplazables, en nada se afectaría la responsabilidad de los sujetos que intervinieron en la comisión del hecho punible. Para este último autor, lo determinante para el dominio del hecho por el nivel superior estratégico de una estructura de poder, sólo podría fundamentarse asociando a la fungibilidad la disposición, en todo momento, de los ejecutores a realizar el hecho ilícito. En consecuencia, la fungibilidad sólo sería un medio para lograr el dominio, pero no su razón determinante.

2. En la doctrina y en la jurisprudencia nacional, la tesis de SCHROEDER ha sido seguida por MEINI MÉNDEZ y por la Sala Penal Nacional en la sentencia del caso Guzmán Reynoso. Para el primero, la posibilidad de sustitución es una expectativa de comportamiento delictivo y se convierte en un simple dato estadístico sobre la probabilidad del éxito del plan criminal, por lo que resulta innecesario hacer mención a la posibilidad de sustituir al ejecutor como un elemento decisivo del dominio de la organización. Para la segunda, el dominio radica en el «*aprovechamiento de la predisposición del ejecutor*» para realizar la orden. La posibilidad de sustituir a los ejecutores constituye únicamente la existencia de mayores probabilidades de que la conducta delictiva se materialice, pero no fundamenta dominio alguno.

3. Ahora bien, otro sector de la doctrina ha considerado en cambio que los cuestionamientos formulados a la fungibilidad no son sólidos. Ellos, funcionalmente, sólo expresan dos opciones de enfoque o de perspectiva sobre los roles y niveles de responsabilidad que corresponderán a quienes interactúan en la dinámica estratégica u operativa de la criminalidad al interior de una estructura de poder organizado. En consecuencia, pues, de ellos no emergen posiciones que se contrapongan o subordinen realmente a las de ROXIN, sobretodo en lo atinente al significado dogmático que concede a la fungibilidad para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder de naturaleza y origen estatal. Al respecto, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ ha esclarecido que si bien es correcto el argumento esgrimido por SCHROEDER y sus seguidores, pues, desde el punto de vista del ejecutor inmediato, su grado de responsabilidad será siempre el de autor directo, en tanto este sea fungible o no, se omite valorar que «*la afirmación de tal fungibilidad no está siendo aquí utilizada como fundamento del dominio de la acción del hombre de delante, sino como fundamento del dominio de la voluntad del hombre de atrás*». De igual modo, FARALDO CABANA refiere que lo que «*...la fungibilidad de los ejecutores aporta a la teoría de la autoría mediata con aparatos organizados de poder no es la explicación de cómo el ejecutor se convierte en un instrumento en manos del hombre de atrás, sino la razón que justifica el traslado de la posición central del suceso del hombre de delante al hombre de atrás*». Por tanto, esta autora concluye sosteniendo que si no es posible acreditar la fungibilidad del ejecutor o persona interpuesta, la posibilidad de afirmar una autoría mediata por dominio de la organización se extinguiría. Frente a lo cual sólo cabria «*considerar la posible imputación del hombre de atrás como partícipe, pero ello en nada cambia que el autor inmediato seguiría respondiendo como autor por el delito cometido*».

4. Sin embargo, como se advierte de las últimas publicaciones de ROXIN, la fungibilidad y la elevada disposición hacia la realización del hecho no deben ser apreciadas como presupuestos excluyentes ni mucho menos incompatibles entre sí. Es más, la mayor o menor preponderancia en la atribución de dominio del nivel superior estratégico que aporte una u otra dependerá, casi siempre, de las condiciones concretas que se den en el momento de la emisión

de la orden y de su ejecución. Ambas, pues, son fundamentales para que ese nivel superior estratégico pueda ser objeto de atribución de responsabilidad como autor mediato.

5. Por lo demás, esta última posición, que denominamos «integradora», resulta en el presente la predominante. Por ejemplo, EBERT acepta, sin excluir ni restar relevancia a la fungibilidad, que la disposición al hecho del ejecutor es un presupuesto más que se ha de cumplir para la configuración del dominio de la organización por parte del hombre de atrás. Lo mismo ha sostenido FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, al destacar que muestra absoluta coincidencia con ROXIN para considerar también al criterio de la «*disposición incondicional*» de la ejecución del hecho propuesto por Schroeder, como un presupuesto más en la construcción, verificación y atribución de casos de autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

2. La predisposición a la realización del hecho ilícito

740. NECESIDAD DE SU INCLUSIÓN. Los tres presupuestos hasta ahora analizados: poder de mando, apartamiento del derecho y fungibilidad, constituyeron por mucho tiempo los tres pilares básicos sobre los cuales ROXIN apoyó su tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, este autor en sus últimos estudios ha considerado la inclusión e integración de un cuarto presupuesto denominado: *disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho.*

Como ya se señaló, el origen de este nuevo presupuesto se relaciona con el enfoque que a la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización aportó SCHROEDER («*disposición condicionada a actuar*») desde mediados de los años sesenta y que, luego, también fuera desarrollado por HEINRICH («*inclinación típicamente organizativa al hecho*»).

Su utilidad jurisprudencial para la solución de casos de autoría mediata, en delitos de criminalidad estatal, fue puesta de manifiesto a mediados de los noventa, por el Tribunal Supremo Federal Alemán, en la sentencia emitida contra los integrantes del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana. En esa ocasión, se fundamentó la responsabilidad del autor mediato señalando que el hombre de atrás se aprovechaba de la «*disposición incondicional que el actor inmediato tiene para realizar el tipo*».

741. DEFINICIÓN. En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a «*millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos*».

Sobre el carácter incondicional o condicional de tal predisposición no se ha alcanzado todavía consenso en la doctrina y en la jurisprudencia. Sin embargo, hay acuerdo en reconocer que este rasgo aparece ligado a la posición e integración del ejecutor con el aparato de poder, con sus órganos de dirección y con los objetivos que ambos representan y desarrollan. Su fundamento, entonces, radica, pues, en que el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizada de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho,

actúa con una motivación distinta de aquél otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito.

Cabe señalar que una característica de las estructuras criminales, sobretodo de aquellas que configuran una jerárquica vertical, es que el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura.

En tal sentido, el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuente común. Él tiene conocimiento que el hecho no le pertenece tanto como pertenece al aparato de poder del que es parte. Si no se sintiera ni actuara, pues, como parte integrante de esta estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios. En su comportamiento él verá reflejados los objetivos de ese ente colectivo, de sus jefes y mandos superiores a los cuales obedece y se encuentra subordinado. Esto tiene una explicación psicosocial, la cual se basa, principalmente, en la valoración de legitimidad que hace el ejecutor de su propia pertenencia a la estructura criminal, lo cual desarrolla en él una tendencia a la adaptación positiva de toda meta, acción o rol que se le asigne, aunque estos tengan un contenido manifiestamente delincuencial. Por lo que, la probabilidad del éxito de la orden emitida por los niveles estratégicos superiores de la organización será mayor y contribuirá al dominio del hecho que se traslade a estos como autores mediatos. Esta predisposición psicológica hace que el ejecutor le refiera al superior jerárquico, de manera implícita o indirecta, con su conducta y sujeción, que se someterá a sus designios. De esta manera, como interpreta PARIONA ARANA, el hombre de atrás habrá alcanzado el dominio de la persona interpuesta «*a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho*».

3. Coautoría

Forma de participación delictiva conocida también como *autoría funcional*. Aquí el dominio del hecho corresponde no a una persona, sino a una pluralidad de sujetos[1333], quienes realizan el comportamiento típico en codominio del hecho que, en este caso, se basa en la división funcional para la realización del hecho delictivo.

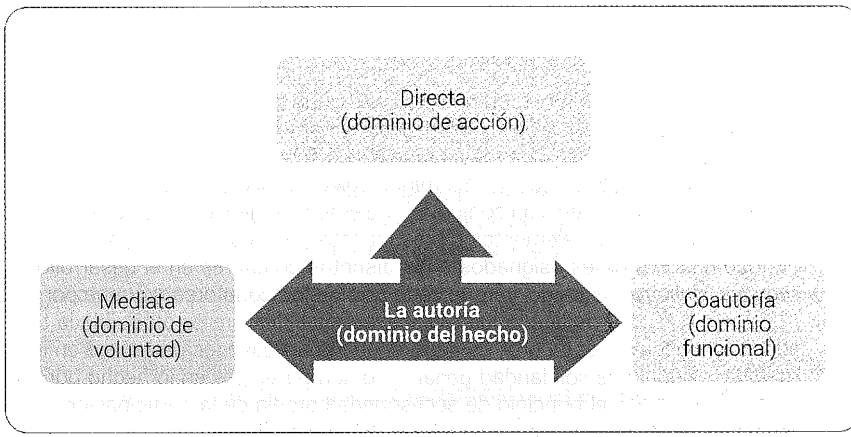
Para su existencia se requiere de dos aspectos: en primer lugar, el aspecto objetivo, constituido por el plan común para cometer el hecho, así como en la aportación material en la fase de ejecución del mismo; en segundo lugar, el aspecto subjetivo, configurado por el codominio del hecho por existir acuerdo de voluntades.

Con respecto al tipo de aportación que se requiere para considerar a un individuo coautor, el debate es amplio. Por ejemplo, Bacigalupo[1334]

[1333] Welzel: *Estudios...*, *op. cit.*, 96.
[1334] Bacigalupo: *Derecho penal. Parte general, ed. peruana*, 473.

considera que es necesaria la colaboración objetiva en el hecho; mientras que Jakobs[1335] establece que incluso las aportaciones de carácter espiritual pueden ser determinantes para la configuración de la coautoría, aunque en este caso las aportaciones a las que hace mención (consejo) son también de carácter objetivo. En suma, será necesaria la existencia de una aportación objetiva, cualquiera que sea su contenido, para la imputación de un comportamiento a título de coautor.

Otra cuestión fundamental es que el aporte del autor funcional, como ocurre en la autoría directa, debe tratarse de un *presupuesto indispensable durante el estadio de ejecución del delito*. Esto significa que quien interviene en la *periferia del acontecimiento* no puede calificarse como figura central del delito ni como *señor del hecho*.



Jurisprudencia

Sentencia Casatoria del 20 de julio de 2010

Casación 55-2009, La Libertad

CUARTO: Que de la declaración de hechos probados, expuesta en el segundo fundamento jurídico de esta Ejecutoria, fluye que el encausado Guevara Abanto conjuntamente con otros tres individuos, todos ellos armados, atacaron a los vigilantes de la empresa ESVISAC, a quienes les dispararon y, luego, sustrajeron las armas de fuego que portaban. Los hechos así glosados permiten colegir fundadamente que los asaltantes, entre ellos el imputado Guevara Abanto, siguieron un plan delictivo previamente determinado y lo ejecutaron decididamente sorprendieron a los vigilantes, los dispararon y les sustrajeron las armas de fuego

[1335] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 751.

que portaban. Es obvio, entonces, que, el encausado Guevara Abano intervino en la decisión común y que realizó un aporte objetivo al hecho punible.

Así las cosas, no hay duda a los efectos de la subsunción típica que los cuatro individuos actuaron en coautoría, figura jurídico penal que supone la realización conjunta de un delito por varias personas que intervienen en el conscientemente. En el caso concreto medió un supuesto de coautoría ejecutiva, en la que se produjo un reparto de las tareas ejecutivas: si bien todos atacaron y dispararon sus armas de fuego, es obvio que no todos los disparos de necesidad mortal fueron realizados por el imputado Guevara Abanto, quien según la sentencia recurrida los disparos que efectuó no impactaron a la víctima.

Disparar contra los agraviados fue la ejecución de un plan común, aceptado por todos. Así, entonces, las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. La contribución del imputado, formando parte del grupo, atacando al unísono a los agraviados y apoderándose de las armas es, pues, un eslabón importante de todo el acontecer delictivo. El resultado muerte permaneció en el ámbito de la decisión común acordada previamente, que se expresó en la forma como e atacó a los vigilantes, no fue un exceso de uno de los asaltantes matar al agraviado.

El imputado cometió en común con otros el hecho punible. Hubo, pues, *pactum scaeleris* —que, como es obvio, no necesariamente ha de ser formal e incluso puede ser tácito, basta que se desprenda su existencia de la misma naturaleza y dinámica de los hechos que se incriminan colectivamente—, elemento subjetivo —dolo compartido o decisión conjunta— y elemento objetivo —aportación causal decisiva. Dados estos elementos o presupuestos, de obsta la variedad y diversa entidad de los papeles asignados a los distintos coautores en el desarrollo del proyecto delictivo asumido, ya que cada uno de los coautores no tiene por qué realizar la totalidad de la conducta típica, aunque siempre es atribuible la totalidad de la acción a cada uno, es decir, el hecho delictivo les pertenece en igual medida —vínculo de solidaridad penal—, no son partícipes en lo hecho por otro y por ello no juega el principio de accesoriedad propia de la participación en un hecho ajeno. No se infringió el artículo 23 del Código Penal.

Jurisprudencia

Sentencia Casatoria del 11 de junio de 2019

Casación 1039-2016, Arequipa

Noveno. Ahora bien, dicha norma regula la coautoría en base a tres requisitos: a) decisión común: entre los intervinientes existe una decisión común de realizar el delito, en base a una actuación colectiva orientada al logro exitoso del resultado; b) aporte especial: el aporte individual que realiza cada actuante es esencial o relevante para el logro del plan de ejecución; c) tomar parte en la fase de ejecución: cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación, quiere decir que la participación ejecutiva de contenido final al dominio funcional al hecho en la coautoría.

Décimo. Ahora bien en la doctrina se distinguen teóricamente varias formas de coautoría; a) la coautoría sucesiva, que consiste en que una persona participa en un hecho, cuya acción se inició en régimen de autoría única por otro sujeto, a fin de acopando su actuación con la de este, lograr la consumación, en este tipo de coautoría no se requiere un acuerdo expreso; b) la coautoría alternativa, la misma se define como el acuerdo de voluntades que determina que el hecho no lo realice por sí solo un sujeto determinado sino cualquiera del colectivo alternativamente, dependiendo de las circunstancias más propicias para la ejecución; c) la coautoría aditiva o agregada, esta aparece cuando varias personas siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo alguna o algunas de las acciones de dichas personas producirán el resultado típico.

Jurisprudencia

Sentencia Casatoria del 24 de agosto de 2020

Casación 1426-2018, Cusco

TERCERO. Que, en cuanto al encausado Barrientos Chávez, desde los hechos declarados probados se entiende que es quien planificó la comisión delictiva, incorporó a sus demás coimputados en los hechos, financió todas las actividades y pagó a los que «contrató» con tal finalidad; además, con un celular, monitoreó el decurso del ataque criminal contra los agraviados.

∞ El artículo 23 del Código Penal reconoce tres formas de autoría: autoría directa individual, autoría mediata y coautoría, y, desde los artículos 23 al 25 del citado Código, asume una visión diferenciada de la intervención punible.

Por tanto, la pluralidad de intervinientes en el hecho, como en el presente caso, exige determinar si se está, respecto de un concreto interviniente, ante un autor o ante un partícipe (instigador o cómplice).

∞ La autoría mediata —cuya nota característica es el superior dominio de la decisión por el autor mediato— a su vez se expresa en dos casos o formas, al dominar la voluntad de los ejecutores materiales o intermediarios (quienes tienen una posición subordinada), sea que éstos actúen sin antijuricidad o sin culpabilidad (son impunes), o que siendo punibles el dominio de la voluntad se manifiesta a través del dominio de la organización (aparatos de poder organizados). Desde luego, sin ingresar a mayores debates jurídicos, los elementos de la autoría mediata por dominio de organización —en orden a la doctrina que la informa— requieren, ente otros, que ésta tenga determinadas características institucionales y que sus miembros se integren en ella y conscientemente sigan las directivas, incluso generales, de quien o quienes las dictan —del hombre de detrás—.

∞ Es patente que ésta —la autoría medita— no es la que se condice con la conducta del encausado Barrientos Chávez en relación con la de sus demás coimputados. No se está ante una organización delictiva, sino ante una típica expresión de codelincuencia configurada para un comportamiento criminal concreto. Y, como corresponde, si se toma en consideración lo realmente sucedido, es indiscutible que, tratándose de que el delito de homicidio calificado, en tanto delito de cominio —la responsabilidad surge de un acto organizativo— y de resultado, el aporte del citado imputado, llevado a cabo en un evidente contexto social delictivo, se realizó desde una posición o competencia preferente respecto del resto de intervinientes. Es, pues, un coautor en el marco de una división o reparto objetivo del trabajo delictivo —en la realización del delito—. Él tenía una competencia con-

junta y realizó aportes prohibidos principales y determinantes, de modo que con los demás coautores, ya sancionados, lo cometió conjuntamente. El imputado Barrientos Chávez tenía, en sentido normativo, una mayor cantidad de dominio en la configuración del delito: aportó una decisión, organizó la ejecución de los dos homicidios calificados y de cierta forma la controló.

∞ Resulta, desde esta perspectiva, sostener que «*La coautoría concurre cuando, según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución co-determinan la ejecución de ésta, o el que se lleve o no a cabo*». Sus requisitos son la decisión común del hecho y la intervención en la comisión a título de autor [JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal – Parte General*, Marcial Pons Editores, Madrid, 1997, pp. 745-746].

∞ En conclusión, el Tribunal Superior interpretó incorrectamente los requisitos de la autoría mediata y que lo jurídicamente correcto de la calificación de la conducta del acusado Barrientos Chávez es encuadrarla dentro de la coautoría.

CUARTO. Que, en lo atinente al encausado Segura Echegaray, según los hechos declarados probados, es de entender que realizó aportes prohibidos desde un reparto objetivo del trabajador delictivo, pero esta intervención alcanzó al nivel de facilitación (contribución o auxilio) del delito —dolosamente prestó ayuda a otro(s) para la comisión dolosa de un hecho antijurídico—. Es manifiesto que el imputado sabía y estuvo de acuerdo con el plan criminal, se ubicó en el vehículo donde se encontraban los dos agraviados, no se opuso ni alertó a las víctimas, ayudó a subir a la tolva a los agraviados luego de los disparos, acompañó en todo momento a los coautores ejecutivos y, finalmente, disfrazó los hechos para hacerlos aparecer como un robo. Queda claro, desde su propia definición, que la complicidad, está vinculada con la idea del *incremento del riesgo*, de suerte que bastaría que el cómplice haya aumentado la chance de la acción que cumple el tipo de producir el resultado, que la haya facilitado [STRATENWERTH, GÜNTER: *Derecho Penal Parte General I*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p.428].

∞ Estos son aportes activos. Pero, por lo demás, como es sabido, la complicidad puede tener lugar por acción o por omisión [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 524]. Y, tratándose de la complicidad realizada a través de una acción, los aportes pueden ser materiales o incluso psíquicos.

∞ El aporte del citado acusado, Segura Echegaray, fue considerada por los jueces de mérito, como secundaria. En función a lo realmente ocurrido y a las posibilidades de la actuación del referido imputado es razonable estimar que, en efecto, se trató de una prestación prescindible, sustituible por otra equivalente.

∞ Desde esta perspectiva, entonces, ha sido correcta la calificación de la intervención delictiva de Segura Echegaray como de complicidad simple o secundaria, conforme al artículo 25, segundo párrafo, del Código Penal, pues «[...] *de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia* [a la realización del hecho punible].

V. La participación: su accesoriedad (limitada), el título de imputación y sus formas

La participación criminal es la cooperación dolosa en la realización de un delito doloso. Esto supone necesariamente que la participación se encuentra referida siempre a un hecho ajeno: el hecho doloso del autor.

Son partícipes aquellos que, tomando parte en el delito, no realizan la acción típica. La participación alcanza a los cómplices e instigadores porque sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, pero no son acciones típicas en el sentido de que no realizan por sí solas la acción descrita en el tipo. Determinar a otro a matar a un tercero (instigar) no es matar a otro; prestar ayuda a otro para que robe no es robar, sino cooperar en un robo y, por lo tanto, complicidad.

Los arts. 24 y 25 del CP regulan estas formas de participación equiparando legislativamente en cuanto a las penas, los instigadores y cómplices primarios respecto de los autores. Ellos forman parte antes o durante la ejecución, pero sin tener el dominio del hecho. Para que pueda sancionarse su intervención, el hecho doloso debe haberse iniciado y ser típicamente antijurídico. Recalca Wessels[1336] que «solo es punible la participación dolosa en un hecho principal antijurídico cometido dolosamente».

1. La accesoriedad (limitada) de la participación

Lo dicho hasta ahora sobre la participación nos permite concluir que esta es siempre accesoria. Podemos afirmar entonces la *accesoriedad de la participación*. La accesoriedad de la participación, sin embargo, no es absoluta, sino es limitada.

Se habla de *accesoriedad limitada* de la participación debido a que no es necesario que el hecho del autor sea típico, antijurídico y culpable, sino que basta con que se trate de un hecho típico y antijurídico (injusto). Esta lógica responde a la idea de que la culpabilidad es una categoría personal no transmisible a terceros (los colaboradores).

2. El título de la imputación

Teniendo en claro que la participación criminal nos plantea una limitada accesoriedad con relación al hecho del autor, queda por determinar si esa accesoriedad se traslada al título de la imputación, esto es, a la calificación jurídica del hecho.

[1336] Wessels: *Derecho penal. Parte general*, 163.

En términos generales, se puede afirmar que, en lo relacionado con el título de la imputación, la participación es también accesoria de la autoría, de modo tal que, por ejemplo, si Juan es autor de un delito de homicidio donde colaboró Pedro, este responderá por el mismo título de imputación, es decir, como partícipe del delito de homicidio.

Sin embargo, esta regla general no funciona para el caso de los delitos especiales en virtud de la regla de incomunicabilidad de circunstancias personales que revisaremos más adelante.

3. Las formas de la participación

La participación criminal se expresa de las formas detalladas a continuación.

3.1. La instigación o inducción

Inducción es la causación objetiva y subjetivamente imputable mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de este de un tipo de autoría. Esta forma de participación delictiva consiste en motivar, en inducir al autor directo, utilizando los términos de Jiménez de Asúa: en «mover su voluntad»[1337] a fin de que este realice la conducta criminal. Así, tenemos que el instigador no realiza la infracción penal ni toma parte de la misma, sino que se limita a ejercer una «influencia psicológica» sobre otro, esto es, sobre el instigado.

Desde la perspectiva de la penalidad, la instigación es reprimida —a tenor del art. 24 del CP— con la misma pena que corresponde al autor del hecho.

3.2. La cooperación o complicidad

La complicidad ha sido magistralmente definida por Claus Roxin como «un *incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico*»[1338]. A partir de esta definición trataremos de establecer las exigencias que debe satisfacer una aportación para ser considerada constitutiva de complicidad.

Debe reconocerse, antes de ingresar de lleno al tema, la existencia de cierto consenso doctrinal respecto a la necesidad de integrar los contenidos de la teoría de la imputación objetiva con los desarrollos de la

[1337] Jiménez de Asúa: *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 508.
[1338] Roxin: «¿Qué es la complicidad?», 403.

teoría de la participación delictiva[1339], lo que hace perfectamente válido el recurso a ciertas nociones propias de la teoría de la imputación como la causalidad, la imputación o la elevación del riesgo, antes indicadas.

A. El aporte debe ser causal para el resultado típico

Del mismo modo que en materia de imputación objetiva, se recurre a la causalidad como paso previo a la verificación de la imputación al tipo objetivo[1340], la determinación de si un aporte constituye o no complicidad exige también establecer si el mismo es causal al hecho principal. La causalidad aparece entonces como «presupuesto fundamental de imputación para todo delito de comisión consumado»[1341].

Se plantea entonces la necesidad de una «vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice»[1342], lo que supone establecer la relación de causalidad entre la acción del cómplice y el hecho que se reprocha penalmente para poder afirmar la existencia de «asistencia» en el sentido que propone el art. 25 del CP. Correctamente sostiene Jakobs: «La "acción que realiza el tipo" no cabe favorecerla sino mediante la causalidad por el resultado»[1343].

Por tal motivo es que se plantea la exigencia de recurrir al requisito de *causalidad de la complicidad*, el cual se supera cuando la acción del cómplice ha posibilitado, facilitado, incrementado o intensificado el hecho principal. Si esa vinculación causal no existe, entonces, se deberá negar la posibilidad de lograr la punición del partícipe por tratarse de una complicidad *tentada* impune.

Según planteamientos mayoritarios[1344], la verificación del requisito de causalidad de la complicidad no se satisface únicamente con que el hecho del cómplice suponga una elevación del riesgo de lesión del bien jurídico, sino que —en efecto— ese peligro se haya concretamente realizado.

Esta exigencia de vinculación causal entre el aporte del cómplice y el hecho principal es igualmente válida tanto para la complicidad pri-

[1339] Bacigalupo: *Derecho...*, *op. cit.*, *passim*; Blanco Cordero: *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, 16 y ss.

[1340] Puppe: *La imputación del resultado en derecho penal*, 61.

[1341] Roxin: «¿Qué es...», *op. cit.*, 404; Blanco Cordero: *Límites...*, *op. cit.*, 18; Zaffaroni, Alagia y Slokar: *Manual de derecho penal. Parte general*, 771.

[1342] Jescheck y Weigend: *Tratado de derecho penal. Parte general I*, 744.

[1343] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 812-813.

[1344] Maurach, Gössel y Zipf: *Derecho penal. Parte general II*, 457.

maria como para la complicidad secundaria[1345] y es justamente la que excluye la posibilidad de considerar aportes constitutivos de complicidad, que son aquellos realizados cuando el delito se ha consumado.

Se ha precisado que todo aporte que pretenda ser calificado como acto de complicidad debe ser causal al hecho principal y se han dado algunas pautas —en negativo— sobre los aportes que no pueden ser considerados como causales al hecho principal. Sin embargo, no se ha determinado qué fórmula utilizar para considerar un aporte «causal» al hecho del autor.

Esto es trascendente en la medida en que la doctrina aún no es capaz de delimitar cuál de las diversas teorías sobre la causalidad permite una solución más coherente en la determinación del nexo causal[1346]. Sin afán de tratar de eludir la problemática, creo que los aspectos problemáticos que presenta la determinación del *nexo causal* en sede de imputación objetiva son menos intensos en el ámbito de la complicidad. Mientras que, en sede de imputación objetiva, la disquisición sobre la causalidad tiene por objetivo determinar cuál de una serie de condiciones es causa del resultado; en sede de complicidad, la pretensión es mucho menor y supone únicamente determinar al menos si el aporte es *condición del resultado*. Por ello, Roxin sostiene que «la complicidad no tiene que ser una *conditio sine qua non* para el resultado en el sentido de que este no se hubiera producido sin aquella. La complicidad *puede* ser una condición indispensable para el resultado [...]. Pero no tiene que serlo»[1347].

Ahora bien, el modo en que esta relación de causalidad entre el aporte del cómplice y el hecho del autor se expresa varía según la concreta forma de complicidad que se alegue y se recuerda que existen dos diversas formas de complicidad: la complicidad física y la complicidad psíquica.

Si la complicidad es de carácter físico, la constatación de la relación causal será entre la contribución del cómplice y la realización del tipo penal. Puede decirse, en términos de Blanco Cordero, que: «El examen de la conexión causal es [en estos casos] de carácter científico natural»[1348].

[1345] Para una distinción entre ambas, *vid.* Pérez Alonso: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, passim.*

[1346] Sobre las mismas, *vid.* Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 346 y ss.; Luzón Peña: *Curso de derecho penal. Parte general I*, 365.

[1347] Roxin: «¿Qué es...», *op. cit.*, 404.

[1348] Blanco Cordero: *Límites...*, *op. cit.*, 18 (entrelínea agregada).

De modo distinto, la complicidad psíquica exige ya no una conexión naturalística entre aporte y conducta típica, sino una vinculación entre el aporte del cómplice, su influjo en la psique del autor y la realización del tipo penal[1349].

B. El aporte debe incrementar y realizar el riesgo jurídicamente desaprobado

Como en el ámbito de la imputación objetiva, en la complicidad la vinculación causal del aporte al hecho principal no es suficiente para afirmar la concurrencia de complicidad. Es además necesario superar la barrera que impone la idea del *incremento y realización del riesgo jurídicamente desaprobado*.

Esto supone que el aporte causal al hecho principal debe estar configurado como un aporte incrementador del riesgo que provoque que la *vinculación fáctica* existente entre el aporte del cómplice y el hecho del autor (relación causal) sea también una vinculación de carácter teleológico o normativo[1350].

Esta exigencia se deriva también del texto del art. 25 del CP, pues el incremento de riesgo para la víctima supone el aumento de las posibilidades del autor y con ello se le *presta auxilio* o *asistencia* en el sentido del texto legal.

La introducción del elemento *aumento de riesgo* en el ámbito de la complicidad se debe a un aporte de Schaffstein[1351] e implica —precisa Roxin— su reconducción al fundamento de la participación[1352].

Pues bien, la referencia a la creación o aumento de riesgo impone la tarea de delimitar cuándo un comportamiento es *peligroso* mediante la *previsibilidad objetiva de realización del delito*. Esta *previsibilidad objetiva de realización del delito* viene determinada mediante un «juicio de pronóstico *ex ante* desde la perspectiva del observador objetivo situado en la posición del autor»[1353].

[1349] Blanco Cordero: *Límites...*, *op. cit.*, 19.

[1350] *Ibid.*, 21.

[1351] Quien, sin embargo, prescindía de la exigencia de la relación de causalidad. Al respecto, *vid. idem.*

[1352] Roxin: «¿Qué es...», *op. cit.*, 420.

[1353] Blanco Cordero: *Límites...*, *op. cit.*, 150-151.

C. La situación de las acciones cotidianas o conductas neutrales

Existe una parcela de comportamientos que encaja dentro de lo que comúnmente se conoce como *acciones cotidianas* o *conductas neutrales* que son acciones que, aunque son inicialmente inocuas, pueden ser incorporadas por el autor a su plan delictivo, con lo cual quedarían «formalmente» integradas por los tipos penales amplificados[1354].

La problemática que acarrea, para el derecho penal, esta clase de conductas ha sido recientemente puesta de manifiesto por la doctrina[1355] y se puede sintetizar en la siguiente interrogante formulada por Wohlers: «¿[E]s suficiente la existencia de un aporte causal del cómplice para la realización del hecho principal, o si dentro del grupo de aportes causales para la comisión de un delito es posible hacer una selección de criterios valorativos (normativos)?»[1356].

La respuesta puede formularse en los siguientes términos: *No toda aportación causal al hecho principal puede propiciar la imputación a título de complicidad (primaria o secundaria); las aportaciones neutras valorativamente son penalmente irrelevantes.*

Pero con esta respuesta en realidad no se avanza mucho, pues la referencia a la irrelevancia penal a título de complicidad —primaria o secundaria— de las aportaciones causales de carácter neutral deja por delimitar cuáles son esos aportes valorativamente neutros y cuáles son los fundamentos de esta neutralidad valorativa.

La doctrina ha intentado responder a la cuestión recurriendo a una serie de posiciones doctrinales. Así, hay quienes encuentran el fundamento de la impunidad de las acciones neutrales en la prohibición de regreso (Jakobs, Feijoo, Caro John), existen quienes hablan de una referencia delictiva de sentido (Frisch y Meyer Arndt), otros que recurren a la idea del incremento de riesgo (Roxin), al prin-

[1354] Blanco Cordero: *Límites...*, *op. cit.*, 2 y ss., 8-9 (quien destaca que la problemática de las acciones neutrales no se limita a la participación, sino también a la autoría); Rueda Martín: «Complicidad a través de las denominadas acciones cotidianas» en *Derecho Penal Contemporáneo*, 100.

[1355] En este sentido, *vid.* Ransiek: «Colaboración neutral en organizaciones formales» en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 333; Wohlers: «Complicidad mediante acciones "neutrales". ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?» en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, 424. García Cavero da cuenta del «estado difuso de la discusión jurídico-penal sobre el tema» (García Cavero: *Derecho penal económico. Parte general*, 498). Aunque como problemática jurídico-penal se planteó ya a inicios del siglo xx por Bar. Así, en relación con su desarrollo histórico, *vid.* Blanco Cordero: *Límites...*, *op. cit.*, 2.

[1356] Wohlers: «Complicidad...», *op. cit.*, 428.

cipio de confianza (Cerezo Mir, Muñoz Conde), etc. Ahondar en este momento sobre las posturas antes mencionadas es inviable.

Nuestra jurisprudencia se ha enfrentado a la cuestión a través de un caso conocido como el *caso del taxista*. Los planteos contenidos en este caso inicial se han reproducido en una serie de casos posteriores y análogos.

Este caso fue resuelto por nuestra Corte Suprema mediante sentencia del 7 de marzo de 2001, la cual ha recibido también la atención de nuestra doctrina[1357]. En su solución, la Sala Penal de la Corte Suprema se define a favor del rechazo a la imputación objetiva en la participación por considerar que el resultado lesivo provocado por el autor no resulta atribuible al aporte del partícipe en virtud de la prohibición de regreso. En su decisión, la Corte Suprema descarta también la relevancia de los conocimientos del partícipe por considerar que solo ellos no pueden fundamentar el juicio de responsabilidad penal.

A modo de conclusión, quisiera hacer unas breves reflexiones personales sobre la cuestión. Pues bien, creo que la determinación del carácter neutral de un comportamiento se relaciona necesariamente con el rol del sujeto, de modo tal que solo los comportamientos que no se ajustan al rol del individuo pierden neutralidad y adquieren relevancia penal.

El fundamento de esta respuesta tiene relación con lo expresado por Feijoo Sánchez al afirmar que la selección y determinación del carácter típico de un comportamiento requiere de su confrontación con el sentido y fin de los tipos penales de modo teleológico a través de la idea del *fin de protección de la norma*[1358]. De este modo, reitera Feijoo Sánchez: «Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes para el derecho penal»[1359].

Para que un aporte material pueda adquirir relevancia típica a título de complicidad (primaria o secundaria), es necesario confrontar la aportación con *su sentido social*, lo que supone excluir de relevancia típica a aquellas aportaciones que tienen una valoración positiva y son admitidas por las leyes, pues siendo así ellas carecen de relación delictiva y tienen más bien una *relación legal de sentido*[1360].

[1357] Caro John: *La imputación objetiva en la participación delictiva, passim.*
[1358] Feijoo Sánchez: *Imputación objetiva en derecho penal*, 26.
[1359] *Idem.*
[1360] Roxin: «¿Qué es...?», *op. cit.*, 428.

Con esto se descarta el errado entendimiento de que basta con la constatación de la causalidad y la finalidad para afirmar la realización del tipo penal; es necesario introducir criterios de orden normativo[1361].

Puede afirmarse entonces que la punición por colaboración se limita exclusivamente a las acciones de favorecimiento del hecho principal que, además de creadoras y realizadoras de un riesgo jurídico penalmente relevante, sean desaprobadas por el ordenamiento jurídico-penal, lo que excluye la punición de aquellas acciones neutrales o cotidianas.

Estamos frente a una cuestión que corresponde al tipo objetivo y, por lo tanto, a las referencias de orden subjetivo. Además de alterar la sistemática del análisis, son absolutamente irrelevantes y podrían provocar —de asumirse— una «proximidad peligrosa al derecho penal de ánimo»[1362] e incluso al de autor[1363]. De este modo, si el realizador de una conducta neutral o cotidiana conocía su posterior utilización con propósitos ilícitos, persiste la imposibilidad de permitir la imputación de complicidad en el hecho principal, pues esto supondría introducir elementos subjetivos en el análisis de cuestiones eminentemente objetivas.

En ese contexto, no es defendible la tesis de Roxin en virtud de la cual el reconocimiento del propósito ilícito que desencadenará su aportación le da una *relación delictiva de sentido* que le hace perder neutralidad y convierte al aporte en un ataque al bien jurídico[1364]. Roxin considera que la noción *acción cotidiana* carece de márgenes que lo hagan delimitable, lo que hace necesario recurrir a la «relación delictiva de sentido»; sin embargo, la idea de *relación delictiva de sentido* tampoco parece tener márgenes muy definibles y se sujeta a la misma crítica que para Roxin merece recurrir a una idea predeterminada de «acción cotidiana». En ese contexto, adquiere mayor coherencia una postura como la defendida por Jakobs, que considera irrelevante la existencia de conocimientos especiales en el autor.

Menos problemático es el rechazo de la punición por complicidad en supuestos de aportes causales donde, si bien el tercero desconoce la resolución delictiva del autor, esta toma en cuenta la posibilidad

[1361] Feijoo Sánchez: *Imputación...*, *op. cit.*, 26.
[1362] Wohlers: «Complicidad...», *op. cit.*, 427.
[1363] Caro John: *La imputación...*, *op. cit.*, 61.
[1364] Roxin: «¿Qué es...?», *op. cit.*, 429.

de que su aportación sea utilizada con propósitos delictivos. En estos casos, se excluye la punición por complicidad por ausencia de riesgo no permitido a partir del principio de confianza[1365].

Un sector de la doctrina admite la posibilidad de aceptar la existencia de complicidad cuando el aporte del cómplice consiste en acciones cotidianas o neutrales cuando el cómplice reconoce el posterior curso trasgresor de los sucesos.

Jurisprudencia

Sentencia Casatoria del 15 de julio de 2013

Casación 367-2011, Lambayeque

III. GRADOS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LA COMPLICIDAD:

3.1. La descripción de un hecho típico está pensada originalmente en la comisión unitaria de ese suceso. Vale decir, que se construye en torno a la realización individual del hecho delictivo. No obstante, la realidad demuestra que un delito no sólo puede ser obra de una persona, sino que puede ser atribuido a un colectivo de intervinientes.

3.2. Nuestro Código Penal distingue dos formas de intervención: la autoría y participación. En torno a la primera caben la figura de la autoría directa, mediata, la coautoría y la inducción (tradicionalmente conocida como autoría intelectual). En torno a la segunda sólo caben la complicidad primaria y la complicidad secundaria.

3.3. No existe una diferencia establecida en el Código Penal en torno a que debe entenderse por autoría y que ha de entenderse por complicidad. De ahí que es necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia para establecer una diferenciación entre ambos niveles de intervención.

3.4. En primer lugar, puede adoptarse la teoría del injusto único de intervención. Según esta teoría no existe una distinción, a efectos de la configuración del injusto, entre la autoría y la participación. Ambas categorías sólo serán diferenciables al momento de la determinación de la pena, siendo que el autor recibirá una mayor pena y el cómplice una menor.

3.5. Debido a que la autoría y la participación no son relevantes a efectos de la configuración del injusto, el criterio de diferenciación entre ambas no es de carácter cualitativo, sino que es cuantitativo. En ese sentido, será autor, aquel sujeto cuyas contribuciones hubieran sido más importantes para la realización del hecho delictivo; asimismo, por contraposición, aquella persona que hubiera realizado aportes menos relevantes será considerado partícipe.

3.6. Una consecuencia adicional de adoptar esta teoría es que desaparece la accesoriedad, como criterio fundamentador de la responsabilidad del partícipe.

[1365] Roxin: «¿Qué es...?», *op. cit.*, 433. Sobre el principio de confianza en derecho penal, *vid.* Cancio Meliá: *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 103 y ss.

3.7. En segundo lugar, tenemos las teorías restrictivas, las cuales han sido acogidas en este Supremo Tribunal y el Tribunal Constitucional, que son las que adoptamos; siendo ilustrativa al respecto la sentencia 1805-2005-HC/TC, Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, en el que el Tribunal Constitucional toma partido por una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, definiendo quién es autor y quién es partícipe; con este fin, se afilia a la teoría del dominio del hecho, según la cual, por un lado, es autor quien ostenta dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro, es participe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. En este línea de desarrollo, el TC se pronuncia acerca del fundamento de la responsabilidad penal del partícipe, afirmando que este responde por brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. De esta forma, el Supremo Interprete de la Constitución recoge una posición doctrinal de larga tradición, y que, además, ha servido de fundamento para gran parte de los pronunciamientos judiciales de los últimos años, teoría que conforme detallaremos, debe ser considerada como punto de inicio para el análisis sobre el tópico *sub examine*, para luego ser complementada por criterios provenientes de las teorías normativistas, dada la objeción a la teoría del dominio del hecho al «*estar anclad(a) en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido, fundamentalmente social - normativo*».

3.8. De estas, es la teoría del dominio del hecho la que mayor acogida ha tenido. Según esta teoría será autor quien tenga el dominio del suceso delictivo. De otro lado, el partícipe, será aquel que ayude a la realización del tipo, sin tener el dominio del hecho. Es necesario resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede.

3.9. La complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que sólo es ejercido por el autor del delito.

3.10. Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de ***complicidad primaria*** aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos.

3.11. De otro lado, la ***complicidad secundaria*** se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. *Es el caso de aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la policía.*

3.12. La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta —objetivamente típica— también puede ser imputada subjetivamente.

3.13. En el análisis subjetivo tiene que determinarse si la conducta fue realizada o no de forma dolosa. Nuestro Código Penal sólo admite la posibilidad de una participación dolosa, distinto a lo que prevé la doctrina. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito.

3.14. Estando a los fundamentos esgrimidos, podemos arribar a la conclusión que existen conductas desarrolladas por algunos sujetos que si bien pueden evidenciar una forma de aporte para la perpetración de un hecho, lo cual significaría que estamos ante un acto objetivo de complicidad; sin embargo, luego de realizado el análisis objetivo, debe establecerse el análisis subjetivo, buscando concretamente determinar si el aporte fue realizado de manera dolosa, para los efectos de arribar a la conclusión [...].

4.10. Siendo así, en el caso de autos se advierte que a Correa Montenegro se le imputó el delito de violación sexual, en grado de ***cómplice primaria***; argumentando que la menor de iniciales R.N.S.N. fue ultrajada por Gilberto Castillo Díaz (reo contumaz), en varias oportunidades, entre ellas en su domicilio, en el cementerio y en tres de dichas oportunidades las relaciones sexuales se consumaron en el inmueble de la referida encausada. Bajo el grado de complicidad primaria es que se le procesó y finalmente en la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once —fojas noventa y cuatro— se le condenó a treinta años de pena privativa de libertad; sin embargo, en vía de apelación, llevada a cabo la audiencia respectiva, la Sala Superior emitió sentencia el veintisiete de setiembre de os [*sic*] mil once —fojas ciento cincuenta y siete— en la cual se arribó a la conclusión que la conducta desplegada por la encausada era en grado de complicidad secundaria mas no primaria, motivo por el cual se procedió a reformar el extremo de la pena en atención al segundo párrafo del artículo veinticinco del Código Penal, imponiendo la sanción de diez años de pena privativa de libertad.

Desde nuestra perspectiva, y sobre la base de la teoría del dominio del hecho, complementada con los criterios provenientes de la imputación objetiva —superando una perspectiva ontológica—, la conducta objetivamente resulta inocua y neutral para el derecho penal.

VI. Problemas de la participación en los delitos especiales: la incomunicabilidad de circunstancias personales

Ahora bien, teniendo como punto de partida la teoría del dominio del hecho, debemos dar cuenta de las posturas que han tratado de dar solución al problema de la participación en los delitos especiales: la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación.

1. La teoría de la unidad del título de imputación

La teoría de la unidad del título de imputación admite la posibilidad de que el tercero pueda ser partícipe de un delito especial propio.

Según quienes defienden esta posición[1366], la prohibición y la norma de conducta que emerge de ella se encuentran también destinadas al tercero, además de que permitiría mantener incólume la accesoriedad de la

[1366] Sin ánimo de exhaustividad sobre este punto, *vid.* Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, 44; Feijoo Sánchez: «Delitos contra la Administración pública en el Código Penal español de 1995» en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 707; Roxin: «Acerca del fundamento penal de la participación», 371 y ss.

participación respecto a la autoría, pues el tercero se encontrará siempre vinculado a la responsabilidad del autor por el delito que cometió y no por otro distinto, lo que significaría admitir una doble tipificación[1367].

2. La teoría de la ruptura del título de imputación

A la teoría de la unidad del título de imputación se ha opuesto la denominada *teoría de la ruptura del título de imputación*, en cuya virtud los tipos especiales, en todos sus niveles, pueden solamente estar referidos a quienes cuentan con la condición objetiva de autoría, de forma tal que los terceros solo resultarán punibles en la medida que exista un tipo común que permite la subsunción.

La base legal de quienes sostienen dicha teoría es la regla de incomunicabilidad de circunstancias personales prevista en el art. 26 del CP.

Según sus detractores, su principal defecto es que su utilización supone la vulneración del principio de accesoriedad de la participación, pues la represión del *extraneus* no se vincula al delito especial cometido por el *intraneus*, sino a otro distinto que en realidad nunca se habría cometido.

3. La incomunicabilidad de las circunstancias personales

Por contra de lo que sostiene la posición mayoritaria —incluso jurisprudencial—, el suscrito defendía la posición de que las condiciones objetivas de autoría, es decir, aquellas condiciones personales del autor en los delitos especiales (funcionario, por ejemplo), no podía comunicarse a los terceros que participen en el hecho delictuoso, por lo que no resulta una pretensión válida que la punición se logre a través del tipo especial, sino solo mediante otros tipos penales.

El fundamento legal de esta afirmación la ubicaba en el contenido del art. 26 del CP que textualmente señala: «Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores o partícipes no modifican la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible».

La existencia de esta regla de incomunicabilidad de circunstancias personales plantea, por ejemplo, que si Juan —autor de un delito de homicidio— tiene alguna causa de imputabilidad restringida que le favorece para los efectos de la pena, la misma no puede favorecer a sus coautores por ser justamente personal e intransmisible según el art. 26 del CP.

[1367] Abanto Vásquez: *Los delitos...*, *op. cit.*, 44.

En ese entonces, la falta de referencia legal nos permitía afirmar que esta regla de incomunicabilidad no debía restringirse, *contra reo*, a las referidas a la culpabilidad, sino que debía extenderse a aquellas circunstancias referidas al injusto como ocurre con las condiciones objetivas de autoría (por ejemplo, la condición de funcionario propia de algunos delitos contra la Administración pública). Esta posición, por cierto, era una respuesta del autor a una justicia penal marcadamente punitivista, lo que obligaba a dar respuestas que permitieran la compatibilidad de la reacción penal con el principio de proporcionalidad[1368] —desde que se entiende que la pena abstracta del cómplice es la pena del autor, se genera el riesgo de que una dosimetría judicial de la pena poco rigurosa habilite respuestas punitivas poco acordes con el principio de proporcionalidad—.

Sin embargo, la modificatoria del art. 25 del CP, producida mediante Decreto Legislativo 1351, del 7 de enero de 2017, afecta la posición adoptada inicialmente por el autor. La referencia hecha en la nueva versión del art. 25 del CP («El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él») permite afirmar el predominio de la teoría de unidad del título de imputación.

En efecto, al sostenerse que el cómplice «siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor», se reconoce que la calificación legal (o imputación jurídica) que debe formularse sobre el cómplice debe estar referida a la conducta atribuida al autor (entendida como «hecho» y «subsunción del hecho»). El legislador penal nacional ha precisado que la inconcurrencia de los elementos especiales de autoría no afecta dicha correlación entre autor y cómplice.

Ahora, aunque es posible aún defender la tesis de la que ahora me aparto —pues la alusión al «hecho punible» en el actual art. 25 del CP podría ser comprendida en relación estrictamente con el *suceso fáctico* ignorando la referencia a la *subsunción legal*, lo que habilitaría la posibilidad de que las conductas del autor y del cómplice reciban distinta calificación jurídica—, es conveniente reconocer lo bizantino de la discusión. Pues, aunque la consecuencia natural del recurso a la *incomunicabilidad* de las circunstancias personales es impedir que el cómplice responda con un marco penal similar al correspondiente al autor —lo que podría llevar a una pena desproporcionada—, dicho riesgo no se extingue si el procedimiento de dosimetría penal es desarrollado inadecuadamente.

[1368] Sobre estas consideraciones, *vid.* Reyna Alfaro: *Comentarios a la legislación anticorrupción*, 81-85. En este análisis se utiliza, como muestra de contraste, las reflexiones realizadas por la doctrina respecto a otros tipos penales —como el parricidio—.

Capítulo X

LA TIPICIDAD (VII)

Autoría e intervención delictiva: cuatro ideas nucleares*

I. Introducción

Queremos iniciar este capítulo haciendo una precisión inicial relacionada con las pretensiones del mismo, la cual formularé en negativo.

No es objeto de este capítulo hacer un recuento de las teorías desarrolladas históricamente por la doctrina penal sobre esta materia —de hecho, algo se ha avanzado en el capítulo anterior al respecto—, pues como es fácil deducir, su extenso número haría de aquello una labor imposible, con lo cual este capítulo, para utilizar expresiones jurídico-penales, sería a*bsolutamente inidóneo*. Por otra parte, un desarrollo estrictamente descriptivo de las teorías sobre autoría y participación resultaría mezquino con los objetivos propuestos en el diseño de esta obra[1369].

Tampoco es mi propósito postular una construcción acabada y en alguna medida original en torno a la autoría, pues entiendo que la seriedad académica obliga a reservar pronunciamiento en tópicos de tal complejidad hasta que la madurez intelectual lo permita, circunstancia que en mi caso resulta bastante distante.

Mi objetivo es más modesto y pretende, a partir de ciertas ideas nucleares —que denominaré *tesis*—, reconocer los rumbos seguidos actualmente por la teoría de la autoría y participación e identificar, al menos en sus contenidos más relevantes, el contenido actual de la misma.

---

* Este capítulo corresponde a la intervención del autor de este capítulo en el seminario *Los delitos de infracción del deber en la dogmática actual: Análisis de la autoría y participación e incomunicabilidad de las circunstancias especiales del agente* realizado el 13 de julio de 2010 en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha procurado mantener la redacción coloquial, lo que justifica la limitación en las notas al pie de página.

[1369] Para tales propósitos, *vid.* Roxin: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal, passim.*

II. Primera tesis: La dogmática de la autoría permite una aplicación menos arbitraria del poder penal

La *primera tesis* en torno a esta cuestión se relaciona con la importancia de aquella. Reviste como mecanismo de contención del poder punitivo del Estado y puede formularse en los términos siguientes: *la dogmática de la autoría permite una aplicación menos arbitraria del poder penal del Estado.*

Como ha destacado adecuadamente Zaffaroni, la característica fundamental del poder estatal —y el poder punitivo es una expresión del mismo— es su tendencia extensiva y amplificadora que se manifiesta en postulados de política criminal destinados a exigir *más derecho penal*[1370]. Esta tendencia de *huida hacia el derecho penal* no solo deriva en una utilización simbólica claramente ineficaz en la solución de los problemas de criminalidad, sino que también se expresa en el uso arbitrario del poder punitivo y frente al cual la dogmática aparece —utilizando expresiones de Liszt— como barrera infranqueable[1371].

En efecto, el desarrollo de una dogmática de la autoría y participación permite superar los riesgos que subyacen a la formulación claramente neutral de las normas jurídicas. Esa neutralidad de las normas jurídicas, ya referida por Gimbernat Ordeig en su famoso opúsculo *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*[1372], puede observarse en el contenido del art. 23 del CP, que regula la autoría y la coautoría.

No puede negarse que la referencia a la realización por sí o por medio de otro del hecho punible, en el caso de la autoría, o la fórmula de considerar coautores a quienes *cometan conjuntamente el hecho* solo adquieren sentido racional gracias a la existencia de una dogmática que dé sentido al contenido inicialmente neutro de las normas jurídico-penales.

Justamente es esa dogmática jurídico-penal la que lleva, por ejemplo, a considerar que quien ejecuta la acción por coacción o por error proveniente de un tercero no *realiza* el hecho punible en el sentido del art. 23 del CP, o la que permite sostener que quien realiza un aporte esencial en el hecho punible, pero no interviene en fase de ejecución del delito, no *comete* el hecho delictivo y, por tanto, no corresponde ser calificado como coautor, sino como cómplice primario.

[1370] Zaffaroni, Alagia y Slokar: *Manual de derecho penal. Parte general*, 25.
[1371] Liszt: *Tratado de derecho penal II*, 65.
[1372] Gimbernat Ordeig: *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, 44.

III. Autoría y participación y su correlación con el principio de protección de bienes jurídicos

La *segunda tesis* a formular se relaciona con los pilares sobre los que debe asentarse la dogmática de la autoría e intervención delictiva.

Desde esa perspectiva resulta fundamental reconocer, por un lado, que el desarrollo de la teoría de la autoría e intervención delictiva no puede mostrarse desvinculado de la comprensión que se tiene sobre los fines del derecho penal (perspectiva funcional) y, por otro lado, que estos fines no pueden ser otros que los de la *protección de bienes jurídicos*.

La construcción dogmática debe necesariamente responder a las finalidades político-criminales de tutela subsidiaria de bienes jurídicos. En esa línea, sin pretender introducirme a una aún inacabada discusión epistemológica sobre los fines del derecho penal, considero mucho más seguro recurrir a un sistema de teoría del delito de corte funcional orientado hacia la política criminal[1373].

Pues bien, de esta tesis se extrae una serie de consecuencias de índole aplicativa que conviene desarrollar.

1. La lesividad como factor de distinción entre autor y partícipe

Siendo la protección de bienes jurídicos el criterio en el que se asienta la dogmática de la autoría y la participación, es evidente que el fundamento de la distinción entre autoría y participación reside en la vinculación del sujeto con la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico.

En ese contexto, el autor recibe tal calificación por ser responsable de la lesión del bien jurídico, en tanto que al cómplice se le atribuye algo de menor significación como es el haber puesto en riesgo el bien jurídico. Esta diferenciación es especialmente importante en la práctica en la medida en que sirve para establecer los criterios aplicativos para la delimitación de la imputación objetiva que, en el caso del autor, tendrá como centro de referencia el resultado —al autor se le imputa objetivamente el resultado— y que en el caso del cómplice tendrá como eje central el riesgo —al cómplice se le atribuye el riesgo—[1374].

[1373] Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 51 y ss., 206-231.

[1374] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general 7.ª ed.*, 373.

2. Intrascendencia de planteamientos subjetivistas

Esta relación entre la dogmática de la autoría e intervención delictiva y la finalidad de protección de bienes jurídicos permite explicar el total abandono de planteamientos meramente subjetivistas en virtud del cual la distinción entre autor y partícipe se reconocía en términos de *animus*: si la intervención del sujeto en el delito era realizada con ánimo del autor (*animus auctoris*), se calificaba al sujeto como autor; por el contrario, si su intervención en el delito respondía a un ánimo de cómplice (*animus socii*), se le calificaba como cómplice[1375].

Desde esa perspectiva, la calificación del sujeto como autor no respondía a una intervención efectiva del mismo en el delito que, a su vez, reflejase una mayor intervención material u objetiva en la lesión del bien jurídico, sino tan solo a una relación interna del sujeto con el hecho. Desde esa perspectiva, quien se limitaba a entregar al ejecutor material del delito un instrumento para su realización (por ejemplo, un arma) respondía necesariamente como autor si actuaba con ánimo de autor, lo que implica —como es fácil deducir— una punición excesiva y, por ello, arbitraria sobre quien tenía solamente un rol meramente accesorio en la perpetración del delito.

3. *Iter criminis*, autoría y participación

Pero no es solo que la finalidad tuitiva de bienes jurídicos sirve para fundamentar la distinción entre autor y partícipe, sino que adicionalmente sirve para reconocer y distinguir las fases del *iter criminis* consideradas penalmente relevantes y que, por tanto, permiten la punición —ya sea a título de autor como de cómplice—, esto es, aquellas que involucran la puesta en peligro o lesión del bien jurídico[1376].

Al postularse una configuración del sistema penal en clave funcional, vinculada a la misión de protección de bienes jurídicos, se tendrá que aquella condición (tutela de bienes jurídicos) es la que permitirá delimitar las etapas del *iter criminis* que serán merecedoras de una pena. Esto explica por qué ni la *ideación* ni los *actos preparatorios* integran la noción de *tentativa*, conforme el art. 16 del CP.

En efecto, al señalarse expresamente en el art. 16 que «[e]n la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo», se reconoce la irrelevancia penal de las actuaciones previas

[1375] En términos generales sobre el contenido de dichas teorías, *vid.* Roxin: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 69-75.

[1376] Zaffaroni, Alagia y Slokar: *Manual...*, *op. cit.*, 633-634.

a la ejecución del hecho punible, lo que responde a que solo a partir del inicio de ejecución de la conducta típica se produce la puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado[1377].

Justamente esta circunstancia (*ofensividad en relación con el bien jurídico*) es la que explica la no punibilidad de la tentativa inidónea. El art. 17 del CP señala que «[n]o es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto». Así, se reconoce la no punibilidad de dicha clase de tentativa justamente debido a que las circunstancias antes descritas (ineficacia absoluta del medio empleado y absoluta impropiedad del objeto) suponen la imposibilidad de afectación del bien jurídico[1378], por lo cual una punición sustentada en el mero desvalor de la acción resultaría excesiva y escasamente útil desde una perspectiva funcional.

IV. La normativización en la teoría de la autoría y la participación

Pues bien, esa orientación de la dogmática de la autoría hacia los fines del derecho penal, fijados en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, es la que permite presentar la *tercera tesis* aquí postulada: la teoría de la autoría no puede responder más a planteamientos de orden causal-material, sino a criterios normativos.

El devenir de la teoría de la autoría muestra cómo era posible, frente a una construcción de la teoría de la autoría basada en criterios exclusivamente subjetivos, oponer un planteamiento objetivo formal en virtud del cual la condición de autor del delito debía corresponderse con la efectiva realización de la conducta descrita en el tipo penal[1379].

Desde esa perspectiva, esto es, desde la perspectiva objetivo-formal, autor es aquel que el tipo penal indica que puede serlo, al realizar directamente la conducta típica. De este modo, por ejemplo, solo podría ser considerado como autor de homicidio quien ejecuta la conducta prevista en el respectivo tipo penal, es decir, quien realiza directamente la acción de matar, quien aprieta el gatillo o quien asesta la cuchillada mortal.

Esta formulación, como es evidente, llegaba también a un resultado insatisfactorio al proponer una respuesta penal insuficiente para quien, pese a tener un papel central en la lesión del bien jurídico, no ejecutaba directamente la

[1377] En esa línea, *vid.* Roxin: «Acerca del fundamento penal de la tentativa», 258-266.

[1378] Como precisa Roxin: «La tentativa inidónea es un delito de perturbación de la paz sin una real puesta en peligro» (Roxin: «Acerca del fundamento...», *op. cit.*, 263).

[1379] *Vid.* Roxin: *Autoría...*, *op. cit.*, 52-56.

acción típica. Así, por ejemplo, quien utilizaba a otro como instrumento no respondía como autor al no haber ejecutado él, de modo directo, los actos típicos.

Las limitaciones mostradas por los planteamientos naturalistas y que se encuentran reflejadas en prácticamente todos los tópicos de la teoría del delito produjeron su progresivo abandono: en primer lugar, a través de una comprensión finalista del delito que en el terreno de la autoría se expresó mediante la teoría del dominio del hecho y, en segundo lugar, a través del predominio de las corrientes funcionalistas que, en el plano de la autoría, se ha reflejado en la incorporación, junto con la categoría de los delitos de dominio, de los delitos de infracción del deber.

1. Welzel

La teoría de la autoría, como es concebida en la actualidad por la doctrina dominante, responde inicialmente a los planteamientos de la teoría del dominio del hecho formulada por Hans Welzel en virtud de la cual la condición de autor no responde a la realización directa o inmediata de la conducta típica, sino al efectivo *dominio del suceso típico*[1380]. Esta caracterización del autor como *señor del hecho* y que tenía su expresión medular en los supuestos de *autoría mediata* fue trascendente en la construcción de una dogmática de la autoría desvinculada del paradigma causal.

En efecto, Welzel permitió reconocer la insuficiencia del hasta entonces dominante paradigma causal al sostener que existen supuestos en los cuales el verdadero autor no es quien ejecuta la acción, sino quien desde atrás domina su voluntad, ya sea por el ejercicio de violencia o amenaza sobre el ejecutor o por haber provocado en aquel un estado de error.

2. Roxin y la normativización del derecho penal

Esa orientación hacia la normativización del derecho penal[1381] se enfatiza con el pensamiento de Claus Roxin mediante una doble vía. Por un lado, Roxin reconoce formas distintas de dominio de la voluntad a las reconocidas inicialmente por Welzel y, por otro lado, entiende que la estructura de ciertos tipos penales (los de infracción del deber) exigen recurrir a criterios distintos para la determinación del autor[1382].

[1380] Welzel: *Estudios de derecho penal*, 80 y ss.

[1381] Sobre el fenómeno de la normativización del derecho penal, *vid.* Roxin: «Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal», 47 y ss.; Feijoo Sánchez: *La normativización del derecho penal*, 62 y ss.

[1382] Roxin: *Autoría...*, *op. cit.*, *passim*.

Respecto a la primera cuestión, es Roxin quien reconoce que, además del dominio de voluntad por coacción y el dominio de voluntad por error, existe una forma de dominio de voluntad distinta basada en el dominio sobre la organización delictiva, en virtud de la cual el jefe del *aparato de poder organizado*, expresión utilizada por Roxin para identificar a estructuras altamente complejas de estructura vertical desvinculadas del ordenamiento jurídico y en donde los ejecutores resultasen simples piezas intercambiables[1383], debía responder como autor pese a existir un ejecutor responsable y pese a no existir una intervención material de aquel en el específico hecho punible cometido e, incluso, en aquellos casos donde el jefe de la organización no conoce siquiera al ejecutor.

Respecto a la segunda cuestión, Roxin reconoce la existencia de divergencias en la formulación de los tipos penales, las cuales a su vez tienen trascendencia en la determinación de la autoría.

En efecto, Roxin reconoce que en cierta clase de delitos, los conocidos en doctrina como *delitos comunes* o *delitos de dominio*, el autor carece de vínculo alguno con el bien jurídico, con lo cual solo quien domina la lesión del bien jurídico puede ser considerado como autor. No obstante, existe cierta clase de delitos que, por la forma en que se encuentran construidos, ubican a ciertos sujetos en posición de custodia de los bienes jurídicos, de lo cual se desprende que es la defraudación de las expectativas de tutela de bienes jurídicos la que otorga a dichos sujetos el papel central en relación con el hecho delictivo. En estos delitos, identificados por la doctrina como *delitos especiales* o *delitos de infracción del deber*, es autor aquel que tiene el deber extrapenal de protección del bien jurídico sin resultar relevante el efectivo dominio sobre el suceso típico[1384].

3. Jakobs y la renormativización del derecho penal

La normativización de la teoría de la intervención delictiva, sin embargo, adquiere matices más intensos con las formulaciones provenientes del funcionalismo sistémico de Günther Jakobs[1385] que supone, como cierto sector de la doctrina ha denominado, una *renormativización del derecho penal*[1386].

[1383] Roxin: *Autoría...*, *op. cit.*, 269 y ss.

[1384] *Ibid.*, 383 y ss.

[1385] Jakobs: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, *passim*.

[1386] Esto seguramente porque el inicio de la normativización se encuentra fundamentalmente en Roxin y Hassemer, quienes reconocen los antecedentes observados en Welzel con su *teoría de la adecuación social*. *Vid.* Feijoo Sánchez: *La normativización...*, *op. cit.*, 81; Cancio Meliá: *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 72 y ss.

Aunque ambos autores reconocen la necesidad de construir un sistema del derecho penal de corte funcional, las bases metodológicas sobre las que se construye el pensamiento de Jakobs son completamente divergentes de las que sirven de sustento al pensamiento de Roxin.

A diferencia de Roxin, Jakobs entiende que el fin del derecho penal no es otro que el de mantener la vigencia de la norma jurídico-penal. Si el delito implica la desestabilización de la norma jurídico-penal, corresponde al derecho penal proceder a su reestabilización, lo que evita que aquella pierda vigencia[1387].

La importancia de la vigencia de la norma se relaciona con su condición de pauta orientadora de los contactos sociales: es la norma la que permite que los contactos sociales se desarrollen inocuamente, esto es, sin daños. Esta inocuidad en los contactos sociales deriva de la configuración de un sistema de roles asignados por la norma que genera en los ciudadanos una expectativa normativa que facilita una interacción social y dinámica: las normas, al establecer cuáles son los roles que corresponden a cada persona, generan una expectativa de cumplimiento en virtud de la cual los ciudadanos saben qué esperar de los demás[1388].

Estos roles pueden ser generales o especiales, de lo cual se desprenden las diferencias existentes entre los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber. Mientras que en los delitos de dominio el autor es aquel que domina los riesgos de su propia organización, en los delitos de infracción del deber la condición de autor deriva de los deberes asignados a la persona en el contexto de instituciones sociales específicas[1389]. Es precisamente a través de la problemática de los delitos de infracción del deber que es posible reconocer la poca relevancia que posee la distinción entre acción y omisión en el sistema de imputación penal construido por Jakobs[1390].

4. Autoría, participación e imputación penal

La normativización del derecho penal ha servido también para resaltar los nexos existentes entre la teoría de la autoría e intervención delictiva y la teoría de la imputación penal, las cuales se han visto manifestadas especialmente en el plano de las denominadas *conductas neutrales*.

[1387] Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 9 y ss.

[1388] Jakobs: *La imputación objetiva en derecho penal*, 19 y ss.

[1389] Jakobs: *Derecho…*, *op. cit.*, 791-792.

[1390] Jakobs: «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión», 347 y ss.

En efecto, debido a que las *conductas neutrales* identifican aquella clase de comportamientos que siendo inicialmente inocuos adquieren relevancia causal en el resultado típico a partir del comportamiento proveniente de un tercero, lo que permitiría sostener —insisto, desde una perspectiva exclusivamente causal— su relevancia jurídico-penal a título de complicidad. La introducción de criterios de índole normativa permite racionalizar el procedimiento de delimitación de las conductas penalmente relevantes.

De este modo, los instrumentos teóricos formulados por la dogmática jurídico-penal (a saber, el principio de confianza invocado por Roxin[1391] y la prohibición de regreso formulada por Jakobs[1392]), al analizar el *nexo o relación de riesgo* existente entre la *conducta* y el *resultado típico*, no solo determinan la efectiva imputación al tipo penal objetivo —en el caso de las *conductas neutrales*, al tipo penal objetivo ampliado—, sino que también distingue entre los supuestos de *participación aparente* —como los denomina Jakobs[1393]— con los supuestos de *participación real*.

V. Autoría, participación y proporcionalidad

Tras proponer algunas ideas nucleares —por cierto, sin mayores pretensiones de exhaustividad— en relación con la evolución de la dogmática de la autoría y la intervención delictiva, podemos reconocer lo que será la *cuarta* —y final— *tesis*: la teoría de la autoría e intervención delictiva constituye una manifestación concreta del principio de proporcionalidad.

En efecto, el principio de proporcionalidad, formulado habitualmente como *prohibición de exceso*, se expresa claramente en la dogmática de la autoría y participación al pretender una reacción penal mesurada y acorde con el papel desempeñado por el sujeto en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Así, la dogmática de la autoría y la participación sirve como instrumento de realización en la praxis penal de la *prohibición de penas desproporcionadas* establecido en el art. 2.24, lit. h, de la Constitución peruana[1394].

En esa línea, hemos podido constatar en los distintos momentos de esta intervención cómo la proporcionalidad ha jugado y juega un rol esencial en la determinación de la capacidad de rendimiento de las distintas teorías penales. Así, en relación con la *teoría subjetiva*, se observaba lo excesivo que

[1391] Roxin: «¿Qué es la complicidad?», 427-432.

[1392] Jakobs: «La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico penal en la comisión», 241 y ss.

[1393] Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, 842 y ss.

[1394] Benda: «Dignidad humana y derechos de la personalidad», 127; Zugaldía Espinar: «Límites al poder punitivo del Estado (I)», 105.

resultaba proponer una sanción a título de autor, en quien sin haber realizado actos objetivos significativos en el hecho punible intervenía en el mismo con ánimo de autor. Del mismo modo, en relación con las *teorías objetivo-formales*, destacábamos la falta de proporcionalidad de la respuesta penal en los casos de instrumentalización del ejecutor por parte del *hombre de atrás*, en donde este último, por no intervenir directamente en el hecho, solo era sancionado como mero cómplice.

Es justamente el principio de proporcionalidad el que sirve de fundamento ulterior a la *autoría mediata en aparatos de poder organizado* o la autoría en los *delitos de infracción del deber*, supuestos en los cuales solo la calificación del sujeto como autor, como personaje central en el hecho delictivo, supone una respuesta penal, racional y proporcionada en la función tuitiva que asiste al derecho penal en relación con los bienes jurídicos.

La teoría de la autoría y la participación, al determinar quién tuvo un papel central en el hecho delictivo y quién tiene un papel meramente accesorio en el mismo, define la dosis de pena que corresponde a cada interviniente en el hecho punible y sirve de instrumento dogmático de realización del principio de proporcionalidad y, con ello, del principio de dignidad de la persona humana[1395], lo que responde a una comprensión del derecho penal como *instrumento de tutela de los derechos fundamentales*[1396]. De este modo, se logra además reducir los cuestionamientos en torno a la efectiva vigencia del principio de proporcionalidad de las penas en la medida en que a través de aquella, esto es, de la dogmática penal en materia de intervención delictiva, se permite al operador de justicia penal contar con un criterio objetivo[1397] de ponderación de la pena proporcional al hecho y, a partir de ella, establecer la pena adecuada a la culpabilidad[1398].

[1395] Benda: «Dignidad...», *op. cit.*, 126; Silva Sánchez: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 259.

[1396] Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, passim.* En esa misma línea, Reyna Alfaro: *El proceso penal aplicado conforme al Código Procesal Penal de 2004*, 19.

[1397] Ferrajoli: *Derecho...*, *op. cit.*, 398 y ss. Como recuerda el autor italiano, ya desde Bentham es posible reconocer las dificultades subyacentes a la falta de criterios de ponderación de la proporcionalidad y que generan el riesgo de que aquella responda a valoraciones de índole ético-política o de oportunidad. En la misma línea, Hirsch, defensor de una tesis de la pena basada en la proporcionalidad, destaca cómo los esfuerzos teóricos se han orientado fundamentalmente a justificar por qué se debe castigar proporcionalmente, pero han dedicado escasos esfuerzos a determinar cuál es el castigo proporcional. *Vid.* Hirsch: *Censurar y castigar, passim.* Sobre la *difficolta di razionalizzazione della proporzione, vid.* Palazzo: *Introduzione al principi del diritto penale*, 67.

[1398] Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 99 y ss.; Mir Puig: *Derecho penal. Parte general 7.ª ed.*, 136. Como se ve, no se postula aquí una teoría de la pena basada en la proporcionalidad y el *just desert* (*vid.* Hirsch: *Censurar...*, *op. cit.*, *passim*; Hörnle: *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación legal*

Se revela así contingentemente una relación continua y sinérgica existente entre la teoría del delito, la determinación de la pena y la actividad de los operadores de justicia penal, que hacen plausibles las propuestas de elaboración de un sistema que integre los desarrollos de la dogmática penal y los de la ciencia procesal penal[1399] sumamente funcional al propósito de lograr una aplicación más predecible y, por ende, más racional de la ley penal[1400].

de la pena en Alemania, 23 y ss.), sino que se entiende que el criterio de la proporcionalidad es un elemento indispensable para la individualización judicial de la pena dentro del *espacio de juego* que propone la culpabilidad. Al respecto, *vid.* Reyna Alfaro: «La individualización judicial de la pena y reforma penal», 998 y ss.

[1399] Sobre el mismo, *vid.* Wolter: «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena», 31 y ss.; Silva Sánchez: «Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», 15 y ss.

[1400] Reyna Alfaro: *El proceso...*, *op. cit.*, 18.

Capítulo XI

LA ANTIJURICIDAD (I)

Aspectos generales de la antijuricidad

I. Concepto y naturaleza jurídica

Luego de superada la primera etapa de la teoría jurídica del delito conformada por la tipicidad, corresponde establecer en el caso concreto si el segundo filtro puede superarse, es decir, si existe antijuricidad en la conducta.

La antijuricidad de la conducta puede definirse en relación con su contrariedad al derecho. Es decir, la acción será antijurídica cuando no esté permitida por el ordenamiento jurídico.

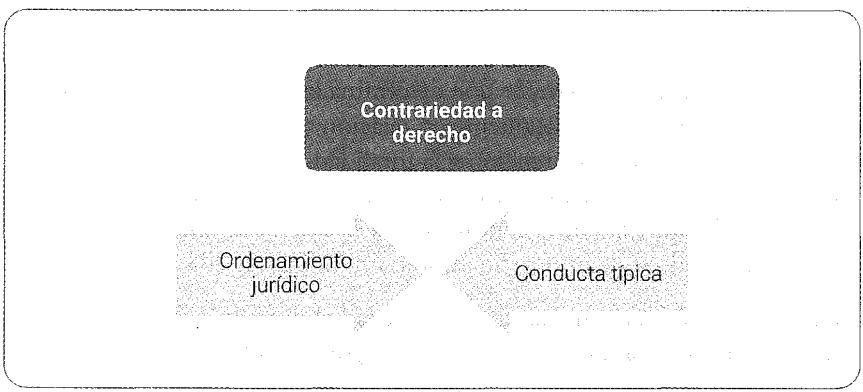
Ahora, la *contrariedad al derecho* que determina la antijuricidad del comportamiento debe fijarse no únicamente en relación con el ordenamiento jurídico penal, sino también en atención a la totalidad del ordenamiento jurídico. De limitarse la *contrariedad al derecho* al estricto ámbito del derecho penal, bastaría con la tipicidad de la conducta para establecer también su antijuricidad. La tipicidad no es antijuricidad, solo un indicio de ella.

La *antijuricidad penal*, en cuanto contrariedad al derecho penal, supone una doble exigencia: a) la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal lo suficientemente grave y necesitada de pena para que el legislador lo haya previsto en un tipo penal (CP, arts. II y IV del título preliminar), b) que el bien jurídico correspondiente no entre en conflicto con otros intereses superiores que justifiquen su ataque. Un hecho penalmente antijurídico es, por tanto, un hecho prohibido o distinto al ordenado por la norma penal. Tres son los elementos que lo integran: comportamiento o conducta humana, tipicidad y ausencia de causas de justificación.

Existen supuestos típicos que, a pesar de ser reprobados por el orden jurídico-penal, son permitidos por otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la acción de «matar a otro» es reprochada por el derecho penal; empero, bajo determinadas circunstancias (la legítima defensa), dicha acción típica puede ser permitida por el ordenamiento jurídico.

Estas circunstancias que hacen permisible —jurídico penalmente— un comportamiento se contienen en las llamadas *causas de justificación* (CP, art. 20); en consecuencia, la permisibilidad de una conducta típica —sobre la cual existe indicio de antijuricidad— se puede establecer a través de un análisis negativo de concurrencia de causas de justificación. Si concurre una causa de justificación, no hay antijuricidad; si no concurren causas de justificación, sí hay antijuricidad.

No existe unanimidad en la doctrina respecto a la relación existente entre el tipo y la exclusión de la antijuricidad. Sí cabe hablar de conducta típica justificada o, sencillamente, de conducta atípica. No obstante, ello, desde una concepción del injusto penal o de *supuesto de hecho antijurídico*, se debe tener presente dos datos: 1) que la tipicidad en sentido estricto fundamenta positivamente el injusto penal, mientras que las causas de justificación lo excluyen; 2) que a la tipicidad pertenecen los elementos específicos de la clase de delito de que se trate y que lo diferencian de otros delitos, mientras que a la parte negativa, la ausencia de causas de justificación, es genérica o común para todo hecho.



II. Antijuricidad formal y antijuricidad material

Se conoce comúnmente como *antijuricidad formal* a la simple oposición al ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que la mera infracción al ordenamiento jurídico, sin más, constituye la *antijuricidad formal.*

La *antijuricidad material* supone algo más; exige más elementos que la mera contradicción al ordenamiento jurídico. Además, exige que la *antijuricidad formal* del comportamiento se refleje sobre el bien jurídico, esto es, que implique la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

A través de esta distinción entre *antijuricidad formal* y *antijuricidad material*, es posible proponer una interpretación restrictiva de los tipos penales, de modo tal que la confirmación de la antijuricidad de una conducta típica solo se producirá cuando exista *antijuricidad material*, es decir, cuando la contrariedad a la norma implique adicionalmente una afectación al bien jurídico.

III. Antijuricidad, injusto y tipo de injusto

Es común escuchar hablar de antijuricidad e injusto de modo alterno a tal punto de parecer que se tratan de conceptos sinónimos y de igual significado.

Esta identidad de significados, sin embargo, es solo aparente. La expresión *antijuricidad* se refiere al atributo de la acción de ser contraria al orden jurídico; *injusto*, por el contrario, identifica la conducta ya valorada como antijurídica.

Se suele igualmente utilizar la expresión *tipo de injusto*. Esta responde con más integridad a la idea que propone la teoría de los elementos negativos del tipo en virtud de la cual tipicidad y antijuricidad se engloban en una sola categoría (tipo de injusto) y en las que las causas de justificación resultan ser elementos negativos del tipo conglobante —que comprende tipicidad y antijuricidad—.

IV. Desvalor de acción y desvalor de resultado

Es cierto que la idea de *antijuricidad material* tiene el acierto de vincular la categoría de la antijuricidad con la protección de bienes jurídicos de resultados lesivos, pero esta idea de *antijuricidad material* posiblemente pierda su sentido si no se exige además que ese resultado antijurídico sea producto de una acción desvaliosa.

Vemos entonces cómo la antijuricidad muestra dos tipos de valoraciones negativas: una que recae sobre el resultado (desvalor del resultado) y otra que recae sobre la conducta (desvalor de acción).

Esta vinculación de la antijuricidad con las nociones de desvalor de acción y desvalor del resultado son consecuentes con los desarrollos finalistas de la teoría jurídica del delito. Hay que recordar cómo la teoría causal del delito establecía el absoluto predominio del desvalor del resultado y lo desconectaba del correspondiente desvalor de la acción. En el sistema finalista de la teoría del delito, el desvalor de acción se une al desvalor del resultado.

V. Presupuestos de las causas de justificación

Para que la comisión de un hecho punible no se considere prohibida, es necesario que le *hubiera precedido una situación de amenaza a bienes jurídicos*

y que fuera esta la que impulsara la acción lesiva del autor. A esto es lo que se llama *presupuesto de la causa de justificación.* Para reconstruir este momento, se debe tomar en cuenta todos los datos efectivamente presentes en el momento cuando la acción tuvo lugar. Los datos a tener en cuenta son los que realmente se hallan en ese momento, aunque sean descubiertos posteriormente y hubiesen sido imperceptibles por el espectador objetivo colocado en la posición del autor.

Este presupuesto ha de estar siempre presente para entrar a valorar la justificación total (que exima de pena) o parcial (que atenúa la pena)[1401]. Si este presupuesto no se encuentra, ni siquiera habrá una disminución prudencial de la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, como prescribe el art. 21 del CP.

VI. El elemento subjetivo de las causas de justificación: el error sobre el presupuesto de la justificación

Resulta necesario que la conducta del autor venga motivada por la apreciación de la presencia del presupuesto de la causa de justificación y por otros motivos. El autor tiene que conocer la situación y actuar en consecuencia con dicho conocimiento. Este elemento se asemeja al dolo: el autor debe poseer un conocimiento referido a la situación en sí (al presupuesto) y le plasma el elemento volitivo en esa consciente respuesta a la situación, aunque sea a costa de lesionar un bien jurídico.

Por su parte, el error sobre el presupuesto de la justificación se presenta cuando el autor obra convencido de que se ha presentado la situación que le permite actuar justificadamente, cuando ello no es cierto. El error puede ser invencible (coincidencia entre la imagen del autor y la del espectador objetivo); por el contrario, cuando tal coincidencia no exista, el error será vencible, por lo que persiste entonces la necesidad de sancionar al autor porque a su proceder lesivo (desvalor de resultado) se une un desvalor de acción. La responsabilidad será por imprudencia (CP, art. 14, párr. I), aunque hay otra posición que sostiene que estamos ante una modalidad de error de prohibición y, por tanto, debe sancionarse atenuadamente (CP, art. 14, *in fine*).

[1401] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general,* 181-182.

Capítulo XII

LA ANTIJURICIDAD (II)

Causas de exclusión de la antijuricidad o causas de justificación

I. Aspectos generales

Al tratar las cuestiones generales de la antijuricidad, dejábamos en claro que la determinación de la antijuricidad de una conducta concreta se facilitaba si se realizaba un análisis negativo de concurrencia de causas de justificación. Si concurre una causa de justificación, según decíamos, no hay antijuricidad; por el contrario, si no concurren causas de justificación, sí habría antijuricidad.

Hasta este punto parece quedar todo claro; no obstante, para mantener esa claridad, es indispensable conocer cuáles son y en qué consisten esas causas de justificación.

En lo que sigue, explicaremos las principales causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad justificante, miedo insuperable y el consentimiento.

II. Legítima defensa

La legítima defensa es una causa de justificación de raigambre constitucional (art. 2.23 de la Constitución) que plantea la permisibilidad, es decir, la conformidad a derecho de determinados comportamientos antijurídicos de índole defensiva frente a la concurrencia de determinados requisitos establecidos en la ley.

A través de la legítima defensa se habilita que se realicen actos en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros incluso aunque de ellos derive la afectación de bienes jurídicos.

Para establecer si un determinado supuesto de defensa puede constituir «legítima defensa», debe analizarse —en el caso concreto— la concurrencia de los requisitos legislativamente admitidos: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente (CP, art. 20.3).

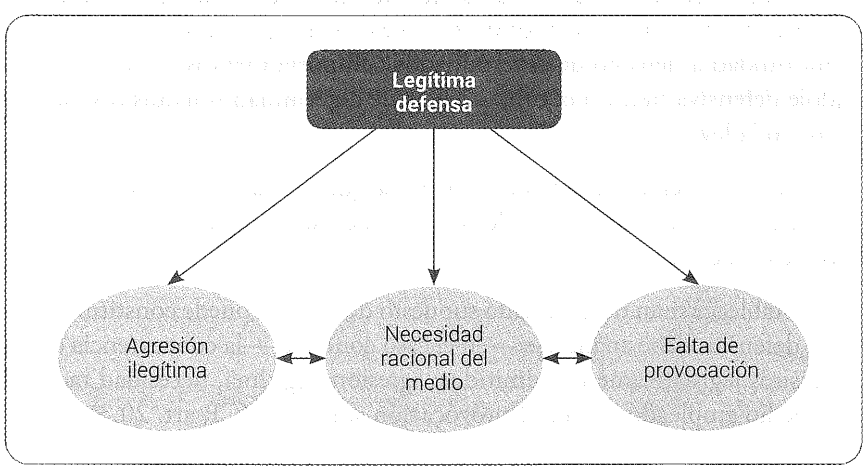
Se dice que existe *agresión ilegítima* cuando hay un comportamiento humano tendente a lesionar o poner en peligro —de forma agresiva e ilegítima— bienes jurídicos protegidos mediante el derecho penal. A nivel jurisprudencial se ha resaltado que la relación que tiene importancia para el derecho penal es la que existe entre agresión y defensa, y no la que existe entre el daño que se hubiera generado con la agresión y el causado con la acción defensiva.

En la determinación de la *racionalidad del medio empleado*, las edades del agresor y de la víctima tienen alguna relevancia; no obstante, tampoco se le debe considerar un criterio de orden absoluto. En este sentido la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, en la resolución del 10 de setiembre de 1997 (Expediente 1746-97), afirmó:

> Que la diferencia de edades no puede considerarse como un elemento disociador para alegar legítima defensa, ya que ello es un elemento subjetivo, máxime si quien aparece como agraviado inicia la gresca, denotando con ello una predisposición o capacidad para enfrentarse a una riña de tipo físico.

Además, resultará «racional» el medio empleado cuando no cuente el agresor con otro medio que le permita defenderse. Por ejemplo, si A (procesado) sufre de la agresión ilegítima de B (agraviado), quien atacaba su domicilio arrojando piedras y objetos contundentes que afectan no solo su patrimonio, sino que también ponen en peligro la integridad de los demás habitantes del inmueble y repele la agresión arrojando sobre B una silla de madera —único objeto contundente que tenía a la mano— y le causa lesiones leves, se encontrará exento de pena por hacer uso del derecho a la legítima defensa.

Finalmente, para cerrar las exigencias de la legítima defensa, es necesario que quien realiza la acción defensiva no haya provocado adecuadamente, mediante un comportamiento previo, la propia reacción del agresor.



III. Estado de necesidad justificante

La respuesta de la teoría jurídica del delito frente a casos de colisión de intereses donde deba responderse mediante el sacrificio de uno de los bienes jurídicos ha sido siempre un tema objeto de constante polémica para la doctrina jurídico-penal.

El estado de necesidad supone la existencia de una situación de necesidad (eventual lesión de un bien jurídico) y la realización de una acción salvadora (que supone la lesión de otro bien jurídico).

Existe una situación de necesidad cuando se produce una colisión de bienes jurídicos en oposición (salvar uno supondría lesionar otro) frente a la cual debe optarse a favor de uno en perjuicio del otro.

Ahora bien, el estado de necesidad no se limita a determinados bienes jurídicos, sino que se puede producir respecto a cualquier clase de interés jurídico, individual o colectivo. A favor de tal afirmación abona el texto del art. 20.4 del CP.

La afirmación de la presencia de un estado de necesidad justificante exige la realización previa de una *ponderación global concreta de ambos intereses contrapuestos* que permita considerar al valor jurídico salvado de mayor relevancia que el bien jurídico lesionado mediante la acción de salvamento, a través de la valoración no solo de los intereses que se contraponen, sino también de otros factores positivos y negativos de importancia. Por ejemplo, la dimensión y cercanía del peligro, la cantidad e intensidad de las lesiones a los bienes jurídicos, las consecuencias secundarias, la obligación especial de tolerancia y —esto es determinante— la esfera de procedencia de la fuente del peligro.

La única limitación que podría darse es cuando entra en conflicto el bien jurídico «vida», pues su sacrificio es imposible de ser justificado incluso frente a otro interés de igual valía, como la vida de otro. Es por tal razón que Eser y Burkhardt señalan:

> Si nos encontramos ante un caso «vida contra vida», como en ejemplo tomado de la antigüedad de la «tabla de Carnéades», en el cual la tabla solo podía transportar a un náufrago, entonces si se mata a otro para salvarse a uno mismo, solo se podrá considerar en todo caso un estado de necesidad disculpante.[1402]

Con la misma opinión, Claus Roxin[1403] asevera la imposibilidad de recurrir al estado de necesidad para justificar la conducta de un médico que «matara

[1402] Eser y Burkhardt: *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, 258.

[1403] Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 686 y ss.

a un paciente al que solo le quedaba poco tiempo de vida, para poder extraer de su cadáver un órgano que posiblemente aseguraría una larga vida a un paciente que de lo contrario estaba condenado a morir». Además agrega de forma categórica que «no se puede sacrificar al débil mental para salvar al premio Nobel, ni al anciano achacoso para mantener la vida del joven vigoroso, ni al criminal antisocial para conservar una vida valiosa», pues ello supondría admitir la inhumanidad de una categoría como la de la «vida sin valor vital», defendida en su época por el nacionalsocialismo alemán, cuyo rechazo hoy en día no admite duda alguna.

Incluso en casos donde entren en consideración diverso número de vidas debe rechazarse la posibilidad de una ponderación tal. Por ese motivo, no será posible justificar, en un conocido ejemplo de Welzel, la conducta del guardagujas que observa cómo un vagón de mercancías sin presencia humana alguna se dirige contra un tren atestado de pasajeros y decide cambiar su rumbo a una vía secundaria, con lo que se provoca la muerte de algunos trabajadores que se encontraban en dicho lugar.

La doctrina dominante rechaza también la posibilidad de justificación en los supuestos de «comunidad de peligro». En tales supuestos, ante la existencia de peligro para una serie de personas, se sacrifica a una o unas cuantas para impedir que el peligro afecte a la totalidad de ellas.

El rechazo se basa tanto en aspectos de principios como pragmáticos. En cuanto a la cuestión de principios, debe decirse que, aun cuando la vida sacrificada sirva para salvar otras vidas, sigue resultando un acortamiento arbitrario de la vida. La cuestión pragmática viene dada por el hecho de que aún en las peores condiciones no es posible tener certeza respecto al futuro del interés «vida» que se pretende sacrificar. Así, por ejemplo, en los casos de personas en agonía, no es posible afirmar con certeza que morirán.

El estado de necesidad supone que el bien jurídico que se desea proteger mediante la acción salvadora se encuentre en peligro actual de afectación y que el mismo no pueda evitarse de ninguna otra manera.

Roxin deja en claro que el «peligro actual» en el estado de necesidad diverge de la «agresión actual» propia de la legítima defensa debido a sus distancias en dos puntos elementales. Primero, porque un peligro, incluso sin ser inminente la concreción del daño al bien jurídico, puede ser actual cuando, de no tomarse medida alguna al respecto, resulte claro que ya no sería posible enfrentarse a él o ello solo podría hacerse con mayores riesgos[1404].

[1404] Roxin: *Derecho penal I, op. cit.*, 680.

Es posible también distinguir entre el «peligro actual» en el estado de necesidad y la «agresión actual» de la legítima defensa a través del «peligro permanente». Existe peligro permanente cuando se produce una «situación peligrosa que permanece durante un largo periodo y que en cualquier momento puede desembocar en un daño, aunque pueda quedar abierta la posibilidad de que aún pueda tardar un tiempo en producirse el daño»[1405].

La acción salvadora debe constituir también la más adecuada y más benigna forma posible de evitar el peligro actual que sufre el bien jurídico que se busca salvaguardar.

Es adecuada la acción que resulta capaz de poner fin al peligro que se cierne sobre el bien jurídico. En este análisis, Jakobs pone de manifiesto tres elementos que pueden permitir establecer si la acción salvadora es o no adecuada. Así, señala: 1) «Lo que no surte efecto sobre la situación de necesidad, es inadecuado»; agreaga luego: 2) «Es inadecuado un medio útil en su género, pero demasiado débil en su cantidad»; finalmente refiere: 3) «Tampoco es adecuado lo que solo sirve para modificar la vía conducente al daño»[1406].

Hemos señalado además que la justificación de la acción necesaria de salvación debe tomar en cuenta si esta resulta ser el medio más leve de evitar que el peligro que existe sobre el bien jurídico se materialice.

Roxin establece también aquí un correlato entre el estado de necesidad y la legítima defensa. En este caso, la correlación se produciría con la necesidad de la legítima defensa. Esta continua vinculación entre los requisitos del estado de necesidad y la legítima defensa tienen su razón en el hecho de que la legítima defensa «no es sino un caso especial del estado de necesidad».

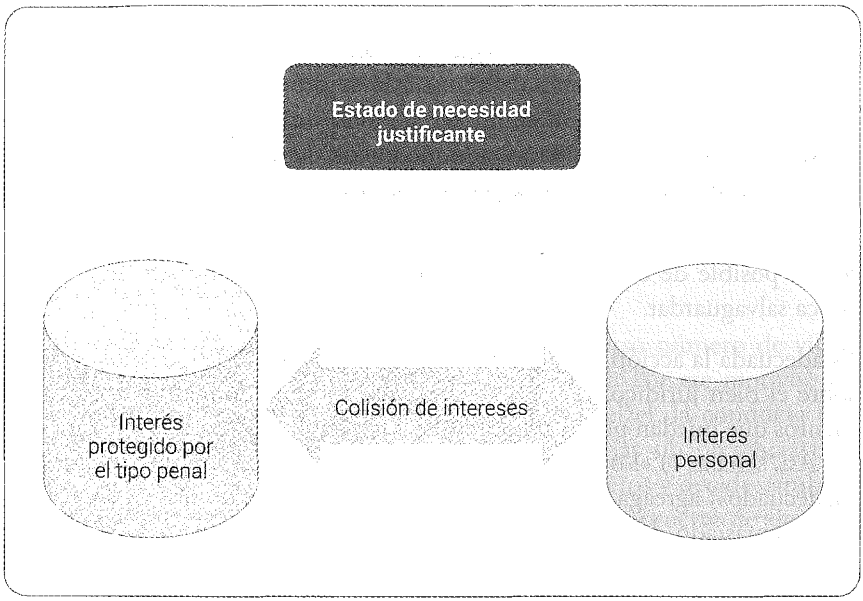
Hay que tomar en consideración que la concurrencia de un estado de necesidad tiene, además, la necesidad de tomar en consideración la existencia de determinados elementos de orden subjetivo.

El primero de tales elementos subjetivos resultaría ser el *conocimiento de la situación de necesidad.* El elemento subjetivo en mención guarda similitud con el conocimiento requerido con relación a otras causas de justificación, como en el consentimiento, por ejemplo.

La *voluntad de salvación*, por otra parte, supone el interés del agente por imponer el interés predominante luego de una *ponderación global concreta de ambos intereses contrapuestos.* Ello supone su distinción del «conocimiento de la situación de necesidad» y encuentra cierto paralelo en la voluntad de defensa propia de la legítima defensa.

[1405] Roxin: *Derecho penal I, op. cit.*, 680.

[1406] Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 503.



IV. El miedo insuperable

El miedo insuperable es otra de las causas de justificación que admite nuestro ordenamiento penal en el art. 20 del CP.

Aunque una primera percepción del «miedo insuperable» parecería mostrar una causa de inimputabilidad o, incluso, de ausencia de acción, pues el miedo insuperable puede provocar, bajo determinadas circunstancias, la paralización total de quien lo sufre, el miedo insuperable que excluye la antijuricidad es aquel que permite al menos una posibilidad de actuación.

La principal exigencia para afirmar la existencia de esta causa de justificación es que el miedo sea insuperable. Este requisito de carácter objetivo supone que el miedo debe superar el promedio soportable.

Otro requisito del miedo insuperable es que el mal que lleve implícito debe ser mayor o al menos igual que el mal causado.

V. El consentimiento

El consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre resulta ser una de las causas de exención o atenuación de responsabilidad jurídico-penal, conforme a los términos del art. 20 del CP.

El consentimiento en su significado para el derecho penal tiene una historia muy extensa[1407]. Ya Ulpiano, en el *Digesto,* aproximadamente 170-228 a. C., trasmitía la expresión *nulla iniuria est, quae in volentem fiat* (lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto).

La presencia del consentimiento como causa de exención de responsabilidad es perfectamente sostenible en un modelo de derecho penal social y democrático donde la persona mantiene su autonomía ética, de allí que en la actualidad no existan mayores inconvenientes en admitir su presencia legislativa.

Para que el consentimiento pueda producir los respectivos efectos de exención de responsabilidad penal, es precisa la concurrencia de una serie diversa de exigencias:

a) La concurrencia de capacidad material de discernimiento por parte de quien consiente la acción.

b) Es suficiente el reconocimiento externo del consentimiento mediante cualquier medio.

c) Es intrascendente si el agente tuvo conocimiento del consentimiento emitido por la víctima.

d) Es requisito *sine qua non* que el consentimiento se encuentre referido a un bien jurídico de disposición libre.

e) El consentimiento debe ser previo a la realización de la conducta típica. El perdón posterior tendrá efectos, a lo sumo, en la determinación y graduación de la pena a imponer.

VI. El cumplimiento de un deber (aproximación desde la regulación peruana y española)

El num. 7, art. 20, del CP español tiene como fuente directa el num. 11, art. 8, del CP derogado, lo cual no debe llamar la atención desde que el Proyecto del CP de 1980 (art. 26, num. 9), la propuesta de Anteproyecto del nuevo CP de 1983 (art. 22, num. 9), el Proyecto de 1992 (art. 19, num. 8) y el Proyecto de 1994 (art. 21, num. 7) reproducen la fórmula actual.

Ello significa que el legislador español, lejos de preocuparse por revisar el contenido y exigencias de la citada eximente, ha limitado su función a la mera transcripción de la norma fuente y ha ignorado en algunos casos las elaboraciones de la doctrina y la jusrisprudencia sobre la materia que reclaman una mayor especificación legal en el sentido de, por ejemplo, precisar que

[1407] Roxin: *Derecho penal I, op. cit.*, 511.

el deber debe ser jurídico y puede derivar de la costumbre. A ello se suma, desde luego, la importancia político-criminal de la eximente de marras, toda vez que judicialmente se presentan con frecuencia situaciones en las que se discute su aplicabilidad. Empero, pese a dichas precisiones, otro sector de la doctrina insiste en que la previsión legal de la eximente es superflua.

1. Objeto de estudio: deberes derivados o no del ejercicio de un oficio o cargo

Interesa delimitar el objeto de estudio debido a que en la doctrina española existe una seria confusión entre los ámbitos de regulación del cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, ello debido a que el num. 11, art. 8, del CP español derogado no expresaba con suficiente claridad las diferencias entre las citadas eximentes. Antes bien, dicha confusión subsiste aún en la nueva regulación prevista en el num. 7, art. 20, del CP español vigente.

Por ende, un gran sector de la doctrina suele considerar que la norma regula cuatro supuestos diferentes, a saber: el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, el ejercicio de un oficio y el ejercicio de un cargo. En esa línea, se considera que tales supuestos no se interrelacionan entre sí y que más bien contienen ámbitos de regulación perfectamente diferenciados. Tal confusión es aún más patente en legislaciones como la peruana en donde la norma (art. 20, num. 8) refiere al que «actúa por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

Empero Córdoba Roda[1408], Huerta, Tocildo y Octavio de Toledo y Ubieto[1409] y Mir Puig[1410] advierten que el oficio o cargo no se toman en consideración con independencia del cumplimiento de un deber o del ejercicio de un derecho, sino en cuanto a fuentes de posibles derechos y deberes. Una clasificación simplificadora nos lleva a considerar cuatro supuestos: cumplimiento de un deber (derivado de un oficio o cargo y no derivado de un oficio o cargo), ejercicio de un derecho derivado de un oficio o cargo y no derivado de un oficio o cargo.

Partiendo de una verificación similar, Cerezo Mir señala que la redacción de la eximente puede reducirse al cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho. No obstante, para Antón Oneca todo podría reducirse al ejercicio legítimo de un derecho; sin embargo, Ce-

[1408] Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo: *Comentarios al Código Penal I*, 360.
[1409] Octavio de Toledo y Ubieto y Huerta: *Derecho penal. Parte general*, 251.
[1410] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 516-517.

rezo Mir insiste señalando que el deber tiene un contenido propio, el de la colisión de deberes, diferenciable del estado de necesidad cuando el sujeto tiene el deber de evitar el mal ajeno. En tal supuesto, se aplica la eximente de cumplimiento del deber.

2. Naturaleza jurídica de la eximente

Al margen de las elaboraciones doctrinales, varios códigos penales no toman posición sobre el particular y hacen referencia más bien a que el cumplimiento de un deber es una eximente de responsabilidad penal. Es el caso del CP español derogado (arts. 8 y 11) y el vigente (art. 20.7), el CP cubano (art. 25.1), CP argentino (art. 34.4), CP peruano (art. 20.8) y CP francés (art. 122.4). Otras referencias genéricas pueden hallarse en el derecho comparado. Se dice por ejemplo: «El delito se excluye» (CP mexicano, art. 15.VI), «no es punible» (CP venezolano, art. 65.1, y CP italiano, art. 51). Como veremos luego, otros códigos señalan expresamente el carácter justificante de cumplimiento de un deber. Por nuestra parte, consideramos inapropiado que el Código Penal defina la ubicación sistemática de la eximente, pues, tratándose de una norma con solución de continuidad y permanencia en el tiempo, debe ser lo más permeable posible a las variaciones de la doctrina y de la jurisprudencia y mantener una textura abierta aunque sin vulnerar la exigencia de seguridad jurídica que deriva del principio de legalidad. No obstante, en contra suele argumentarse desde la teoría general del derecho que las normas podrían cumplir a su vez fines pedagógicos como cometido indirecto y con relación al juez. Ello es deleznable desde los argumentos ya citados.

2.1. Atipicidad objetiva: la teoría de la atipicidad conglobante de Zaffaroni

2.1.1. Tipo y tipicidad conglobante

Para Zaffaroni, *conglobar* significa unir o juntar cosas o partes y *conglobación* es la unión y mezcla de cosas no materiales[1411]. En tal orden, la tipicidad penal se compone de la tipicidad legal y de la tipicidad conglobante. La última consiste en verificar si se afecta el bien jurídico, lo que se hace a la luz de la consideración de la norma conglobada con todo el orden normativo al que pertenece e indaga si está o no limitada por otras normas prohibitivas que, por ordenar o favorecer la conducta, eliminan la afectación al bien jurídico tutelado y la correspondiente

[1411] Zaffaroni: *Tratado de derecho penal. Parte general III*, 235, nota 27.

tipicidad penal de la conducta, además de los casos de normas que limitan el poder represivo y aquellos de insignificante afectación del bien jurídico[1412]. El tipo conglobante se impone por la necesidad de interpretar todo fenómeno en su contexto; este fundamento deriva de la teoría de la comunicación[1413].

La tipicidad conglobante sirve para saber si una conducta legalmente típica es una conducta antinormativa y si por ende se afecta el bien jurídico, pues requiere de la lesión o puesta en peligro mediante la comprobación de la antinormatividad por contradecir la norma conglobada. De ello, el TC opera como *correctivo de la tipicidad legal* y reduce a la verdadera dimensión lo que la norma prohíbe. No significa una renuncia a la legalidad, pues el tipo conglobante también es legal: son normas jurídicas[1414].

Por otro lado, el derecho penal procura la seguridad jurídica y mantiene una aspiración ética (que los sujetos asuman e internalicen valores y pautas de conducta). Dicha aspiración no puede lograrse si se norman conductas contradictorias. Eso refiere a los casos de cumplimiento de un deber y conductas fomentadas; respecto a la seguridad jurídica, refiere a consentimiento y mínima afectación[1415].

La opción de la tipicidad conglobante no ha sido generalizada en la doctrina y menos aún recogida por las legislaciones penales. Sin embargo, el CP portugués señala en el art. 31, num. 1, el cual es una norma que podría servir como «puerta de entrada» a dicha construcción, que «el hecho no es criminalmente punible cuando su ilicitud fuera excluida por el orden jurídico considerado en su totalidad».

2.1.2 La atipicidad conglobante resultante del mandato de la conducta realizada (cumplimiento de un deber jurídico)

Las doctrinas española (Quintano Ripollés, Rodríguez Devesa, Del Rosal, Cuello Calón, Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo) y alemana (Maurach, Jescheck) suelen considerar el cumplimiento de un deber como causa de justificación. La doctrina alemana analiza el tema de la colisión de deberes, que es un caso extremo de cumplimiento de un deber. Dado el trato que dan a la colisión de deberes, se deduce que el cumplimiento de un deber es causa de justificación.

[1412] Zaffaroni: *Tratado... III*, *op. cit.*, 235.
[1413] *Ibid.*, 486.
[1414] *Ibid.*, 235-236.
[1415] *Ibid.*, 486-487.

Dicho cumplimiento de un deber excluye la tipicidad penal de la conducta, lo que se fundamenta en el proceso gestatorio del tipo y en la relación donde se hallan la antinormatividad y la antijuricidad. El precepto permisivo no entra en colisión con la norma, sino que la recorta de tal modo que la conducta antinormativa no llega a ser antijurídica. Se trata de una armonía entre norma prohibitiva y precepto permisivo, pero las *normas prohibitivas tampoco pueden entrar en conflicto entre sí. Todo conflicto de normas prohibitivas no es más que un conflicto «aparente», que se resuelve en el campo de la normatividad.*

El orden jurídico es un «orden», de lo contrario sería el ejercicio de la arbitrariedad en la contradicción y su aspiración de orden ético quedaría destruida. La no contradicción de las normas es un presupuesto de validez de la ley al igual que la validez temporal, espacial o constitucional.

2.1.3. Críticas

Para Cousiño MacIver[1416], el correctivo no responde a la estructura autónoma, sino que opera en el plano normativo propio de la tipicidad. Se objeta que es una complicación innecesaria, pues todo podría resolverse en una sola instancia en el plano de la tipicidad legal. Ello se reforzaría con ideas de que el tipo legal solo abarca la apariencia de prohibición, pues el verdadero alcance de la prohibición se dará con el tipo conglobante.

Eso lo rebate Zaffaroni señalando que la teoría del delito tiene fin práctico, que es procurar un camino metódico-lógico. En este caso, se busca evitar un inútil desgaste de esfuerzo intelectual, el cual es penetrar en el terreno de una investigación más fina.

La tipicidad legal proporciona solo una prohibición aparente. Cousiño MacIver[1417] dice que es un concepto innecesario y presenta un conflicto análogo al del concurso aparente de leyes. Zaffaroni señala que no le falta razón, pues se trata de un conflicto aparente de deberes, pero en algunos casos esta fórmula es insuficiente para abarcar todos los casos. En consecuencia, la atenuante conglobante proporciona más bien una presunción de prohibición.

Para Novoa Monreal es una complicación innecesaria[1418]. El único modo —dice— de salvar esa construcción es recurriendo a la teoría de los elementos negativos del tipo, pero apelando al mecanismo regla-ex-

[1416] Cousiño MacIver: *Derecho penal chileno. Parte general II*, 114.
[1417] *Ibid.*, 115.
[1418] Novoa Monreal: *Causalismo y finalismo en derecho penal*, 126.

cepción, pues los supuestos de atipicidad conglobante son excepciones diferentes a las surgidas de las permisiones. Admitiendo como Novoa Monreal el carácter indiciario de la tipicidad, este no puede surgir de otra fuente que de la antinormatividad, es decir, del choque de la conducta con una norma prohibitiva.

Zaffaroni señala que estos casos se diferencian de la justificación, pues no son supuestos de permisiones legales, sino de mandato o fomento de la conducta o de exceso vedado de la prohibición. Además, la justificación surge de la combinación de orden normativo (normas prohibitivas) con los preceptos permisivos. Por su lado, la atipicidad conglobante tiene lugar dentro del mismo orden normativo sin que para nada operen los preceptos permisivos.

Recurre a un concepto normativo de afectación del bien jurídico. Materialmente existe la vulneración. Esto llama la atención porque Zaffaroni se adscribe más bien a una posición finalista-ontológica, mientras que en el concepto de atipicidad conglobante normativiza el disvalor del resultado y se acerca al método funcionalista o teleológico.

Zaffaroni fundamenta la atipicidad conglobante señalando que el derecho penal mantiene una aspiración ética (que los sujetos asuman e internalicen valores y pautas de conducta), la que no puede lograrse si se norman conductas contradictorias. Pero el derecho penal no puede proteger valores éticos que no constituyan bienes jurídicos. Por otro lado, como fuere, el derecho penal solo puede buscar intencionadamente la creación de pautas de conducta, mas no la internalización de valores pese a que ello pueda surgir como un efecto secundario y no querido.

Finalmente, para Bustos Ramírez, sin recurrir a la atipicidad conglobante, son casos de atenuación cuando existe la obligación específica de actuar, pues sino se comete delito.

2.2. La doctrina mayoritaria: causa de justificación

En la doctrina española es unánime la opinión de que la eximente es una causa de justificación (Anton Oneca, Cuello Calón, Camargo, Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, Jiménez de Asúa, Mir Puig).

En la legislación comparada se aprecia que algunos códigos penales señalan expresamente la naturaleza justificante: Guatemala (art. 24.3), El Salvador (art. 37.1), Honduras (art. 24.3), Bolivia (art. 11.3), Panamá (art. 19), Colombia (art. 29.1). En sentido implícito, el CP portugués se refiere a la «exclusión de la ilicitud» (art. 31.2.c). Esto es criticable por las razones ya señaladas.

Ahora bien, del carácter justificante se deduce que quien obra en cumplimiento de un deber realiza una conducta lícita. Esto que en principio parece tan obvio habría llevado a que algunos códigos europeos como el alemán no incluyan la causal. Empero, la norma no es superflua porque pone de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico, tanto así que en Alemania se ha recurrido a la doctrina de la colisión de deberes (Jakobs, Jesheck, Hirsch) como eximente supralegal sobre la base del principio de la preponderancia y es que el silencio del legislador ha dividido a la doctrina en el tratamiento de la colisión de deberes de igual rango (teorías justificante, disculpante y de la neutralidad).

2.3. Causa de inculpabilidad: causal de inexigibilidad

Para Bustos Ramírez, se diferencia de la obediencia debida porque aquí el deber no surge de relaciones de subordinación, sino directamente en relación con el ordenamiento jurídico como el caso de la obligación de testificar.

3. Función político-criminal del cumplimiento de un deber

Tener en cuenta que, para Roxin, la antijuricidad cumple la función político-criminal de encaminar la solución de conflictos sociales. Conforme con Mir Puig, la eximente niega, salvo que conste lo contrario, que el derecho penal derogue los deberes y derechos definidos en otras normas jurídicas. Se plantea una situación de *conflicto de leyes* que la norma decide en favor de la norma no penal. Por ende, el acto se ve ordenado y no contraviene la ley penal, por lo que no es antijurídico, lo cual se vincula a la existencia de determinados intereses que han llevado a obligar. Dichos intereses entran en conflicto con los penalmente protegidos: conserva la estructura de causa de justificación y el ataque al bien jurídico no desaparece, sino que se obliga por razón de *intereses que se estiman prevalentes.*

De ello, la existencia legal de la eximente no resulta superflua porque resuelve un conflicto entre un deber penal y otro no penal, más aún cuando el deber no penal surge de una norma anterior en el tiempo y/o de rango infralegal, casos donde los principios de temporalidad y jerarquía llevarían a soluciones diferentes. Ello significa un avance importante en el terreno de la seguridad jurídica. Si es superflua, tratándose de deberes penales, por ejemplo, el delito de impedir la realización de un delito donde pueden acarrearse lesiones, coacciones, etc., aquí se resuelve por el principio de especialidad.

Consecuencia de lo anterior es que la valoración de los núcleos de intereses en juego viene realizada por la ley. De ello podría pensarse que es

inútil la realización de un examen caso por caso, como propone Cerezo Mir, sobre la base de los principios que informan la colisión de deberes.

4. Fundamento

Se trata de fundamentar por qué el ordenamiento penal cede a favor del deber no penal. En ese contexto, según la opinión generalizada, es el principio del interés preponderante (Jiménez de Asúa, Sainz Cantero, Mir Puig), pero tal principio es insuficiente, pues se trata de deberes de igual rango y el sujeto actúa lícitamente cumpliendo cualquiera de ellos. Además, incluso en casos de deberes de mayor o igual entidad, el sujeto actúa ilícitamente si atenta contra la dignidad de la persona humana.

En ese sentido, cobra operatividad también el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que no puede imponer que lo lícito en un sector del derecho sea ilícito para el derecho penal (Antón Oneca, Rodríguez Devesa, Cobo del Rosal, Vives Antón, Carbonell Mateu).

Mir Puig por su parte señala que el carácter de *ultima ratio* del derecho penal impide la intervención allí donde otro sector del ordenamiento no castiga la conducta, sino que la ordena o permite.

5. Exigencias para la aplicación de la eximente: el silencio del legislador y las elaboraciones doctrinales en torno a algunos casos especiales de cumplimiento de un deber

5.1. Consideraciones generales

El legislador español guarda silencio. Para Gómez Benites:

> Lo fundamental a efectos penales será no tanto fijar las reglas que determinan la legitimidad general [...], como los límites penales a esa legitimidad, es decir, las condiciones de legitimidad penal de los hechos típicos realizados de conformidad con otras normas del ordenamiento jurídico.[1419]

Empero, dicha legitimidad no debe estar señalada por el legislador penal, mas sí por la norma extrapenal que determina el ámbito del deber preferente. Ello, sin embargo, no excluye que podamos recurrir a principios penales generales como los derivados de la colisión de deberes.

El deber puede consistir en una acción o en una omisión, como lo señala el Código Penal de México, empero dicha especificación, si bien

[1419] Gómez Benítez: *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, 389.

resulta ilustrativa, puede resultar superflua dado que ambas categorías ingresan en el concepto de *deber*.

Según opinión unánime en la doctrina, debe tratarse de un deber jurídico y no es suficiente un deber moral (Cerezo Mir, Antón Oneca, Cuello Calón, Camargo, Jiménez de Asúa, Rodríguez Devesa, Serrano Gómez).

Siendo así, el deber no penal puede derivar de una norma de rango infralegal (decreto-ley, decretos, órdenes ministeriales o disposiciones dictadas por cualquier autoridad administrativa), incluso de convenios o tratados internacionales suscritos por Perú y que formen parte del ordenamiento interno, también del derecho consuetudinario para Cerezo Mir y Rodríguez Devesa siempre que no se *contra legem* y colme una laguna del derecho. Ello no contradice el principio de legalidad porque este se limita a negar la costumbre como fuente del derecho penal en la creación de figuras típicas y el establecimiento o agravación de las penas.

Algunos códigos penales señalan requisitos como el Código Penal de México que hace referencia a la «necesidad racional del medio empleado». Ello es propio de la legítima defensa, pero en este caso la racionalidad del medio está implícita en el propio ámbito del deber, lo cual exige que no existan extralimitaciones en su cumplimiento. Ello se corrobora con la referencia en algunos textos penales de que el hecho se realice «sin traspasar los límites legales».

No es frecuente que acarree la realización de un hecho típico. Los deberes legales como obligación de testificar o dictaminar, en el caso de los funcionarios, y las declaraciones que pueden ser deshonrosas no son típicas si no existe ánimo de injuriar o calumniar al existir ánimo de cumplir obligación legal antes que de ofender. Empero, si no hay *ánimo de cumplir el deber*, evidenciado con manifestaciones innecesarias, no se aplica la eximente total o incompleta.

5.2. La doctrina alemana sobre la colisión de deberes y su influencia en España

5.2.1. La equiparación entre cumplimiento de un deber y colisión de deberes: la teoría de Cerezo Mir

Para Cerezo Mir, quien actúa en cumplimiento de un deber se encuentra en situación de colisión de deberes. Actúe como actúe, el sujeto infringirá un deber; por ejemplo, el agente de fuerzas de seguridad que, para restablecer el orden en una manifestación, coacciona, golpea o lesiona.

a) **Deberes de distinto rango.** La acción típica será lícita si el deber cumplido es de rango superior, según unánime opinión de la doctrina alemana y española (Jescheck, Hirsch, Lenckner, Stratenwerth y Cuerda Riezu). Dicha ponderación remite a la valoración de los intereses tutelados por los deberes y no basta ver los bienes jurídicos, sino la totalidad de intereses como en el estado de necesidad.

b) **Deberes de acción de igual rango.** Dar cumplimiento a cualquiera de ellos es lícito, sino nunca podría actuar lícitamente en dicha situación (Cerezo Mir, Cuerda Riezu). Así opina la doctrina alemana dominante (Welzel, Armin Kaufmann, Hirsch, Lenckner, Maurach, Zipf, Baumann, Weber, Stratenwerth, Schmidhäuser, Jakobs). Por ejemplo, el padre que ve que sus dos hijos se están ahogando y solo puede salvar a uno de ellos; el médico que solo puede salvar a uno de dos heridos de un accidente.

Para otro sector doctrinal, en estos casos, se excluye la culpabilidad (Gallas, Mezger, Jescheck). Para otro sector, la conducta no es lícita ni antijurídica, sino meramente no prohibida. Es la teoría de la neutralidad que adoptan Blei y Arthur Kaufmann.

Algunos matices: para Cerezo Mir, si son dos deberes de acción (delitos omisivos) que tutelan iguales intereses, se debe preferir el deber de garante frente al deber genérico de prestar socorro. Por ejemplo, se están ahogando el hijo y el amigo, o uno de los dos heridos es el paciente. Para Hirsch, tratándose de bienes como la vida o la integridad corporal, siempre los deberes son equivalentes por tratarse de bienes imponderables.

c) **Deberes de omisión de igual rango.** Si son deberes de igual rango, la conducta es lícita siempre. Para Jescheck, por su parte, queda excluida la culpabilidad.

d) **Deber de acción y omisión que protejan intereses iguales.** Para Cerezo Mir, el deber de omitir (del comisivo) es de mayor rango (Welzel, Armin Kaufmann, Schmidhäuser, Jakobs). Para Armin Kaufmann, el cumplimiento del deber de actuar es más gravoso que el cumplimiento del deber de omitir, por lo que la infracción del deber de actuar es menos grave que la infracción del deber de omitir. Las conductas omisivas son generalmente menos graves que las comisivas.

Para Jescheck y Gallas, existe equiparación entre ambos deberes. Según Cuerda Riezu, no debe darse una preferencia con carácter general. Se da la equivalencia cuando el deber de acción tiende a evitar un resultado.

Para Luzón Peña, no debe admitirse la colisión de deberes de acción y omisión porque ello lleva a soluciones injustas.

Ahora bien, al margen de los supuestos estudiados, *si el sujeto realiza el deber de menor rango, su conducta es ilícita*, pues no se aplica la eximente. Para Cerezo Mir, ello se deduce del principio del interés preponderante. Por ende, Mir Puig se equivoca, según Cerezo Mir, al señalar que la eximente resuelve un conflicto de leyes a favor de la norma no penal.

Cuando se usa a un ser humano como instrumento o se atente contra la dignidad, la conducta será ilícita aunque cumpla el deber de rango superior o igual, por ende, es una *interpretación restrictiva* con base en el *principio de respeto a la dignidad de la persona humana*. Ejemplos: el cirujano que para salvar la vida del paciente le extirpa un riñón a otra persona; el juez que autoriza una transfusión de sangre a un paciente testigo de Jehová que se oponía por sus convicciones religiosas; huelga de hambre de presos y se autoriza darles de comer forzosamente no por la vía bucal.

Capítulo XIII

LA CULPABILIDAD (I)

Aspectos generales de la culpabilidad

I. Aspectos generales

Para que un hecho concreto se constituya como delito, no es suficiente que se trate de una conducta típica y antijurídica, sino que, además, es necesario que se supere una tercera barrera como es la culpabilidad.

La culpabilidad constituye una de las categorías de la teoría jurídica del delito que más interés ha propiciado en la doctrina tanto como categoría de la teoría jurídica del delito como por su condición de límite a la reacción jurídico-penal —en virtud de la cual la pena no puede superar la medida de la culpabilidad—.

En esta primera lección dedicada a la culpabilidad, se analizan algunas cuestiones generales de la culpabilidad para culminar en la sección siguiente con las causas de exculpación.

II. Culpabilidad de acto y culpabilidad de autor

Una primera cuestión que captó el interés de la discusión jurídica en relación con la culpabilidad estuvo relacionada con qué tipo de culpabilidad debía estructurarse, esto es, si la culpabilidad debía construirse en relación con el autor o más bien debía ser una culpabilidad por el hecho.

Se distinguen, de este modo, dos visiones de la culpabilidad: la culpabilidad de autor y la culpabilidad por el hecho.

1. La culpabilidad de autor

Según la idea de una culpabilidad de autor, conocida también como *culpabilidad por la conducción de vida*, el juicio de la culpabilidad debe referirse necesariamente a las características internas del autor, de modo

que no interesa tanto sus comportamientos concretos, su modo de comportase ni su forma de conducirse por la vida.

Esta forma de culpabilidad pretende salvaguardar a la sociedad de los posibles comportamientos criminales a ser cometidos por personas peligrosas.

Una culpabilidad de autor permite entonces valorar comportamientos anteriores que sirvan para entender y establecer el modo en que el sujeto se conduce en la vida. En una culpabilidad de autor se admite el castigo por la reincidencia y las medidas predelictivas.

2. La culpabilidad de acto o por el hecho

Aparece como una superación a la idea de culpabilidad por la conducción de vida. Según la idea de la culpabilidad de acto, el autor solo debe responder por el hecho cometido, por lo que el reproche penal no debe extenderse a otros ámbitos como la personalidad, por ejemplo.

La opción por una culpabilidad por el acto es más consecuente con la idea del derecho penal como medio de protección de bienes jurídicos. Si el derecho penal debe intervenir solo ante la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, una culpabilidad por la conducción de vida no encajaría en esta estructura. Por ello, la culpabilidad por el hecho es mucho más coherente con nuestra idea de la función del derecho penal.

III. Evolución de la culpabilidad

El desarrollo histórico de la culpabilidad está ciertamente vinculado al desarrollo del propio derecho penal. Vemos como las diversas concepciones del delito o los sistemas de la teoría jurídica del delito han desarrollado sus propias ideas de la culpabilidad.

Sobre la base de esta idea, puede decirse que la evolución de la culpabilidad ha pasado a través de una diversidad de teorías tradicionales (teorías psicológica y normativa) hasta llegar al actual estado de la discusión.

En el siguiente acápite daremos una visión preliminar de las teorías que se han elaborado sobre la culpabilidad.

IV. Teorías de la culpabilidad

1. Teoría psicológica de la culpabilidad

Según la teoría psicológica, la culpabilidad era la relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva, de acuerdo con Beling. En otras palabras —las de Bacigalupo—, la teoría psicológica

de la culpabilidad afirmaba la existencia de culpabilidad cuando se producía «la comprobación de que la voluntad del autor es causa del hecho ilícito»[1420].

La teoría psicológica de la culpabilidad fue —como se puede deducir— defendida principalmente por los defensores de un concepto causal de acción. Justamente por esta relación entre la teoría psicológica de la culpabilidad y el concepto causal de acción no es de extrañar que haya sido doctrina dominante durante gran parte del siglo xx. Su principal exponente fue el alemán Franz von Liszt, quien señalaba que la existencia de un delito no requería únicamente un vínculo objetivo entre acción y resultado, sino también una relación subjetiva constituida por la culpabilidad que «solo puede ser *psicológica*»[1421].

Esta teoría surgió de la influencia del positivismo, de modo que la culpabilidad se muestra cercana a la idea de peligrosidad propia de una culpabilidad por la conducción de vida.

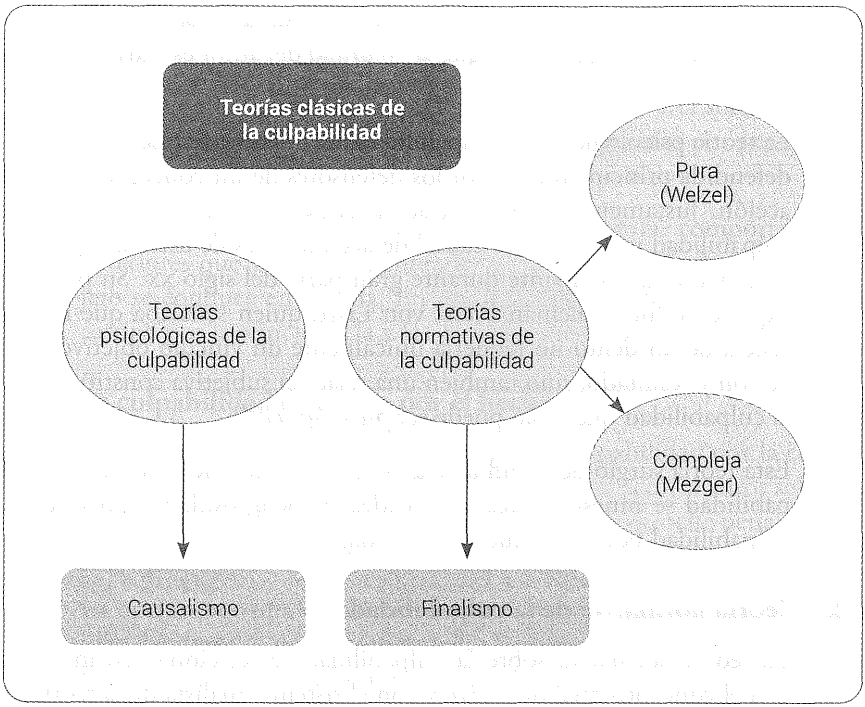
2. Teoría normativa de la culpabilidad

La teoría normativa sobre la culpabilidad se relaciona cercanamente con el concepto final de *acción* y con el sistema finalista de la teoría del delito a tal punto que sea afirmación unánime considerar a Hans Welzel como el responsable del punto máximo de evolución de la teoría de la culpabilidad.

Pero no fue Welzel quien elaboró la teoría normativa de la culpabilidad: la titularidad de la tesis normativa suele ser atribuida al también alemán Reinhardt Frank en 1907.

Para esta teoría normativa, existe culpabilidad cuando el sujeto posee capacidad de ser motivado por la norma penal, capacidad que se relaciona con su estado de salud y madurez mental. Lo central en la teoría normativa es la reprochabilidad, de modo que, según Bacigalupo, «una conducta culpable es una conducta reprochable»[1422].

[1420] Bacigalupo: *Derecho penal. Parte general, ed. peruana*, 401.
[1421] Liszt: *Tratado de derecho penal II*, 375-376.
[1422] Bacigalupo: *Derecho penal...*, *op. cit.*, 402.



Ahora, hay que reconocer que dentro del normativismo en la culpabilidad no existía una sola dirección; así, existía un normativismo complejo (Mezger) y normativismo puro (Welzel).

3. La culpabilidad en la actualidad

La culpabilidad viene siendo en la actualidad también un objeto de tratamiento por parte de la doctrina penal y destaca los desarrollos que sobre la misma han realizado los alemanes Claus Roxin y Günther Jakobs.

La culpabilidad aparece, según Roxin, como límite de los objetivos preventivos implícitos en el derecho penal. Asimismo, Roxin propone una extensión de la culpabilidad a la que denomina en adelante *responsabilidad*. En Jakobs, la idea de culpabilidad está relacionada con la idea del derecho penal que le sirve de base.

V. Concepto y elementos de la culpabilidad

Hemos hecho una breve revisión del desarrollo histórico de la culpabilidad. Ahora corresponde establecer qué concepto de culpabilidad utilizaremos y cuáles son sus principales elementos.

1. Concepto de *culpabilidad*

La culpabilidad puede ser definida como *capacidad de motivación o no motivabilidad*, lo que supone, en el autor del hecho típico y antijurídico, la capacidad de entender la contrariedad a derecho de su comportamiento. En otras palabras, actúa culpablemente quien tiene la capacidad fisiológica de comprender que su comportamiento es rechazado por el orden jurídico y que tiene además, en las circunstancias concretas, la capacidad de poder motivarse conforme a ese conocimiento.

Tal como afirman Muñoz Conde y García Arán[1423], el concepto de *delito* responde a una doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. A esta segunda desvaloración se le conoce como *culpabilidad* o *responsabilidad* y es la que posibilita la atribución de dicho acto antijurídico a su autor para hacerle responsable del mismo.

La *culpabilidad* supone que el autor de un hecho penalmente antijurídico lo comete en condiciones psíquicas de normalidad motivacional. Falta, en cambio, cuando el infractor de la prohibición penal no puede ser motivado usualmente por la norma. Asumiendo la nueva concepción de la culpabilidad y siguiendo una sistemática finalista, la culpabilidad está constituida por los elementos siguientes: 1) la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, que es el núcleo de la culpabilidad en tanto que hace mención a la capacidad del sujeto para verse motivado; 2) la conciencia de antijuricidad, que es el conocimiento que el sujeto tuviera de la prohibición penal y 3) la exigibilidad de una conducta diferente, que es un elemento referido a la «suficiente motivación»[1424] del autor y a las exigencias de cumplimiento de los mandatos o prohibiciones.

Bajo esta perspectiva, Roxin considera que:

> [...] mientras que con el predicado de la antijuricidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del *deber ser jurídico penal* y que está prohibido como socialmente dañino; la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto.[1425]

La culpabilidad será entonces una categoría cuya función consistirá precisamente «en acoger aquellos elementos que, sin pertenecer al tipo de injusto, determinan la imposición de una pena»[1426].

[1423] Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general 4.ª ed.*, 221.
[1424] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 204.
[1425] Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 791.
[1426] Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal 4.ª ed., op. cit.*, 99.

Para Berdugo Gómez de la Torre y otros, de esta definición se infiere que «la culpabilidad no es un rasgo intrínseco a la persona, sino una cualidad que se predica jurídicamente de alguien en relación con el hecho ilícito realizado, que es objeto de la responsabilidad penal»[1427].

Asimismo, el concepto de *culpabilidad* debe tener un fundamento material que se deduce precisamente de aquella función motivadora de la norma penal. En este sentido, la culpabilidad consistirá en la atribución de la conducta al sujeto que la realiza, lo que básicamente se materializa en «las posibilidades de las que dispone el sujeto *a priori* para ser influenciado por la llamada normativa»[1428], de ahí que esta categoría del delito se identifique con «la suficiente motivación normativa»[1429] del autor de un hecho antijurídico.

2. Elementos de la culpabilidad

De la definición que hemos propuesto se puede apreciar que la culpabilidad contiene una serie de elementos integrantes descritos a continuación.

2.1. La capacidad de culpabilidad o imputabilidad

La capacidad de culpabilidad o imputabilidad es el primer elemento de la culpabilidad que debemos tomar en consideración.

La imputabilidad presupone que el sujeto posee unas mínimas condiciones psicológicas y fisiológicas que le permite acceder al ordenamiento jurídico, esto es, que le permite entender lo que está permitido y lo que no —lo que condiciona la determinación conductual futura de la persona—. Se incluyen aquellos supuestos referidos a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse. Así, la imputabilidad requiere dos elementos: la capacidad de comprender lo injusto del hecho y la capacidad de dirigir dicha actuación conforme a dicho entendimiento. Faltará el primer supuesto cuando el sujeto del injusto se halla en una situación mental donde no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el derecho. Faltará el segundo elemento cuando el sujeto es incapaz de autodeterminarse con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho.

Lo dicho hasta el momento no nos permite aún saber cuándo una persona es imputable y cuándo no. Por ello es necesario recurrir a una comparación de las circunstancias psicológicas y fisiológicas del sujeto en el caso concreto y las causas de la imputabilidad reconocidas por

[1427] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 201.
[1428] Serrano-Piedecasas: *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, 161.
[1429] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 204.

nuestro Código Penal: la minoría de edad, la anomalía psíquica permanente, el trastorno mental transitorio, la deficiencia mental y la alteración grave de la percepción o de los sentidos.

Como se aprecia, la imputabilidad es una categoría que demuestra la relación del derecho penal con otras disciplinas (medicina, psiquiatría o psicología).

2.2. El conocimiento de la antijuricidad

Constatada la imputabilidad del sujeto, corresponde determinar si —en las circunstancias concretas— este tuvo conocimiento de la antijuricidad de su comportamiento, esto es, si no actuó influenciado por alguna clase de equivocación. El error sobre la antijuricidad del hecho —lo que comprende el error sobre las causas de justificación— afecta la capacidad del ciudadano para guiarse conforme al ordenamiento jurídico.

El conocimiento de la antijuricidad puede ser entonces negado en los casos de error de prohibición (CP, art. 14) y de error de comprensión culturalmente condicionado (CP, art. 15).

Al estructurarse la culpabilidad sobre la base de la motivación normativa de quien es responsable de un hecho antijurídico, se deduce que «solo puede motivarse en contra de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico aquel que conoce que su conducta está prohibida u ordenada por la ley»[1430]. Entonces concurrirá un *error de prohibición* «cuando el sujeto pese a conocer la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida»[1431]. Así, el art. 14 del CP establece que el desconocimiento sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, si fuese invencible, excluirá la responsabilidad penal. Si por el contrario este error fuese vencible, se producirá una atenuación de la pena.

El error de prohibición además se puede clasificar en error de prohibición *directa*, que es aquel que recae sobre la propia existencia de la prohibición —creo que dejar de llevar libros contables no es delito—, y error de prohibición *indirecta*, que recae sobre la existencia o los límites de una causa de justificación. No obstante, el error sobre los presupues-

[1430] Para estos autores, este desconocimiento podrá existir tanto por tratarse de sujetos no integrados de todo a la sociedad, situación que ocurre en nuestro país en determinadas comunidades indígenas (CP, art. 15), pero también por la aparición de una hipertrofia normativa. *Vid.* Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 218.

[1431] Roxin: *Derecho penal I*, *op. cit.*, 861.

tos objetivos o fácticos de una causa de justificación deberá ser considerado como *errores de tipo negativo*[1432].

2.3. La capacidad de motivación (exigibilidad de otra conducta)

El último de los elementos que componen la culpabilidad viene a ser la capacidad de motivación del autor (o partícipe) del injusto típico.

Con este último elemento, se pretende determinar si —según las circunstancias concretas del hecho— podía exigirse al autor de un hecho típico y antijurídico y, además de ello, imputable y conocedor de la prohibición que actúe conforme a ese entendimiento.

Esta capacidad de motivación desaparece cuando concurren determinadas circunstancias (estado de necesidad disculpante, por ejemplo) donde no hacen posible exigir al sujeto otra conducta distinta a la que realizó. Este análisis se realiza a partir de considerar que no es posible exigir al ciudadano comportamientos supererogatorios o sacrificados, sino comportamientos estándar.

[1432] Debido a que estos, desde el punto de vista de la teoría de los elementos negativos del tipo, forman parte del tipo del injusto. *Vid.* Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones...*, *op. cit.*, 221.

Capítulo XIV

LA CULPABILIDAD (II)

Causas de inimputabilidad y de exculpación

I. Aspectos generales

En el capítulo anterior se explicó cuáles son las teorías que han surgido sobre la culpabilidad, cuál es su contenido y cuáles son sus elementos.

Ahora, estos elementos de la culpabilidad tienen a su vez elementos negativos, lo que significa —de hecho— que la afirmación de la concurrencia o no de culpabilidad pasa necesariamente por la revisión, en cada caso concreto, de si existen elementos negativos de la culpabilidad.

Existe, en suma, una faz negativa en cada uno de los elementos que componen la culpabilidad. Así, existen elementos negativos en la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la capacidad de motivación. En lo que sigue, se detallarán brevemente los principales.

II. Causas de inimputabilidad: minoría de edad, anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y grave de la percepción

Si imputabilidad significa «mínimas condiciones psicológicas y fisiológicas que permiten al ciudadano acceder al ordenamiento jurídico», tendremos —como consecuencia de ello— una amplia selección de comportamientos con relevancia típica y antijurídica que no encajen dentro de esas condiciones psicológico-fisiológicas mínimas.

La imputabilidad constituye una línea de frontera dentro de la culpabilidad que, en algunos casos y bajo determinadas condiciones, no es rebasada. Estos casos son minoría de edad, anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y grave alteración de la percepción.

1. Minoría de edad

El menor de edad carece de imputabilidad penal por considerarse que no alcanza aún un suficiente desarrollo de sus capacidades psicológicas y no puede, por ende, comprender la significación y trascendencia de sus decisiones —incluidas aquellas que suponen la infracción de la ley penal—.

El art. 20.2 del CP señala expresamente que se encuentra exento de responsabilidad «el menor de 18 años», lo que plantea una presunción *iure et iure* (que no se admite prueba en contrario) de que el comportamiento típico y antijurídico de personas menores de 18 años no es culpable justamente por carecer el agente de capacidad de imputabilidad.

Esto no quiere decir que el derecho penal no reaccione frente a las conductas criminales de los menores de edad, de hecho, existe una subespecie del derecho penal —conocida como *derecho penal de menores*— que en la actualidad discute el modo de prevenir y reprimir la delincuencia de menores.

2. Anomalía psíquica

La anomalía o alteración psíquicas es, según sostiene Jescheck, aquella perturbación psíquica que afecta profundamente el proceso de formación de la voluntad humana, esto es, su capacidad de acción y comprensión. Jescheck y Weigend[1433], comentando los párrs. 20-21 del StGB (Código Penal alemán), distingue tres clases de anomalías psíquicas graves:

a) La psicosis (que incluye la epilepsia) es, según refiere San Martín Castro, «una perturbación psíquica morbosa producida en el ámbito intelectual o emocional que escapan al marco de un contexto vivencial comprensible y responden a una lesión o enfermedad del cerebro»[1434].

b) La oligofrenia, que es un producto efecto del desarrollo del nivel intelectual de la persona sin que se pueda comprobar causa física o corporal alguna, es lo que en el Código Penal de 1924 se conocía con el nombre de «idiocia» o «imbecilidad».

c) Las manifestaciones más graves de psicopatías, neurosis y perturbaciones sexuales.

[1433] Jescheck y Weigend: *Tratado de derecho penal. Parte general I*, 644-649.

[1434] San Martín Castro: «Proceso penal, anomalía síquica grave y delito», 21.

Nuestro Código Penal comprende también a la anomalía psíquica como causa eximente de la responsabilidad penal. El art. 20.1 del CP señala:

> [...] está exento de responsabilidad penal: [...] el que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

3. Grave alteración de la conciencia

La grave alteración de la conciencia construye una causa de imputabilidad que aparece a partir de una perturbación cognitiva en el autor del hecho y que provoca que pierda toda capacidad de discernir sobre lo bueno y lo malo, es decir, de discernir sobre lo permitido y lo prohibido.

La grave alteración de la conciencia es provocada principalmente por causas o estímulos emotivos cuya intensidad debe ser de tal entidad que trastorne la capacidad cognitiva de la conciencia.

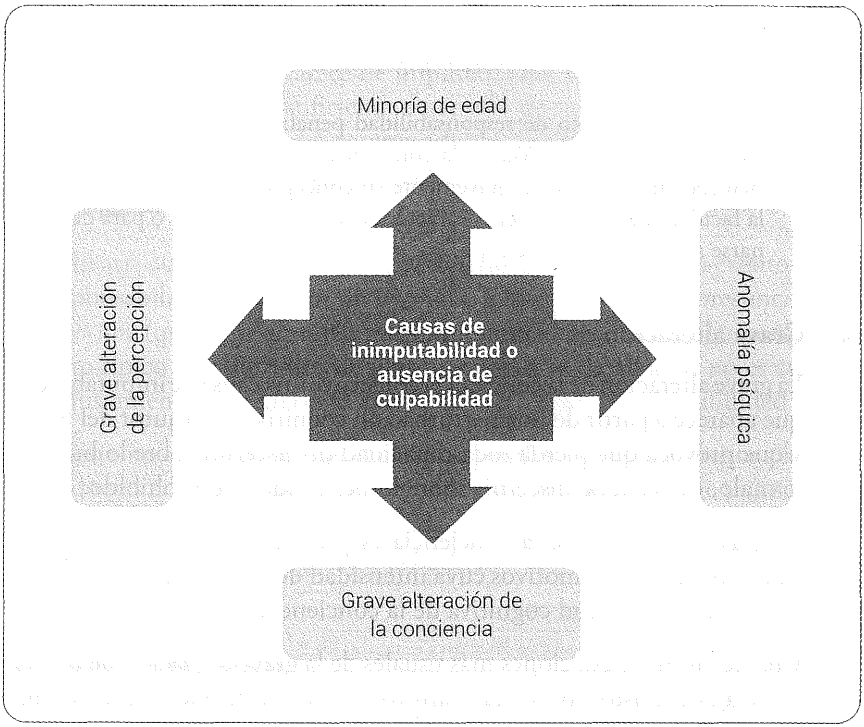
Una de las manifestaciones más usuales de la grave alteración de la conciencia es el trastorno mental transitorio que, a diferencia de la anomalía psíquica, tiene una duración determinada o pasajera.

Legislativamente, la grave alteración de la conciencia es reconocida como causa de exculpación igualmente —como ocurre con la anomalía psíquica— por el art. 20.1 del CP.

4. Grave alteración de la percepción

La percepción sensorial es uno de los elementos que permite al ciudadano actuar conforme a los mandatos y prohibiciones que surgen del ordenamiento jurídico. Esto plantea la posibilidad de que quienes tengan nulas o disminuidas sus capacidades de percepción probablemente vean afectada también su concepción de la realidad a tal punto de considerar su comportamiento como permitido cuando en realidad no lo es.

Ahora, no es que los que sufren de problemas de percepción (sordos, mudos, ciegos, etc.) sean de plano inimputables; la inimputabilidad se produce cuando de estos problemas de percepción afectan su idea de realidad y elimine su capacidad de comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o de determinarse conforme a esa comprensión.



III. Ausencia de conocimiento de la antijuricidad: error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado

El segundo elemento de la culpabilidad (el conocimiento de la antijuricidad) puede verse también eliminado cuando justamente existe error en el sujeto sobre el marco permitido. Si la persona desconoce el marco de la legalidad, difícilmente podrá distinguir si lo que hace está permitido o no.

1. Error de prohibición

El error de prohibición se produce cuando el sujeto cree erróneamente que actúa de forma permitida, esto es, cuando cree que su comportamiento es lícito —por lo tanto, que no es reprochado penalmente—.

Además, se encuentra regulado en el art. 14 del CP que plantea la exclusión (o disminución) de responsabilidad (o culpabilidad) cuando el agente yerra «sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal». La exclusión de responsabilidad se produce cuando el error es invencible. La disminución de responsabilidad opera cuando el error de prohibición es vencible.

Asimismo, cabe mencionar que el error sobre causas o los presupuestos de justificación del comportamiento (causas de justificación) deben ser

tratados conforme a las reglas del art. 14 del CP, lo que significa que excluyen de culpabilidad.

2. Error de comprensión culturalmente condicionado

La figura del error de comprensión culturalmente condicionado ha sido una de las innovaciones más notables del actual Código Penal (1991) y propone la exclusión de culpabilidad (o disminución) cuando el error sobre la antijuricidad se produce por la cultura o costumbre del agente.

Una de las formas más usuales de graficar el denominado *error de comprensión culturalmente condicionado* es a través del ejemplo de las relaciones de convivencia en los pueblos amazónicos. En ciertas culturas de nuestra Amazonía, la actividad sexual de la mujer es permitida desde el momento donde ella posee capacidad reproductiva, lo que significa que, en esas poblaciones, mantener relaciones sexuales con menores de edad puede ser permitido. Es aquí cuando opera el error de comprensión culturalmente condicionado.

Aunque la doctrina aún no es unánime respecto a si es correcta la ubicación del dispositivo (CP, art. 15) en el error o si debiera mejor considerarse una causa de inimputabilidad, lo cierto es que la doctrina dominante considera que la regulación del art. 15 del CP corresponde a una manifestación del error.

3. El error (de tipo y de prohibición) en la jurisprudencia

Con el afán de contribuir de alguna forma en la discusión científica y a partir de una búsqueda preliminar de la jurisprudencia de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Tribunal Constitucional a través de su motor de búsqueda jurisprudencial, tendremos una visión inicial respecto al modo como el máximo tribunal venía trabajando las cuestiones asociadas al *error de prohibición*. En las líneas siguientes se examinará un número limitado de fallos[1435] que revelan una deficiente comprensión de las distinciones entre error de tipo y error de prohibición en línea a una funcionalización de esta institución dogmática que tiene su explicación en percepciones preconfiguradas sobre el sentido de *lo justo* en la solución de cada caso concreto[1436].

[1435] Podrá sostenerse que el número de casos utilizado constituye una muestra arbitraria y, por tanto, no representativa. Una crítica en estos términos sería completamente válida.

[1436] Sobre esta situación he tenido ocasión de pronunciarme en Reyna Alfaro: «Imputación objetiva, criminalidad de empresa y desarrollo jurisprudencial. A su vez, un análisis en torno a la necesidad de armonizar la teoría y la práctica penal», 535.

Para desarrollar estas reflexiones tomaremos en consideración, por un lado, los aportes de la doctrina penal nacional sobre la materia, pues creo que las deficiencias en el abordaje de esta institución por parte de la jurisprudencia son tributarias de una desatención general a las mismas por parte de la doctrina mayoritaria —en donde nos incluimos—[1437] y, por otro lado, enfatizaremos en la identificación de los criterios que sirven para distinguir entre error de prohibición vencible e invencible partiendo de la propuesta formulada por Villavicencio Terreros.

3.1. Selección de casos de la jurisprudencia

3.1.1. Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2010 (RN 4616-2008, Ucayali, Sala Penal Transitoria): alegación de error de prohibición por parte de agresor sexual reincidente

a) Los hechos

En este caso se examinaba, vía recurso de nulidad, la sentencia absolutoria emitida luego de que el imputado aceptara la conclusión anticipada del juicio oral.

El imputado había reconocido los hechos: tras abandonar un establecimiento penitenciario donde cumplía condena por delito de violación sexual de menor de edad, el procesado tuvo nuevamente relaciones sexuales con la agraviada del delito anterior, de 13 años de edad, quien había resultado embarazada como consecuencia del anterior acto de violación.

b) El razonamiento de los tribunales

La Sala Penal Superior en su decisión, pese a la conformidad con los hechos imputados por parte del imputado, le absolvió en virtud de dos argumentos centrales: (i) por considerar que el nivel cultural llevaba a la aplicación del *error de tipo invencible*; (ii) porque era necesario que el hijo producto de la anterior violación sexual sea atendido por su progenitor, por lo que, en atención al *interés superior del niño*, se imponía absolverle de la acusación fiscal.

[1437] Villavicencio Terreros, sin duda, es uno de aquellos que no solo ha profundizado en los contenidos de la teoría del delito, sino que también es parte de aquel reducido grupo de autores nacionales que ha tratado de integrar teoría y práctica al tomar en consideración siempre los desarrollos de la jurisprudencia conforme tuve ocasión de referir expresamente en Reyna Alfaro: «Imputación objetiva...», *op. cit.*, 534, nota 42.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (ponente: Biaggi Gómez) recusa los argumentos de la Corte Superior sosteniendo, en primer lugar, que la invocación al *error de tipo invencible* es incorrecta, pues «el agente tenía pleno conocimiento que practicar relaciones sexuales con una menor de edad constituía delito». En segundo lugar, se rechazan los posibles efectos eximentes derivados del nivel cultural del agente al haber sido condenado anteriormente por la comisión del mismo delito. Finalmente, se rechaza la invocación del principio de interés superior del niño, pues este «constituye un presupuesto de tutela del menor ajeno al ámbito penal o que exima al agente de la comisión de un hecho punible».

La corrección de los argumentos utilizados por la Corte Suprema para recusar los de la Corte Superior decaen cuando se trata de fundamentar la decisión confirmatoria de la absolución:

> Que, en este contexto, no obstante a lo glosado, del estudio integral de los autos, se observa que el procesado al prestar su manifestación policial con intervención del Fiscal Provincial a folios dieciséis, afirmó que practicó el acto sexual a la menor agraviada luego de egresado del centro penitenciario donde se encontraba recluido, siendo que estas nuevas relaciones sexuales —como afirmó— las efectuó con el consentimiento de la víctima, dada las relaciones entre ambos y que habían procreado una niña; que dicha circunstancia constituye un error de prohibición invencible, pues el agente desconocía la comprensión del carácter antijurídico del acto sexual reiterativo con la misma víctima.

3.1.2. Ejecutoria Suprema del 20 de agosto de 2009 (RN 2028-2009, Ica, Sala Penal Permanente): alegación de error de prohibición en el delito de tenencia ilegal de armas

a) Los hechos

Los hechos tienen su origen con el apoderamiento indebido, por parte de un servidor judicial, de un arma de fuego entregada en custodia en tanto *cuerpo del delito*. Dicha persona procedió a vender el arma de fuego a un suboficial de la Policía Nacional del Perú (de iniciales EOM), quien posteriormente entregó en préstamo el arma a otro suboficial de la Policía Nacional del Perú (de iniciales EMC), quien la utilizó en la prestación de servicios particulares de vigilante.

Se discutía, en particular, la trascendencia penal del comportamiento de EMC por portar un arma ajena en propósitos de seguridad privada sin autorización de su comando.

b) El razonamiento de los tribunales

La Superior Sala Penal absolvió a EMC por haber actuado bajo un *error de prohibición* «porque actuó en el entendido que el arma era de propiedad de su coimputado OM».

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (ponente: San Martín Castro) rechaza el argumento de la Corte Superior y afirma:

> El encausado, policía en actividad, sabía que no estaba autorizado para portar el arma en cuestión y, además, realizó una vigilancia no autorizada por su comando. Es imposible un error de prohibición en estos casos, más aún si se está ante un efectivo policial y el factor que determinó su posesión: labor de vigilancia particular, carecía de permiso administrativo. El arma, además, no era la asignada reglamentariamente al encausado OM. La peligrosidad de la misma, que determina su relevancia punitiva, está en que se trata de un revolver en regular estado de funcionamiento, no registrado y por persona que no debía portarlo.

3.1.3. Ejecutoria Suprema del 9 de abril de 2015 (RN 2207-2013, Lima, Sala Penal Transitoria): error de prohibición por creencia errónea de funcionaria pública de la existencia de facultad de disposición de bienes dados de baja

a) Los hechos

La imputada —por delito de peculado—, directora de una institución educativa pública que había recepcionado, en calidad de donación, una serie de bienes de una universidad pública, procedió a la venta de un grupo de bienes —aquellos que fueron dados de baja— para subvencionar el transporte de los bienes donados. La defensa de la imputada sostenía que aquella actuó conforme a lo previsto en el Decreto Supremo 028-2007-ED, que habilita al director de las instituciones educativas a crear sus propios recursos y utilizarlos en beneficio de la institución.

b) El razonamiento de los tribunales

En esta decisión, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (ponente: Prado Saldarriaga) inicia reconociendo que el comportamiento de la funcionaria imputada resultaba antijurídico, y señala:

> Al respecto, cabe señalar que si bien dicha imputación se sustenta con la Resolución Rectoral número mil ciento cuarenta y cuatro-dos mil seis-R-Callao [...], el acta de entrega- recepción [...] y la pericia valorativa [...] instrumentos de los que se colige que la acusada [...] en su condición de director de la institución educativa agraviada, tenía a su cargo los bienes transferidos, pues ella los recibió directamente de la Universidad Nacional del Callao; por ello, además tenía la disponibilidad de los mismos, los cuales vendió a terceras personas; resultando esta conducta totalmente perjudicial para los intereses del Estado, pues su comportamiento es ilícito y contrario al derecho.

Con esta declaración se rechaza —por cierto sin mayores explicaciones— la alegación de actuación en *ejercicio legítimo de un cargo* planteada por la defensa de la imputada. Sin embargo, en líneas siguientes se reconoce la actuación bajo error de prohibición y sostiene que:

> [...] en el caso de autos se presenta un error sobre la antijuricidad del hecho, que no elimina la naturaleza dolosa de la conducta del sujeto activo, pues la citada encausada sabía perfectamente lo que hacía pero creía que su actuar era lícito, es decir, la norma la amparaba. Arribamos a esta conclusión a partir del acta de baja de donación que obra en autos [...] donde se consigna que los bienes «donados» por la casa superior de estudios estaban en completo deterioro, por ello dispusieron darles de baja; documento que, a la vez, se refrenda con la declaración de la propia encausada [...] quien explicó que dieron de baja los bienes materia de discusión porque estos no tenían utilidad alguna, ya que prácticamente eran chatarra; además el dinero recaudado solo sirvió para pagar la movilidad por el transporte de dichos bienes. De ahí que se verifica que la encausada actuó, siempre, creyendo que su conducta era lícita [...]. Por ello, corresponde a este Supremo Tribunal invocar el error de prohibición invencible que conforme lo establece el segundo párrafo del artículo catorce del Código Penal exime de responsabilidad al sujeto activo.

3.2. Presupuestos teóricos básicos

Existe consenso en que el error de prohibición constituye una causa de exculpación al eliminar el *conocimiento o posibilidad de conocimiento de la antijuricidad*, elemento trascendente para la confirmación o verificación de la culpabilidad del ser humano en tanto fundamenta el reproche hacia el autor del injusto[1438].

Este conocimiento de la antijuricidad está dirigido no a los componentes de los diversos elementos del tipo —conocimiento que sí concu-

[1438] Peña Cabrera: *Tratado de derecho penal. Estudio programado de la parte general*, 480.

rre, pues el autor tiene pleno conocimiento del hecho[1439]—, sino a «la valoración global del hecho como prohibido»[1440]. Por ello, no resulta necesario que el autor del injusto tenga un «conocimiento estricto del precepto jurídico conculcado»[1441].

Dentro del error de prohibición es posible reconocer entre el vencible o invencible dependiendo de si pudieron o no evitarse con un mayor cuidado[1442]. Cada una de estas clases de error de prohibición tiene distintos efectos sobre la culpabilidad: el vencible la reduce y se traduce, por lo tanto, en la reducción de la pena, en tanto que el invencible la elimina y afecta totalmente la posibilidad de imposición de una pena. Ahora, es precisamente en aquella cuestión —la invencibilidad o vencibilidad del error— la de mayor complejidad en el análisis práctico[1443] en la medida en que es determinante para establecer si corresponde una reacción al hecho desde el derecho penal.

Aunque existen ciertos supuestos de error especialmente problemáticos —como el error sobre los elementos normativos del tipo o el error que recae sobre causas de justificación— nos enfocaremos en la problemática subyacente a la distinción entre el error de prohibición vencible e el invencible.

3.2.1. El carácter vencible o invencible del error de prohibición en la dogmática de Villavicencio Terreros

En la medida en que el error de prohibición recae sobre la valoración jurídica que realiza el autor del injusto, es natural encontrar serias dificultades para reconocer criterios que nos permitan identificar la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición, esto —como enseña Villavicencio Terreros— porque «todos estos criterios son muy abstractos en una sociedad también compleja donde no se puede establecer reglas fijas de validez general»[1444].

Precisamente, Villavicencio Terreros —con el propósito de superar esos inconvenientes— propone tres criterios para reconocer si un error de

---

[1439] Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general I*, 660; Villavicencio Terreros: *Derecho penal. Parte general*, 617.

[1440] García Cavero: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 529. Similar, Hurtado Pozo: *Manual…, op. cit.*, 660; Peña Cabrera: *Tratado…, op. cit.*, 481.

[1441] Peña Cabrera: *Tratado…, op. cit.*, 481; Bramont-Arias Torres: *Manual de derecho penal. Parte general*, 321; Bramont Arias: *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*, 366 (donde se incorpora la referencia a Johannes Wessels).

[1442] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general 7.ª ed.*, 540-541.

[1443] En ese sentido, *vid.* Alcócer Povis: *Introducción al derecho penal. Parte general*, 126.

[1444] Villavicencio Terreros: *Derecho…, op. cit.*, 620.

prohibición es vencible o no: (i) examinar si el sujeto tenía la posibilidad de acudir a algún medio idóneo de información para conocer la antijuricidad de la conducta (asesoría legal o acceso a la jurisprudencia); (ii) determinar si el sujeto, en el caso concreto, tuvo la oportunidad de informarse sobre la contrariedad a derecho de su comportamiento; (iii) evaluar si era exigible que el sujeto pudiera reconocer la antijuricidad de su comportamiento[1445]. Conforme los planteos de Villavicencio Terreros, la determinación del carácter vencible o invencible del error no puede ser determinada apriorísticamente, sino que depende del análisis particular del caso que considere —como el mismo indica— «las condiciones personales del individuo y sus posibilidades como el grado de instrucción, su actividad habitual, las circunstancias del hecho, etc.»[1446].

Esta última afirmación permite reconocer, en el pensamiento de Villavicencio Terreros, una cierta aproximación a la *culpabilidad por vulnerabilidad* desarrollada fundamentalmente por Eugenio Raúl Zaffaroni[1447]. En efecto, al diseñar su concepto de culpabilidad, fundamentado en la finalidad preventiva de la pena, reconoce que este se apoya en un concepto de *libertad* que considere la «especial ubicación de la persona frente al cúmulo de condicionamientos»[1448] que permita al ciudadano a actuar conforme al ordenamiento jurídico. En esa línea, Villavicencio Terreros agrega que:

> [...] la culpabilidad no debe ser un exclusivo instrumento de convalidación del poder penal, sino que debe tender a proteger a la persona de dicho poder, otorgándole al individuo la oportunidad de mostrar su situación personal de desventaja (v. gr. diversidad cultural, marginación social, etc.).[1449]

En suma, Villavicencio Terreros refiere que «culpabilidad es imputar responsabilidad por un injusto a un individuo en base a la exigibilidad en un ámbito comunicativo, en atención a condicionamientos reconocibles, en una determinada práctica social»[1450].

La cercanía entre la *culpabilidad por vulnerabilidad* y la propuesta de Villavicencio Terreros se hace más notoria cuando se reconoce el sustrato

---

[1445] Villavicencio Terreros: *Derecho...*, *op. cit.*, 621-622.

[1446] *Ibid.*, 622. Cierta similitud en el planteamiento se aprecia en Villa Stein: *La culpabilidad*, 130-131; Armaza Galdos: *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, 187.

[1447] Villavicencio Terreros: *Derecho...*, *op. cit.*, 564. Esto ciertamente no debería sorprender dada la vinculación formativa de Felipe Villavicencio con el maestro Zaffaroni.

[1448] *Idem.*

[1449] *Ibid.*, 565.

[1450] *Idem.*

criminológico que sirve de apoyo: el de selectividad del sistema penal. Ciertamente, como refieren Zaffaroni, Alagia y Slokar:

> La culpabilidad penal del estado de derecho no puede ser de simple culpabilidad por el acto, sino que debe surgir de la síntesis de esta (como límite máximo del reproche) y otro concepto de culpabilidad que incorpore el dato real de la selectividad.[1451]

Ese dato de la selectividad del sistema penal lo proporciona la criminología, disciplina donde el aporte y brillantez de Villavicencio Terreros también se hizo notar.

Pues bien, en ese escenario, Villavicencio Terreros resaltó que «los sistemas penales latinoamericanos han venido siendo usados como instrumentos de respuesta y contención de la conflictividad política y social para lo que se han elaborado doctrinas o tesis de justificación de su operatividad»[1452]. A partir de dicha premisa, Villavicencio Terreros resalta esa utilización instrumental del sistema penal y su selectividad, sobre todo en el ámbito de la actividad policial (basada en «variables sociales») que se proyecta en todo el sistema penal (Poder Judicial, Ministerio Público, sistema penitenciario)[1453]. Quienes están familiarizados con los contenidos de la criminología reconocerán que los planteamientos de Villavicencio Terreros se alinean dentro de la lógica que corresponde al enfoque del etiquetamiento del cual Zaffaroni resulta ser uno de sus principales ideólogos en Latinoamérica[1454].

En efecto, Zaffaroni, en su conocida obra *En busca de las penas pérdidas*, señala: «Las agencias no judiciales de nuestros sistemas penales se hallan militarizadas y la burocratización de las agencias judiciales permite que operen con entera discrecionalidad»[1455]. Con esto, Zaffaroni marca los efectos del control penal policial sobre la totalidad del sistema penal que se mantiene inerte o pasivo frente a una forma de selectividad que además se basa en ciertos estereotipos sociales. En ese sentido, Zaffaroni refiere:

> Nuestros sistemas penales reproducen su clientela mediante un proceso de selección y condicionamiento criminalizante. Este proceso de con-

[1451] Zaffaroni, Alagia y Slokar: *Manual de derecho penal. Parte general*, 511. También puede consultarse Zaffaroni: «Culpabilidad por vulnerabilidad» en *Anthropos*, 136 y ss.

[1452] Villavicencio Terreros: *Introducción a la criminología*, 187-188.

[1453] *Ibid.*, 193 y ss.

[1454] Destacando la trascendencia del aporte de Zaffaroni, *vid.* Serrano Maíllo: *Introducción a la criminología*, 442-445 —aunque calificándola como una línea «bastante ortodoxa»—; también Anitua: *Historia de los pensamientos criminológicos*, 426. Sobre el arraigo de la teoría del etiquetamiento en su pensamiento, *vid.* Zaffaroni: *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, 219 y ss.

[1455] Zaffaroni: *En busca de las penas pérdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 136.

> dicionamiento para el delito se orienta por estereotipos que son proporcionados por los medios masivos. Hay estereotipos «míticos» —que no pueden realizarse (el del violento consumidor de heroína con síndrome de abstinencia en América Latina, por ejemplo)— y estereotipos «realizables» (verdaderas «profecías» que se autorrealizan) [...]. Las agencias del sistema penal seleccionan conforme a esos estereotipos y les asignan y exigen esos comportamientos, les tratan como si se comportasen de esa manera y los miran e instigan a todos a mirarlos del mismo modo, hasta que se obtiene finalmente la respuesta adecuada al rol asignado.[1456]

Los planteamientos de Zaffaroni y Villavicencio Terreros son consistentes en la comprensión del sistema penal como mecanismos de «control de las clases peligrosas»[1457] que aparecen como los «enemigos» de la sociedad[1458].

Pues bien, retornando a la cuestión analizada (criterios para la determinación del carácter vencible o invencible del error de prohibición), hay que recordar que la noción de «invencibilidad» no debe suponer introducir exigencias de imposible satisfacción. Como resaltó Villavicencio Terreros, «no debe entenderse la vencibilidad como si solo la imposibilidad absoluta de acceder al conocimiento del injusto pudiera excluir la punibilidad. Si esto fuera así, no podría darse apenas casos de error de prohibición invencibles»[1459]. El criterio de diligencia ordinaria parece ser el más compatible con esta línea de pensamiento[1460].

4. Reflexiones finales

Evidentemente, la distinción entre error de prohibición vencible e invencible, la identificación de sus zonas grises y la solución de los casos límites constituyen —como destaca Julio Armaza— una tarea ardua[1461] para la dogmática y la jurisprudencia, pero sobre todo para esta última[1462] debido a la falta de propuestas que permitan una solución más predictiva de los casos de la práctica forense.

Esta circunstancia explica por qué las decisiones judiciales referidas anteriormente muestran saltos de coherencia que terminan generando que sea la percepción de «lo justo» la que sirva como factor determinante de la decisión judicial.

[1456] Zaffaroni: *En busca de las penas pérdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 145.

[1457] Ya en esa línea, Christie: *La industria del control del delito*, 69 y ss.

[1458] *Vid.* al respecto Zaffaroni: *El enemigo en el derecho penal, passim*; Zaffaroni: «Seeking the enemy. From Satan to cool criminal law», 5 y ss.

[1459] Villavicencio Terreros: *Derecho...*, *op. cit.*, 622.

[1460] En favor de la diligencia ordinaria, *vid.* Villa Stein: *La culpabilidad*, *op. cit.*, 130.

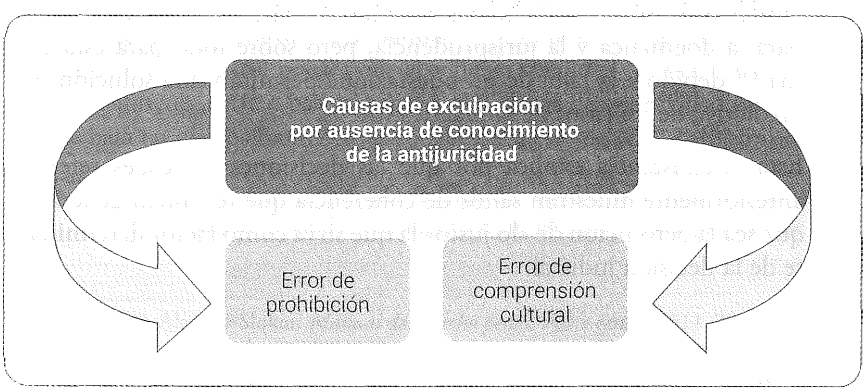
[1461] Armaza Galdos: «El error de prohibición» en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 43.

[1462] Villa Stein: *La culpabilidad*, *op. cit.*, 130.

Esta circunstancia se aprecia con claridad en el caso 1 donde —por el contrario a lo que resulta ser propio de la aplicación del error de prohibición invencible— el imputado conocía el carácter antijurídico del hecho —pues había sido condenado previamente por el mismo tipo de delitos—. Circunstancia similar se aprecia en el caso 3 donde se recurre al error de prohibición invencible pese a que el supuesto parece estar más vinculado con el error de tipo e incluso con la cuestión del riesgo permitido. En ambos casos (1 y 3) pareciera existir un tratamiento más benevolente que el otorgado al caso 2.

Sin embargo, en lo que sí parece existir coincidencia en los diversos casos examinados es la ausencia de una explicación idónea y suficiente respecto a los motivos que explican el carácter invencible del error sobre la antijuricidad del hecho. Esta circunstancia (motivación insuficiente) parece ser el «talón de Aquiles» en el tratamiento jurisprudencial del error de prohibición —al menos en estos casos concretos—[1463].

Pero hay que reconocer que la doctrina penal nacional tiene parte de culpa al examinar las instituciones jurídicas ignorando los desarrollos de la jurisprudencia. Felipe Villavicencio Terreros no cayó en ese error; por el contrario, además de considerar los aportes de la jurisprudencia en cada uno de sus análisis —conforme se aprecia en su análisis sobre el error de prohibición—, enfatizó el rol de la jurisprudencia como «fuente de producción derivada, subordinada a la ley»[1464] y resaltó —precisamente por ese motivo— que «la jurisprudencia no solo interpreta la ley, sino que crea derecho»[1465].



[1463] Con esto evitamos cualquier generalización que afecte la importante labor de desarrollo que ha venido cumpliendo nuestra Corte Suprema de Justicia.

[1464] Villavicencio Terreros: *Derecho...*, *op. cit.*, 145.

[1465] *Ibid.*, 145-146.

Jurisprudencia

Rondas campesinas y derecho penal

Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la relevancia jurídico penal de los diferentes delitos imputados a los que integran Rondas Campesinas o Comunales, en especial los delitos de secuestro, lesiones, extorsión, homicidio y usurpación de autoridad, en relación con los artículos 2.19, 89 y 149 de la Constitución, y el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo «*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*», del 27 de junio de 1989, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, así como —en particular— los artículos 14, 15, 20.8, 21, 45.2 y 46.8 y 11 del Código Penal —en adelante, CP—.

Al respecto es de observar dos datos importantes. En *primer lugar*, que con gran frecuencia la conducta penal atribuida a quienes integran las Rondas Campesinas se desarrolla en un ámbito rural, aunque en no pocos casos —siendo rurales— en áreas colindantes o de fácil comunicación y acceso con zonas urbanas donde ejercen jurisdicción los jueces del Poder Judicial. En *segundo lugar*, que los delitos imputados, según se anotó, se refieren a tipologías donde la violencia y la coacción son medios comunes de comisión, los cuales por su naturaleza tienen en la legislación vigente penas muy altas.

Las diversas Salas Penales de este Supremo Tribunal en numerosas ocasiones se han pronunciado sobre los puntos objeto de controversia, pero han utilizado diversos niveles de razonamiento y sustentado sus decisiones en variadas perspectivas jurídicas y fundamentos dogmáticos, a veces con resultados contradictorios. Constituyen una muestra de lo expuesto, entre otras, las Ejecutorias Supremas número 1722-2009/La Libertad, del 7 de julio de 2009; 5124-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 5184-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 625-2008/Amazonas, del 21 de abril de 2008; 4000-2007/Huara, del 14 de marzo de 2008; 1836-2006/Amazonas, del 4 de julio de 2006; 752-2006/Puno, del 17 de mayo de 2006; 2164-2005/Cajamarca, del 26 de abril de 2006; 975-2004/San Martín, del 9 de junio de 2004; 975-2004/San Martín, del 9 de junio de 2004; y 4160-96/Ancash, del 7 de noviembre de 1997.

Por tanto, en aras de garantizar el valor seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, es del caso unificar en el presente Acuerdo Plenario.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como Jueces Supremos ponentes a los señores VALDEZ ROCA y RODRÍGUEZ TINEO, quienes, con el concurso de los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

6. La Constitución, de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2.19) —a través de la norma en cuestión, la Constitución, propiamente, establece un principio fundamental del Estado—. De otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: **(i)** el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89); y **(ii)** el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2.19 de la Ley Fundamental.

Todos estos artículos, como es obvio, deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, con el necesario aporte del «Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989» —en adelante, el Convenio—, del 27 de junio de ese año, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas —en adelante, la Declaración—, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El propósito del Convenio, y también de la Declaración, es garantizar el respeto tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2, «b» del Convenio, artículo 5 de la Declaración), como el derecho individual de sus miembros a participar en esta forma de vida sin discriminaciones. La Declaración estipula, con toda precisión, que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34). El Convenio, tiene expuesto el Tribunal Constitucional, viene a complementar —normativa e interpretativamente— las clausulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC número 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009).

La diversidad cultural del Perú —o su realidad pluricultural— está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento —validez y práctica— tanto del derecho consuetudinario —que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia— como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149 de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone

la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia.

Por consiguiente, el pluralismo jurídico —entendido como la situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten (o, mejor dicho, colisionan, se contraponen y hasta compiten) en el mismo espacio social [ANTONIO PEÑA JUMPA: *La otra justicia: a propósito del artículo 149 de la Constitución peruana*. En Desfaciendo Entuertos, Boletín 3-4, Octubre 1994, IPRECON, página 11], ha de ser fundado en los derechos humanos y debe ser respetuoso del derecho a la diferencia.

7. El artículo 149 de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección funcional, a fin de establecer con toda justicia si las Rondas Campesinas y Comunales son o no sujetos colectivos titulares del derecho de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial.

El citado artículo constitucional prescribe lo siguiente: «*Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas,* ***con el apoyo de las Rondas Campesinas,*** *pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha* ***jurisdicción especial*** *con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial*» [los resaltados en negrita son nuestros].

Una primera lectura, meramente literal del texto normativo en cuestión, podría concluir que las Rondas Campesinas, en primer lugar, para ser tales, deben surgir y ser parte de las Comunidades Campesinas y Nativas —nacen de ellas e integran su organización—; y en segundo lugar, que no ejercen por sí mismas funciones jurisdiccionales, pues su papel sería meramente auxiliar o secundario. La realidad social, sin embargo, revela que las Rondas Campesinas surgieron a mediados de la década de los setenta del siglo pasado —aunque con antecedentes remotos en las guardias rurales de fines del Siglo XIX y en las rondas de hacienda de las primeras décadas del siglo XX [FERNANDO BAZÁN CERDÁN: *Rondas Campesinas: la otra justicia*]—, siempre por decisión de los propios campesinos o vecinos de un sector, estancia o caserío, como una necesidad comunal o colectiva de protección, no sólo desde las propias Comunidades sino también de aquellas poblaciones rurales andinas que carecían de Comunidades Campesinas y necesitaban expresar su organización comunal y consolidar los espacios de afirmación de su identidad colectiva. Las Rondas Campesinas, en consecuencia y vistas desde una perspectiva general, forman parte de un sistema comunal propio y, en rigor, constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen —estén o no integradas a Comunidades Campesinas y Nativas preexistentes— [RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: *Rondas Campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo*. En: http://www.alertanet.org/ryf-defensoría.htm].

Como tales, las Rondas Campesinas, que se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria y de los valores andinos de solidaridad, trabajo comunal e idea del progreso [JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ VILLA: *Peritaje Antoprológico en la causa número 22007-00730*, Cajamarca, 21 de noviembre de 2007, página 58], han asumido diversos roles en el quehacer de esos pueblos —tales como seguridad y desarrollo— y, entre ellos, también se encuentra, sin duda alguna, los vinculados al control penal en tanto en cuanto —presupuesto necesario para su relevancia jurídica— aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponda y expresen su identidad cultural. Son una respuesta comunal, entre otras expresiones socio culturales, ante el

problema de la falta de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental procesal que integra el núcleo duro de los derechos fundamentales. Según algunos científicos sociales la justicia que aplican puede definirse como «reconciliadora» y ejercen mecanismos tradicionales de resolución de conflictos [JOHN GIGLITZ: *Rondas Campesinas y Violencia*. En: Justicia y Violencia en las Zonas Rurales, IDL, Lima, 2003, página 146]; sus juicios cuentan con ciertas formalidades, pero carecen de la rigidez que caracteriza a la administración de justicia formal [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. En: Revista Pena y Estado, año 4, número cuatro, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, página 113].

Los integrantes de las Rondas Campesinas cumplen, en principio, el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. En efecto, desde la *perspectiva subjetiva*, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos —sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a los normas de su grupo social, su conducta observable reflejan necesidad de identidad y de pertenencia—; así, incluso, se autodefinen como herederos de los Ayllus (pueblo inca) y como parte de los pueblos indígenas— [¿QUÉ SON LAS RONDAS CAMPESINAS?, martes 6 de enero de 2009. En: http://cunarc.blogspot.com/2009/01/qu-son-las-rondas-campesinas.html]. Desde la *perspectiva objetiva*, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que los distinguen de otros colectivos sociales —su existencia tiene una vocación de permanencia—. Son expresiones del mundo rural —de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados—, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes —organizan de cierto modo la vida en el campo—, y han definido —aún cuando con relativa heterogeneidad— las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones.

Es imprescindible, desde luego, que el Juez identifique con absoluta rigurosidad, caso por caso y no darlo como sentado, la existencia en los asuntos de su competencia de estos elementos, obviamente con ayuda pericial —la pericia, es necesario enfatizarlo, ilustra o auxilia, pero no define; ofrece al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para resolver el caso [MICHELE TARUFFO: *La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, página 90]—, pues lo que el Estado democrático reconoce es una organización o institución determinada y el ejercicio legítimo del derecho consuetudinario —normas vigentes y válidas para el grupo social, en el marco de su referente cultural [RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: *Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución peruana:* alcances, límites, consecuencias y retos. En: Desfaciendo Entuertos, Lima, octubre 1994, página 21]— en su espacio geográfico, no una organización que sin esos elementos definidores ejerce sin más la potestad jurisdiccional.

8. En la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo el criterio fundamental la conciencia de su identidad (artículo 1), entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas —según se tiene expuesto— son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender —en vía de integración— que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos que luego se precisarán. No hacerlo importaría un trato discriminato-

rio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación [JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA: *¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas?*, IDL, Lima, mayo 2008, páginas 24-25].

Si el fundamento del artículo 149 de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones —el artículo 8.2 del Convenio fija como pauta que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias—, es obvio que al ser las Rondas Campesinas parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario —cuya identificación y definición previa es tarea central del juez—, deben tener, como correlato, funciones jurisdiccionales en lo que le es privativo [Conforme: DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas*, Lima, octubre, 2004, páginas 23/28]. Las Comunidades Campesinas y Nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario.

Es cierto que el artículo 1 de la Ley número 27908 —en igual sentido el Reglamento de esa Ley (Decreto Supremo número 25-2003-JUS, del 30.12.2003)— ratifica las funciones de seguridad de las Rondas Campesinas dentro de su ámbito territorial y precisa que estas últimas apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, y colaboran con la solución de conflictos. Sin embargo, en vía de integración y según los parámetros constitucionales ya abordados, ha de entenderse que las funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia son insitas a las Rondas Campesinas tanto si éstas se originan en el seno de las citadas Comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas, puesto que, como el propio artículo 1 preceptúa, son formas autónomas y democráticas de organización comunal. Cabe resaltar que en muchos casos las funciones jurisdiccionales en cuestión se dan no solo como un intento de reivindicar y afirmar sus propias *esferas*, sino que vienen «propiciadas» por la ausencia o casi nula existencia de presencia estatal.

§ 2. *Alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera*

9. El primer nivel de análisis que debe realizarse cuando se discute en sede penal una imputación contra integrantes de Rondas Campesinas por la presunta comisión de un hecho punible con ocasión de su actuación como rondero consiste en establecer si resulta de aplicación el artículo 149 de la Constitución, es decir, si es de aplicación el denominado «fuero especial comunal», en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria.

Desde dicha norma constitucional es posible —a tono, por ejemplo y en lo pertinente, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003)— identificar los siguientes elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil:

A. *Elemento humano*. Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, las Rondas Campesinas tienen este atributo socio cultural.

B. *Elemento orgánico*. Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las Rondas Campesinas,

precisamente, es esa organización comunal que, entre otras múltiples funciones, asume funciones jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.

C. *Elemento normativo*. Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.

D. *Elemento geográfico*. Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la Ronda Campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de ésta.

A estos elementos se une el denominado *factor de congruencia*. El derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil.

10. El fuero comunal-rondero se afirmará, por tanto, si concurren los elementos y el factor antes indicado. El elemento objetivo es básico al igual que el factor de congruencia, por lo que es del caso efectuar mayores precisiones.

El primero, el *elemento objetivo*, está referido —con independencia de lo *personal*: el agente ha de ser un rondero, y *territorial*: la conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva Ronda Campesina, necesariamente presentes- a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

A. Será del caso establecer, como primer paso, la existencia de una concreta norma tradicional que incluya la conducta juzgada por la Ronda Campesina. Esa norma tradicional, como ha quedado expuesto, sólo podrá comprender la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la Ronda Campesina.

B. Si el sujeto —u objeto— pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos guardan relación con la cosmovisión y la cultura rondera —se trata, por tanto, de conflictos puramente internos de las Rondas Campesinas—, no cabe sino afirmar la legitimidad constitucional de esa conducta —y, por ende, la exclusión del Derecho penal—, en tanto en cuanto, claro está, los actos cometidos no vulneren los derechos fundamentales.

C. En cambio, frente a personas que no pertenecen a la cultura o espacio cultural de actuación de las Rondas Campesinas —se presenta, en tal virtud, un conflicto de naturaleza intercultural— la solución no puede ser igual. La legitimidad de la actuación comunal-rondera estará condicionada no sólo a la *localización geográfica* de la conducta sino también al *ámbito cultural*, esto es, **(i)** que la conducta del sujeto afecte el interés comunal o de un poblador incluido en el ámbito de intervención de la Ronda Campesina y esté considerada como un injusto por la norma tradicional —cuya identificación resulta esencial para el órgano jurisdiccional—; y **(ii)** que —entre otros factores vinculados a la

forma y circunstancias del hecho que generó la intervención de las Rondas Campesinas y al modo cómo reaccionaron las autoridades ronderas, objeto de denuncia o proceso penal— el agente de la conducta juzgada por el fuero comunal-rondero haya advertido la lesión o puesta en peligro del interés comunal o de sus miembros y/o actuado con móviles egoístas para afectar a la institución comunal u ofendido a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales de las Rondas Campesinas o de sus integrantes.

11. El segundo, el *factor de congruencia*, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales —se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural—, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados [RENÉ PAUL AMRY: *Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 95]—. Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas —bajo la noción básica de «previsibilidad» para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)—. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia.

12. La violación de los derechos humanos presenta dos situaciones, sea que ésta se deba **(i)** a lo previsto en las mismas reglas consuetudinarias o **(ii)** a los abusos que cometen las autoridades de las Rondas Campesinas por no respetar el derecho consuetudinario [JOSÉ HURTADO POZO/JOSEPH DU PUIT: *Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú*. En: Derecho y pluralidad cultural, Anuario de Derecho Penal 2006, Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2007, páginas 235/236]. En ambos supuestos, ante una imputación por la presunta comisión de un hecho punible atribuida a los ronderos, corresponderá a la justicia penal ordinaria determinar, en vía de control externo de la actuación conforme a los derechos humanos de las autoridades comunales si, en efecto, tal situación de ilicitud en el control penal comunal rondero se ha producido y, en su caso, aplicar —si correspondiere— la ley penal a los imputados.

En atención a lo expuesto será de rigor considerar como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, **(i)** las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable —plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil—; **(ii)** las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; **(iii)** la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; **(iv)** los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa —lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento—; **(vi)** la aplicación

de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; **(vii)** las penas de violencia física extrema —tales como lesiones graves, mutilaciones— entre otras.

§ 3. *El rondero ante el Derecho penal*

13. El derecho a la identidad cultural y al ejercicio de funciones jurisdiccionales conforme al derecho consuetudinario está, pues, limitado a las reservas que dimanan del propio texto constitucional y de su interrelación con los demás derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos.

Así las cosas, los alcances de un tipo legal pueden restringirse en dos casos [RENÉ PAUL AMRY: *Obra citada*, página 97]:

A. Cuando la interpretación de los elementos normativos del tipo lo permita (interpretación del tipo conforme a la Constitución).

B. Cuando sea aplicable una causa de justificación, en especial la prevista en el artículo 20.8 del Código Penal —en adelante, CP—: cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Lo expuesto guarda coherencia con el alcance del fuero comunal rondero. Desde el primer caso —supuesto de atipicidad de la conducta— se descarta de plano, por ejemplo, el delito de usurpación de funciones (artículo 361 CP) en la medida de que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada. También se rechaza liminarmente la imputación por delito de secuestro (artículo 152 CP) puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional —detención coercitiva o imposición de sanciones—.

Asimismo, cabe destacar que la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes no está orientada a obtener beneficios ilegales o fines de lucro, y —en principio— la composición y práctica que realizan tienen un reconocimiento legal, que las aleja de cualquier tipología de estructura criminal (banda o criminalidad organizada) asimilable a aquellas que considera el Código Penal como circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186, párrafo 2, inciso 1, y 317 CP). Efectivamente, su intervención se origina en un conflicto de naturaleza y trascendencia variables, que involucra a personas que reconocen en las Rondas Campesinas instancias conciliadoras, de resolución de conflictos y con capacidad coercitiva —uno de los atributos esenciales de la jurisdicción—.

En estas condiciones, es de enfatizar que no es asimilable la actuación y la conducta, siempre colectiva, de sus integrantes a un delito de secuestro extorsivo y cuya presencia relevante en las estadísticas de la criminalidad nacional determinó las modificaciones y reformas del artículo 152 CP, caracterizadas, todas ellas, por un incremento constante de las penas conminadas y de los rigores de su cumplimiento.

14. Cuando no sea posible esta primera posibilidad —la atipicidad de la conducta—, será del caso recurrir al análisis de la procedencia de la causa de justificación centrada, con mayor relevancia, en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20.8 CP). Aquí se tendrá en cuenta el presupuesto —situación de amenaza a los bienes jurídicos antes citados— y los límites o condiciones para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional comunal-rondera ya analizados.

El respectivo test de proporcionalidad es el que debe realizarse para cumplir este cometido, para lo cual es de tener en cuenta los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por los ronderos en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, prevaleciendo siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

15. Si la conducta atribuida a los ronderos no resulta atípica o si, en aplicación del test de proporcionalidad enunciado, la conducta analizada no está justificada, esto es, afirmado el injusto objetivo, será del caso considerar el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado. Cabe acotar que el análisis en mención requiere, como presupuesto, tener muy claro la existencia jurídica de la Ronda Campesina, la autoridad rondera que actuó —la condición de tal del rondero incriminado—, su nivel de representación y funciones, y las características y alcances de la norma consuetudinaria aplicada, aspectos que en varias de sus facetas puede determinarse mediante pericias culturales o antropológicas.

En este nivel del examen del caso es de tener en cuenta que los patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero tienen entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad, al punto que pueden determinar —si correspondiere— **(i)** la impunidad del rondero, **(ii)** la atenuación de la pena, o **(iii)** ser irrelevantes.

El agente, entonces, como consecuencia de su patrón cultural rondero puede actuar **(i)** sin dolo —error de tipo— al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico; **(ii)** por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o **(iii)** sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión [IVÁN MEINI: *Inimputabilidad penal por diversidad cultural. En: Imputación y responsabilidad penal*, ARA Editores, Lima, 2009, páginas 69/70].

Las normas que en este caso se han de tomar en cuenta para la exención de pena por diversidad cultural serán, en todo caso, las previstas en los artículos 14 y 15 del CP. Es de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia —aunque no imposible ni inusitado— los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15 CP —que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que al sujeto le resultan extraños—, porque los ronderos, como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad «oficial» como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobarla cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona [JUAN LUIS MODELL GONZÁLEZ: *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 283].

16. Cuando no sea posible declarar la exención de pena por diversidad cultural, ésta última sin embargo puede tener entidad para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca. En los niveles referidos a la causa de justificación (artículo 20.8 CP), al error de tipo o de prohibición (artículo 14 CP) o a la capacidad para comprender el carácter delictivo del hecho perpetrado o de determinarse de acuerdo a esa comprensión (artículo 15 CP) —vistos en este último caso, según las opciones dogmáticas reconocidas por la doctrina, desde la imputabilidad, la exigibilidad e, incluso, de las alteraciones de la percepción que se expresan en los valores culturales incorporados en la norma penal, en cuya virtud, en cuya virtud [*sic*] se afirma que el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el derecho penal carece de la percepción valorativa de la realidad que sí tiene la mayoría [JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO: *Culpabilidad-responsabilidad*. En: Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, Editor), Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 353]—, si el

grado de afectación no es lo suficientemente intenso o no se cumplen todos los requisitos necesarios para su configuración, será de aplicación, según el caso:

A. La atenuación de la pena por exención incompleta conforme al artículo 21 CP, o por la vencibilidad del error prohibición según el artículo 14 *in fine* última frase CP, o por los defectos de la comprensión —o de determinarse según esa comprensión— como lo previene la última frase del artículo 15 CP.

B. La sanción por delito culposo si tal figura penal se hallare prevista en la ley por la vencibilidad del error de tipo, atento a lo dispuesto por el artículo 14 primer párrafo última frase CP.

17. Comprobada la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado, el Juez Penal para medir la pena tendrá en cuenta, de un lado, los artículos 45.2 y 46.8 y 11 CP —compatibles con el artículo 9.2 de la Convención, que exige a los tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto socio cultural del imputado—; y, de otro lado, directivamente, el artículo 10 de la Convención, que estipula tanto que se tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento —principio de adecuación de las medidas de reacción social—.

IV. Causas de exculpación por no exigibilidad de otra conducta: estado de necesidad exculpante y obediencia debida

Estas eximentes de responsabilidad penal se aplican en aquellas situaciones cuya naturaleza hace que no sea posible exigir al sujeto que omita delinquir, ya que hay «determinados límites en que el Estado puede exigir a sus ciudadanos que cumplan los mandatos o prohibiciones»[1466].

1. Estado de necesidad exculpante

El art. 20, inc. 5, del CP establece los presupuestos para la exención de la responsabilidad penal de acuerdo con la causal del estado de necesidad exculpante. Así, el primer elemento será la existencia de un *peligro actual y no evitable*, el mismo que ha de presuponer ya una cierta intensidad del menoscabo esperable del bien jurídico que puede comprender periodos de tiempo sustancialmente más amplios que la actualidad de la agresión. Esto rige sobre todo para aquellos peligros permanentes donde la situación de amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño. No tiene lugar la exclusión de la responsabilidad cuando el peligro era evitable actuando de un modo conforme a derecho.

[1466] Berdugo Gómez de la Torre y otros: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 222.

El estado de necesidad exculpante plantea, al igual que el estado de necesidad de disculpante, un enfrentamiento entre bienes jurídicos que se decide a favor de uno de ellos. Entre ambos, sin embargo, existe una diferencia fundamental, mientras que, en el estado de necesidad justificante, el bien jurídico que se sacrifica es de menor valor que el bien que persiste (por ejemplo, en un supuesto de colisión entre patrimonio y vida se opta por la vida). En el estado de necesidad exculpante, los bienes jurídicos que se enfrentan son de igual valor. Cuando una persona se ve obligada a sacrificar un bien jurídico para salvaguardar otro de igual valor, su conducta es disculpada por el derecho penal.

Imaginémonos el conocido caso de la *tabla de Carnéades*: se produce un naufragio y solo Juan y Pedro sobreviven aferrándose a una tabla. Consciente de que matar a Pedro está prohibido por el derecho, pero con la certeza de que la tabla no resistirá más —lo que supone que se ahogará—, Juan asesta un golpe contra Pedro que lo deja inconsciente, lo hace soltar la tabla y se ahoga. La concurrencia de un estado de necesidad de estas características corresponde a la exclusión de culpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta.

Los bienes jurídicos susceptibles de estado de necesidad son la vida, la integridad física y la libertad, este último referido en primer término a la libertad ambulatoria y en segundo lugar a la libertad de autodeterminación sexual, sin embargo no es susceptible de estado de necesidad, la libertad en cuanto ejercicio general de la voluntad.

Además, solo se exime de pena al sujeto cuando el peligro le amenaza a él o a una «persona con quien este tiene una estrecha vinculación». Para Roxin[1467] encajan en este supuesto solo aquellas personas que viven en comunidad doméstica con el sujeto que actúa en estado de necesidad o están ligadas a él en forma similar a los parientes.

No procederá un estado de necesidad exculpante cuando al sujeto le sea exigible soportar el peligro. En este sentido, la norma establece aquí tanto aquellos casos donde hay una «causación del peligro»[1468] como en los que existe «una relación jurídica»[1469] en la que el sujeto ha asumido un especial deber de protección frente a la colectividad.

[1467] Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 909.

[1468] Como indica Roxin, «el sujeto sigue siendo responsable por su conducta cuando sin razón suficiente se ha expuesto a un peligro que previsiblemente podía conducir a un estado de necesidad. La evitación de tales peligros no es un deber, sino una carga, en caso de cuya inobservancia el sujeto pierde el privilegio del estado de necesidad» (*ibid.*, 917).

[1469] *Ibid.*, 914. Esta exigencia solo rige para peligros específicos de la profesión.

2. Obediencia debida

La obediencia debida, conocida también como *obediencia jerárquica*, supone la exculpación de todos aquellos hechos típicos y antijurídicos cometidos en virtud de «orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejerció de sus funciones» (CP, art. 20.9).

Esta causa de exculpación no comprende los casos donde el autor ejecuta el hecho siguiendo órdenes de carácter ilícito. En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha referido:

> [...] los alcances de la obediencia debida, dentro del marco de la Constitución, supone, ante todo, reconocer que, bajo los principios de supremacía constitucional y de Estado social y democrático de derecho, quienes ejercen el poder del Estado «lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen» (artículo 45 de la Constitución).
>
> Este es el motivo por el cual **no cabe aceptar la existencia de deberes que resulten manifiestamente contrarios a los derechos fundamentales o, en general, a los fines constitucionalmente legítimos perseguidos por el ordenamiento jurídico**. Por consiguiente, tanto quien exige el cumplimiento de una orden ilícita, como quien la acata, quebrantan el ordenamiento jurídico, en mayor o menor gravedad, y en proporción directa a la relevancia del bien jurídico mellado a consecuencia de la ejecución del acto.
>
> De ahí que **el inciso 9) del artículo 20 del Código Penal, que establece que se encuentra exento de responsabilidad penal «El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones», no pueda ser interpretado en el sentido de que tal exención alcance a los supuestos de cumplimiento de órdenes ilícitas**. Resulta evidente que cuando la disposición establece que **la orden dictada por la autoridad debe haber sido dictada en «ejercicio de sus funciones», hace alusión a un ejercicio funcional compatible con la Carta Fundamental** [...]. (STC del 30 de setiembre de 2005, Expediente 2446-2003-AA/TC, Puno, fundamentos 10 y 11). (Énfasis agregado)

Capítulo XV

LA PUNIBILIDAD

I. Introducción

La *punibilidad* agrupa ciertas condiciones *positivas*, de carácter objetivo (condiciones objetivas de punibilidad) que en rigor afectan al carácter penal de la antijuricidad del hecho, y *negativas*, de carácter subjetivo o individual (causas personales de exclusión de pena o excusas absolutorias, por ejemplo, parentesco en los delitos patrimoniales) que en contados casos la ley exige para que el hecho pueda castigarse —no impiden la presencia de un delito sino, excepcionalmente, su castigo) y que se añadirían a la necesidad de antijuricidad y culpabilidad. Su ausencia —si son positivas— o su concurrencia —si son negativas— solo impediría la conveniencia político-criminal de la pena por otras razones ajenas a la gravedad de la infracción o que nada tiene que ver con la posibilidad de culpar de ella al autor.

Lo expuesto nos hace recordar las precisiones de Stratenwerth[1470], quien nos dice que la punibilidad de un comportamiento depende de numerosas condiciones que, en primer lugar, surgen de las exigencias del Estado de derecho referidas a la legalidad de la amenaza penal; en segundo lugar, surgen de la limitación del derecho penal al comportamiento reprochable; y en tercer lugar, surgen del principio de que solamente es justificable la pena que aparece político y criminalmente como ineludible.

II. Condiciones objetivas de punibilidad

Casi siempre las conductas que constituyen acciones típicas, antijurídicas y culpables son a su vez punibles, lo que a la luz del sistema del delito no designa un presupuesto general de la punibilidad y ya por esa razón no pueden tener el mismo rango del tipo la antijuricidad y la responsabilidad. Como afirma Roxin, el problema está en determinar si es que en algunos tipos concretos es necesario que concurra un conjunto de circunstancias no sub-

[1470] Stratenwerth: *Derecho penal. Parte general*, 60.

sumibles en las categorías clásicas del delito para que sea posible afirmar la existencia de una conducta punible, circunstancias que al no pertenecer al injusto o a la culpabilidad son agrupadas bajo el concepto de *condiciones objetivas de punibilidad.*

Desde esta perspectiva, se deberá afirmar que las condiciones objetivas de punibilidad son «aquellas circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad y a los que no es preciso que se refieran el dolo o la imprudencia del autor»[1471].

Sin embargo, la identificación de esos elementos heterogéneos, así como de la pretensión de su existencia unitaria resultan bastante problemáticos. Por otra parte, su clasificación y características esenciales no son un tema completamente zanjado en el derecho penal contemporáneo.

III. Causas de exclusión de pena

Según Roxin, las causas de exclusión de la punibilidad o de la pena comprenden «aquellas circunstancias cuya concurrencia excluye la punibilidad o cuya no concurrencia es presupuesto de punibilidad»[1472]. Para Roxin, estas pueden ser clasificables en tres grupos: causas personales de exclusión de punibilidad, causas materiales u objetivas de exclusión de punibilidad y causas de supresión de punibilidad.

IV. Condiciones objetivas de punibilidad y diferencia con las condiciones objetivas de procedibilidad

Para autores como San Martín Castro[1473], las condiciones objetivas de punibilidad se fundamentan en consideraciones sustantivas que afectan a la existencia material del delito, mientras que las condiciones de procedibilidad no inciden para nada en la punibilidad del delito y solamente conciernen a la admisibilidad de su persecución procesal. Desde este punto de vista, una condición objetiva de punibilidad «contribuye a determinar directamente la situación del hecho y su materialización, así como que la circunstancia que debe ser calificada como condición objetiva de punibilidad tiene que concurrir en inmediata conexión con el hecho injusto».

Las condiciones de procedibilidad, por el contrario, son causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla. Si el proceso penal es iniciado obviando la presencia de las condiciones de procedibilidad, este será nulo de pleno derecho, ya que, como

[1471] Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 970.
[1472] *Ibid.*, 971.
[1473] San Martín Castro: *Derecho procesal penal*, 261.

afirma Eberhard Schmidt, en tanto que estas «son presupuestos procesales que resultan en parte, de las relaciones del objeto del proceso con el procedimiento concreto, cuya admisibilidad como camino para la sentencia se pone en cuestión», a través de ellas se determina una serie de delitos que no pueden perseguirse sin que el lesionado u otra persona haya manifestado por sí su voluntad de perseguirlos. San Martín Castro identifica tres casos:

a) **Los delitos perseguibles por querella:** En estos supuestos, la querella funciona como un presupuesto procesal que expresa, al fin y al cabo, la voluntad de la víctima de que se sancione penalmente a una persona que ha cometido un determinado delito en su contra. La acción es, por tanto, privada y exclusiva, y corresponde a aquellos ilícitos considerados de naturaleza privada como los relativos al honor personal, contra la intimidad personal, etc.

b) **En los casos de autorización para proceder:** En esto caso, una autoridad es la que la ley determina para que autorice o consciente la persecución penal. Es el caso de los delitos semipúblicos, tales como la defraudación tributaria.

c) **En los supuestos en que la ley exige la intervención previa de una autoridad por medio de una resolución concerniente al objeto del proceso:** Se produce cuando la ley exige que una determinada autoridad emita un pronunciamiento concerniente al objeto del proceso. Un ejemplo de este supuesto se da en los casos de los delitos ecológicos en los que se exige el informe de entidades sectoriales competentes para establecer si se ha infringido las normas ambientales.

En términos generales entonces:

> La ausencia de una condición objetiva de punibilidad niega la existencia del delito, mientras que la no consideración del requisito procesal despliega puramente el efecto de dejar imprejuzgada la acción, ya que el hecho sigue siendo en rigor punible; así lo demuestra la circunstancia de que la condición para proceder puede cumplirse en un momento posterior y, en atención a ello, hacer factible la persecución del comportamiento punible.[1474]

[1474] San Martín Castro: *Derecho…*, *op. cit.*, 262.

Capítulo XVI

LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

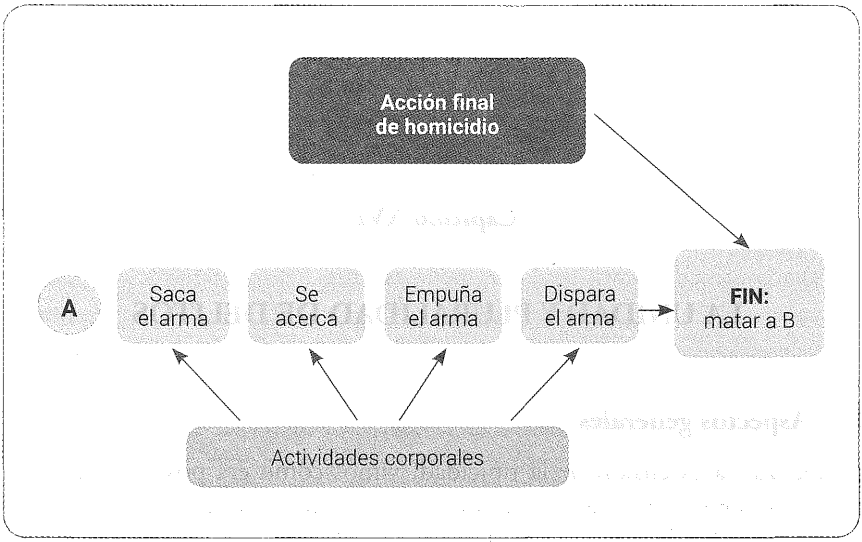
I. Aspectos generales

Al analizar la extensión de la tipicidad, vimos cómo era posible que otras personas, además del autor, participen en un hecho punible, es decir, se constataba la posibilidad de pluralidad de sujetos. De la misma forma, el sujeto (o sujetos) puede cometer una o varias acciones y provocar uno o varios delitos. Las reglas para dilucidar la aplicación del derecho penal en estos casos son las que analizaremos —muy brevemente— en este capítulo.

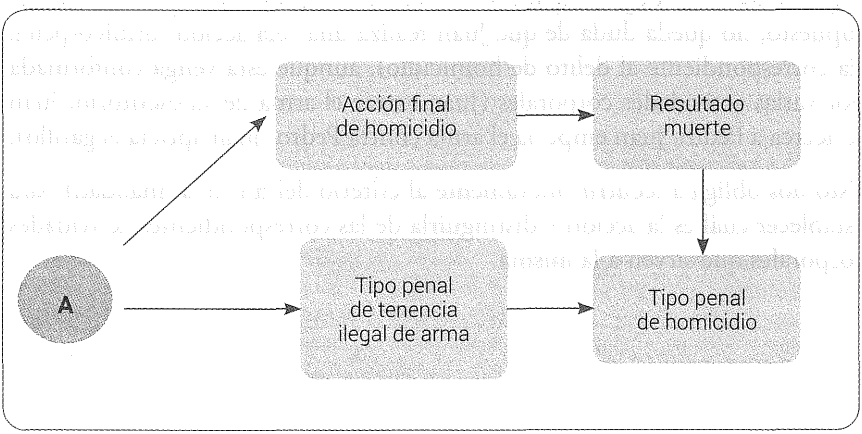
Sin embargo, previamente realizaremos algunas aclaraciones o precisiones que servirán de base para el tratamiento que desarrollaremos luego.

En primer lugar, conviene distinguir entre la mera actividad corporal y a la acción jurídico-penal. Imaginemos, por ejemplo, el caso de Juan, quien coge un arma de fuego, dispara contra Pedro y le provoca la muerte. En este supuesto, no queda duda de que Juan realiza una sola acción jurídico-penal (la correspondiente al delito de homicidio), aunque esta venga conformada por varias actividades corporales (Juan extrae el arma de su escritorio, Juan se acerca a Pedro, Juan empuña el arma contra Pedro, Juan aprieta el gatillo).

Esto nos obliga a recurrir nuevamente al criterio del fin (o la finalidad) para establecer cuál es la acción y distinguirla de las correspondientes actividades corporales que sirven a la misma.



Asimismo, como segunda precisión, es indispensable tener en claro que la existencia de un solo fin criminal no significa necesariamente que se haya cometido un solo delito. Así, por ejemplo, nuevamente en el «supuesto Juan mata a Pedro», puede ser posible que Juan haya portado el arma homicida sin tener licencia para ello, lo que constituye delito de tenencia ilegal de armas, pero no es ese el fin que mueve sus actividades corporales.



Es justo aquí cuando una sola acción o varias acciones realizan varios tipos penales donde surgen los problemas a solucionar a través de las reglas del concurso.

II. El concurso ideal

Existe *concurso ideal de delitos* cuando una sola acción —guiada por un solo fin o propósito— realiza el tipo penal que corresponde a varios delitos.

Por ejemplo: Ricardo desea vender un bien ajeno a Gerardo (CP, art. 197: defraudación patrimonial) para lo cual falsifica un contrato de compra-venta (CP, art. 427: falsedad material) que le hace creer a Gerardo que es el verdadero propietario. Tenemos entonces que el *delito-fin* es la defraudación y el *delito-medio* es el de falsedad material.

Cuando surge un concurso ideal de delitos, se genera una serie de consecuencias jurídicas. Así, en el momento de imposición de la pena, el juez debe imponer la que corresponda al delito más grave (CP, art. 48) y se le faculta —a partir de la modificatoria producida por la Ley 18726— al incremento de la pena hasta en una cuarta parte en tanto no se excedan los 35 años de privación de libertad.

III. El concurso real

En el concurso real, existe también una pluralidad de acciones, pero a diferencia del concurso ideal sus propósitos son divergentes.

Por ejemplo: Pedro ingresa de noche al domicilio de Juana con el objetivo de sustraer alguna de sus pertenencias. Al verla en ropas íntimas, se le despierta la libido y la obliga a mantener relaciones sexuales con él. Aunque existe cierta vinculación fenomenológica entre uno y otro hecho, no se encuentran vinculados por su finalidad, lo que conlleva su tratamiento independiente.

El tratamiento legislativo del concurso real es distinto al del concurso ideal. El art. 50 del CP exige que se imponga la pena correspondiente a la suma de la pena privativa de libertad correspondiente a cada delito hasta por un máximo del doble de la pena del delito más grave y siempre que no supere los 35 años de pena privativa de libertad[1475]. En el plano de la descripción de la acción penal, el cómputo de los plazos es independiente.

[1475] Esta fórmula en virtud de lo dispuesto por el art. 3 de la Ley 28730, publicada el 13 de mayo de 2006.

Jurisprudencia

Determinación de la pena y concurso real

Acuerdo Plenario 4-2009/CJ-116

6. El artículo 50 del Código Penal —en adelante, CP— regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo.

El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos.

Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de delitos independientes.

C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal —enjuiciamiento conjunto—, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

[...]

§ 2. *El concurso real de faltas*

10. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según éste artículo: «*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, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*».

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de faltas independientes.

C. Pluralidad de personas perjudicadas.

D. Unidad de autor.

11. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente «... *infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, ...*».

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50-A CP. «... *será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado.*». Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50 y 51 CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una «*pena privativa de libertad prevista*», la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos —prestación de servicios a la comunidad— y multa, conforme al artículo 440.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440 CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441 CP o contra el patrimonio del artículo 444 CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia —pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes— que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y que era el siguiente: «*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 participe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*». La redacción proyectada aludía, pues, a un «delito» y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial el Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: «*Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e in-*

fringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado».

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad.

En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los limites [*sic*] genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34 CP (*ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales*) y 440.4 CP (*ciento ochenta días-multa*), respectivamente.

IV. El concurso aparente de leyes

Ocurren también en casos donde, frente a una sola acción, *en apariencia*, resulta posible aplicar una serie de dispositivos legales concurrentes.

Por ejemplo: Juana mata a su hija luego de parirla. Frente a este hecho concurren dos tipos penales: el homicidio (CP, art. 106) y el infanticidio (CP, art. 110), que es una modalidad especial agravada del homicidio.

En estos casos, no nos encontramos frente a auténticos concursos delictivos, sino en realidad frente a cuestiones de interpretación de la ley penal —de allí el nombre de la figura «concurso *aparente* de leyes»—. Para la solución de estos problemas de interpretación, debe procederse necesariamente conforme a una serie de reglas entre las que destaca la regla del principio de especialidad, que supone escoger el supuesto que más específicamente acomode a la acción. En el ejemplo dado, esto significaría optar por el infanticidio como ley especial aplicable.

V. El delito masa

La expresión delito masa hace referencia en los casos en que existe pluralidad de sujetos afectados por la acción delictiva. Es el caso, por ejemplo, de las estafas masivas en que miles de personas pueden resultar perjudicadas a partir de una sola acción.

Normativamente se encuentra regulado en la parte final del párr. primero del art. 49 del CP —tras la modificatoria producida mediante Ley 26683— que refiere: «Si con dichas violaciones —de la ley penal—, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave» (entrelíneas agregadas).

VI. El delito continuado

1. Concepto y regulación legal

El delito continuado constituye una figura que cuenta con amparo legal en el art. 49 del CP; por tanto, forma parte de las reglas sobre aplicación de la pena contenidas en el capítulo II, título III, del Código Penal. Precisamente por ese mismo motivo, tiene efectos periféricos a nivel de prescripción de la acción penal, conforme se verifica en el art. 82 del CP.

Ahora, conforme se reconocerá posteriormente, en la medida en que constituye una institución relacionada con la aplicación de la pena y la determinación de su medida, deberá estar sometida en su aplicación a los criterios diseñados para evitar la imposición desmedida de la sanción —como la prohibición de doble valoración—.

El art. 49 del CP describe el delito continuado en los siguientes términos:

> Cuando **varias** violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos **de una misma resolución criminal**, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.
>
> La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos. (Énfasis agregado)

La dogmática jurídico-penal ha definido el delito continuado como «una pluralidad de acciones semejantes objetiva y subjetivamente que son objeto de una valoración unitaria»[1476]. Requiere, por tanto, la concurrencia de cuatro elementos: (i) uniformidad de sujeto activo, (ii) pluralidad de acciones u omisiones que deben constituir individualmente delito o falta, (iii) infracción del mismo tipo para cada una de las acciones u omisiones y (iv) el elemento subjetivo de una misma resolución criminal[1477]. Se reconocen así los ámbitos objetivos (i-iii) y subjetivo del delito continuado (iv).

[1476] Castiñeira: *El delito continuado*, 15 (con referencias a Antón Oneca).
[1477] *Ibid.*, 15-16; Posada Maya: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, 43 y ss.

2. Elementos del delito continuado

Como reconoce la doctrina penal mayoritaria, el delito continuado es una *ficción jurídica* en virtud de la cual —conforme refiere Castiñeira— «varios hechos delictivos que por determinadas razones, variables en cada ordenamiento, son tratados como si constituyeran un solo delito»[1478]. Como agrega Castiñeira: «No existe, según esta concepción, una realidad que pueda calificarse de delito continuado, sino que ante una realidad delictiva plural el derecho actúa como si se hallara ante un delito único»[1479].

Son dos los elementos que determinan la posible invocación de la figura del *delito continuado*, la existencia de «varias violaciones de la misma ley penal» (elemento objetivo) y la concurrencia de «una misma resolución criminal» (elemento subjetivo).

Respecto al elemento objetivo del delito continuado («varias violaciones de la misma ley penal»), hay que advertir, como elemento de acotación, que debe existir una relación de cierta inmediatez entre un suceso y otro para afirmar la concurrencia de un delito continuado.

Esto responde a que el sentido de la calificación de una serie de sucesos como un solo delito continuado es que todos estos respondan a un *mismo propósito criminal* y esto exige la concurrencia de una conexión temporal y espacial entre los hechos[1480] que permita afirmar —como indica expresamente el Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116 (que precisamente trata el asunto de la pescripción de la acción penal)— que entre las conductas exista una «relación de continuidad» que permitan percibir los diversos eventos como «parte de un único fenómeno global» o —utilizando expresiones de José Hurtado Pozo— como «fases de la realización de una misma empresa delictiva»[1481].

Respecto al elemento subjetivo del delito continuado (concurrencia de «una misma resolución criminal»), puede sostenerse que este es el factor determinante y condicionante de la calificación de una pluralidad de hechos como un delito continuado. Esto tiene mucho que ver —como resalta Posada Maya— con el hecho de que aquel «comporta la unidad de desvalor de acción personal del DC»[1482].

[1478] Castiñeira: *El delito…*, *op. cit.*, 17.
[1479] *Idem.*
[1480] *Ibid.*, 169
[1481] Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 954.
[1482] Posada Maya: *Aspectos…*, *op. cit.*, 95.

En ese sentido, Castiñeira, autora de la más importante monografía en idioma castellano, haciendo eco de la jurisprudencia española, refiere que es ese elemento subjetivo el que, funcionando como «abrazadera», permite el tratamiento conjunto de acciones varias[1483]. En sus palabras, «es el elemento subjetivo el que unifica las diversas acciones y hace posible que estas puedan ser consideradas por el derecho como una unidad»[1484].

En nuestra doctrina, la doctrina predominante se decanta en favor de identificar el elemento subjetivo del delito continuado con el dolo. Así, por citar a los autores más connotados, se aprecia que Villavicencio Terreros sostiene, respecto al elemento subjetivo, que «[s]e hace necesario aceptar un dolo que comprenda la unidad de la finalidad y la pluralidad de conductas»[1485]. García Cavero sostiene que «nuestra regulación penal requiere expresamente que el autor realice actos "de la misma resolución criminal", lo que parece conducir a la necesidad de un dolo global»[1486].

Aunque la doctrina ha proporcionado identidades distintas al denominado *elemento subjetivo del delito continuado* (unidad de resolución, unidad de propósito, unidad de fin, unidad de plan, unidad de dolo, etc.), todas son reveladoras de una cuestión: *la necesidad de que todas las acciones se encuentren guiadas desde su configuración inicial como parte de un proyecto o fenómeno global*, conforme ha referido la Corte Suprema al emitir el Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116.

3. El delito continuado en el derecho administrativo sancionador

La lógica del delito continuado ha sido trasladada normativamente al ámbito del procedimiento administrativo sancionador mediante su reconocimiento en el inc. 7, art. 230, de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual señala lo siguiente:

> Artículo 230.- [...] La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
>
> [...]
>
> 7. **Continuación de Infracciones.-** Para ideterminar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que **el administrado incurra en forma continua**, se requiere que **hayan transcurrido por**

[1483] Castiñeira: *El delito...*, *op. cit.*, 91.
[1484] *Ibid.*, 95,
[1485] Villavicencio Terreros: *Derecho penal. Parte general*, 693.
[1486] García Cavero: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 663.

> **lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.** (Énfasis agregado)

Como se aprecia, el art. 230.7 de la Ley de Procedimiento Administrativo General no contiene una precisión de la definición y condiciones para aplicar la figura de la «infracción continuada».

Esta apreciación ha sido reconocida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, Sala de Defensa de la Competencia] en la Resolución 157-2019-SDC-INDECOPI recaída en el Expediente 011-2015/CLC, en la que se afirma: «La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General no contienen una definición de infracción continuada ni de los requisitos que deben concurrir para su configuración».

Ahora, esta declaración de la Sala de Defensa de la Competencia llevaría, en estricto sometimiento al principio de legalidad (prohibición de analogía), a rechazar la aplicación en el derecho administrativo sancionador de la figura de la infracción continuada. Debido a sus efectos de extensión de la responsabilidad sancionatoria —pues supone la ampliación de los marcos sancionatorios y de la vigencia de la acción administrativa—, resultaría inviable recurrir a las propuestas analógicas desarrolladas administrativamente.

En efecto, la viabilidad de recurrir a otras fuentes —como el art. VIII del título preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General— dependerá de su «compatibilidad» con la figura del delito continuado propia del derecho penal conforme requiere el antes citado art. VIII.

En efecto, esta «compatibilidad» se quiebra al reconocer la falta de una regulación administrativa de la figura de la infracción continuada que resulte prolija y compatible con las exigencias de certeza propias del principio de legalidad. En este escenario, el desarrollo doctrinal proveniente del derecho penal no puede suplir los vacíos regulatorios que se aprecian en la ley administrativa.

Esta posición —en nuestra opinión— no contradice el contenido del art. VIII del título preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, sino que lo compatibiliza con el contenido del art. 2.24, lit. d, de la Constitución Política del Estado.

No obstante, ahora que este argumento descarta de plano la legalidad de aplicar, en el derecho administrativo sancionador, la figura de la infracción continuada —por imperio del principio de legalidad administrativa—, es menester examinar si las propuestas argumentativas a las que recurren los órganos de la Administración pública —especialmente Indecopi— resultan plausibles desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal.

A este respecto, en la Resolución 157-2019-SDC-INDECOPI (Expediente 011-2015/CLC), la Sala de Defensa de la Competencia ha identificado, sobre la base de otros pronunciamientos previos, que los requisitos de la infracción continuada serían (i) la pluralidad de realización de conductas, (ii) la pluralidad de violaciones a la misma ley o a una de similar naturaleza, (iii) la proximidad espacial y temporal de los hechos imputados y (iv) la identidad de resolución criminal (párr. 61).

La Sala de Defensa de la Competencia ha sostenido que:

> [...] la identidad de resolución criminal consiste en que la actuación de los sujetos infractores responda a un mismo plan preconcebido o al aprovechamiento de una idéntica oportunidad, mas no que deba verificarse una plena identidad de sujetos activos durante el periodo de ejecución del cártel» (párr. 63 de la Resolución 157-2019-SDC-INDECOPI, Expediente 011-2015/CLC).

Nótese que el último de los criterios (aprovechamiento de una idéntica oportunidad) no forma parte de los criterios dogmáticos desarrollados respecto a la figura del delito continuado: *se trata de un criterio que no tiene correlato en el derecho penal.*

Conforme al criterio de «aprovechamiento de una idéntica oportunidad», es posible la sanción como infracción continuada «pese a que algunos de los agentes económicos infractores se incorporaron al cartel en forma sucesiva o posterior a la fecha de su inicio» (párr. 64). Esto supone la posibilidad de que incorporaciones posteriores dentro de la cadena de hechos sean integradas dentro de la continuidad de la infracción.

Ahora bien, sin perjuicio de las referencias a la infracción del principio de legalidad y la falta de sustento doctrinario penal del supuesto de «aprovechamiento de una idéntica oportunidad», corresponde mencionar los efectos sobre el principio de responsabilidad personal que derivan de la praxis que el Indecopi pretende consolidar en sus procedimientos administrativos sancionadores.

En efecto, si se recurre a una fórmula como la que propone el Indecopi, se terminaría desconectando la responsabilidad del administrado de su

propio hecho (principio de responsabilidad personal) que se encuentra reconocido como parte integrante del principio de culpabilidad.

Cabe advertir que la doctrina jurisprudencial de nuestro TC ya ha reconocido la plena aplicación del principio de culpabilidad al ámbito del derecho administrativo sancionador. En ese contexto, la STC del 3 de setiembre de 2010 (Expediente 01873-2009-PA/TC, Lima), tras establecer que el principal punto de conexión o comunidad entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador es que los principios generales de derecho penal son de recibo en el derecho administrativo sancionador, refiere expresamente que el principio de culpabilidad es uno de esos principios generales (párr. 12).

Los argumentos desarrollados anteriormente impiden sostener —ya desde la perspectiva de los principios generales que rigen los ordenamientos penal y administrativo sancionador— la legitimidad de aplicar la figura de la «infracción continuada» en los procedimientos sancionadores a cargo del Indecopi.

La no viabilidad de la solución que en la práctica viene adoptando pretorianamente los órganos del Indecopi se refuerza si consideramos que supone una forma de amplificación de la respuesta sancionatoria del Estado que solo podría admitirse como propuesta *de lege ferenda.*

La defectuosa regulación de la «continuidad» en la Ley de Procedimiento Administrativo General impide la aplicación de dicha figura sin incurrir en analogía violatoria del principio constitucional de legalidad.

La falta de sincronía entre la regulación penal y la administrativa sancionatoria en esta materia impide la utilización de criterios dogmáticos provenientes del derecho penal en tanto estos tienen sentido y racionalidad si se vinculan a la ley que examinan.

Por otra parte, los desarrollos de los órganos administrativos del Indecopi en la materia examinada —como el de aprovechamiento de una idéntica oportunidad— tienen efectos perniciosos sobre el principio de culpabilidad en la medida en que suponen la posibilidad de extender la responsabilidad administrativa hasta momentos anteriores a la intervención personal del administrado.

PARTE IV

Las consecuencias jurídicas del delito

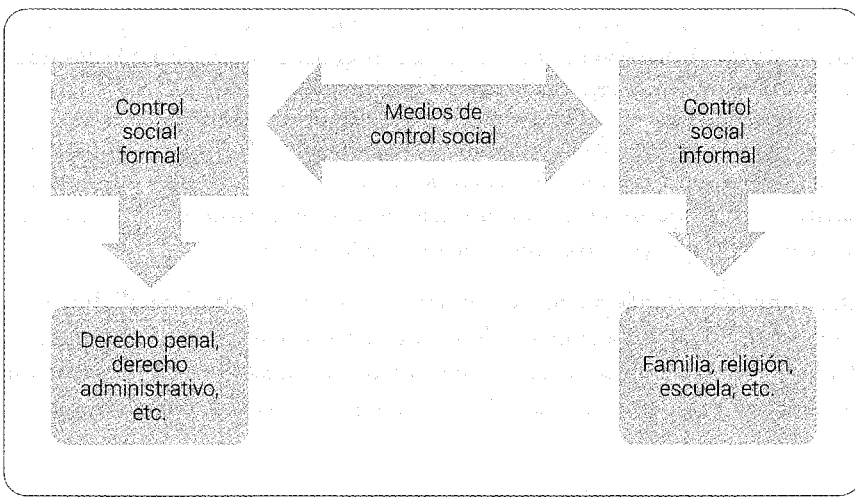
Capítulo I

FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LA REACCIÓN PENAL

I. El derecho penal como medio de control social

El derecho penal se constituye como un medio de control formal y de dirección social secundaria: lo primero, porque a través del mismo se pretende dirigir el comportamiento social; lo segundo, porque se encuentra regulado mediante leyes. Asimismo, es secundario porque aparece luego del fracaso de otros medios de control formal o informal.

En virtud de dicha condición, el derecho penal califica las conductas que resultan correctas y las que no lo son, y le asigna, a estas últimas, consecuencias jurídicas de contenido aflictivo: las sanciones penales.



II. La pena y el Estado de derecho

La pena ha resultado ser una de las cuestiones capitales en el estudio del derecho penal y se puede decir, como señala García Rivas, «que el debate científico-político sobre la pena se ha transformado, como no podía ser de otro modo, en un debate sobre el derecho penal en su conjunto»[1487]. De esta manera, se puede llegar a afirmar que la función del derecho penal depende de la función que se asigne a las penas y las medidas de seguridad.

El derecho penal, como una de las manifestaciones más significativas del poder estatal[1488], se encuentra cercanamente vinculado a la concepción de Estado que adopte el grupo social. De la misma manera, la pena, como instrumento característico de esta rama del ordenamiento jurídico, debe ligar su función y finalidad a la concepción de Estado que se adopte.

Esta vinculación entre modelo estatal, derecho penal y pena ha sido advertida por múltiples autores. Así, tenemos a Bustos Ramírez, quien ha precisado:

> [...] se liga la teoría de la pena a la concepción de Estado, porque, evidentemente, no es lo mismo concebir la pena en un Estado absoluto que en un Estado de derecho y ni siquiera resulta igual dentro de las diversas formas evolutivas que ha tenido el Estado de derecho.[1489]

En la misma línea argumentativa, Bacigalupo ha señalado que la pena en «un Estado más liberal tenderá, quizás a acentuar una función preventiva, ético-socialmente neutral o, por lo menos, más neutral. Un Estado más liberal, por el contrario, daría preferencia a la ratificación de una ética social»[1490].

Partiendo de esta premisa, la función de la pena en el derecho penal peruano y, en general, en los países de orden democrático deberá compatibilizarse y satisfacer los requerimientos propios del modelo de Estado social democrático de derecho que en clave constitucional se le asigna.

Dicho modelo es adoptado por el art. 43 de la Constitución Política de 1993, con similar redacción a la de su antecedente legislativo: «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana». La Constitución española, por su parte, en el art. 1.1 declara que «España se constituye en un

---

[1487] García Rivas: *El poder punitivo en el Estado democrático*, 29.

[1488] Feller Schleyer: «Orientaciones básicas del derecho penal en el Estado democrático de derecho», 27.

[1489] Bustos Ramírez: *Introducción al derecho penal*, 65; Bustos Ramírez: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, 151.

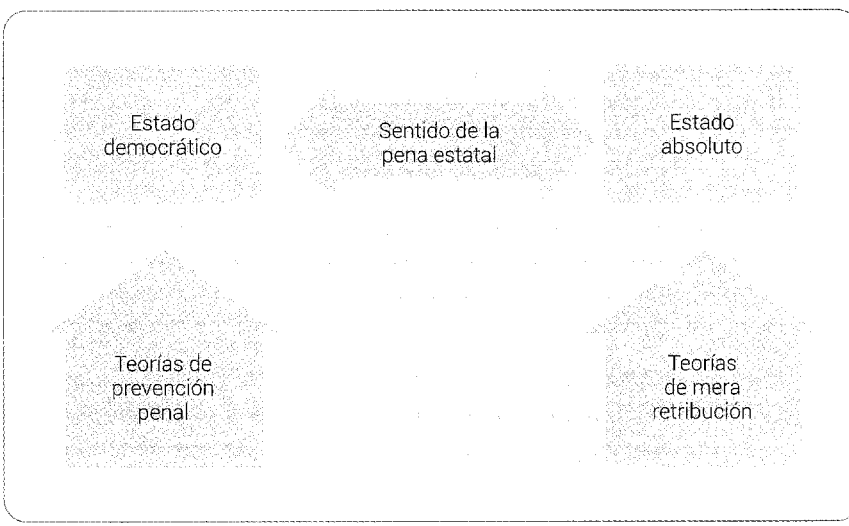
[1490] Bacigalupo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 5.

Estado social y democrático de derecho». Las constituciones latinoamericanas siguen, con mayores o menores matices, el mismo modelo estatal.

Aunque ni los estudiosos de la teoría política ni los constitucionalistas han coincidido respecto a lo que se debe denominar *Estado democrático de derecho*, es cierto que este modelo estatal se caracteriza, tal como indica Feller Schleyer, por lo siguiente:

> [...] por el respeto de los derechos del individuo (derechos humanos), que han de estar garantizados en la Constitución y entre los cuales destaca la seguridad jurídica; el imperio de la ley, entendida como expresión de la voluntad general, a la cual también se somete la administración; el control judicial de los actos de la administración; por el principio de igualdad ante la ley; por la posibilidad de alternancia en el poder de los distintos grupos políticos, por la representatividad de las autoridades públicas, que han de ser designadas por el pueblo; por el principio de separación de poderes y por el respeto a las minorías.[1491]

Ahora bien, en la presente unidad, teniendo en cuenta las cuestiones antes precisadas, tras revisar las teorías de la pena y de la función que la sanción penal cumple en el derecho peruano vigente, pretendemos introducirnos al sistema de penas previsto en nuestro ordenamiento punitivo a fin de valorar la eficacia que tienen las teorías en el ámbito de la criminalidad económica.



[1491] Feller Schleyer: «Orientaciones...», 27-28.

III. La pena como reacción y prevención

La pena solo puede imponerse luego de la realización de un hecho punible, nunca antes. Esta aseveración —como ya hemos visto en la primera unidad— tiene sustento en el entendimiento del derecho penal como de acto y no de autor, lo que significa —en buena cuenta— que solo es legítima la intervención del derecho penal cuando se produce un hecho transgresor de la norma penal, frente al cual nuestra disciplina reacciona. La pena, entonces, como instrumento de la justicia penal es siempre «reacción».

En consecuencia, se rechaza la imposición de cualquier consecuencia jurídica del delito que no aparezca como reacción frente a un hecho: no se puede admitir la imposición de medidas predelictuales. Incluso en aquellos casos donde exista una alta probabilidad de que la imposición de estas medidas servirá para prevenir futuros delitos, su aplicación resultará ilegítima en tanto no exista un hecho punible que permita la reacción del derecho penal a través de la pena.

Capítulo II

MODELOS ACTUALES DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA

I. Marco constitucional e instrumentos internacionales

El programa penal de nuestra Constitución de 1993, al igual que el art. 234, párr. 2, de la Constitución de 1979, atribuye a la pena un carácter eminentemente preventivo especial positivo. El art. 139.22 establece como principio de la función jurisdiccional «que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad».

Esta apuesta a favor de la ideologías *re* concuerda con el sentido que se otorga a la sanción penal mediante los instrumentos internacionales de derechos humanos, como indica el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados») y el art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica («La penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados»).

Sin embargo, debe considerarse que las citadas normas constitucionales y de derechos humanos no pretenden agotar los fines de la sanción penal, ya que relievan el carácter resocializador de la ejecución de la pena, es decir, su función preventiva especial positiva en el terreno de la ejecución penitenciaria.

Como ha interpretado el Tribunal Constitucional español, en torno al art. 25.2 de la CE y la posible eliminación de otras finalidades de la pena, como la prevención general, la *STC 19/1988* refiere lo siguiente:

> [...] de esta declaración constitucional no se sigue ni el que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no corresponder exclusivamente a dicho punto de vista.

También, la *STC 150/1991* establece que:

> [...] tampoco la Constitución española erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos, la prevención general, constituyan asimismo una finalidad legítima de la pena.

II. Función de la pena en el marco del Código Penal

El código Maúrtua de 1924 «guardaba silencio» en torno a los fines que cabía atribuir a la pena, pero —como ha puesto de relieve Hurtado Pozo[1492]— la fuerte influencia helvética determinó una apuesta trascendental a favor del modelo de la resocialización, lo que quedó expresado en instituciones como la condena condicional, las medidas de seguridad o la liberación condicional que en la actualidad está regulada por el Código de Ejecución Penal.

El Código Penal vigente mantiene esta tradición preventiva especial positiva, como se observa en la consagración de importantes mecanismos alternativos a la privación de libertad, por ejemplo, la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio o la exención de pena. Este tratamiento concuerda básicamente con lo declarado en el título preliminar, especialmente en el art. IX cuando se atribuye a la pena una «función preventiva, protectora y resocializadora».

En el contexto de este artículo, nada obsta para limitar la idea de prevención a la prevención especial positiva. Es más, desde una perspectiva literal puede entenderse que, al mencionar expresamente la norma, la función resocializadora, al referirse a la «función preventiva», lo hace pensando en la prevención general. Esta conclusión se ve reforzada por lo declarado en el art. I del TP, cuando señala: «Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad».

Esto se relaciona con el sentido que se otorga a la pena en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución de 1993 que, según lo explicado, no limita la función de la pena a la prevención especial positiva, es decir, sí exige que esta se establezca como una finalidad mínima del sistema, pero no impide el concurso de la función preventiva general.

El profesor Claus Roxin, precisamente en el desarrollo de un sistema moderno de derecho penal abierto a las valoraciones político-criminales que se presentan en el programa penal de la Constitución, ha erigido lo que —a

[1492] Hurtado Pozo: *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú, passim.*

mi entender— constituye la fundamentación más convincente acerca de la función de la pena en el Estado social y democrático de derecho[1493].

Roxin entiende que un modelo constitucional de corte personalista, como el nuestro, donde la persona humana se erige como el fin último de la sociedad, la pena solo puede vincularse a la protección de la libertad individual y un orden social que esté a su servicio. Un DP de la lesividad o protector de bienes jurídicos debe, pues, conectar el sentido de la pena a la evitación de aquellas conductas que lo lesionen o pongan en riesgo (por ello, el art. IV del título preliminar del CP). Esta función protectora solo puede realizarse si se concede a la sanción penal una finalidad preventiva, tanto general como especial, pues los hechos delictivos pueden ser evitados, ya sea a través de la influencia sobre el particular o la colectividad.

La inconstitucionalidad de la retribución no es incompatible con el carácter aflictivo de la pena. La sanción —definida como la privación de los bienes jurídicos del condenado— es retributiva en sí misma y ello es incontestable desde la realidad de las cosas. Pero ello no significa que la retribución se convierta en una finalidad deseada de la sanción penal.

Frente a la idea de que la prevención general equivale al terror estatal, debe ya tenerse en cuenta la vieja idea de que la eficacia preventiva depende menos de la cuantía de la sanción como de las posibilidades de su efectiva imposición o realización. De hecho, las actuales tendencias en el análisis económico del delito, propio del sistema anglosajón, ponen de relieve que una pena probable deriva más de la eficacia de los órganos de control penal que de una elevación irrestricta de la sanción mediante la ley.

A esta perspectiva abonan dos ideas más: en primer lugar, la herencia de las teorías absolutas, es decir, que la pena tiene como límite la medida de la culpabilidad, que recoge el art. VIII *ab initio* del título preliminar del CP. En segundo lugar, es razonable entender que, en un sistema democrático, la prevención general tiene más posibilidades de realización y puede cooperar a reforzar los valores del sistema mediante penas adecuadas al principio de culpabilidad y la responsabilidad, por el hecho de que mediante sanciones irrestrictas solo se puede crear una distorsión sobre la percepción de la legitimidad del sistema y sus instrumentos.

En cuanto a la prevención especial positiva, es cierto —como sostiene Schünemann— que los paradigmas como la resocialización o reeducación son creíbles, pero no se pueden demostrar. Sin embargo, ante la radicalidad de las posturas abolicionistas del control penal, se recalca que el fin de la resociali-

[1493] Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I*, 95 y ss.

zación no es que el condenado comparta y haga suyos los valores del sistema social: ello podría atentar contra principios constitucionales como el libre desarrollo de la personalidad o la libertad de conciencia. En un DP de acto, lo que se quiere evitar es que el sujeto realice a futuro conductas encaminadas a la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos. No se trata, pues, de una resocialización en términos de concienciación, sino en el sentido de adecuar la conducta externa y futura del condenado conforme al respeto de bienes jurídicos valiosos para el ordenamiento.

Por ello, en determinadas circunstancias donde se cuenta con la participación del condenado, es posible alcanzar este contenido de la resocialización. El problema se suscita en el caso contrario, es decir, cuando el condenado es renuente o se opone al tratamiento. Al respecto, el mandato constitucional de respeto a la dignidad humana impedirá el tratamiento obligado, pero tampoco puede sostenerse que el único fin de la pena sea la amarga prevención especial negativa o inocuizadora, como sucede en los casos de delincuentes por convicción que tienen interiorizada una escala de valores que colisiona con la del sistema social.

Conforme a lo sostenido por Roxin, en tales casos se pone de manifiesto la prevención general, esto es, razones de necesidad de pena que, en sí mismas, legitiman la imposición de la sanción. En tales casos, como indica Ferrajoli, aunque la pretensión de la pena no puede ser la resocialización, esta al menos no debe contribuir a lo contrario, es decir, a la desocialización.

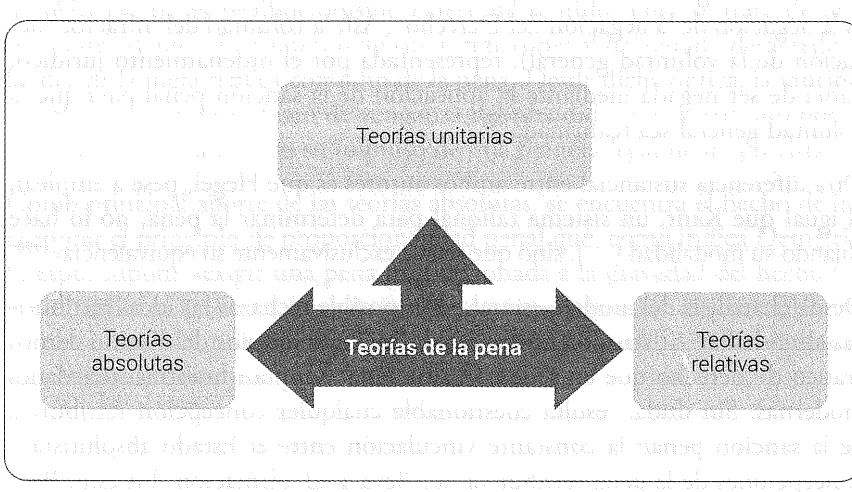
En cuanto a la tercera vía del DP, el planteamiento de la reparación civil como sanción jurídico-penal se ha venido sosteniendo tanto en consideraciones de prevención general como de prevención especial.

Capítulo III

LAS TEORÍAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA

I. Teorías de la pena

El debate dogmático sobre la pena y sus fines ha sido amplio e incesante. Sin embargo, pese a la diversidad de los criterios observados, es posible encontrar en la doctrina tres teorías dominantes: absolutas, relativas y unitarias. A continuación, se analiza brevemente dichas concepciones de la pena a fin de obtener una visión coherente del tema.



II. Teorías absolutas

Denominadas también *teorías retributivas*. Según Kant y Hegel, principales defensores de esta teoría, «el contenido de la pena es el Talión, la función de la pena consiste en la realización de la Justicia»[1494]. La postura de ambos autores, si bien coincide en admitir la pena como un fin en sí mismo, guarda notorias discrepancias en cuanto a la fundamentación que emplean: mientras Kant basa su formulación en argumentos éticos, para Hegel las razones son más bien de índole jurídico.

Kant justifica la retribución ética en el «valor moral de la ley», cuyo sentido es la libertad. Desde este punto de vista, la sociedad —como advierte Nohl— «no se contenta con el arrepentimiento y mucho menos con el simple empezar de nuevo; tampoco quiere la pura reconciliación [...], quiere el castigo»[1495] como compensación por la infracción de la ley que, según la concepción kantiana, constituye un imperativo categórico, por el cual si una sociedad con el consentimiento de sus miembros decidiera disolverse, antes debería ejecutarse al último asesino a fin de que su crimen no recayera sobre el pueblo como cómplice, por no haber ejecutado la sanción[1496].

La tesis de Hegel en cambio se puede sintetizar en su conocida frase «la pena es la negación de la negación del Derecho». Así, la voluntad del infractor (negación de la voluntad general), representada por el ordenamiento jurídico, habrá de ser negada mediante la aplicación de la sanción penal para que la voluntad general sea reafirmada[1497].

Otra diferencia sustancial entre ambos autores es que Hegel, pese a emplear, al igual que Kant, un sistema talional para determinar la pena, no lo hace «fijando su modalidad [...], sino que señala exclusivamente su equivalencia»[1498].

Desde el análisis del modelo estatal, ya es posible rechazar las ideas retributivas al no hallar satisfacción en los requerimientos propios del Estado democrático de derecho que en sede constitucional adoptan nuestras sociedades modernas. Sin duda, resulta cuestionable cualquier concepción retributiva de la sanción penal: la constante vinculación entre el Estado absolutista y concepciones de la pena retributiva nos lleva a tal afirmación. En esto, Bustos Ramírez ha sido didáctico al señalar: «[L]a pena no podía tener sino las

[1494] Citado por Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 21.

[1495] Nohl: *Introducción a la ética: las experiencias éticas fundamentales*, 155.

[1496] Es el conocido *ejemplo de la isla* empleado por Kant donde, pese a ser inútil la aplicación de la pena en una sociedad sin futuro, la ejecución del último asesino debe realizarse con el fin de que todos «comprendieran el valor de sus hechos». *Vid.* Mir Puig: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 116.

[1497] *Ibid.*, 36.

[1498] Vidaurri Aréchiga: *Estudios jurídico-penales*, 79 y ss.

mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista»[1499], pues constituye (el Estado absolutista) la fase de transición entre la sociedad de la baja Edad Media y la sociedad liberal.

En la misma línea de argumentación, Roxin ha referido, respecto a la pena retributiva: «[...] El día de hoy no se la defiende más y tampoco se lo puede seguir haciendo en un Estado moderno para el que la pena es un instrumento sociopolítico»[1500].

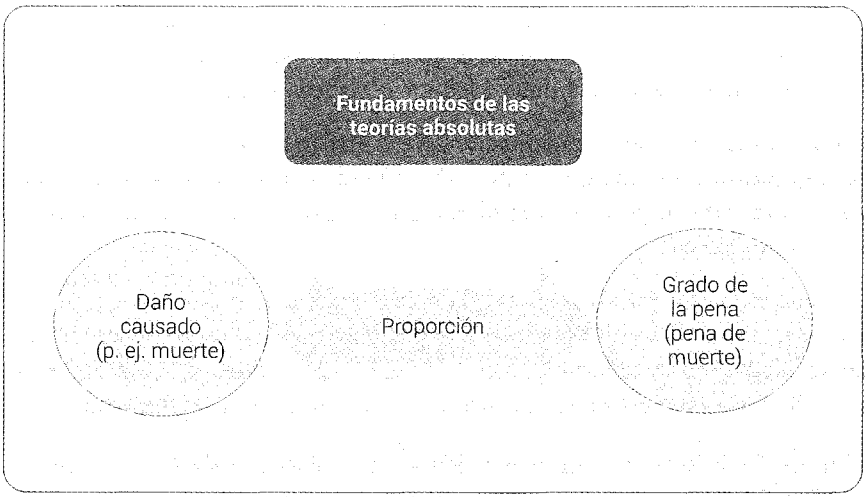
La pena retributiva, propuesta por la teoría analizada, encierra —como denunciara Exner— un «*idem per idem* lo que hace que la sanción penal carezca de utilidad en tanto considera como legítima solo la pena justa, aunque no sea útil. Así como una pena útil pero no justa, carecerá de legitimidad»[1501].

Otra de las críticas que se pueden atribuir a las posturas absolutas es que la retribución «pura» que propugnan no resulta siendo tal, pues tanto Kant como Hegel relativizan su postura al admitir, el primero, el derecho de gracia y, el segundo, al considerar que el «injusto ligero» puede quedar libre de sanción[1502].

En la actualidad, es posible afirmar, como lo hace Armin Kaufmann[1503], que la lucha contra el retribucionismo carece de sentido, pues se trata de una teoría sin adeptos. El moderno debate jurídico-penal ha logrado desacreditar la idea de la mera réplica como fin de la pena. Desde dicha óptica, la sanción penal solo encubre el deseo de venganza del ofendido que, sustituido por el juez, encuentra satisfecho su impulso de una manera legalmente prevista.

Como principal aporte de las teorías absolutas, se encuentra el hecho de incorporar el principio de proporcionalidad penal que, como indica Demetrio Crespo, supone «exigir una pena proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, lo cual significa en último término una garantía»[1504] y define, junto al principio de legalidad, la práctica penal de un Estado democrático de derecho.

[1499] Citado por Vidaurri Aréchiga: *Estudios..., op. cit.*, 89.
[1500] Roxin: «La reparación civil dentro del sistema de los fines penales» en *Universitas*, 214.
[1501] Bacigalupo: *Manual de derecho penal. Parte general*, 12.
[1502] Kaufmann: «La misión del derecho penal», 120.
[1503] *Ibid.*, 121.
[1504] Citado por Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, 28.



III. Teorías relativas

Desde Platón en *Protágoras* es posible apreciar esta orientación:

> [...] quien aspira a castigar de modo razonable, no debe de realizarlo por el injusto ya cometido [...], sino en atención al futuro, para que en adelante ni el mismo delincuente vuelva a cometerlo ni tampoco los demás, que ven como se le castiga.[1505]

Según esta concepción, la pena tiene como fin la prevención, la aseguración del bienestar colectivo mediante la intimidación, destinada a evitar la futura comisión de ilícitos (prevención general) y, a su vez, motivar la supresión del ánimo delictivo en el infractor de la norma (prevención especial).

Dentro de las posiciones relativas se asigna a la pena dos calidades: prevención general y prevención especial. A su vez, se suele conceder a estas dos calidades las características como negativo y positivo. A continuación, de manera breve, se expone algunas de las ideas principales de cada postura.

1. Prevención general

Tal como hemos advertido, la sanción penal pretende, según los postulados preventivo-generales, impedir la comisión de futuros hechos delictivos, en otras palabras, más que dar una respuesta justa a la comisión del delito, busca prevenir los ilícitos que *a posteriori* pudieran producirse.

[1505] Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 63.

Si bien las corrientes de prevención general son antagónicas a las tesis retributivas, la réplica persiste dentro del esquema preventivo. Sin embargo, dicha convivencia no se produce desde una misma perspectiva —retribución y prevención como fines de la pena—, pues ello implicaría la mejor viabilidad de las posiciones unitarias, sino que tal compatibilidad opera en función de una relación instrumento-fin. En otros términos, la pena será «prevención mediante represión»[1506].

1.1. Prevención general negativa

La prevención general negativa, conocida también como *prevención intimidatoria*, pretende disuadir al infractor normativo mediante el castigo penal. En su versión clásica, la prevención intimidatoria fue expuesta por Beccaria y Bentham, quienes formularon sus propuestas atendiendo a criterios utilitarios. El primero —ante la pregunta: ¿cuál es el fin político de las penas?— llegó a responder «el terror de los otros hombres»; mientras que el segundo, menos radical, afirmaba «la prevención general es el fin principal de la pena, y también su razón justificativa»[1507].

Posteriormente, con la contribución de Feuerbach y Romagnosi, el centro de atención de esta orientación es modificado; el castigo ejemplar es reemplazado por la coacción psicológica que sobre los ciudadanos ejerce la pena[1508].

Desde este punto de vista, surgen varios cuestionamientos, pues, para lograr un efecto intimidante en el receptor de la sanción penal, se recurre principalmente a la ampliación desmesurada y, en ocasiones, irracional del derecho punitivo: por un lado, se criminalizan nuevos comportamientos y, por otro, se amplían los márgenes de pena.

Esta última objeción quizás sea la más importante en tanto se emplea al ser humano como medio para conseguir convenientes objetivos preventivo-generales, es decir, se instrumentaliza al individuo para la obtención de dichos fines. Así, de una irracional intimidación penal, en aras de obtener eficaces resultados preventivos, existe tan solo un paso al terror de Estado, con cual la barrera divisoria entre ambos resulta francamente imperceptible.

[1506] Citando a Listz en Bacigalupo: *Manual...*, *op. cit.*, 14.
[1507] García Rivas: *El poder punitivo en el Estado democrático*, 32.
[1508] *Ibid.*, 33.

1.2. Prevención general positiva

Su primer antecedente se encuentra en Welzel, quien afirmaba:

> La misión principal del derecho penal no es, como creyó la teoría anterior, de índole preventiva, sino ético-social. La mera protección de bienes jurídicos tiene un objetivo negativo-preventivo, policial preventivo, mientras que la misión central del derecho Penal es de naturaleza positiva ético-social.[1509]

Sin embargo, el profesor alemán Günther Jakobs es el principal exponente de este criterio dogmático. En concordancia a su elaboración funcionalista del derecho penal, considera que la «misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma»[1510].

En el pensamiento de Jakobs, el sistema penal se organiza de acuerdo con la misión que al derecho penal le corresponde, esto es, con arreglo a su misión social, la cual no se ubica en procesos naturales ni de otra índole que resulte desligada de la sociedad. En este orden de ideas, la sociedad se halla estatuida en atención a determinados roles; esto significa que cada ciudadano tiene asumido un papel o función, que genera una expectativa de comportamiento.

Dicha expectativa aparece siempre vinculada a la norma, que resulta ser el modelo de conducta deseado, en términos de Jakobs, «el modelo de orientación de los contactos sociales». En tal entendimiento, todo comportamiento ajeno a dicha función y, por ende, infractor de la norma, tendrá como consecuencia la defraudación de dichas expectativas y cuyo efecto ulterior será la pena como réplica[1511].

A fin de tener un mejor panorama de la cuestión, debe enfatizarse que la posición de Jakobs suele enmarcarse dentro de las denominadas *posturas fundamentadoras*, es decir, aquellas donde la estabilización de la norma resulta ser el fundamento de aplicación de la réplica, a diferencia de las posturas limitadoras.

Jakobs considera que el sistema penal interviene solo luego de la comisión de un hecho delictivo, por lo que siempre llegará tarde para

[1509] Welzel: *La teoría de la acción finalista*, 12.

[1510] Jakobs: *Derecho...*, 13.

[1511] Detenidamente Jakobs: «Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional», 19.

evitarlo. En vista de ello, resulta conveniente ubicar su cometido allí donde se pueda lograr, es decir, en la vigencia de la norma[1512]. De dicha afirmación es posible arribar a una de las cuestiones más debatidas en su sistema: su alejamiento del principio de lesividad.

Para el autor alemán, la función de la pena puede sintetizarse en la «prevención general a través del reconocimiento de la norma», que se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, la sanción sirve para reafirmar la confianza en la vigencia de la norma a pesar de haber sido ocasionalmente infringida («ejercicio de confianza en la norma»); en segundo lugar, la pena se destina al «ejercicio de la fidelidad hacia el derecho»; finalmente, en tercer lugar, mediante la imposición de la sanción penal, para aprender la vinculación existente entre la conducta infractora y la obligación de soportar su precio[1513].

Dentro del pensamiento de Jakobs resulta bastante evidente la influencia de la teoría de los sistemas, propuesta por Niklas Luhmann[1514]. Según este enfoque, la sociedad no es sino un complejo de sistemas y subsistemas, dentro de los cuales se encuentra el sistema jurídico-penal, que aparece regido por una serie de reglas. Asimismo, estos sistemas están integrados por elementos.

En el esquema de Luhmann, el hombre aparece tan solo como un elemento del entorno del sistema y deja así de ser «el centro y fin de la sociedad y del derecho, sino tan solo, un subsistema físico-psíquico, que resulta importante en la medida de su rol funcional»[1515].

A pesar de que el referente a Luhmann ha sido aceptado por el propio Jakobs, en realidad su influencia no ha sido tan marcada como sostiene la doctrina crítica al pensamiento de Jakobs, pues como afirman Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, sus seguidores en España, «la sociología del derecho de Luhmann es solo uno de los materiales del edificio erigido por aquel autor»[1516]. Los otros «materiales» con los cuales se ha edificado el pensamiento de Jakobs son el pensamiento hegeliano y la llamada *doctrina del daño intelectual del delito*.

En cuanto a la influencia de Hegel, parece que no existen inconvenientes en apreciar la similitud entre la prevención general positiva de

[1512] Jakobs: *La imputación objetiva en derecho penal*, 9; Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá: *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, 20.

[1513] *Ibid.*, 16-17.

[1514] Luhmann: *Sistema jurídico y dogmática jurídica, passim.*

[1515] Rodríguez Delgado: «La teoría de los sistemas y la prevención general positiva», 157.

[1516] Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá: *Un nuevo...*, *op. cit.*, 25.

Günther Jakobs y el retribucionismo de Hegel, sintetizada en la conocida frase «La pena es la negación de la negación del derecho». Entre la postura defendida por ambos autores, no existen en realidad muchas diferencias, pues la fundamental radica en el concepto de derecho del que ambos parten. El punto de partida de Hegel es un concepto abstracto, mientras que en Jakobs ese punto lo constituyen las «condiciones de subsistencia de la sociedad, de una determinada sociedad»[1517], de allí que algunos autores hayan calificado a Jakobs como neorretribucionista[1518].

Existe también en Jakobs una clara influencia de la doctrina del daño intelectual del delito, vigente en Alemania durante el siglo XIX. Francesco Carrara, uno de sus principales exponentes, sostiene —en una línea muy similar a la de Jakobs— que «el fin primario de la pena» será «el restablecimiento del orden externo de la sociedad»[1519]. Las objeciones que se han formulado a la prevención integradora parten esencialmente de su carácter acrítico respecto al sistema social, cuyas normas se pretende estabilizar con la sanción.

2. Prevención especial

Este tipo, denominada a su vez *prevención individual*, está orientada a prevenir la comisión de nuevos ilícitos por parte de aquellos individuos que ya hayan infringido la norma penal, a través de su inocuización (prevención especial negativa) o mediante su resocialización (prevención especial positiva).

Los orígenes de esta postura se remontan a Liszt y su célebre *Programa de Marburgo*. Aquí el conocido jurista conecta la personalidad del delincuente a los fines de la pena y encuentra, según la tipología del individuo, requerimientos de socialización, intimidación y neutralización[1520].

[1517] Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá: *Un nuevo...*, *op. cit.*, 26.

[1518] *Idem.*

[1519] *Ibid.*, 27.

[1520] Liszt: *La idea del fin en derecho penal*, 114. En esta obra, el autor sostiene: «Si corrección, intimidación y neutralización son realmente los posibles efectos de la pena, y con ello las posibles formas de protección de los bienes jurídicos mediante la pena, entonces estos tres tipos de penas deben corresponder a tres categorías de delincuentes [...]. En general, podrá aceptarse la siguiente clasificación como punto de partida:

(a) Corrección de los delincuentes que necesitan corrección y son capaces de ella;
(b) Intimidación de los delincuentes que no necesiten corrección;
(c) Neutralización de los delincuentes ni susceptibles de corrección».

Cuesta Arzamendi[1521] advierte que el auge de la prevención especial se produce a partir de la Segunda Guerra Mundial, en gran parte gracias al aporte de la teoría de la defensa social propuesta por Marc Ancel, para quien «el fin fundamental de la sanción penal» es la resocialización[1522]. La contribución de autores, como Liszt en Alemania, Ancel en Francia y Dorado Montero en España, ha originado su progresivo reconocimiento en la legislación penal contemporánea[1523], así como en la mayoría de constituciones vigentes.

Seguidamente, se desarrolla en síntesis los contenidos propuestos por la prevención especial negativa y positiva a efectos de tener una visión más o menos coherente del tema en estudio.

2.1. Prevención especial negativa

Según el sector doctrinal que admite funciones de prevención especial negativa en la pena, la sanción penal pretende evitar la futura comisión de ilícitos apartando, para dicho fin, a aquellos individuos que carecen de capacidad de corrección. Esto quiere decir que el delincuente será inocuizado y aislado por ser incapaz de convivir en el sistema, por lo que se evita así la posible comisión de delitos.

Existen dentro del arsenal punitivo sanciones con inmanente sentido neutralizante, como el caso de la pena de muerte, la cadena perpetua o el ergástulo italiano. Sin embargo, la adopción de sanciones de tal entidad ha sido prácticamente desaparecida en la mayoría de las legislaciones penales vigentes, las cuales, salvo situaciones excepcionales, adoptan criterios resocializadores.

Pese a lo expuesto, la ola punitivista que predomina en las reformas penales de la actualidad parece retomar denostadas creencias que creían ver en la pena de muerte y la cadena perpetua mecanismos disuasivos y eficaces cuando, en realidad, solo genera un efecto simbólico distractor.

[1521] Cuesta Arzamendi: «La resocialización: objeto de la intervención penitenciaria» en *Papers D'estudis y formacio*, 11.

[1522] Citado por García Rivas: *El poder...*, *op. cit.*, 38.

[1523] Las ideas preventivo-especiales se reflejan por ejemplo en el conocido *Proyecto Alternativo del Código Penal alemán de 1966*, elaborado por reconocidos juristas germanos ante la propuesta legislativa gubernamental de 1962 sobre el desarrollo del Proyecto Alternativo alemán de 1996 (Roxin: «El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo», 5 y ss.).

2.2. Prevención especial positiva

La *prevención especial positiva* o *resocialización* es la finalidad de la pena que mayor aceptación ha tenido dentro de la doctrina penal que ha estudiado el asunto. A través de ella se busca reintegrar al infractor de la norma a la sociedad a través de su resocialización.

Empero, tal aceptación no es del todo pacífica, sobre todo por las insuficiencias que el sistema penitenciario, encargado de la ejecución de la sanción penal, presenta; por ello, actualmente se puede hablar de una «crisis de la resocialización».

El ideal resocializador adquiere singular vigencia a finales de la década de 1960, cuando, con la aparición de un libro homenaje dedicado a Franz von Liszt con motivo del 50.° aniversario de su fallecimiento, «fluye en los aires» del debate penal una «vuelta a von Liszt», así demostrada en el contenido del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán de 1966, Código Penal alemán de 1975, Ley Penitenciaria italiana de 1975, Ley Penitenciaria alemana de 1976, Constitución Política española de 1978, etc.

Esto sucedió porque la idea de la resocialización constituye «una elección cultural de civilidad, una opción política de fondo del ordenamiento». Es cierto, decantarse legislativamente a favor de la resocialización como función de la pena supone identificar a la «solidaridad» como uno de los valores reconocidos por la sociedad.

Sin embargo, dicho reconocimiento legislativo apareció cuando más cuestionado se encontraba el objetivo preventivo-especial positivo, lo que motivó alguna vez a Karl Peters, reconocido impulsor de tales ideales, a decir que «se ha ganado una batalla, pero se ha perdido la guerra»[1524]. Por su parte, Muñoz Conde considera que las críticas formuladas contra el ideal resocializador son una muestra de la grave crisis del derecho penal contemporáneo, de sus contradicciones internas, sus fracasos y frustraciones, lo que ha llevado a un gran sector social a creer que el sistema penal solo sirve para aumentar y mantener la desigual distribución de la riqueza.

El catedrático de Sevilla se pregunta luego ¿hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce delincuencia? Esto puede pretenderse solo en una sociedad con un orden jurídico social considerado correcto, caso contrario debería antes

[1524] Citado por Muñoz Conde: «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito», 131.

modificarse el orden vigente, por lo que, siguiendo a Ründe, afirma: «[L]a resocialización es un problema que se encuentra, precisamente, en el centro de la tensión entre la adaptación del individuo y la reforma de la sociedad»[1525].

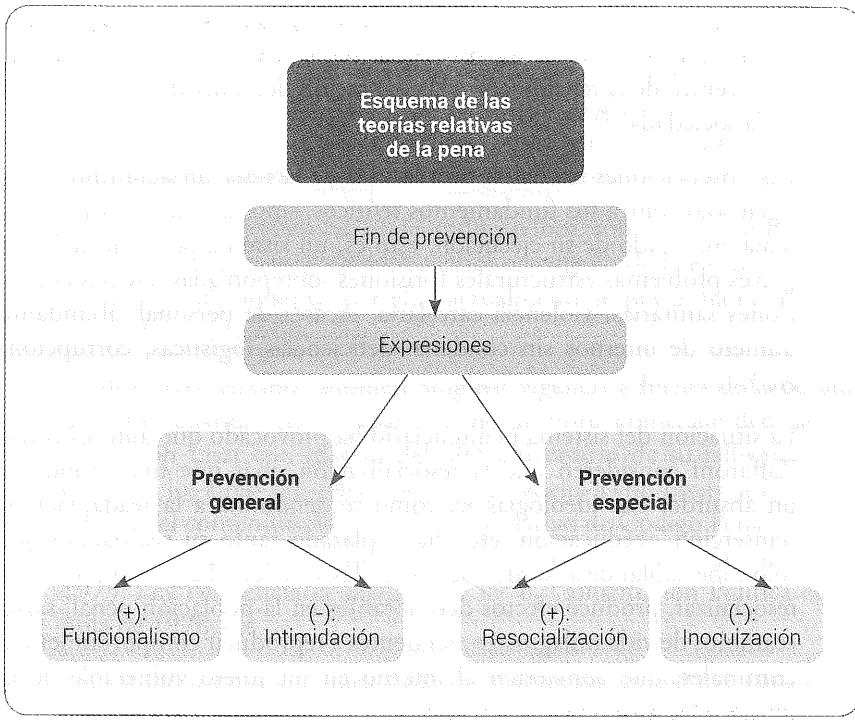
Las observaciones hechas contra la idea de la resocialización no se dirigen solo contra sus fundamentos teóricos, sino también contra el sistema encargado de su ejecución, esto es, un sistema penitenciario con graves problemas estructurales (prisiones sobrepobladas, escasas condiciones sanitarias, violencia carcelaria, escasez de personal, abundante número de internos sin condena, deficiencias logísticas, corrupción, etc.).

La situación del sistema penitenciario ha provocado que autores como Zaffaroni consideren que la resocialización, más que una utopía, es un absurdo. Las ideologías *re*, como se denomina a la readaptación, reinserción, reeducación, etc., han aplazado tanto su realización que solo cabe hablar de absurdo cuando a ellas se refiera. La prisión, más que resocializar, produce efectos deteriorantes en la población penal, salvo «cambios de vida milagrosos», tendentes a reproducir comportamientos criminales, que convierten al interno en un sujeto vulnerable de la futura intervención del sistema penal[1526].

Desde nuestro punto de vista, el sistema penitenciario, tal como está concebido, aleja al penado de su resocialización; en consecuencia, urge, en primer término, aliviar los efectos desocializadores que en la actualidad produce la prisión para hacer efectivas las disposiciones normativas que existen sobre la ejecución penal. Dicho objetivo, no obstante, no podrá conseguirse sin la participación activa de toda nuestra sociedad, la cual, asumiendo sus errores, incorpore en su interior a los infractores de la norma que hayan cumplido su sanción, sin apartarlos ni segregarlos. Solo así se podrá disminuir los altos índices de reincidencia delictiva y lograr la eficacia del ideal formulado por Liszt.

[1525] Citado por Muñoz Conde: «La resocialización...», *op. cit.*, 135.

[1526] Zaffaroni: «La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo» en *Thémis*, 186.



IV. Teorías unitarias

Es posible ubicar el inicio de las teorías unitarias a comienzos del presente siglo en Alemania, donde Merkel conjuga criterios retributivos y preventivos ante las insuficiencias mostradas por las posiciones unidimensionales de la pena[1527].

Según las llamadas *teorías mixtas*, la pena será legítima en tanto sea justa y útil a la vez. Dentro de esta posición hay quienes orientan sus posiciones hacia la retribución más que hacía la prevención y quienes se inclinan más hacia la prevención que a la retribución.

Desde la óptica unitaria, Roxin es quien mejor ha formulado sus planteamientos; su conocida *teoría dialéctica de la unión* o *teoría unificadora preventiva* es de gran aceptación en el discurso jurídico-penal moderno. Por ello, creemos de suma importancia referirnos a sus ideas con el fin de obtener un claro panorama de sus postulados.

[1527] Prado Saldarriaga: *Las consecuencias...*, *op. cit.*, 31; Vidaurri Aréchiga: *Estudios...*, *op. cit.*, 152.

1. Teoría dialéctica de la unión o teoría unificadora preventiva

Roxin, a través de su concepción dialéctica, intenta alcanzar una síntesis que se manifiesta en tres etapas. Durante la amenaza punitiva, se impone la prevención general como fin de la pena; al determinarse la pena, dichos fines preventivo-generales serán limitados por el grado de culpabilidad del agente; mientras que, durante su ejecución, la pena adquiere fines resocializadores[1528].

En la primera etapa, la amenaza punitiva, es preciso, como advierte Vidaurri Aréchiga, preguntarse qué conductas pueden ser prohibidas, bajo amenaza de pena, por el legislador[1529]. La cuestión debe responderse desde el modelo de Estado democrático de derecho vigente, desde el cual resulta claro que los bienes jurídicos penalmente relevantes serán los beneficiarios de la protección del derecho penal. En ese sentido, solo las conductas que lesionen o pongan en peligro dichos intereses vitales serán objeto de la amenaza penal.

Durante la segunda etapa, es decir, la determinación de la pena, los fines preventivos se ven limitados por el grado de culpabilidad del individuo. Con ello, la culpabilidad deja de ser fundamento de la sanción, conforme exponen las teorías retributivas, y se erige como límite de la pena.

Sin embargo, es este aspecto el que mayor debate ha provocado, sobre todo, en los casos límite, en los que la medición y determinación de la pena, atendiendo a la culpabilidad del agente, puede provocar el cuestionamiento de la propia norma penal y la afectación de los objetivos preventivo-generales perseguidos durante la primera etapa (amenaza punitiva). Para superar dicho problema, Roxin propone la llamada *teoría del espacio de juego* (en alemán, *Spielraumtheorie*), que según este autor es:

> [...] la expresión teóricamente adecuada de una pena por la culpabilidad puesta al servicio de fines preventivo-generales [...] Pues no es solo que, como todo el mundo admite, no se pueda reconocer la magnitud exacta de pena que corresponde a la medida de culpabilidad: es que tal magnitud no existe en absoluto, porque el sentimiento de justicia de la generalidad, a cuya satisfacción sirve la pena compensadora de la culpabilidad, solo reacciona de antemano dentro de la amplitud de un determinado espacio de juego; solo si se rebasa, se sentirá que una pena es demasiado severa o demasiado blanda.[1530]

[1528] Sobre la misma, *vid.* Roxin: *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito I,* 95 y ss.

[1529] Vidaurri Aréchiga: *Estudios...*, *op. cit.*, 171.

[1530] Citado por Luzón Peña: «Antinomias penales y medición de la pena», 185.

En otras palabras, por razones de intimidación, no puede establecerse una pena que rebase el espacio de juego de la culpabilidad[1531].

Por último, durante la tercera etapa, la ejecución de la pena, los objetivos perseguidos por la sanción resultan ser los resocializadores, que se deben cumplir con la cooperación del penado, pues como dice Roxin: «Una pena que pretende compensar los defectos de socialización del autor solo puede ser pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando se establece una relación de cooperación con el condenado»[1532].

Pese a las fuertes críticas a las que es sometido dicho ideal, resulta —creemos— irracional concebir una sanción privativa de libertad que no busque dicho objetivo. Por tal motivo, Roxin admite —pese a lo expuesto líneas arriba— establecer una pena por debajo de la medida de culpabilidad cuando se prevea que una sanción adecuada a la culpabilidad producirá efectos desocializadores en el individuo[1533].

Las críticas que se han formulado al planteamiento de Roxin se han dirigido a la contradicción que surge de la confluencia de aspectos retributivos, de prevención general y de prevención especial, denominados por la doctrina como *antinomias de los fines de la pena*. Sumamente crítico se ha manifestado, por ejemplo, Jakobs, para quien la propuesta de Roxin constituye una «teoría de la unión de los restos» en la que «si bien no hay [ya] nada completo, tampoco queda nada eliminado por completo, de modo que la consigna es la de acomodarse en los fragmentos»[1534].

V. La pena como instrumento en la función de tutela de bienes jurídicos

Sin duda alguna, fijar posición respecto a aspectos tan debatidos en la dogmática jurídico-penal resulta ser muy complicado y arriesgado. Creemos entender que la solución al problema no puede encontrarse en el rechazo total del retribucionismo y la adopción plena de la prevención o viceversa; más bien, pensamos que una visión multidimensional del asunto podría dar una mejor respuesta al problema. En ese sentido, la solución propuesta por Roxin mediante su concepción dialéctica de la pena resulta adecuada.

[1531] Con mayor detenimiento respecto a estos aspectos y mi posición sobre la teoría unificadora preventiva, *vid.* Reyna Alfaro: «La individualización judicial de la pena y reforma penal», 995 y ss.

[1532] Roxin: *Derecho penal I, op. cit.*, 96.

[1533] Luzón Peña: «Antinomias...», *op. cit.*, 186 y ss.

[1534] Jakobs: «Sobre la teoría de la pena», 61 (entrelínea agregada).

En principio creemos que la retribución, en ningún caso, puede considerarse como función de la pena; en tal supuesto, por lógica, tendríamos que apostar por una concepción absoluta de la pena. La retribución aparece solo como contenido de la sanción. Toda réplica penal contiene inmanente aflicción sobre el obligado a satisfacerla. Durante la ejecución de la sanción, el penado verá siempre restringidos sus derechos y libertades, lo que constituye un rasgo característico de las penas, cualesquiera que estas sean[1535].

La pena, según nuestra perspectiva, no tiene mayor función que la de prevenir la futura comisión de delitos. Así, suprime el ánimo delictivo en el receptor de la norma penal. Para lograr el citado efecto motivador, las legislaciones penales de algunos países, incluido el nuestro, incurren en el error de sobredimensionar las consecuencias jurídicas del delito, pues equiparan al ser humano como mero instrumento de la sanción y de sus fines.

Resulta evidente que la delimitación normativa de los límites de la pena debe atender a criterios de prevención general en concordancia con el grado de dañosidad social que produzca determinado comportamiento. De este modo, se evitarían incongruencias como las observadas en nuestro actual ordenamiento jurídico-penal, en el cual se sanciona con mayor severidad el robo en bandas o secuestros que el homicidio, pese a que el bien jurídico «vida», afectado en este último delito, posee mayor entidad que el patrimonio o la libertad.

En el plano de individualización de la pena, debemos recurrir al principio de culpabilidad como «límite absoluto de todos los objetivos generales y especiales» propuestos en la amenaza penal. Luego, durante la ejecución de la sanción, los pretendidos objetivos resocializadores son los que deben ser atendidos con la pena ya individualizada.

Nuestro vigente Código Penal observa una importante influencia de las ideas roxinianas, pues, teniendo como antecedente el Proyecto Alternativo alemán de 1966, entre cuyos autores podemos contar al propio Roxin, asigna como fines de la pena: la prevención de delitos, protección de bienes jurídicos y resocialización del penado a la sociedad.

[1535] En esa línea, bien precisa Roxin: «El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena solo puede ser preventivo. Puesto que las normas penales solo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, también la pena concreta solo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito» (Roxin: *Derecho penal I, op. cit.*, 95). En la misma línea, Plascencia Villanueva sostiene que «las posturas absolutistas han constituido teorías de la pena, pero no teorías sobre los fines de la pena» (Plascencia Villanueva: *Teoría general del delito*, 198).

Sin embargo, en el campo pragmático se observa un peligroso alejamiento de los principios rectores observados en el llamado *código Bramont*. La dación de continuas modificaciones a dicho cuerpo normativo ha provocado la alteración de sus lineamientos, lo que originó la involución del proceso reformista de 1991 con especial incidencia en el campo de las consecuencias jurídicas del delito. Así, en delitos de suma lesividad y atendiendo a clamores de seguridad ciudadana, la pena ha sido aumentada para buscar no la resocialización del individuo, sino su neutralización. Esta situación, por cierto, se encuentra generalizada y hasta normalizada al punto de que encuentra defensa en planteamientos como el *derecho penal de enemigos* de Günther Jakobs.

Capítulo IV

EL SISTEMA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Introducción

I. La perspectiva preventiva y retribucionista

Al discutir la cuestión de los fines de la pena, resulta evidente que retribución y prevención aparecen relacionadas, por lo que su vinculación no puede ser negada.

No obstante, conviene hacer ciertas precisiones respecto al plano en que dicha relación se produce, es decir, ¿son la prevención y la retribución lo mismo desde la perspectiva de la pena?, ¿son ambos fines de la pena o se distinguen de algún modo?

Si en algún punto se ha puesto de acuerdo la doctrina en la muy extensa discusión sobre los fines de la pena es que esta supone siempre una aflicción o una carga. La pena supone siempre una respuesta aflictiva contra el penado, pues implica la pérdida o restricción de sus derechos. Entonces, puede afirmarse que la pena es siempre una retribución.

Ahora, si decimos que la esencia de la pena es siempre la retribución, resultaría absurdo considerar a esta, a su vez, como una de las finalidades de la pena. Esto implicaría decir que «la retribución busca retribución», lo que es inexacto. La retribución no es el fin de la pena.

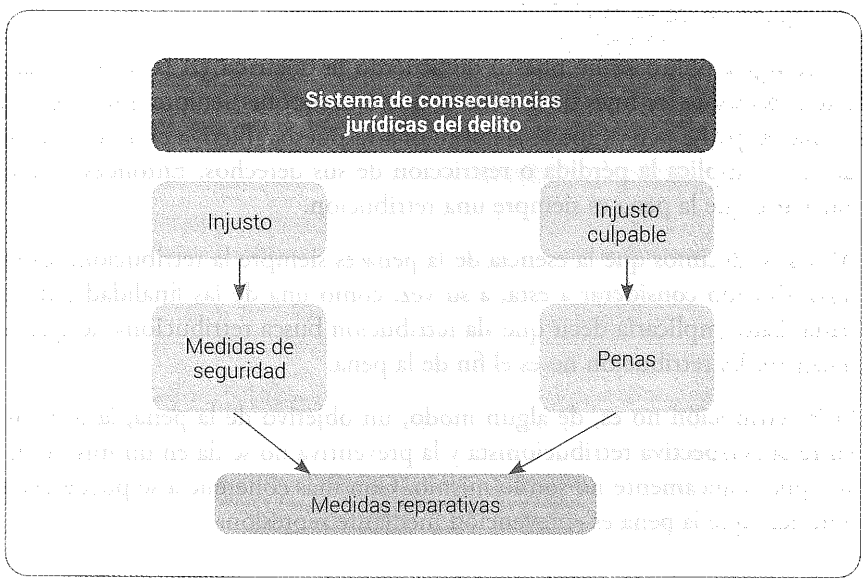
Si la retribución no es, de algún modo, un objetivo de la pena, la relación entre la perspectiva retribucionista y la preventiva no se da en un mismo nivel, pues lógicamente no son lo mismo. Con más coherencia se puede decir entonces que la pena es «prevención mediante represión».

II. El sistema de consecuencias jurídicas del delito: derecho de penas y de medidas de seguridad

El sistema peruano de reacción penal ubica en su núcleo básico a las penas y las medidas de seguridad. Podemos decir entonces que nuestro ordenamiento penal adopta un sistema dual, binario o de doble vía que, siguiendo a Bunster, viene a ser aquel sistema que prevé «la posibilidad de imponer al sujeto además de la pena que tiene fundamento en la culpabilidad, medidas de seguridad basadas en la peligrosidad y portadoras de un signo manifiestamente preventivo-especial»[1536].

Vemos pues que el límite mínimo provocador de la reacción del sistema penal es el hecho típico y antijurídico, respecto del cual se responde mediante medidas de seguridad, en tanto que el hecho típico, antijurídico y culpable provoca en el derecho penal una reacción a través de las penas.

Este sistema de doble vía excluye a otras consecuencias jurídicas del delito, como las accesorias y la reparación civil. Estas tienen un carácter básicamente reparatorio y aparecen ajenas a los juicios de culpabilidad y peligrosidad criminal del delincuente. En suma, solo las penas y las medidas de seguridad integran el sistema de consecuencias jurídicas del delito; la reparación civil y las consecuencias accesorias tienen un objetivo distinto y no son analizadas en este capítulo.



[1536] Bunster: «Acerca del sistema de doble vía en el Código Penal mexicano» en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, 151-152.

III. Derecho penal *ex ante* y *ex post*

La distinción entre un derecho penal *ex ante* y *ex post* guarda relación con el momento o tiempo cuando se ubican los fines del derecho penal. De este modo, el primer tipo será aquel que ubique sus finalidades y objetivos a futuro, pues los ubica antes de la realización de un hecho punible. Una perspectiva *ex ante* del derecho penal, desde los fines de la pena, incide en la prevención de los delitos, es decir, sanciona para prevenir a futuro.

Por el contrario, una perspectiva *ex post* se relaciona más —siempre desde los fines de la pena— con los fines de retribución, en la medida en que no se busca ya la prevención de futuros delitos, sino el castigo del delito ya producido.

Lógicamente, guardando coherencia con el desarrollo de las lecciones anteriores, resulta claro que una perspectiva *ex ante* será la más favorable para la consecución de los fines de la tutela exclusiva de bienes jurídicos, que es propia del derecho penal.

Capítulo V

SISTEMA DE PENAS (I)

La pena privativa de libertad

I. El sistema de penas en el Código Penal peruano: sus clases

En el art. 23 del CP, se presenta un sistema diferenciado de sanciones para quien infringe sus receptos. Las penas que contiene son las siguientes:

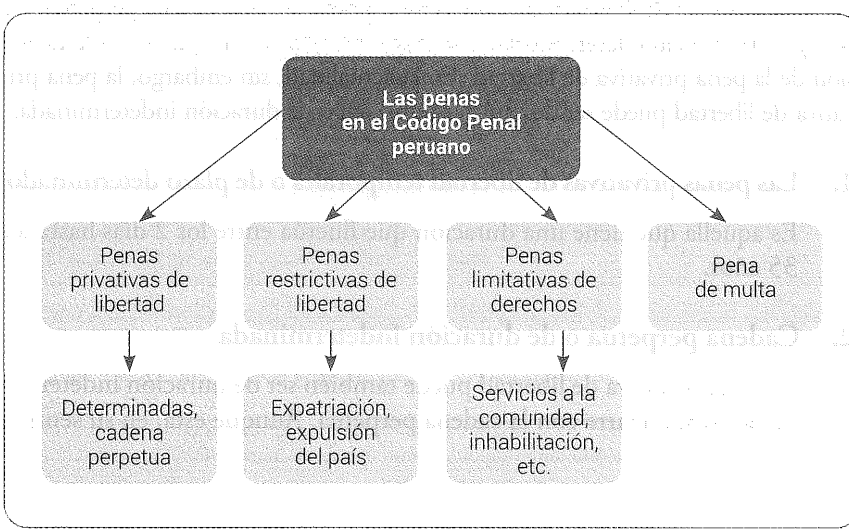
a) Penas privativas de libertad (determinadas y cadena perpetua)

b) Penas restrictivas de libertad (expatriación y expulsión del país)

c) Penas limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación)

d) Pena de multa

Estas a su vez pueden ser penas principales o accesorias.



II. La pena privativa de libertad

Este tipo de pena es una sanción consistente en la reclusión del condenado en un establecimiento penitenciario durante el término previsto en la sentencia condenatoria, pues sanciona al infractor de la norma con la pérdida de su libertad de tránsito durante el tiempo determinado en la condena.

El objetivo de su ejecución, según el art. 139.22 de la Constitución Política, es la «reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad». Desafortunadamente, el sistema penitenciario de nuestro país carece de los medios adecuados para obtener el fin resocializador que se pretende. Hechos como la ausencia de personal idóneo, deficiente infraestructura carcelaria y escasos fondos presupuestarios cuestionan la eficacia del tratamiento penitenciario y la finalidad preventivo especial requerida.

La pena privativa de libertad se encuentra actualmente en un estado de crisis y el debate jurídico penal coincide en ello, pues la prisión ha perdido legitimidad porque produce efectos contrarios a los fines que la ejecución penal persigue, por lo que fracasa como medio de control social. Muñoz Conde es claro al afirmar lo siguiente:

> El establecimiento penitenciario tradicional, tal como hoy existe, no es —desde luego— el lugar idóneo para la terapia social y el tratamiento más bien sucede lo contrario, fomenta la delincuencia y produce la desocialización de las personas que en ellos entran.[1537]

III. Modalidades de las penas privativas de libertad

La pena privativa de libertad, antes de la incorporación de la cadena perpetua, era siempre de duración determinada, por lo que no existía más que una sola expresión de la pena privativa de libertad. En la actualidad, sin embargo, la pena privativa de libertad puede ser de carácter temporal o de duración indeterminada.

1. Las penas privativas de libertad temporales o de plazo determinado

Es aquella que tiene una duración que fluctúa entre los 2 días hasta los 35 años.

2. Cadena perpetua o de duración indeterminada

La pena privativa de libertad puede también ser de duración indeterminada, como ocurre con la cadena perpetua. Aunque esta, en su sentido

[1537] Muñoz Conde: «La prisión como problema: resocialización versus desocialización», *passim*; Silva Sánchez: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 201.

tradicional, implicaría el internamiento de por vida de una persona, en nuestro ordenamiento jurídico tiene un régimen jurídico especial (Decreto Legislativo 921) que permite la revisión de la misma luego de cumplirse un término de la condena de cadena perpetua (35 años).

Capítulo VI

SISTEMA DE PENAS (II)

Las penas restrictivas de libertad, limitativas de derechos y de multa

I. Las penas restrictivas de libertad: concepto y fundamentos

Las penas restrictivas de libertad se encuentran previstas en el art. 30 del CP. Atendiendo a las mismas, podemos decir que dichas penas afectan o restringen la libertad de tránsito de los condenados y no la «libertad de movimiento» como proponen, por ejemplo, Bramont Arias y Bramont-Arias Torres[1538].

Las penas restrictivas de derechos se ejecutan luego de la ejecución de la pena privativa de libertad, por ello, vienen a ser, como indica Prado Saldarriaga, «penas conjuntas, pero de cumplimiento diferido»[1539].

En la actualidad, la utilización de este tipo de sanciones ha sido dejada de lado por las legislaciones contemporáneas en virtud a sus implicancias contra los derechos humanos al impedir la permanencia de un nacional en su país y, en caso de admitirse solo la expulsión de extranjeros, por afectar el principio de igualdad[1540].

II. Las clases de penas restrictivas de libertad: la expatriación y la expulsión

El art. 30 del CP indica que existen dos clases de penas restrictivas de libertad: la expatriación y la expulsión del país.

Ambas suponen en esencia lo mismo (restricción de la libertad de tránsito) con la diferencia de que la pena de **expatriación** es aplicable únicamente a

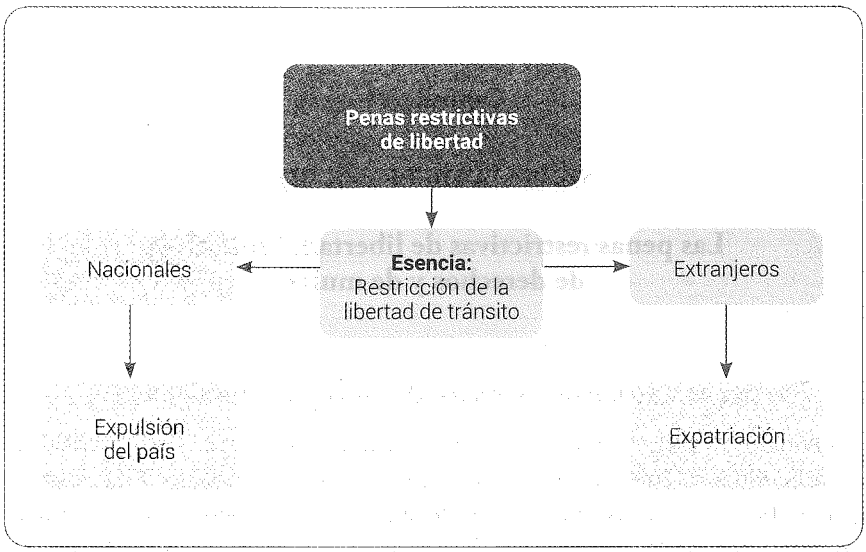
---

[1538] Bramont Arias y Bramont-Arias Torres: *Código Penal anotado*, 233.

[1539] Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, 82.

[1540] Bramont Arias y Bramont-Arias Torres: *Código…*, *op. cit.*, 233-234; Prado Saldarriaga: *Las consecuencias…*, *op. cit.*, 83; Peña Cabrera: *Tratado de derecho penal. Estudio programado de la parte general*, 613-614.

los nacionales, en tanto que la **expulsión del país** se aplica solo a los extranjeros.



III. Las penas limitativas de derechos: concepto y fundamentos

Las penas limitativas de derechos limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, civiles y políticos de los condenados. Es una clase de pena con sentido trasversal en la medida en que puede ser utilizada funcionalmente con el propósito de lograr los efectos preventivos pretendidos por la pena.

IV. Clases de penas limitativas de derechos: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación

1. La pena de prestación de servicios comunitarios

La pena de prestación de servicios comunitarios[1541] constituye una variante del trabajo correccional en libertad[1542]. Las legislaciones penales contemporáneas han venido admitiendo progresivamente este tipo de pena debido al carácter resocializante y no estigmatizante que posee. A pesar de las afirmaciones a su favor, se han formulado críticas contra la prestación de servicios a la comunidad, tales como que, al ser

[1541] Renart García: «La pena de trabajo en beneficios de la comunidad desde una perspectiva comparada» en *Anuario de Derecho Penal*, 177 y ss.

[1542] Citado por Prado Saldarriaga: *Las consecuencias...*, *op. cit.*, 68.

ejecutados por personas improvisadas, carece de eficiencia y productividad, además de que puede ser una competencia para los ciudadanos libres[1543]. Por otra parte, la exigencia del consentimiento del condenado podría acentuar el elemento consensual en el derecho penal.

La pena de prestación de servicios comunitarios se encuentra descrita en el art. 34 del CP y supone —como ya se adelantó— la obligación del condenado a realizar trabajos gratuitos a favor de instituciones o entidades benéficas u obras públicas.

La jornada de prestación de servicios comunitarios dura 10 horas que, por regla general, debe verificarse los fines de semana para no perjudicar su trabajo habitual; no obstante, es posible el cumplimiento de las jornadas de prestación de servicios comunitarios en la semana, aunque ello requiere de autorización.

La ejecución de las penas de prestación de servicios comunitarios se encuentra regulada en la Ley 27030, Ley de Ejecución de las Penas de Prestación de Servicios y de Limitación de Días Libres, y sus modificatorias.

2. La pena de limitación de días libres

La limitación de días libres se constituye como una pena privativa de libertad de ejecución fraccionada[1544], puesto que el condenado debe ser recluido en establecimientos penitenciarios solo por breves periodos. Entre sus ventajas se encuentra el hecho de que evita el desarraigo del condenado de su familia y labores[1545].

Según lo establece el art. 35 del CP, la pena de limitación de días libres supone que el condenado se encuentra obligado a ella a permanecer los días sábados, domingos y feriados, por un mínimo de 10 y un máximo de 17 horas en total por cada fin de semana en un establecimiento organizado con fines educativos sin las características de un centro carcelario.

La ejecución de las penas de limitación de días libres se encuentra igualmente regulada por la Ley 27030 y sus modificatorias.

[1543] Bramont Arias y Bramont-Arias Torres: *Código...*, 237; Prado Saldarriaga: *Las consecuencias...*, *op. cit.*, 69.

[1544] Bramont Arias y Bramont-Arias Torres: *Código...*, *op. cit.*, 236-237; Prado Saldarriaga: *Las consecuencias...*, *op. cit.*, 69.

[1545] Figueroa Navarro y Renart García: «Limitación de días libres y arresto en fin de semana: aspectos comparativos», 205 y ss.

3. La pena de inhabilitación

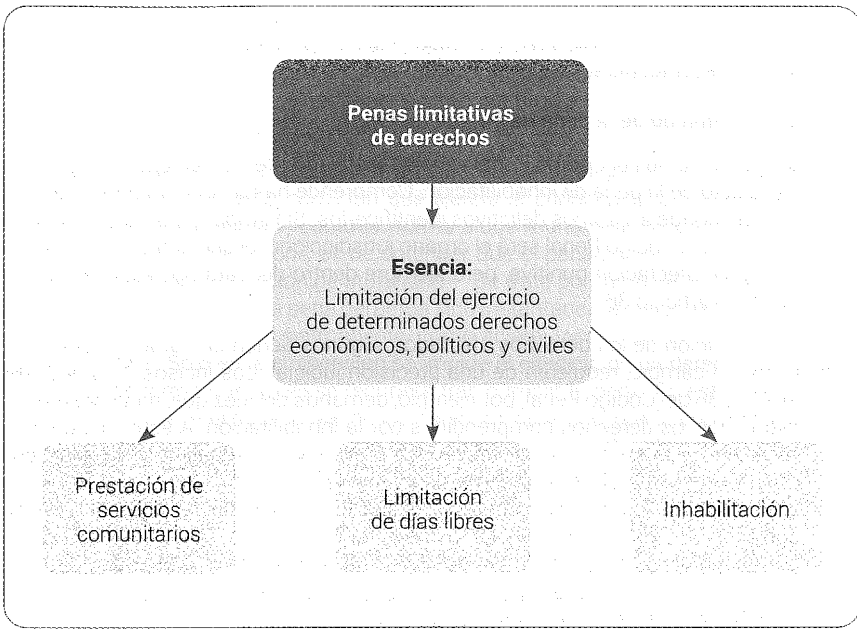
De las penas limitativas de derechos, sin dudas, la de mayor aplicación es la pena de inhabilitación que puede ser impuesta principal o accesoriamente, esto último cuando el delito ha derivado de la infracción de un deber especial o el abuso de una atribución o facultad.

La pena de inhabilitación genera una serie de incapacidades o suspensiones, previstas en el art. 36 del CP[1546]. Estas son:

> 1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
>
> 2. Incapacidad o impedimento para ejercer mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
>
> 3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia
>
> 4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;
>
> 5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;
>
> 6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego [...].
>
> 7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo;
>
> 8. 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 [...].

Estas incapacidades son siempre temporales, lo que supone un punto a favor de nuestra normativa en la medida en que la inhabilitación perpetua equivale a la muerte civil del condenado.

[1546] Bramont Arias y Bramont-Arias Torres: *Código...*, *op. cit.*, 238-239; Peña Cabrera: *Tratado...*, *op. cit.*, 617-620.



Jurisprudencia

Alcances de la pena de inhabilitación

Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116

II. *FUNDAMENTOS JURÍDICOS*

§ 1. *Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal.*

6. La pena de *inhabilitación* consiste en la privación, suspensión o *incapacitación* de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar, o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

7. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37 del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin ejecución a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplica [*sic*] conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho —se basa en la incompetencia y el abuso de la función— (artículos 39 y 40 del Código Penal).

La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aún cuando en algunos tipos legales, como los

contemplados en los artículos 177, 181-B y 398 del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

§ 2. *Contenido de la pena de inhabilitación.*

8. El artículo 36 del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39 del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36.

En la relación de los derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal, por ejemplo, demanda del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventiva 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.

§ 3. *Duración y cómputo de la pena de inhabilitación.*

9. El término de inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisible consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39 del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38 de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

10. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la «naturaleza de las cosas», por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

A. Taxativamente, de conformidad co n [*sic*] el inciso 6) del artículo 36 del Código Penal, modificado por la Ley número 29106, la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.

B. El inciso 8) del artículo 36 del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos —no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido—.

C. Respecto del inciso 1) del artículo 36 del Código Penal: «*Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular*», como la norma alude a una relación de derecho público e indica «privación», es de entender que el penado pierde cargo, no sólo su ejercicio —privación de titularidad—. Se trata por tanto de una privación definitiva —no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA—. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que áquel se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos dese [*sic*] que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importara la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: ZAFFARONI/SLOKAR).

§ 4. *Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación*

11. El artículo 92.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el artículo 225.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273 del aludido Código prescribe que la acusación oral del Fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por los demás, que el Tribunal en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Publico está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, el artículo 285 de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que ésta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias.

La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el Fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es ésta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan.

El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación, la **(1)** *congruencia táctica*: las características esenciales del hecho punible acusado, el cuyo caso la correlación es absoluta («vinculación fáctica»); y, **(2)** la *congruencia jurídica*: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa («vinculación jurídica»).

La *congruencia cuantitativa*, en función al *petitum* del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285-A. Desde esta perspectiva, aunque el Fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al Tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que

legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la *vinculación penológica* es relativa, pues el artículo 397.3 estipula, bajo la condición de su legalidad —tiempo y extensión—, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso reconoce al Fiscal una faculta específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

12. Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas, según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema:

A. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37 el [*sic*] Código Penal establece que la pena de inhabilitación —según su importancia y rango— puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de *inhabilitación principal* se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de *inhabilitación accesoria*, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39 del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que «*...el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley*». Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40 del Código Penal.

B. Como regla general del Código Penal, la pena inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.

C. 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.

D. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se 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 aplicara las penas allí previstas.

E. Distinto es el caso de la pena de *inhabilitación accesoria*, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39 y 40) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga *ex officio iudex* pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, si no la garantía de defensa procesal que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.

13. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente:

A. El artículo 46, primer párrafo, del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo.

B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo 38 del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111 segundo y último párrafo, 117, 121-A, 124 segundo párrafo, 122-A, 124, 153-A, 155, 157, 169, 170, 177, 181-A, 183-B, 183-A, 200 cuarto párrafo, 222, 223, 225, 237, 243, 243-C, 247 *in fine*, 259, 260, 274, 296, 296-A, 297, 300, 303-B, 316. 1 y 2, 317 *in fine*, 318, 318-A penúltimo párrafo, 320, 323 *in fine*, 324, 376-A, 393, 394, 395, 396, 398, 399, 400, 401, 409-B y 450-A.

En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353 —delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional—, 360 —delitos contra la Voluntad Popular—, 426 —delitos cometidos por Funcionarios Públicos y delitos contra la Administración de Justicia—, 432 —delitos de falsificación de documentos—, y 436 —delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales— [sic] En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 —delitos aduaneros—, artículo 10. b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 —delitos de terrorismo—, artículos 5 y 6-A.

En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijado su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39 del Código sustantivo.

C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación —en el propio tipo delictivo o en los artículos 38 y 39— la omisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.

D. Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo especifica los derechos de objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36 del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170 del Código Penal y 5 del Decreto Ley número 25475. En todos estos casos rige el mismo principio del literal anterior: la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esa consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, la fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

E. Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueran pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, no el acusatorio. No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de desvinculación. En este caso, como es obvio, debe extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

14. Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *A Quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio el Tribunal *Ad Quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300.1 del Código de Procedimientos Penales y 409.3 del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el Fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de Revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11 y 12.

§ 5. *Ejecución de la pena de inhabilitación.*

15. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena 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 artículo 332 del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario 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. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368 del Código Penal).

B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030 y 2032 del Código Civil.

C. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36. 1 y 2 del Código Penal) 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 afectadas.

D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36. 1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

E. 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.

F. 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 del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

G. 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 acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

H. 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.

16. 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 pertinente.

V. La pena de multa

En el derecho penal vigente, es la segunda pena principal; consiste en la obligación del sentenciado a abonar una cantidad de dinero, fijada en días-multa, a favor del Estado. Sus antecedentes se encuentran en el Código de Hammurabi (siglos XII-XX a. C.), la ley mosaica, la antigua Grecia, Roma y los pueblos germanos. Incluso Beccaria, durante la reforma liberal, la propuso para casos de hurto sin violencia.

Nuestro país ha sido uno de los primeros en Latinoamérica en introducir el sistema de días-multa, ideado por Johan Thyren, al elaborar el Proyecto del Código Penal sueco, el cual tuvo como antecedente el Código Penal brasileño de 1830[1547]. Desde el Proyecto de 1916, plasmado luego en el Código Penal de 1924 (arts. 20-25), así como en el Código Penal vigente, dicho sistema ha sido adoptado en nuestro ordenamiento sustantivo[1548].

Este sistema, conforme ilustra González Álvarez:

> [...] es el que mejor se adopta a las condiciones de nuestra región, en virtud de que toma como base, en primera instancia, la verdadera situación económica y social del imputado y, en segundo lugar, toma como presupuesto la gravedad del hecho, así como todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Luego el autor costarricense agrega:

> Ello implica que la sanción de multa es personalizada, en cuanto se la proporciona a la situación económica del imputado, sin importar su más importante presupuesto: el grado de culpabilidad y la gravedad del hecho, obteniéndose los fines de prevención especial y prevención general, así como el fin retributivo que no podemos negar en esta clase de penas.[1549]

La moderna política criminal ha buscado recurrir en mayor grado a sanciones no privativas como la multa, lo que se observa de manera más clara en Europa, donde, como afirma Hurtado Pozo, «ocupa un lugar preponderante en el arsenal punitivo»[1550], esto, sin duda, debido a que anula los negativos efectos contenidos en la sanción privativa de libertad, cuya ejecución no cumple los fines asignados por la ley.

[1547] Prado Saldarriaga: *Las consecuencias...*, *op. cit.*, 53.

[1548] Prado Saldarriaga: «Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa», 338-339.

[1549] González Álvarez: «Propuesta de un modelo de cuantificación de la pena pecuniaria según el sistema de días-multa» en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, 205.

[1550] Citado por Prado Saldarriaga: *Todo sobre el Código Penal*, 68.

Desdichadamente, la realidad nos demuestra, día a día, que la pena privativa de libertad constituye el bastión de los operadores de justicia penal y es —parafraseando a Jescheck— «la columna vertebral del sistema penal»[1551]. Como anota Navarro Althaus, la pena privativa de libertad constituye el 95 % de las penas previstas en la parte especial del Código[1552], pese a contar en nuestro país con un sistema diferenciado de sanciones, cuya aplicación de las otras consecuencias jurídicas resulta inoperante.

Se señala, como una de las principales ventajas de la pena de multa, el no constituir alguna catástrofe social al no apartar al penado de su familia. Es lógico: las sanciones implican siempre una aflicción para el condenado; sin embargo, en el caso de las penas privativas de libertad, este pesar trasciende al sentenciado y afecta a su familia, lo que resulta, desde cualquier punto de vista, ser cuestionable.

Esta postura no ha podido mantenerse ajena a las críticas; una de las principales sostiene que, si bien la pena de multa fluctúa entre un mínimo y máximo, su repercusión sobre el condenado varía según la condición económica que posea el agente, lo que afecta al principio de igualdad[1553]. Se indica también que este tipo de sanciones contiene escaso poder intimidatorio, lo que pone en duda la eficacia de la función preventivo-general asignada a la sanción. Por otro lado, se señala que los costes de las penas pecuniarias, en el ámbito del derecho penal económico, son asumidos por los consumidores.

[1551] Jescheck: «El nuevo derecho penal alemán en el contexto internacional» en *Universitas*, 170.

[1552] Navarro Althaus: «El sistema de penas en el CP peruano de 1991» en *Anuario de Derecho Penal*, 83.

[1553] Sola Dueñas: «Alternativas a la prisión» en *Documentación jurídica*, 216.

Capítulo VII

DETERMINACIÓN, APLICACIÓN Y CONVERSIÓN DE LA PENA

I. Aspectos generales

Tras revisar las finalidades de la sanción y las clases de pena que regula nuestro Código Penal, es necesario analizar los criterios de fundamentación e individualización de la pena; posteriormente, se examinan algunos problemas específicos como el cómputo de la detención preventiva y la determinación de la pena en los concursos de delitos.

II. Fundamentación e individualización de la pena: la teoría del espacio de juego como criterio base en la determinación de la pena

Parece haber quedado en claro que no es posible ubicar los fines de la pena a partir de explicaciones unidimensionales que privilegian algunos determinados aspectos de la sanción penal[1554]; quizás por esta razón es que las teorías unitarias hayan tenido tanta aceptación en la doctrina y la jurisprudencia.

Dentro de estas teorías unitarias ciertamente destacan los desarrollos hechos por Roxin a través de su teoría de la unión. Él intenta alcanzar una síntesis que se manifiesta en tres etapas: durante la amenaza punitiva, se impone la prevención general como fin de la sanción, al determinarse la pena, dichos fines preventivo-generales serán limitados por el grado de culpabilidad del agente; mientras que, durante su ejecución, la pena adquiere fines resocializadores.

En la primera etapa, la amenaza punitiva, los fines que predominan son los de la prevención general negativa, es decir, aquellos que mediante la amenaza de pena inhiban al sujeto de cometer delitos. En esta etapa —como advierte Vidaurri Aréchiga— cabe preguntarse qué conductas pueden ser prohibidas bajo amenaza de pena por el legislador. La cuestión debe responderse desde

[1554] Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, 31; Vidaurri Aréchiga: *Estudios jurídico-penales*, 152.

el modelo de Estado, prisma democrático de derecho vigente, desde el cual resulta claro que serán los bienes jurídicos penalmente relevantes los beneficiarios de la protección del derecho penal. En ese sentido, solo las conductas que lesionen o pongan en peligro dichos intereses vitales serán objeto de amenaza penal.

En la segunda etapa, es decir, durante la determinación de la pena, los fines preventivos se ven limitados por el grado de culpabilidad del individuo. Con ello, la culpabilidad deja de ser fundamento de la sanción, conforme exponen las teorías retributivas, y se erige como límite de la pena. Aquello supone establecer una proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche, además permite evitar cualquier posible utilización del ser humano con fines utilitarios[1555].

Sin embargo, en este aspecto, el que mayor debate ha provocado, sobre todo, en los casos límite, donde la medición y determinación de la pena, atendiendo a la culpabilidad del agente, puede provocar el cuestionamiento de la propia norma penal y la afectación de los objetivos preventivo-generales perseguidos durante la primera etapa (amenaza punitiva).

Para superar dicho problema, Roxin propone la llamada *teoría del espacio de juego* (en alemán, *Spielraumtheorie*), que ha recibido amplia aceptación en la doctrina y jurisprudencia penal[1556]. Según Roxin, la teoría del espacio de juego es:

> [...] la expresión teóricamente adecuada de una pena por la culpabilidad puesta al servicio de fines preventivo-generales [...] pues no es solo que como todo el mundo admite, no se pueda reconocer la magnitud exacta de pena que corresponde a la medida de culpabilidad: es que tal magnitud no existe en absoluto, porque el sentimiento de justicia de la generalidad, a cuya satisfacción sirve la pena compensadora de la culpabilidad, solo reacciona de antemano dentro de la amplitud de un determinado espacio de juego; solo si se rebasa, se sentirá que una pena es demasiado severa o blanda.[1557]

Es decir, no puede, por razones de intimidación, establecerse una pena que rebase el espacio de juego de la culpabilidad.

[1555] Bacigalupo: *Justicia penal y derechos fundamentales*, 114.

[1556] En sentido, aunque decantándose en contra de la *Spielraumtheorie*, *vid.* Hörnle: *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación legal de la pena en Alemania*, 23 y ss.

[1557] Citado por Luzón Peña: «Antinomias penales y medición de la pena», 185.

Por último, durante la tercera etapa, la ejecución de la pena, los objetivos perseguidos por la sanción resultan ser los resocializadores. Pese a las fuertes críticas a las que es sometido dicho ideal, resulta —creemos— irracional concebir una sanción privativa de libertad que no busque dicho objetivo; por ello, Roxin admite —pese a lo expuesto líneas arriba— establecer una pena por debajo de la medida de culpabilidad cuando se prevea que una sanción adecuada a la culpabilidad producirá efectos desocializadores en el individuo.

Esta posibilidad de imposición de la pena por debajo de la medida de la culpabilidad por razones de la resocialización puede llegar al punto de cuestionar la propia vigencia de la norma en el sentido preventivo general positivo.

Entonces, en el plano de la individualización de la pena, debemos recurrir al principio de culpabilidad como «límite absoluto de todos los objetivos generales y especiales» propuestos en la amenaza punitiva. Luego, durante la ejecución de la pena, son los pretendidos objetivos resocializadores los que deben ser atendidos con la pena ya individualizada.

El Código Penal observa una importante influencia de las ideas roxinianas, pues, teniendo como antecedente el Proyecto Alternativo alemán de 1996, entre cuyos autores podemos contar al propio Roxin, asigna como fines de la pena: la prevención de delitos, la protección de bienes jurídicos y la resocialización del penado a la sociedad.

Sobre esta base teórica que proporciona la teoría del espacio de juego, deben incorporarse además los criterios de individualización judicial de la pena que indican los arts. 45 y 46 del CP:

1. Las carencias sociales que hubiese tenido el agente
2. Su cultura y sus costumbres
3. El interés de la víctima, su familia o las personas que de ella dependen
4. La naturaleza de la acción
5. Los medios empleados
6. La importancia de los deberes infringidos
7. La extensión del daño o peligro causados
8. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión
9. Los móviles y fines
10. La unidad o pluralidad de los agentes
11. La edad, educación, situación económica y medio social

12. La reparación espontánea que hubiese hecho del daño
13. La confesión sincera antes de haber sido descubierto
14. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento el agente

III. El cómputo de la prisión preventiva

El cumplimiento de la sanción penal permite compensar la culpabilidad. Por ejemplo, si he cometido un hecho punible solo el cumplimiento de mi pena permitirá compensar la culpabilidad implícita en mi comportamiento.

En los casos en que el penado ha cumplido prisión preventiva para los efectos de su procesamiento, la carga que implica esta detención provisional también sirve para los efectos de compensar la culpabilidad, por lo que el tiempo sufrido de prisión preventiva en el procesamiento se descuentan del término de la pena privativa de libertad, conforme indica expresamente el art. 47 del CP.

Ahora, si ocurre que la pena impuesta es distinta a la privativa de libertad, cada día de prisión preventiva se computará como dos días de cada pena distinta a la pena privativa de libertad.

IV. La determinación de la pena en el concurso

Cuando tratamos la cuestión del concurso real e ideal de los delitos, dejamos en claro que esta distinción tenía efectos incluso en el momento de la determinación de la pena. Nos remitimos a lo antes desarrollado en este ámbito.

Jurisprudencia

Determinación de la pena y concurso real

Acuerdo Plenario 4-2009/CJ-116

7. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado «principio de acumulación». El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito —límites mínimo y máximo o pena básica— en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión —pena concreta parcial—. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50 CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total solo una de ellas.

8. Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51 CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego,*

en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública. Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185 CP), falsedad documental (artículo 427 CP) y lesiones graves (artículo 121 CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves.

Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de delitos.

B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.

C. Unidad de autor.

9. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un solo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General* I, 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Página 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51 CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50 CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51 CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar solo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 7 de abril de 2009 (Expediente AV 19-2001)*

§ 1. *Función y Etapas de la determinación judicial de la pena.*

749. «Una vez establecida la existencia de un hecho delictivo y estando vigente el interés del Estado por castigar este hecho resulta necesario determinar la consecuencia jurídico-penal que le corresponde al delito cometido». La determinación judicial de la pena tiene por función, identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un

* A efectos de no generar confusiones al lector, se han suprimido las notas a pie que correspondían a la sentencia citada. El lector puede consultarlas en el texto íntegro disponible en internet.

delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales.

Corresponde hacerlo al órgano jurisdiccional debido a que la conminación abstracta que tiene la pena en la ley se expresa, generalmente, en magnitudes abiertas o semi abiertas donde sólo se asigna a aquélla una extensión mínima o máxima. En el caso de nuestra legislación penal esa es la técnica legislativa utilizada. Al respecto, el séptimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario número 1–2008/CJ–116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha precisado: «*Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales*».

Cada delito tipificado en la Parte Especial del Código Penal o en Leyes especiales o accesorias a él tiene señalada, por regla general, una o más penas a partir de extremos de duración o realización mínimos o máximos. En consecuencia, la realización culpable y comprobada judicialmente de un delito, conlleva la determinación de la pena entre ambos límites punitivos.

750. La determinación judicial de la pena se estructura y desarrolla en base a etapas o fases. Tradicionalmente, la doctrina y la legislación han identificado en este procedimiento dos etapas secuenciales.

En la primera etapa se deben definir los límites de la pena o penas aplicables. Se trata de la identificación de la *pena básica*, en cuya virtud corresponde establecer un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final. En aquellos delitos donde solo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites, se debe de integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada pena y que aparecen regulados en la Parte General del Código Penal, al configurarse el catálogo o precisarse las características específicas de cada pena. En tal supuesto es de recurrir a los límites genéricos que establece el artículo 29 que trata de las penas privativas de libertad.

751. En la segunda etapa se debe identificar la *pena concreta* dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso.

Las *circunstancias* son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, cuya esencia permanece intacta. Es decir, posibilitan apreciar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita —antijuridicidad del hecho— o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta —culpabilidad del agente—, permitiendo de este modo ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe.

752. Si bien las circunstancias pueden ser objeto de varias clasificaciones, para el caso que es materia del presente juzgamiento resulta pertinente aludir, solamente, a aquellas que utilizan como criterio clasificador su naturaleza y su efectividad.

1. Por su *naturaleza* las circunstancias pueden ser comunes o genéricas y especiales o específicas. Son comunes o genéricas las circunstancias que se regulan en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. En la legislación nacional tales circunstancias se encuentran reunidas, principalmente, en el

artículo 46 del Código Penal. En cambio, las circunstancias especiales o específicas se regulan en la Parte Especial y en conexión funcional sólo con determinados delitos. Ese es el caso de las circunstancias previstas en los incisos del artículo 108 y que sirven también para la tipicidad del delito de asesinato, o de aquellas que enumera el párrafo segundo del artículo152 [*sic*] que están consideradas para el delito de secuestro.

2. Por su *efectividad* las circunstancias pueden ser atenuantes o agravantes. Son atenuantes aquellas que por señalar un menor desvalor de la conducta ilícita realizada o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente de la misma, producen como efecto la consideración o aplicación de una pena menor. Son agravantes las que por indicar un mayor desvalor del comportamiento antijurídico ejecutado o un mayor reproche de culpabilidad sobre su autor, generan como efecto la conminación o imposición de una pena más grave.

3. Sin embargo, es frecuente encontrar en un caso penal complejo, como el que es objeto de análisis judicial, la presencia conjunta de varias circunstancias de igual o distinta naturaleza y efectividad. La determinación de la pena concreta en estos casos de *concurrencia de circunstancias*, operativamente implica, como regla general, que no se puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente. En tal virtud, **i)** a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor; igualmente, **ii)** la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido; por último, **iii)** frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo, de esta manera, ubicarse la penalidad concreta en el espacio intermedio entre los límites inicial y final de la pena básica. Sobre esta última opción resulta importante lo expuesto por GONZÁLEZ CUSSAC: «...*dicha compensación deberá ajustarse a un correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia* [...] *En tales supuestos, el Tribunal está capacitado para recorrer toda la extensión de la pena, imponiéndola en el grado que estime oportuno según la compensación racional de unas y otras*».

753. La eficacia de las circunstancias concurrentes está limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación o atenuación. La proyección, pues, de principios rectores o de garantías penales como el *ne bis in idem* exige, en estos casos, que se aplique un test de compatibilidad a todas las circunstancias que concurren. Esto es, que cada circunstancia se refiera siempre a un factor o indicador diferente.

Si las circunstancias, luego de dicho examen, resultan compatibles entre sí, se valorarán en conjunto y se extraerán de ellas los efectos correspondientes que abonen a la configuración de la pena concreta. En cambio, si las circunstancias aluden a un mismo factor devienen en incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia específica excluye a la genérica.

§ 2. *Las circunstancias genéricas en el artículo 46 del Código Penal: clasificación, características y efectividad.*

754. Para el presente caso, como es obvio, sólo van a considerarse circunstancias genéricas o comunes, las cuales se encuentran señaladas de modo enunciativo en el texto original del artículo 46 del Código Penal de mil novecientos noventa y uno. Estas circunstancias genéricas no han sido calificadas por el legislador como agravantes o atenuantes, por lo que, según destaca GARCÍA CAVE-

RO, «*...será del caso decidir si en el caso concreto le da a dichas circunstancias específicas un peso agravatorio o atenuatorio. Se trata de aspectos cuya relevancia penal sólo puede decidirse en un hecho particular y que, por lo tanto, el legislador no puede definir su dirección de valoración*».

En consecuencia, será del caso, en orden a la presencia y naturaleza de las circunstancias concurrentes, fijar razonada y razonablemente su relevancia en el caso concreto a los efectos del aumento o disminución de la penalidad, a fin de establecer la pena concreta aplicable al imputado.

755. Desde esta perspectiva es posible, y útil, agrupar las circunstancias legalmente previstas en razón de su vinculación con la *gravedad del hecho punible* o con la *personalidad del autor*. Corresponden al primer grupo: **i)** la naturaleza de la acción; **ii)** los medios empleados; **iii)** la importancia de los deberes infringidos; **iv)** la extensión de daño o del peligro causados; y, **v)** las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Se relacionan con el segundo grupo: **i)** los móviles y fines; **ii)** la unidad o pluralidad de agentes; **iii)** la edad, educación, costumbres, situación económica y medio social; **iv)** la conducta anterior y posterior al hecho; **v)** la reparación espontánea que hubiera hecho del daño; **vi)** la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y, **vii)** los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de la personalidad del infractor. Como indica CARO CORIA, «*De esa forma, el art. 46 establecería dos pautas genéricas de tasación de la pena, el grado de injusto y el grado de culpabilidad*».

Las indicadas circunstancias, según BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES, aluden al grado del injusto o al grado de responsabilidad del agente. Las primeras hacen una clara referencia a la cuantía del injusto, es decir al grado de antijuridicidad, de contrariedad de la conducta con el derecho, con el orden jurídico. Las segundas, buscan medir la capacidad para delinquir del agente, deducida de factores que hayan actuado de manera de no quitarle al sujeto su capacidad para dominarse a sí mismo y superar el ambiente. No se pretende averiguar si el agente podría o no cometer en el futuro ulteriores delitos, sino que debe analizarse el grado de maldad que el agente demostró en la perpetración del delito que trata de castigarse. Se observa el pasado y no el futuro.

756. Sobre la base de los criterios valorativos expuestos, es pertinente realizar un análisis puntual del significado y alcances de tales circunstancias genéricas:

1. LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN. Esta circunstancia, como acota PEÑA CABRERA al analizarla en base al Código Penal de mil novecientos veinticuatro, puede atenuar o agravar la pena, permite dimensionar la magnitud del injusto realizado. Para ello se debe apreciar «*la potencialidad lesiva de la acción*». Es decir, será del caso apreciar varios aspectos como son el tipo de delito cometido o el *modus operandi* empleado por el agente, esto es, la «*forma cómo se ha manifestado el hecho*». Además, se tomará en cuenta el efecto psicosocial que aquél produce.

2. LOS MEDIOS EMPLEADOS. La realización del delito se puede ver favorecida con el empleo de medios idóneos, la naturaleza y efectividad dañosa de su uso pueden comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos. De allí que VILLAVICENCIO TERREROS estime que esta circunstancia se refiere igualmente a la magnitud del injusto. Sin embargo, para otros autores, que como PEÑA CABRERA comentaban igual circunstancia en el Código ya derogado y predecesor del actual, ella posibilitaba, también, reconocer la peligrosidad del agente.

3. LA IMPORTANCIA DE LOS DEBERES INFRINGIDOS. Es una circunstancia relacionada con la magnitud del injusto, pero que toma en cuenta también la condición personal y social del agente. Resulta, por lo demás, coherente que la realización

del delito con infracción de deberes especiales propicie un efecto agravante, en la medida que el desvalor del injusto es mayor, pues trasciende a la mera afectación o puesta en peligro del bien jurídico. Esto es, el agente compromete, también, obligaciones especiales de orden funcional, profesional o familiar que tiene que observar.

4. LA EXTENSIÓN DEL DAÑO O PELIGROS CAUSADOS. Esta circunstancia indica la cuantía del injusto en su proyección material sobre el bien jurídico tutelado. GARCÍA CAVERO precisa que tal circunstancia toma como criterio de medición el resultado delictivo. No obstante, como bien destacaba CORNEJO, en alusión al Código anterior, esta valoración corresponde sobretodo a la conminación de la pena en cada delito y no a un nivel de circunstancia genérica. Según este autor «*es incongruente con la doctrina que sustenta el Código el considerar la extensión del daño y del peligro causado como un elemento ordinario o genérico que debe tenerse en consideración al aplicarse la pena*».

5. LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR, MODO Y OCASIÓN. Se refieren a condiciones tempo-espaciales. Reflejan, principalmente, una dimensión mayor en el injusto, ya que el agente suele aprovecharlas para facilitar la ejecución del delito.

6. LOS MÓVILES Y FINES. 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. Esto es, tales circunstancias coadyuvan a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su naturaleza subjetiva es preeminente y se expresa en lo fútil, altruista o egoísta del móvil o finalidad, tal como lo reconoce contemporáneamente la doctrina nacional. Lo cual coincide con lo señalado por CORNEJO, al referirse a idéntica circunstancia prevista en el código penal derogado, de que: «*Para la aplicación de las penas lo que debe valuarse es el motivo psicológico en cuanto se relaciona con los fines sociales, y es tanto más ilícito en cuanto más se opone a los sentimientos básicos de la piedad, de la solidaridad, de la cultura, en suma*».

7. LA UNIDAD O PLURALIDAD DE AGENTES. Tradicionalmente la doctrina nacional, desde la vigencia del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, ha interpretado que la pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima. La concurrencia de agentes expresa necesariamente un acuerdo de voluntades que se integran para lo ilícito. Al respecto advierte GARCÍA CAVERO que lo importante para la oportunidad de esta agravante es que no se le haya considerado «ya en la formulación del tipo penal». Ahora bien, es de destacar que la pluralidad de agentes expresa siempre una coautoría funcional; esto es, un codominio del hecho. No se puede incluir en esta noción de «*pluralidad*» a los partícipes, sean instigadores o cómplices.

8. LA EDAD, EDUCACIÓN, SITUACIÓN ECONÓMICA Y MEDIO SOCIAL. Se trata de circunstancias vinculadas a la capacidad penal del agente y a su mayor o menor posibilidad para internalizar el mandato normativo, así como para motivarse en él y en sus exigencias sociales. Estas circunstancias operan sobre el grado de culpabilidad del agente y sobre la intensidad del reproche que cabría hacerle. El artículo 45 inciso 1 del Código Sustantivo también considera como criterio de fundamentación y determinación de la pena que el Juez atienda a «*las carencias sociales que hubiere sufrido el agente*». Será del caso, en consecuencia, incluir 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. LA REPARACIÓN ESPONTÁNEA QUE HUBIERE HECHO DEL DAÑO. Esta circunstancia toma en cuenta la conducta posterior al delito que exteriorizó el agente. Que el

delincuente repare en lo posible el daño ocasionado por su accionar ilícito, revela una actitud positiva que debe valorarse favorablemente con un efecto atenuante. En ese sentido CAVERO GARCÍA reconoce que «*Con la reparación del daño, el autor adelanta una parte de los aspectos que le correspondería cumplir con la pena, afectando así la cuantificación de la pena concreta*». Sin embargo, es pertinente demandar, como lo hacía PEÑA CABRERA al comentar una disposición similar del Código Penal de mil novecientos veinticuatro: «*que la reparación debe ser espontánea, es decir, voluntaria y, naturalmente, antes de la respectiva sentencia. Se entiende que la reparación debe partir del autor, y no de terceros*».

10. LA CONFESIÓN SINCERA ANTES DE HABER SIDO DESCUBIERTO. Esta circunstancia valora un acto de arrepentimiento posterior al delito. Con ello se expresa la voluntad del agente de hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Esta actitud se destaca en favor del agente, pues, con ella, se rechaza la frecuente conducta posterior al hecho punible y que se suele orientar hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor. Al respecto, la doctrina elaborada en base a esta circunstancia ha afirmado, desde la vigencia del Código anterior, que: «*Hay diferencia notable en el delincuente que huye después de consumado el delito, del que se presenta voluntariamente a las autoridades para confesar. Este último muestra arrepentimiento, o por lo menos, asume su responsabilidad, lógicamente la atenuante es procedente; de suerte que no puede favorecerse al delincuente que huye, y regresa después acompañado de su abogado*». Además, se advierte con tal actitud «*...falta de necesidad de una pena más grave con fines de prevención o reestabilización*». Ahora bien, es de recordar que actualmente el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales también considera a la confesión sincera, siempre que se de en sede judicial, como una atenuante privilegiada que posibilita imponer una pena concreta por debajo del mínimo legal. No obstante, la circunstancia del artículo 46 del Código Penal, que aquí se analiza, es diferente de aquella en tanto que solo equivale a una autodenuncia. De allí, pues, que por su menor eficacia procesal y probatoria, la ley le conceda únicamente la condición y efectos de una circunstancia genérica.

11. LAS CONDICIONES PERSONALES Y CIRCUNSTANCIAS QUE LLEVEN AL CONOCIMIENTO DEL AGENTE. El carácter enunciativo del artículo 46 del Código Penal se complementa con la amplitud circunstancial que concede al juez. Reconoce la norma una opción innominada y abierta para interpretar y apreciar otras circunstancias, distintas de las expresamente identificadas por cada inciso precedente de dicho artículo. Esto es, «*la determinación de la pena concreta por el juez requiere un acercamiento con el autor que permita una justicia penal más ajustada a la persona*». Ahora bien, para evitar contradicciones al principio de legalidad y riesgos de arbitrariedad será de rigor especificar en concreto la circunstancia que invoca y su equivalencia con las reguladas legalmente. Sobretodo, se debe fundamentar razonablemente cómo es que tal circunstancia resulta idónea para definir un perfil que permite conocer mejor la personalidad del agente.

§ 3. *Determinación judicial de la pena y concurso de Delitos.*

757. Como precisa GARCÍA CAVERO: «*El marco penal abstracto resulta afectado también en el caso del concurso de delitos*». Por tanto, forman parte, igualmente, de las reglas sobre determinación de la pena las correspondientes a los denominados *concursos de delitos*. Esto es, normas especiales que ayudan a decidir la configuración y extensión de la pena concreta en casos de realización plural de tipos penales derivados de una sola conducta, o de delitos independientes cometidos por un mismo autor.

En el primer caso se trata del *concurso ideal de delitos*; y, en el segundo caso, del denominado *concurso real de delitos*. En el Código Penal vigente ambas formas

de concurso se encuentran reguladas en los artículos 48 y 50, respectivamente. Sin embargo, en atención a la fecha de ocurrencia de los hechos, así como a los límites que impone el principio de legalidad, se revisarán, para efectos de esta sentencia, las reglas previstas por el texto original de nuestro código sustantivo y que fueron las vigentes por aquel entonces.

758. El *concurso ideal de delitos* tiene lugar cuando la acción ejecutada por el agente cumple los elementos constitutivos de dos o más tipos legales. Como consecuencia de ello se produce una pluralidad de tipos y sanciones aplicables, ya que ninguno resulta capaz de comprender en su totalidad la conducta realizada por aquél. Al respecto precisa HURTADO POZO: «*Afirmar que hay unidad de acción no implica, siempre, que una sola disposición legal será aplicada. Mediante su ejecución, el agente puede realizar 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, solo 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 determinada por la naturaleza compleja de la acción*».

Para la determinación de la pena en el concurso ideal de delitos se recurría en el texto original del artículo 48 al denominado principio de absorción. Según dicho criterio rector, la pena básica se identificaba con la pena conminada más grave entre todas aquellas contenidas en las disposiciones penales que concurren. De esta manera se asumía que en dicha penalidad más severa quedaban absorbidas las demás penas menos graves (*poena major absorbet minoren*).

Sin embargo, ante la eventualidad de coexistir penas accesorias o medidas de seguridad, el citado artículo autorizaba su aplicación aún cuando tales sanciones sólo estuvieran previstas para alguna de las disposiciones legales en concurso ideal.

759. El *concurso real de delitos* se produce cuando el mismo agente con varias acciones independientes entre sí realiza, a su vez, varios delitos autónomos. Como anota VILLAVICENCIO TERREROS: «*A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal*».

Cabe distinguir dos clases de concurso real de delitos: homogéneo y heterogéneo. Es homogéneo cuando la pluralidad de delitos se relaciona con infracciones de la misma especie. Será heterogéneo, en cambio, cuando la pluralidad de delitos cometidos se relacione con infracciones de distinta especie.

Para la determinación de la pena concreta en el caso de un concurso real de delitos el texto del artículo 50 del Código Penal, vigente al momento de comisión de los delitos materia del proceso y aplicable por ser el más favorable, regulaba el siguiente procedimiento en dos fases:

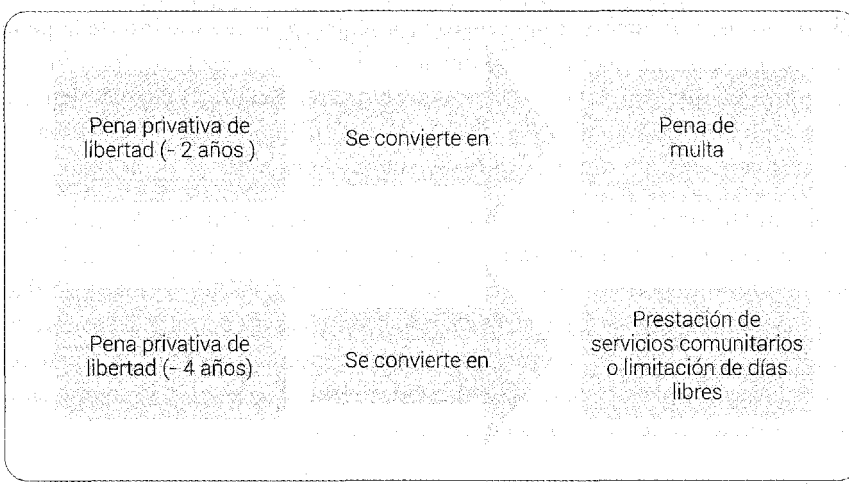
1. Para la determinación de la pena básica se elegía la pena más grave de las conminadas para los delitos integrantes del concurso. Rige, pues, en esta primera fase el principio de absorción.

2. Luego, los demás delitos de menor gravedad eran considerados como circunstancias agravantes que posibilitaban definir la pena concreta. Esto es, ellos permitían graduar dicha pena a fin de alcanzar la más severa represión. En esta operación complementaria primaba el denominado principio de asperción

Esta dualidad de operaciones jurisdiccionales para la determinación de la pena en un concurso real de delitos, fue entendida, en la doctrina nacional por BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES, como la aplicación en el procedimiento de una combinación de ambos principios.

V. La conversión de la pena privativa de libertad y su revocación

El art. 52 del CP permite al juez, en aquellos casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa o la pena privativa no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres. El objeto de la conversión de la pena privativa de libertad es evitar al penado los efectos negativos de un internamiento en prisión.



El cálculo para los efectos de la conversión se da del siguiente modo:

a) Un día de privación de libertad por un día de multa.

b) Siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

Esta conversión, beneficiosa para el condenado, le puede ser revocada cuando este incumpla injustificadamente con el pago de la multa o la prestación del servicio asignado a la jornada de limitación de días libres. Para que ello ocurra es necesario un cierto apercibimiento judicial, luego de lo cual se podrá ejecutar la pena privativa de libertad fijada en la sentencia con el descuento de la pena convertida cumplida.

Adicionalmente, el art. 54 del CP establece la revocación automática de la conversión cuando el condenado cometa, dentro del plazo de ejecución de la pena convertida según el art. 52, un delito doloso sancionada en la ley con pena privativa de libertad no menor de tres años.

VI. La conversión de la pena de servicios a la comunidad y limitación de días libres

Las penas de servicios a la comunidad y de limitación de días libres pueden también ser convertidas, conforme al art. 55 del CP, si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días libres aplicadas como penas autónomas. Es necesario también, para proceder a la revocación, un apercibimiento judicial previo.

VII. La conversión de la pena de multa

El art. 56 del CP establece igualmente un régimen de revocación de la pena de multa que opera cuando el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, en cuyo caso la pena podrá ser ejecutada en sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado.

Si el condenado se hace insolvente por causas ajenas a su voluntad, la conversión de la pena de multa ya no es por una pena privativa de libertad, sino por una limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad con la equivalencia de una jornada por cada siete días-multa impagos. El condenado puede pagar la multa en cualquier momento y se le descuenta el equivalente a la pena privativa de libertad, prestación de servicios comunitarios o limitación de días libres cumplidos a la fecha.

Cuando se impone conjuntamente pena privativa de libertad y multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida.

Capítulo VIII

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO Y EXENCIÓN DE PENA

I. Concepto de la suspensión de la ejecución de la pena

La suspensión de la ejecución de la pena (CP, art. 57) es una de las innovaciones que trajo consigo el actual Código Penal y establece una tendencia flexibilizadora en el derecho penal destinada a reducir los supuestos que impliquen el ingreso a prisión del sentenciado.

En virtud de dicha suspensión, la pena privativa de libertad que debería imponer al condenado es suspendida en su ejecución a cambio de la satisfacción de una serie de condiciones.

Sin ingresar de lleno al amplio debate suscitado en torno al carácter jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena, en que se ha propuesto que esta institución tiene naturaleza de medida correctiva, procedimiento de individualización de la pena, medida de indulgencia, etc., se considera que si algo queda claro en esta aún indefinida discusión es que la suspensión de la ejecución de la pena es un modo de ejecución de la pena privativa de libertad.

II. Requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena

Los requisitos de la suspensión son cuatro, claramente establecidos en el art. 57 del CP, tras la reforma producida mediante el Decreto Legislativo 1351, del 7 de enero de 2017, y la Ley 30710, del 29 de diciembre de 2017, y que deben ser concomitantes, es decir, deben aparecer conjuntamente:

1. Que la condena se refiera a la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, es decir, hablamos de pena concreta, no de pena abstracta.

2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.

3. Ausencia de la condición de reincidente o habitual.

4. Que el delito no se encuentre comprendido dentro de los supuestos de exclusión (de la suspensión de la ejecución de la pena) comprendidos en la parte final del actual art. 57 del CP, es decir, (i) los funcionarios públicos condenados por delitos dolosos descritos en los arts. 384, 387, segundo párr. del art. 389, 395, 396, 399, y 401 del CP y (ii) las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar (CP, art. 122-B) y por el delito de lesiones leves previsto en los lits. c, d y e, num. 3, art. 122, del CP.

Cuando estos requisitos concurren en un caso concreto, el juez penal se encuentra facultado a suspender la ejecución de la pena. Esto quiere decir que su imposición es facultativa para el juez penal en la medida en que se cumplan con las exigencias antes referidas. Ahora, es de notar que, aunque peca de exceso, la actual fórmula del art. 57 del CP impone —reitera, diría más bien— el deber de que el juez formule una debida motivación de «el pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado».

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad puede fluctuar entre uno a tres años. Ahora, tampoco es que la suspensión no genere al penado alguna carga, pues el art. 58 del CP, conforme a la modificatoria producida mediante el Decreto Legislativo 1351, del 7 de enero de 2017, establece la posibilidad de imponer al condenado una serie de reglas de conducta:

(i) Prohibir frecuentar determinados lugares, que deberán ser indicados en la sentencia judicial respectiva y tener un propósito preventivo/resocializador.

(ii) Prohibir ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.

(iii) Comparecer mensual, personal y obligatoriamente al juzgado para informar y justificar sus actividades.

(iv) Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.

(v) Prohibir la posesión de objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito.

(vi) Obligar a someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol.

(vii) Obligar seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente.

(viii) Seguir con los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

(ix) Obligar a someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico.

III. Revocación de la suspensión de la ejecución de la pena

Justamente el incumplimiento de las reglas de conducta fijadas por el juez penal puede provocar una serie de consecuencias negativas sobre el condenado al punto de generar incluso su revocación. El incumplimiento de las reglas de conducta faculta al juez penal a lo siguiente:

1. Amonestar al infractor.
2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá tres años.
3. Revocar la suspensión de la pena.

Ahora, la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena procederá adicionalmente cuando, dentro del plazo de prueba, el agente es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso, cuya privativa de libertad sea superior de tres años. En este caso se ejecutará la pena suspendida condicionalmente y la que corresponda por el segundo hecho punible.

IV. Efectos jurídicos de la suspensión de la ejecución de la pena

El art. 61 del CP indica los efectos jurídicos de la suspensión de la ejecución de la pena. Transcurrido el plazo de prueba sin que el condenado cometa un nuevo delito doloso y sin que infrinja persistente y obstinadamente las reglas de conducta establecidas en la sentencia impuesta pero no ejecutada, la pena se considera como cumplida.

Ahora, la suspensión de la ejecución de la pena no impide que se inscriba en el registro de condenas judiciales, lo que supone que genera antecedentes penales en la persona.

V. Concepto de la reserva del fallo condenatorio

En el caso de la reserva del fallo condenatorio, aparecen igualmente los problemas conceptuales propios de la suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, entre ambas existe una diferencia sustancial: en la reserva del fallo condenatorio no se emite la parte resolutiva de la sentencia, lo que en la suspensión de la ejecución sí ocurre.

Esta sutileza afecta las consecuencias derivadas de la aplicación de cada uno de estos sustitutivos penales: mientras que la suspensión de la ejecución de

la pena sí genera un antecedente penal, pues existe una declaración judicial de responsabilidad penal, la reserva del fallo condenatorio no lo hace, ya que precisamente se encuentra ausente la parte resolutiva de la sentencia penal.

Esto no afecta, sin embargo, la declaración de responsabilidad civil que necesariamente deberá hacerse en la medida en que se haya acreditado la existencia de un daño civil indemnizable atribuible causalmente a uno de los investigados.

VI. Requisitos de la reserva del fallo condenatorio

La imposición de la reserva del fallo condenatorio se concreta facultativamente por el juez penal cuando considere que «las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia» (CP, art. 62, conforme a la Ley 30076, del 19 de agosto de 2013), hacen previsible que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito, al igual que en la suspensión de la ejecución de la pena se exige que el juez motive suficientemente el «pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado».

Pero además de este juicio o pronóstico, el marco de pena abstracta establecida por el legislador debe evidenciar una escasa lesividad de la conducta. Por eso se limita la imposición de la reserva del fallo condenatorio al cumplimiento de estas exigencias:

(i) El delito debe estar sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa.

(ii) La pena a imponerse no debe estar las 90 jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

(iii) La pena a imponerse no debe estar los dos años de inhabilitación.

El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada, esto es, cuando es consentida o cuando se emite la ejecutoria respectiva.

Al igual que en la suspensión de la ejecución de la pena, en la reserva del fallo condenatorio, corresponde al juez penal imponer las siguientes reglas de conducta, conforme al texto del art. 64 del CP impuesto por el Decreto Legislativo 1351, del 7 de enero de 2017:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares.

2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.

3. Comparecer mensual, personal y obligatoriamente al juzgado para informar y justificar sus actividades.

4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo que demuestre que esté imposibilitado de hacerlo.

5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito.

6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol.

7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente.

8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

9. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico.

VII. Revocación de la reserva del fallo condenatorio

Así como se verificó en la suspensión de la ejecución de la pena, en la reserva del fallo condenatorio existe la posibilidad de que la misma sea revocada.

El art. 65 del CP indica expresamente:

> Cuando el agente incumpliera las conductas impuestas, por razones atribuibles a su responsabilidad, el juez podrá:
>
> 1. Hacerle una severa advertencia;
> 2. Prorrogar el régimen de prueba sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada sobrepasará de tres años; o
> 3. Revocar el régimen de prueba.

VIII. Efectos jurídicos de la reserva del fallo condenatorio

La reserva del fallo condenatorio tiene efectos jurídicos muy distintos a los de la suspensión de la ejecución de la pena.

En la reserva del fallo condenatorio, indica el art. 67 del CP, si el régimen de prueba no fuera revocado, será considerado extinguido al cumplirse el plazo fijado y el juzgamiento como no efectuado, es decir, no genera ningún tipo de antecedente penal en la persona.

IX. La exención de la pena

La exención de la pena es otra institución que permite una aplicación menos extensiva del derecho penal, que permite una suerte de «perdón» de la pena en aquellos casos en los que la intervención del sentenciado en el delito —que debe ser de escasa significación— haya sido mínima. También es denominada *renuncia* o *dispensa de pena*; además, aparece regulada, con matices semejantes, en algunas legislaciones bajo el rótulo de «perdón judicial».

En virtud de la exención de la pena, el juez penal se encuentra facultado de eximir de sanción en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa a aquellos cuya responsabilidad fuese mínima. Se trata de una figura de aplicación prácticamente nula en nuestra praxis jurisprudencial.

Esta institución tiene sus antecedentes en distintos códigos:

- En la § 60 del StGB se regula la *exclusión* o *renuncia a la pena*.
- El CP francés de 1994 se refiere a la *dispensa de pena* (*dispense de peine*) en los arts. 132-58 y 132-59.
- En el StGB suizo se cuenta con reglas de renuncia a la pena en los arts. 88 y 98, en el ámbito del DP de adolescentes.
- Con similares particularidades, el art. 169 del CP italiano regula el *perdón judicial* (*perdono giudiziale*) en el caso de menores de 18 años.
- El art. 64 del CP boliviano extiende el perdón a los mayores de edad y aclara en el art. 65 que el *perdón judicial* no implica «perdón» de la responsabilidad civil.
- De modo semejante el art. 82 del CP de El Salvador se refiere al perdón judicial.
- El art. 68 del CP peruano, siguiendo la orientación del art. 75.I del CP portugués de 1982 (dispensa de pena), se refiere a la *exención de pena*[1558].

De esta manera, el instituto de la exención de pena tiene particular reconocimiento en un sector de la legislación europea y latinoamericana.

La necesidad político-criminal de incorporar una regla de exención de pena puede justificarse en diversas razones relativas al terreno de la individualización judicial de la pena en sentido estricto. Las razones de prevención espe-

[1558] CP, art. 68: «El juez Juez podrá eximir de sanción, en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa si la responsabilidad del agente fuere mínima.»

cial, es decir, relacionadas con la contracción del recurso a la pena privativa de libertad efectiva, determinan la opción de contar con medidas alternativas a la prisión con diversos grados de exigencia o intensidad de sus presupuestos.

Así, la concesión del que puede considerarse el máximo beneficio, es decir, la renuncia a la pena pese a comprobarse la culpabilidad del autor, debe observarse como una medida extremadamente excepcional debido a la ausencia de merecimiento y/o necesidad de pena con consecuencias liberatorias solo desde el punto de vista punitivo, es decir, sin enervar el sentido de la reparación civil que por derecho corresponde a la víctima por hallarse comprobada la culpabilidad.

Como precisa Jescheck: «La renuncia a la pena es la declaración de culpabilidad sin imposición de pena»[1559]. La renuncia parece justificada por el carácter de bagatela que tiene el delito, lo que deriva del escaso contenido de injusto o del escaso contenido de culpabilidad del delito o, con frecuencia, de la combinación de ambos criterios. Otro grupo de casos del DP alemán está vinculado a la recompensa por el desistimiento activo en el delito consumado, por la ejecución de *actus contrarius* merecedores de impunidad[1560].

En suma, la exención de pena no es un acto de gracia: obedece a la desaparición del merecimiento de pena atendiendo a la escasa medida del injusto y de la culpabilidad o a la compensación de la culpabilidad por el desistimiento voluntario. No se trata solo de una modalidad de la determinación de la pena, sino de una sanción del DP, cuya peculiaridad consiste en que el delincuente es condenado por el delito, pero queda sin pena[1561]. Entonces debe diferenciarse la renuncia a la pena de la impunidad: esta última conlleva la absolución, mientras que en la renuncia a la pena se confía al arbitrio del tribunal y se recoge en la sentencia. El delincuente es condenado, pero no ha sido penado, por lo que el pronunciamiento no accede al registro central federal, pero el reo debe abonar las costas del proceso[1562].

[1559] Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 777; Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, 213.
[1560] Jescheck: *Tratado...*, *op. cit.*, 777.
[1561] *Ibid.*, 777-778.
[1562] *Ibid.*, 778.

Capítulo IX

LA REHABILITACIÓN

I. Concepto y fundamentos

Al cumplir el ciudadano con la pena impuesta por el Estado y haber, con ello, compensado su culpabilidad, corresponde reintegrarlo a la sociedad, lo que se produce a través de la figura de la rehabilitación que permite que cualquier rasgo o evidencia material (derechos afectados a la pena) y registral de la pena (mediante los registros de los antecedentes judiciales y penales) sea eliminado.

Esta última idea, sin embargo, se encuentra relativizada a partir de la reincorporación de la reincidencia y la habitualidad en nuestro ordenamiento jurídico penal, lo que ha significado la introducción de ciertos cambios en su regulación.

En efecto, la Ley 30076, del 19 de agosto de 2013, en su art. 69, supuso la introducción de provisionalidad de la cancelación de los antecedentes:

> Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva.

Posteriormente, el Decreto Legislativo 1243, del 22 de octubre de 2016, introdujo un párr. final que indica lo siguiente:

> *La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de delitos contra la Administración Pública, en cuyo caso la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal.* (Cursiva original)

La rehabilitación puede encontrarse referida tanto a las penas propiamente dichas —cualquiera sea su clase— como a las medidas de seguridad.

II. Procedencia

La rehabilitación procede inmediatamente sin mayor trámite —aunque en la praxis judicial no se cumple con dicha circunstancia— cuando la persona ha cumplido la pena o la medida de seguridad que le fue impuesta o cuando la responsabilidad penal haya sido extinguida de algún modo.

La rehabilitación, indica el art. 69 del CP, produce los siguientes efectos:

- Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia condenatoria.
- La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales generados por el proceso penal respectivo.

Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

Capítulo X

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. Naturaleza jurídica

La segunda vía de reacción penal establecida en nuestro Código Penal es la medida de seguridad. A diferencia de las penas, cuya imposición tiene como presupuesto la culpabilidad del sujeto, las medidas de seguridad responden a un fundamento distinto: la peligrosidad criminal del sujeto.

Esto muestra a su vez que —aunque no se requiera de una conducta típica, antijurídica y culpable— la tipicidad y la antijuricidad se manifiestan aún como elementos que no pueden estar ausentes.

II. Su regulación

A diferencia del Código Penal de 1924, que establecía un catálogo bastante extenso —pero poco operativo— de medida de seguridad, el Código Penal de 1991 —mucho más mesurado y realista— ha establecido únicamente dos medidas de seguridad: la internación y el tratamiento ambulatorio.

Se adopta, entonces, un sistema dual de medidas jurídicas del delito que incorpora a las medidas de seguridad como herramientas destinadas a controlar al sujeto peligro en función a criterios de proporcionalidad entre la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado.

III. Clases

El Código Penal reconoce solo dos clases de medidas de seguridad: la internación y el tratamiento ambulatorio.

A. La internación

La internación, señala el art. 74 del CP, «consiste en el ingreso y tratamiento del imputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia» y está

reservada para los supuestos en los que, tras realizarse la prognosis de peligrosidad criminal, se deduzca que concurre el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves.

Este tipo de medida de seguridad no es de carácter indeterminado, pues tiene como tope máximo el tiempo de duración correspondiente a la pena privativa de libertad que correspondiera aplicarse por el delito cometido (CP, art. 75).

En los casos de imposición de medida de seguridad de internación, el juez ordenará cada seis meses la realización de una pericia médica que le permitirá establecer si aún existe la prognosis de peligrosidad criminal que obligó a imponer la medida de internación. Si la prognosis ha variado, corresponde al juez hacer cesar la medida (CP, art. 76).

B. El tratamiento ambulatorio

La medida de seguridad de tratamiento ambulatorio se impone con fines terapéuticos o de rehabilitación a aquellos imputables relativos que lo requieran. Esta medida de seguridad se fija y aplica junto con la pena respectiva.

Capítulo XI

LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

I. La prescripción

La prescripción, como causa de extinción de la acción penal y de la pena, tiene su razón de ser en consideraciones de índole político-criminal que se vincularían —en cierta forma— con la idea de que el transcurso del tiempo provocaría una invalidación del valor que subyace a la conducta descrita como delito por la ley penal.

Estas consideraciones político-criminales a las que se aluden se manifiestan en el plano del derecho penal material y procesal penal. Con esto queremos decir que el fundamento y justificación de la prescripción es de orden político-criminal y las incidencias, que provocan la institución comentada en el derecho penal material o procesal penal, solo deben ser admitidas como signos o resultados de una institución que tiene un origen político-criminal.

Con ello nos apartamos de la idea propuesta, entre otros, por Maurach, Gössel y Zipf, en el sentido de que son las razones de derecho penal sustantivo y adjetivo las que directamente justifican la existencia de la prescripción como causa de extinción de la acción penal y la pena o las que se decantan a favor de una de ellas, como parecen sostener Jescheck y Weigend, al afirmar que aunque la prescripción «está situada en el límite del Derecho penal material y el Derecho procesal penal: su fundamento reside esencialmente en Derecho material».

Esta situación —es menester precisarlo— no es propia del derecho penal: basta recordar su concurrencia en el derecho civil (prescripción adquisitiva de dominio, por ejemplo), en el derecho tributario (exigibilidad del tributo) y en el derecho administrativo (prescripción de la situación convencional).

Jurisprudencia

La prescripción de la acción penal en los arts. 46-A y 49 del CP

Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116

§ 3. *La prescripción de la acción penal*

10. El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS, *Obra citada*, página 126].

Mediante la prescripción de la acción penal se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [RAMÓN RAGUÉS Y VALLES, *Obra Citada*, página 45].

Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80 CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual «*...al máximo de la pena —abstracta— fijada por la ley para el delito*» —*prescripción ordinaria*—, mientras que el artículo 83 CP reconoce la denominada *prescripción extraordinaria* de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente —el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquél— conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que para efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la *pena abstracta* fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo.

Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad —como consecuencia de la regulación de la prescripción—, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley.

Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el

Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal - Parte General I*, 3ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, página 330].

11. Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción «...*fijado por la ley para el delito*» [artículo 80 CP], es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46-A CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49 CP).

Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la *pena abstracta* fijada para el delito. Ésta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella *pena-marco*. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no solo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la *criminal* —que exige que la conducta este prevista en la ley con suficiente precisión o determinación— y la *penal* —que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas—.

La *pena concreta*, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (*pena concreta*), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (*cuantificación de la culpabilidad*) [PATRICIA S. ZIFFER. En: *Determinación judicial de la pena*, (CLAUS ROXIN, MARY BELOFF, MARIO MAGARIÑOS, PATRICIA S. ZIFFER, EDUARDO ANDRÉS BERTONI Y RAMÓN TEODORO RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, página 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas «circunstancias» (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta.

12. En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo —funcionario público— y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena —pena concreta—, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito.

Sin duda, el artículo 46-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente

cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena.

13. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado —*delito masa*—, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49 CP, constituye ya un delito en sí —*delito masa*—. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto —la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito—, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

1. Concepto

La prescripción es una de las causas de extinción de la acción penal recogidas en el art. 78.1 del CP[1563]. Dicha extinción constituye una institución del derecho penal material limitante de la facultad punitiva del Estado en virtud de los efectos que el transcurso del tiempo provoca sobre los intereses persecutorios del Estado[1564]. El tiempo, como se desprende del Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, —en adelante, AP 8-2009— diluye el contenido lesivo del comportamiento.

La prescripción de la acción penal se encuentra regulada por los arts. 80-84 del CP, en los cuales se describen los plazos en que opera (art. 80), sus supuestos de reducción (art. 81), el inicio del cómputo del mismo (art. 82) y los supuestos de interrupción y suspensión de su cómputo (arts. 83 y 84).

El Código Procesal Penal —en adelante, CPP— ha introducido una cláusula que ha impactado dramáticamente en la interpretación y aplicación de la prescripción de la acción penal por parte de los tribunales, que fue graficada en la abundancia de decisiones plenarias de la Corte

[1563] CP, art. 78: «La acción penal se extingue:

1. Por muerte del imputado, **prescripción**, amnistía y el derecho de gracia.
2. Por autoridad de cosa juzgada.
3. En los casos que sólo proceda la acción privada, ésta se extingue, además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción» (énfasis agregado).

[1564] Su carácter de institución de derecho penal material es resaltado por el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 (asunto: prescripción, problemas actuales). Al respecto, *vid.* su § 6.

Suprema de Justicia de la República orientadas a esclarecer las relaciones entre los contenidos del CP y los del CPP. Nos referimos en concreto al art. 339.1 del CPP que establece lo siguiente: «La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal».

2. Los plazos de la extinción de la acción penal por prescripción

Aunque en esta materia se ha producido una sucesión de leyes en el tiempo —por ejemplo, al texto original del Código Penal se le agregaron las modificaciones operadas por las leyes 26314, del 28 de mayo de 1994; 26360, del 29 de setiembre de 1994; 28117, del 10 de diciembre de 2003, y 30077, del 20 de agosto de 2013—, esas no mejoran la situación del investigado, por lo que se trabajará sobre la regulación existente al momento de producirse los hechos imputados.

En ese sentido, la norma aplicable en este caso será el texto del art. 80 del CP, conforme la regulación propuesta por la Ley 28117, del 10 de diciembre de 2003, en los términos siguientes:

> La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.
>
> En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.
>
> En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.
>
> La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.
>
> En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.
>
> En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica.

3. Sobre la relevancia del artículo 46-A del Código Penal en el cómputo de la prescripción de la acción penal

El art. 46-A del CP, incorporado por el art. 2 de la Ley 26758, del 14 de marzo de 1997, establece lo siguiente:

> Constituye **circunstancia agravante de la responsabilidad penal** si el sujeto activo se **aprovecha de su condición de** miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público,

> **para cometer un hecho punible** o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.
>
> En estos casos el **Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio** por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el Artículo 29 de este Código.
>
> No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible. (Énfasis agregado)

Esta agravante genérica[1565] no es de aplicación automática; la mayor punición no obedece al solo hecho de que el autor reúna la condición de funcionario, pues de ese modo estaríamos ante una forma de derecho penal de autor que no puede aceptarse desde el punto de vista constitucional.

De acuerdo con un sistema de derecho penal del acto o por la conducta, la agravante solo podrá aplicarse cuando el funcionario abusa de su especial posición en la Administración pública. La norma exige que este se «aproveche» de la condición de funcionario o servidor público «para cometer un hecho punible». Así, la Ejecutoria Suprema, del 21 de abril de 1998, Expediente 1889-97, Piura, indica: «Si el agente tiene la condición de oficial de la Policía Nacional, y de lo cual se aprovechó indebidamente para cometer el delito *sub judice*, es de aplicación los efectos agravantes que precisa el artículo 46-A del Código Penal»[1566].

Por ello, se considera que la agravante opera por la condición personal del autor, es decir, ser funcionario o servidor público, además por el abuso de dicha condición que debe expresarse en conductas concretas, lo que tiene incidencia en las cuestiones probatorias. La agravante no se presume o deduce de la sola condición de funcionario y debe probarse en el proceso el concreto abuso de la función.

Al respecto, la Ejecutoria Suprema, del 8 de mayo de 1996, Expediente 680-96, Arequipa, precisa:

> Aún cuando el citado dispositivo aumenta la sanción por sobre el máximo de la pena fijada por ley para el delito, sin embargo ello no debe darse sino luego de evaluados los hechos, la forma y circunstancias de la comisión del delito, así como sus condiciones personales, conforme los

[1565] Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, 107.
[1566] Sumilla de Prado Saldarriaga: *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, 191.

> prevé el numeral cuarenta y seis del Código Penal, caso contrario se estaría aplicando una pena absolutamente determinada, que no permitiría la individualización del autor, ni su grado de responsabilidad, convirtiendo al juez en mero aplicador de la ley, lo cual desnaturalizaría su función esencial.[1567]

Dado que el marco penal no se extiende de modo automático, el art. 46-A solo otorga al juez la facultad de aumentar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal, a diferencia, por ejemplo, de la agravante del delito masa del art. 49, párr. 1, *in fine*, donde «la pena será aumentada en un tercio». Como precisa la Ejecutoria Suprema, del 20 de agosto de 1998, Expediente 2344-98, Ica, «el aumento de pena por dicha circunstancia, hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, es de carácter facultativo y no de cumplimiento imperativo por el juzgador»[1568].

En consecuencia, la aplicación concreta de la agravante del art. 46-A forma parte del juicio de la determinación legal de la pena o, dicho de otro modo, de la llamada *determinación judicial de la pena* (en alemán, *richterliche Strafzumessung),* donde el juez delimita todavía en abstracto el marco penal considerando o descartando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

Ahora bien, se ha puesto en discusión si esta agravante tiene trascendencia en la prescripción de la acción penal. Se debate si puede invocarse para ampliar los plazos de prescripción y, de ser así, si dicha ampliación rige solo para quien tiene la condición de funcionario público o también para los extraños a dicha condición.

II. Las agravantes genéricas y los plazos de prescripción

La primera cuestión general que habría que *analizar es si el aumento de pena que producen las agravantes genéricas trae como consecuencia automática la modificación de los plazos (ordinario y extraordinario) de prescripción del delito.* El art. 80 del CP establece que «[l]a acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de pena fijada por la ley para el delito», mientras que el art. 83 señala que «la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción».

Para determinar si los plazos de prescripción del delito se modifican con la realización de una agravante genérica, resulta de suma importancia precisar

[1567] *Vid.* Normas Legales. Tomo 253. Trujillo, junio de 1997, A-38.
[1568] *Vid.* Normas Legales. Tomo 271. Trujillo, diciembre de 1998, A-25.

qué se entiende por *máximo de pena fijada por la ley para el delito*. Para dar respuesta a esta interrogante pueden esbozarse tres interpretaciones.

1. Teoría abstracta. No modificación automática de los plazos de prescripción

Desde una perspectiva sistemática, cabe entender que el plazo de prescripción se determina, por regla general, con base en el *máximo de pena establecido por el tipo penal del delito cometido, de manera tal que la modificación de este plazo de prescripción solamente podrá tener lugar por disposición expresa de la ley*. Existen varios argumentos que favorecen esta interpretación.

Si atendemos, por ejemplo, a la *atenuante genérica de imputabilidad restringida*, nos daremos cuenta de que el legislador penal, además de regular esta atenuante en el art. 22 del CP, ha establecido expresamente en el art. 81 del CP la disminución del plazo de prescripción. Si el legislador ha procedido de esta forma para una atenuante genérica, la cuestión sistemática que se suscita es qué sucede con los otros supuestos genéricos de modificación de la responsabilidad (atenuantes o agravantes) que no han sido expresamente considerados en las reglas de determinación de los plazos de prescripción.

De seguirse un orden lógico, la respuesta más coherente será afirmar que el legislador penal no ha estimado necesario extender igualmente los plazos de prescripción en estos casos, de manera tal que, para fijar tales plazos, habrá que seguir utilizando el máximo de pena previsto por el tipo penal del delito correspondiente.

La idea de que una modificación de los plazos de prescripción, más allá del máximo de pena establecida por el tipo penal de la parte especial, solamente podrá realizarse en virtud de una disposición expresa de la ley se encuentra confirmada por el último párrafo del art. 80 del CP. En efecto, en este apartado se señala que el plazo de prescripción se duplica en el caso de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o sus organismos.

Como puede verse, la ley penal establece expresamente que, en estos casos, el plazo de prescripción no es igual al máximo de pena para el delito correspondiente, sino que este plazo será el doble del máximo de pena prevista para el delito cometido[1569]. En consecuencia, la modificación de los plazos de prescripción solamente podrá hacerse con una regulación expresa que la establezca.

[1569] *Vid.*, con detalle, Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, 92 y ss.

En la doctrina española, la defensa del recurso a la pena en abstracto se funda en argumentos de índole interpretativos literales y también de carácter práctico[1570], toda vez que hasta el final del procedimiento no es posible atender a todas las circunstancias de la responsabilidad del sujeto.

Por su parte, en Alemania, el legislador establece que, para la determinación de los plazos de la prescripción, debe atenderse a la pena prevista en abstracto por el tipo de delito correspondiente (StGb, art. 78, párr. 4): «El plazo se orienta en la conminación penal de la ley cuyo tipo es realizado por el hecho sin considerar agravantes o atenuantes previstas según las disposiciones de la parte general o en casos especialmente graves o menos graves».

2. Teoría concreta. Modificación automática de los plazos de prescripción

En una interpretación centrada en el tenor literal de la ley, podría concluirse que el máximo de pena previsto por la ley para el delito abarca cualquier aspecto que incida en el marco penal del hecho delictivo.

En este sentido, el plazo de prescripción no se limitará al marco máximo de pena establecido en el tipo penal (básico o agravado) del delito cometido, sino que habrá que incluir el aumento de pena producido por la realización de cualquier agravante genérica prevista en la ley. Por consiguiente, si la conducta del autor, además de realizar un tipo penal, cae dentro de un supuesto de agravación genérica, los plazos ordinario y extraordinario de prescripción se verán automáticamente modificados en función de la agravante genérica correspondiente.

El legislador italiano establece en el art. 157 del Codice Penale:

> Para determinar el tiempo necesario de prescripción se atenderá a la pena establecida por ley en el delito consumado o tentado sin tener en cuenta la reducción por circunstancias atenuantes y el incremento por circunstancias agravantes, salvo las circunstancias agravantes para las que la ley establezca una pena de especie distinta a la ordinaria o por las circunstancias agravantes de efecto especial, en cuyo caso se tendrá en cuenta el incremento máximo de pena previsto para la circunstancia agravante. (Traducción nuestra)

[1570] Están a favor de esta tesis autores como Muñoz Conde y García Arán: *Derecho penal. Parte general 4.ª ed.*, 421; Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 206; Landrove Díaz: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 141.

A diferencia del Perú, el tenor de la ley española es más abierto, pues «la pena máxima señalada por la ley» puede entenderse *de lege lata* —aunque en otros argumentos se fundamente luego en contra de esta tesis— en el sentido de que dicha pena máxima puede ser la que resulte de la aplicación de toda la ley penal (tipo penal, atenuantes, agravantes, etc.) a un caso concreto. En cambio, en la versión peruana («la pena fijada por la ley para el delito»), el tenor vincula más la «pena máxima» —aplicable al plazo de prescripción— a la fijación previa hecha por la ley para el delito, es decir, en el tipo penal. Ello se corrobora en el rótulo del libro II del Código Penal (Parte especial: Delitos), donde se incorporan precisamente los tipos con un marco de pena abstracta.

3. Teoría mixta

En España, la doctrina mayoritaria adopta la tesis de la pena en concreto[1571], pero en lo referente al grado de ejecución y de participación para responder mejor al fundamento de necesidad de pena que ampara al instituto de la prescripción. Sin embargo, este acuerdo *decae cuando se trata de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.* Podría denominarse a esta posición como *postura mixta.*

El Tribunal Supremo español mantiene mayoritariamente una posición mixta: atiende a la pena en concreto considerando el grado de ejecución y participación del delito, pero excluye las circunstancias atenuantes y agravantes que modifican la responsabilidad criminal. Así, ha establecido:

> [...] la pena a la que hay que atender, para fijar el plazo de la prescripción, es la pena señalada al delito en el tipo penal, no la concretamente pedida por la acusación ni la resultante de la ponderación de la concurrencia o ausencia de circunstancias modificativas.[1572]

Con ello se tiene que, en España, la jurisprudencia y gran parte de la doctrina se han decantado claramente por la tesis de la pena en abstracto cuando se refiere a la relevancia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, pues —como ya observamos— hay razones prácticas y de seguridad jurídica que abonan esta tesis.

[1571] Están a favor de esta tesis autores que se han dedicado monográficamente al tema: Gómez Pavón: «La prescripción del delito en el Código Penal», 377; Pastor Alcoy: *La prescripción en el Código Penal de 1995, passim*; Rey González: *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, 69.

[1572] STS 613/2003, del 20 de junio de 2003. Referencia: Base de Datos Aranzadi RJ 2003\6869.

Parece atendible distinguir los supuestos que alteran la determinación de la pena a los efectos del cómputo del plazo de la prescripción. No cabe el mismo tratamiento para supuestos que atienden a la configuración del hecho (tentativa, concursos, grado de participación, por ejemplo) frente a aquellos que atienden a la determinación de la responsabilidad penal (error, causas de justificación, causas de inculpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, por ejemplo), toda vez que los primeros pueden ser determinados al empezar el proceso y pueden «dar luces» sobre el cómputo de la prescripción.

En cambio, los supuestos vinculados a la determinación de la responsabilidad penal, como las circunstancias agravantes y atenuantes, solo pueden ser valorados en la etapa final del proceso, en el juicio oral, por lo que conlleva, como inseguridad jurídica, a dejar pendiente los términos de la prescripción durante toda la etapa del proceso. La *necesidad de pena*, fundamento de la prescripción, supone una respuesta clara, pronta y contundente del Estado. Si los plazos de la prescripción penden de circunstancias, que son meramente accidentales, las cuales solo pueden ser resueltas una vez agotado todo el proceso penal, el Estado brinda un mensaje de incertidumbre, que es impropio de los fines preventivos que fundamentan inequívocamente el *ius puniendi*.

Además, se puede convenir en que si el fundamento de la prescripción es el decaimiento de la necesidad preventivo-general de la pena. Esto implica reconocer que el objeto de referencia no es el responsable del delito, sino el delito mismo. Así, lo que se extingue es el delito, no la responsabilidad criminal. Por tanto, el objeto de referencia debe ser la pena en abstracto prevista en el tipo penal.

III. Análisis específico de la agravante genérica del artículo 46-A

En este apartado, se debate si la realización de la agravante del art. 46-A del CP produce un efecto ampliatorio en los plazos de prescripción. Por un lado, se argumenta que la elevación de la pena en un tercio por encima del límite máximo de pena aumentaría igualmente los plazos de prescripción (ordinario y extraordinario) establecidos en los arts. 80 y 83 del CP. Bajo este argumento, como señala Abanto Vásquez, se asumiría que la agravación genérica lleva a la constitución de un nuevo tipo y, con ello, a un «nuevo» marco penal, al cual debería referirse el plazo de prescripción.

Si bien esta interpretación no representa en sí misma una violación al tenor literal del art. 80 del CP —puede decirse, sin ir en contra del texto de la ley, que el máximo de pena fijada por la ley para el delito cometido incluye las agravantes genéricas—, su aceptación tendría manifestaciones sistemáticas discutibles.

Por ejemplo, con esa misma lógica, el juez tendría que «reducir prudencialmente los plazos de prescripción» para los casos de omisión pura de garante (art. 13, *in fine*), error de prohibición vencible (art. 14, párr. 2), error culturalmente condicionado vencible (art. 15, *in fine*), tentativa (art. 16), eximentes incompletas (art. 21) y complicidad secundaria (art. 25, párr. 2), pues el máximo de pena no se corresponde ya con el límite máximo de pena fijado por el tipo penal del delito cometido, sino con un marco penal que el juez está obligado a reducir con respecto a ese máximo de pena.

Igualmente habría que proceder con la agravante del delito masa, tipificado en el art. 49 del CP, por lo que el juez tendría en estos casos que ampliar, del mismo modo, el plazo de prescripción en un tercio. Es más, incluso las normas procesales que inciden en el marco penal, como la confesión sincera (CPP, art. 136) o la colaboración eficaz, podrían invocarse para reducir el plazo de la prescripción.

Por lo demás, también existe una *razón práctica* para negar a la agravante genérica la posibilidad de influir en los plazos de prescripción: las *atenuaciones y agravaciones genéricas son circunstancias que recién se van a constatar y valorar dentro del proceso*, mientras que la aplicación de los plazos de prescripción debe ser posible incluso antes de iniciado el proceso.

Por ello, las razones de seguridad y certeza aconsejan, por el contrario, no alterar los plazos de prescripción por circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Así se indica en la STS 11143/1995, del 23 de marzo de 1995 (ponente: Martín Pallín):

> La cuestión en esta causa radica en determinar cuál es la pena que corresponde y está señalada para los delitos que han sido apreciados por la sentencia recurrida, **sin que, en ningún caso, se deba tener en cuenta la que corresponde al culpable por razón de las circunstancias modificativas**, [*sic*] El periodo de prescripción ha de entenderse referido al tiempo que el Código establece para este upo [*sic*] de infracciones considerándose como pena básica la fijada en cada uno de los tipos penales. Así lo exigente [*sic*] los principios de seguridad y certeza que tienden a evitar la aplicación de las llamadas cláusulas generales, formuladas en Forma [*sic*] tan abierta que su aplicación dependí [*sic*] del arbitrio de los órganos jurisdiccionales.
>
> **Los delitos que prescriben son los contenidos en la parte especial del Código Penal en la que se describen las conductas típicas y se establece la pena correspondiente a cada una de ellas** y donde se recoge la voluntad del legislador sobre la naturaleza y extensión de las penas. El instituto de la prescripción actúa sobre las penas básicas y como ya se ha dicho las circunstancias modificativas o la

utilización del arbitrio judicial no alteran los presupuestos generales establecidos en cuanto al cómputo de los plazos [...].[1573] (Énfasis agregado)

IV. La aplicación del aumento de los plazos de prescripción a los diversos partícipes del delito

Como ya lo hemos precisado, la aplicación de la agravante genérica del art. 46-A no debe modificar los plazos de prescripción, los cuales deberán seguirse determinando con base en el máximo de pena fijado por el tipo penal del delito cometido. No obstante, si se optase por defender, aun con todo, el parecer de que los plazos de prescripción se incrementan igualmente en el caso de la agravante genérica del art. 46-A, habrá que resolver la cuestión de si la determinación de los plazos de prescripción es común a todos los partícipes o si, por el contrario, esta debe ser diferenciada. Para dar respuesta a esta cuestión, deberá hacerse previamente algunas consideraciones generales.

1. La incomunicabilidad de las agravantes referidas a elementos personales del autor

El art. 26 del CP establece una ruptura de la accesoriedad de la participación para los casos de circunstancias o cualidades que afectan la responsabilidad penal de un autor o partícipe. En lo que nos interesa, este artículo dispone que, en caso de establecerse una agravante referida a una cualidad o circunstancia del autor o partícipe, solo deberá afectarse la responsabilidad penal de ese autor o partícipe, mas no la de aquellos que no reúnan estas cualidades o circunstancias establecidas por ley. El punto central de discusión será determinar, entonces, cuándo la agravante consiste en una cualidad o circunstancia que no pueda comunicarse a los demás participantes del delito.

Como primer punto conviene precisar que, cuando el art. 26 del CP refiere a las cualidades o circunstancias que afectan la responsabilidad de alguno de los autores o partícipes, no se refiere a los elementos propios de la categoría de la culpabilidad, sino a los que se ubican en el injusto[1574]. El fundamento de esta conclusión se encuentra en que la accesoriedad limitada en la participación, admitida unánimemente por

[1573] Siguen esta interpretación: Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, 867; Landrove Díaz: *Las consecuencias...*, *op. cit.*, 151; Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco: *Las consecuencias...*, *op. cit.*, 206.

[1574] *Vid.*, al respecto, Welzel: *Derecho penal alemán*, 172 y ss.; Maurach, Gössel y Zipf: *Derecho penal. Parte general II*, 499 y ss.; Bacipalupo: *Principios de derecho penal. Parte general*, 234.

la doctrina, excluye ya, por regla general, la comunicabilidad de los elementos de la culpabilidad a los otros intervinientes en el hecho[1575].

En este sentido, cuando en el art. 26 se trata cualidades o circunstancias personales que afectan la responsabilidad penal, habrá que entender, más bien, que se está haciendo referencia a aspectos vinculados al injusto. En consecuencia, la incomunicabilidad de una agravante no se determina por su ubicación en la estructura del delito, sino por su naturaleza estrictamente personal. Por esta razón, resulta de mayor utilidad recurrir, en este punto, al criterio de clasificación de las agravantes que distingue entre agravantes referidas al hecho y al autor[1576].

2. Las agravantes referidas al hecho

Las agravantes referidas al hecho no pertenecen, por definición, a los partícipes, sino que son aspectos del hecho común a todos los intervinientes en el delito. Por esta razón, todos los partícipes que conocen de tales aspectos verán incrementada su responsabilidad penal. Agravantes referidas al hecho son, por ejemplo, aquellas que sustentan el incremento de pena en los medios empleados, en la gravedad del resultado o en la pluralidad de perjudicados. En estos casos el marco penal se amplía para todos los partícipes del hecho.

3. Las agravantes referidas al autor

Las agravantes referidas al autor, por el contrario, están vinculadas a una cualidad, relación o circunstancia personal del autor; por esta razón, pertenecen al autor sobre el que recaen, no siendo posible su atribución directa a otros partícipes en el hecho. No obstante, no todas las agravantes referidas al autor resultan incomunicables entre los partícipes, sino que algunas de ellas pueden efectivamente ser comunicadas.

Esta comunicabilidad se presenta en los delitos especiales impropios de dominio, en los que la agravación de la pena se sustenta en el especial dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico que tiene el autor que reúne la calidad especial exigida por el tipo penal[1577]. Así está configurada, por ejemplo, la agravante del segundo párráfo, art. 251-A del CP,

---

[1575] *Vid.* Boldova Pasamar: *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 77.

[1576] Esta clasificación se utiliza en los siguientes países: en España, *vid.* Bacipalupo: *Principios...*, *op. cit.*, 234; en Alemania, *vid.* Maurach, Gössel y Zipf: *Derecho penal II*, *op. cit.*, 501 y ss.; Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 903 y ss.

[1577] En este sentido, *vid.* Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, apartado 23, num. 24.

que sanciona de forma agravada el abuso de información privilegiada realizado por un director, funcionario o empleado de una Bolsa de valores, agente de intermediación, entidades supervisoras de los emisores, clasificadoras de riesgo, administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, administradoras de fondos de inversión, administradoras de fondo de pensiones y empresas bancarias, financieras o de seguros.

En este delito, el partícipe no contribuye únicamente al abuso de información privilegiada, sino que opera en un contexto de mayor vulnerabilidad del bien jurídico protegido, aunque formalmente no forme parte de los organismos que manejen usualmente dicha información. Por esta razón, se encuentra plenamente justificada que la responsabilidad penal de los partícipes en el hecho se determine a partir de la pena agravada, lo que significa asumir la comunicabilidad de la relación personal prevista por ley (ser miembro de organismos con mejor acceso a la información privilegiada).

Por el contrario, una incomunicabilidad de la circunstancia agravante tiene lugar en los casos de delitos especiales impropios de infracción de un deber, es decir, en los que se establece como criterio de agravación de la penalidad a la infracción de un deber institucional[1578], por ejemplo, en los supuestos de agravación por la calidad de funcionario o servidor público del autor[1579].

La incomunicabilidad de la calidad de titular de un deber especial se fundamenta en el hecho de que, si este deber se comunicase a otros partícipes, dejarían de serlos para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico. Por consiguiente, la responsabilidad penal de los que han participado en el hecho delictivo y no tienen la calidad de funcionario o servidor público no podrá verse afectada por la agravante prevista, sino que se determinará a partir del delito base de la agravación.

Si atendemos al art. 88 del CP, que reconoce que los plazos de prescripción «corren por separado» para cada partícipe, parecería sustentable la posibilidad de utilizar las reglas sobre agravación de la pena para los partícipes. En este sentido, los plazos de prescripción aumentarán solamente para los partícipes del hecho a los que cabe extender la agravante

[1578] En esa línea, *vid.* Jakobs: *Derecho...*, *op. cit.*, apartado 23, num. 25.

[1579] Así expresamente Jakobs sostiene la incomunicabilidad de la circunstancia de funcionario o servidor público en delitos especiales impropios de funcionario. *Vid. idem*; Jescheck: *Tratado...*, *op. cit.*, 904.

correspondiente. Por consiguiente, en caso de incomunicabilidad de la agravante del delito, el plazo de prescripción del delito para el partícipe al que no se le comunica la agravante seguirá determinándose a partir del máximo de pena del delito base.

En esa línea, puede señalarse que, si se trata de una agravante referida al hecho, el aumento de pena influirá en los plazos de prescripción de todos los partícipes en el hecho.

Por el contrario, en caso de una agravante referida al autor, habrá que precisar si esta sigue siendo comunicable o no a los otros partícipes. Si se trata de una circunstancia o cualidad personal sustentada en una especial forma de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, el plazo de prescripción se incrementará igualmente para los partícipes que no reúnan la calidad especial exigida por la agravante, pues en estos casos sigue siendo posible la comunicabilidad de la agravante referida al autor. Por el contrario, en caso de que la agravante recurra a un elemento personal basado en un deber institucional, el plazo de prescripción de los partícipes no cualificados no se verá alterado con base en el aumento de pena provocado por la agravante que recae sobre el autor cualificado.

V. Duplicación del plazo de prescripción

La duplicación del plazo de prescripción de la acción penal en virtud al posible efecto del hecho sobre el patrimonio del Estado ha sido objeto de acotación jurisprudencial.

El Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 determinó las condiciones que deben concurrir para sostener la aplicación de la duplicación del plazo de prescripción de la acción penal impuesta por el párrafo final del art. 80 del CP:

(i) La existencia de una relación funcionarial específica entre el funcionario o servidor público con el patrimonio estatal.

(ii) El ejercicio (o capacidad de ejercicio) de actos de administración, percepción o custodia de bienes públicos

(iii) Dicha relación sobre el patrimonio estatal puede tener como origen una orden administrativa incluso de carácter verbal que pueda servir para transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones específicas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor (en ese sentido, *vid.* § 15).

VI. La interrupción y suspensión del plazo de prescripción de la acción penal

Un punto de inflexión en la praxis forense de la prescripción penal ha venido conformado por el efecto que el art. 339.1 del CPP tiene actualmente en la práctica y que ha obligado a la Corte Supremo a emitir una serie de pronunciamientos plenarios orientados a la adopción de una postura interpretativa y racional de la declaración «La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal», contenida en la mencionada disposición legal.

En esa línea, el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 ha establecido que el art. 339.1 del CPP regula una suspensión *sui generis* de la prescripción de la acción penal distinta a la suspensión de la prescripción de la acción penal, prevista en el art. 84 del CP[1580], y que tiene como sustento político-criminal la necesidad de «evitar la sensación de impunidad en la sociedad» (§ 29) a través del otorgamiento de un plazo mayor de tiempo a la autoridad para que persiga el delito y, por ende, de la consolidación del principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público, conforme al art. 159 de la Constitución Política del Estado (§ 30).

El Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, reafirmando los postulados del AP 8-2009, ha sostenido que la institución de la prescripción de la acción penal es un instrumento «realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho» que, sin embargo, debe armonizarse con el «interés social en la persecución de los delitos».

En ese propósito, dicho Acuerdo Plenario de 2010 desvirtúa cualquier efecto negativo derivado de la suspensión *sui generis* del plazo de la prescripción de la acción penal, contenida en el art. 339.1 del CPP, a partir de una serie de consideraciones asociadas al modo en que el CPP limita el plazo de duración del proceso penal, que puede incluso ser objeto de control judicial, lo que permite sostener que la suspensión del plazo prescriptorio, derivada de la formalización de la investigación preparatoria, no es «ilimitada» ni «eterna» (§ 32).

[1580] *Vid.* CP, art. 84: «Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido». Según el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, el art. 84 del CP estaría orientado a regular aquellos casos en los que la continuación del proceso depende «de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión» (§ 24).

Precisamente, en esa línea y en respuesta a la necesidad de establecer «un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria», la Corte Suprema emitió el Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116, del 26 de marzo de 2012 (asunto: sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta por el art. 339.1 del CPP de 2004) (§ 11).

En ese contexto, este Acuerdo Plenario sostuvo que el límite temporal es:

> [...] el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122 del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339 inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.** (§ 5, num. 11)

A pesar de que, aparentemente, este Acuerdo Plenario permitiría una aplicación del art. 339.1 del CPP compatible plenamente con el art. 83 del CP[1581], la práctica penal ha entendido que la referencia al límite máximo de la pena más el agregado de la mitad corresponde ser computado desde el momento en que el Ministerio Público formaliza la investigación preparatoria.

Aunque este razonamiento tiene el defecto de extender excesivamente los marcos de prescripción de la acción penal[1582], resulta compatible con los previos pronunciamientos plenarios que establecían que la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal previsto en el art. 339.1 del CPP es compatible con los arts. 83 y 84 del CP. Como señala este Acuerdo Plenario: «***Se trata solamente de disposiciones compatibles*** [...] ***que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo***» (§ 4, num. 10). En tal virtud, la suspensión *sui generis* de la prescripción penal prevista en el art. 339.1 del CPP no supone la tácita derogación ni la modificación de las reglas establecidas en los arts. 83 y 84 del CP, tal como señala dicho Acuerdo Plenario.

VII. Aplicación temporal del artículo 339.1 del CPP

Dar respuesta a la cuestión anteriormente planteada exige examinar previamente ciertos aspectos relevantes, por ejemplo, (i) la naturaleza de la pres-

[1581] De hecho, la Casación 383-2012 de la Sala Penal Permanente de La Libertad, del 15 de octubre de 2013, realizó una interpretación distinta de la actualmente preponderante al establecer —en el caso concreto— un plazo de prescripción máximo, correspondiente al del art. 83 del CP (máximo de la pena más la mitad).

[1582] En nuestra opinión, los marcos punitivos que en la actualidad reconocen nuestra legislación penal determinan, *per se*, que el plazo previsto en el art. 83 del CP (máximo de la pena más la mitad) no sea poco significativo y, por lo tanto, resultaría más que idóneo para que el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal exitosamente.

cripción de la acción penal a efectos de determinar si se trata de una institución de derecho penal material o de derecho procesal penal; (ii) a partir de dicha respuesta, establecer la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal y procesal penal y (iii) los efectos sobre las garantías de seguridad jurídica e igualdad ante la ley que propiciaría la aplicación del art. 339.1 del CPP en aquellos distritos judiciales donde no se encuentra vigente dicho estatuto procesal penal.

Ahora, con relación a la primera cuestión, la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal, debe recordarse que el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 ha evidenciado que la prescripción de la acción penal constituye una institución de derecho penal sustantivo (§ 6).

En favor de dicha naturaleza, también se pronuncia el Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116, pues, al examinar el tratamiento de la suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal «en el derecho penal histórico peruano», focaliza su análisis en los antecedentes legislativos penales (no procesales). De hecho, cuando este Acuerdo Plenario propone el límite temporal de la suspensión de la prescripción penal, conforme al art. 339.1 del CPP, se reconduce al art. 122 del CP de 1924, es decir, a una norma de derecho penal material.

Con relación a la segunda cuestión, la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal y procesal penal, debe recordarse que su primacía deriva del valor otorgado al principio de legalidad, tanto penal como procesal penal, que constituye una garantía de seguridad y predictibilidad jurídica.

En efecto, el principio de legalidad es una garantía de libertad del ciudadano, es decir, un mecanismo de aseguramiento de la libertad individual[1583]. A través de la sujeción del poder punitivo a los límites impuestos por la ley, el ciudadano puede advertir —o predecir— *cuándo* y *cómo* será intervenido punitivamente por el Estado.

En el análisis del cómo de la intervención penal del Estado, se comprende necesariamente consideraciones sobre el tratamiento procesal y penitenciario del ciudadano como consecuencia de la atribución de un hecho delictivo[1584]. En ese contexto, se puede coincidir con Daniel Pastor cuando reconoce la necesidad de otorgar un tratamiento uniforme al principio de legalidad sin importar el carácter material (ley penal) o formal (ley procesal penal) en la medida en que ambas poseen un sentido ambivalente[1585].

[1583] Reyna Alfaro: «El programa dogmático y político criminal del principio de legalidad» en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 228.

[1584] *Ibid.*, 229.

[1585] Pastor: *Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, 81 y ss.

En la línea argumentativa propuesta, hemos sostenido en anterior oportunidad[1586], siguiendo a Binder, que «la ley procesal penal es irretroactiva cuando altera el sentido político-criminal del proceso penal»[1587] y esto tiene lugar cuando la ley procesal penal posterior es más gravosa para el ciudadano y plantee un escenario procedimental de lesividad a los derechos fundamentales del ciudadano[1588].

Entonces se puede sostener la existencia de una *prohibición de leyes más gravosas con efecto retroactivo* en los términos propuestos por el Tribunal Constitucional alemán, que se sostiene: «La prohibición fundamental de leyes más gravosas con efecto retroactivo se relaciona con la idea de protección de la confianza, que es inherente al principio del Estado de Derecho»[1589] (sentencia de la Sala Segunda del 23 de marzo de 1971). Esa postura puede apoyarse también en los desarrollos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene que «si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana» (sentencia del caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párr. 181).

En nuestra opinión, si los hechos objeto de procesamiento se produjeron antes de la puesta en rigor del CPP —dato que cambia de acuerdo con el distrito judicial del que se trate—, no será posible aplicar el art. 339.1 del CPP. Mención aparte merece la parcela correspondiente a los delitos contra la Administración pública que fueron de aplicación nacional por imperio de la Ley 29574, Ley que dispone la aplicación inmediata del CPP para delitos cometidos por funcionarios públicos, del 17 de setiembre de 2010.

En efecto, la referida ley, vigente 120 días después de su promulgación —conforme al art. 2—, establece en su disposición transitoria única que:

> Las normas procesales previstas en los artículos 2 y 3 de la presente Ley son de aplicación inmediata para los procesos en los que no se hubiera dictado acusación fiscal, conservándose los actos procesales realizados. Sin embargo, continúan rigiéndose por la norma anterior los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con el proceso de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

Nótese que la mencionada disposición transitoria de la Ley 29574 no plantea una regla estricta de aplicación que lleve a sostener la vigencia general de la regla *tempus regit actus*. Por el contrario —y reconociendo con ello el carácter ambivalente de ciertas disposiciones del CPP—, se reconoce la imposibilidad

[1586] Reyna Alfaro: *Derecho procesal penal*, 205.

[1587] Binder: *Introducción al derecho procesal penal*, 131-132. De la misma opinión en materia de prisión preventiva, *vid.* Sanguiné: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, 362.

[1588] Reyna Alfaro: *Derecho procesal...*, *op. cit.*, 206.

[1589] Schwabe: *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 371-374.

de aplicar el CPP con relación a (i) los recursos impugnatorios interpuestos, (ii) los actos procesales con el proceso de ejecución, y (iii) los plazos que hubieran empezado.

En efecto, de la literalidad de la disposición transitoria única de la Ley 29574 se puede reconocer que el legislador plantea la existencia de supuestos donde, pese a que el procedimiento aplicable sea el del CPP, se admite ciertos aspectos donde debe regir la ley anterior. Ahora, corresponde determinar si el supuesto final, precisado en la disposición transitoria única de la Ley 29574 («los plazos que hubieran empezado»), comprenden a los plazos de prescripción de la acción penal.

Es importante tener en claro que el AP 8-2009 establece la necesidad de que el análisis y aplicación práctica de la institución jurídica de la prescripción de la acción penal debe privilegiar los criterios de favorabilidad. Por ello, se señala que «la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad» (§ 10).

Jurisprudencia

Prescripción: problemas actuales

Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116

§ 1. Aspectos generales.

5. La prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado —pena abstracta—. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria —de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público— y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción —a su pretensión punitiva— y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible —prescripción de la pena—.

6. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable.

7. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja ésta a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía funda-

mental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes.

8. En este sentido, la prescripción varía, en cuanto a su duración, según la naturaleza del delito que se trate y cuanto más ingente sea la pena regulada en la Ley, mayor será el plazo de la prescripción para el delito incriminado. También modula la duración del mismo según las vicisitudes del procedimiento y atendiendo a otras consideraciones de especial relevancia: causas de suspensión y de interrupción.

VIII. Clases de prescripción

La prescripción puede ser ordinaria y extraordinaria: la primera se ciñe a los términos del art. 80 del CP, mientras que la segunda es regulada en el art. 83 del mismo cuerpo legal.

IX. Plazos

La prescripción opera al transcurso de los términos máximo de la pena prevista para el delito, tanto en el caso de la prescripción de la acción penal como de la pena.

Este término se computa de acuerdo con el delito: por ejemplo, en el instantáneo, desde el momento de la consumación del delito; en el caso del delito continuado y la tentativa, desde que terminó la actividad delictiva y, en el delito permanente, desde el día en que cesó la permanencia.

Jurisprudencia

Prescripción: problemas actuales

Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116

12. El legislador incrementó el plazo de prescripción —duplicó— en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú —«*el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el Patrimonio del Estado por funcionarios o servidores públicos*»—. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se les confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos. Esto implica un mayor desvalor de la acción —como conducta peligrosa para los bienes jurídicos— complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que

proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

13. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

14. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó —método lógico sistemático—. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal se orienta al *Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo* del mismo cuerpo legal, «*Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*», atendiendo a dos aspectos concretos:

A. En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B. Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

15. Si el fundamento 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. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

A. Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servicio público— y el patrimonio del Estado.

B. El vínculo del funcionamiento o servicio público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración percepción o custodia sobre bienes públicos.

C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcionarial 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.

16. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patri-

monio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

17. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

A. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.

B. La segunda modalidad se refiere a bienes Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40 y 60 de la Constitución Política del Perú y en artículo 2 del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

C. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

18. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal.

§ 4. *Desarrollo del segundo tema.*

19. El Libro Tercero del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas sólo con penas principales de multa o de prestación de servicios a la comunidad. En lo que se respecta al plazo ordinario de la prescripción de la acción penal y de la pena en las faltas, en inciso 5 del artículo 440 señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que «la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años».

20. Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las reglas especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consiguiente, dado que el mismo numeral 440 *ab initio* establece que: «*Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero [...]*», es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos.

21. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83 *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penar opera al cumplirse un año y seis medes de cometida la infracción.

22. Ahora bien, el artículo 440, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identificara en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia de las faltas. Es en el artículo 46 B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los términos siguientes: «*Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas*».

Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:

A. La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte de la pena impuesta.

B. La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido. [*sic*] el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configura un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.

C. 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 la prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte de inciso 5 del artículo 440.

§ 6. *Desarrollo del tercer tema.*

23. *Tercer tema*. El apartado uno del artículo 339 del nuevo Código Procesal Penal prescribe que «la *Formalización de la investigación preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal*». Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad, legalidad y razonabilidad.

24. La «*suspensión*» de la prescripción prevista en el artículo 84 del Código Penal consiste en la creación de un estado en la cual el tiempo deja de correr por que se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución pena —constituye la excepción del principio general de la continuidad del tiempo en el proceso—. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuacion del proceso desde que se presenta la circunstancias que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciará cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

26. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339 del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión «*sui generis*», diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal —quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción—, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

27. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la «*suspensión*» con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de «*interrupción*» de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal —formalizando la investigación— el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

28. Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:

A. Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo.

B. El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.

29. Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada —el acto del Fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso— para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado.

30. Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159 de la Carta Política.

31. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139 de la Constitución —inserto en la garantía del debido proceso— y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:

A. El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado. Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para in iniciar la persecución penal, como «la Formalización de la Investigación Preparatoria» es una causa que suspende el curso de la prescripción.

B. Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos.

C. La suspensión del plazo de la prescripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales, pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legítima. En ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad —relevante jurídicamente— cuando se persigue y castiga una infracción punible.

D. No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse.

E. La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores de investigación dentro del proceso penal —propio de un sistema acusatorio— y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la «*suspensión de la prescripción*» se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva.

F. En el Nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un plazo establecido: La Investigación Policial o Fiscal veinte días, la Investigación Preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y para casos complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales como innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y pérdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el artículo 360 [inciso 1 y 5] —«*si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión y no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación*»—. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.

G. Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334 [inciso 2] y 343 regula las situaciones en las que el plazo de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria —Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de investigación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado— para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas procesales cuando las considere excesivas —se materializa por medio de una audiencia de control de plazos—. Es evidente el interés y voluntad del legislador de someterse a control el plazo del proceso por el Juez que ejerce las funciones de control de garantías —y reglado en el sistema procesal penal— en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del Fiscal la duración de la investigación.

32. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de la política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debe-

ría existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hace hasta cierto límite.

Alcances de la prescripción en delitos funcionariales
Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116

§ 1. ***Determinación del problema***

6. En el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó que la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal por un delito incriminado, y se explicó de manera extensa la aplicación del último párrafo del artículo 80 del Código Penal: la dúplica de la prescripción en el caso de «Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos», contenida en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del mismo cuerpo legal.

7. No obstante, la participación de los *extraneus* en esta clase de delitos plantea interesantes problemas en torno al cómputo del plazo de la prescripción. Surge pues como tema de debate la cuestión relativa a la aplicación de la dúplica de los plazos de prescripción también para el *extraneus*.

La trascendencia de este asunto resulta evidente, por lo que se hace necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (*intranei*) o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice (*extraneus*), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación.

En este contexto, bien podría suceder que los primeros —autores— no alcancen la prescripción, pero sí los segundos —partícipes—.

8. El análisis de esta situación será fijado sobre el concepto de delito contra la Administración Pública, para luego de manera general indicar los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la intervención del *extraneus* en esta clase de delitos, y, finalmente, sobre la base de esos elementos conceptuales, abordar la solución del problema propuesto.

§ 2. ***Análisis dogmático***

9. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros —denominados *delitos de dominio*—.

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor —característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos—. El autor del delito —*de infracción de deber*— no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública

y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

10. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio —claro está— de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

11. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores —como se anotó—, pero se admite la participación del «*extraneus*», que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la *unidad de título de imputación* para resolver la situación del «*extraneus*».

Esta posición, sostiene lo siguiente:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

12. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber —el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única—. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26 CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: «*Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible*». Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber.

Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

13. Con base a las explicaciones anotadas y las normas generales sobre accesoriedad de la participación, es preciso determinar si las reglas de la dúplica de los plazos de prescripción previstas en el artículo 80 CP, y aplicables a los «Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos» que afectan el patrimonio del Estado, también alcanzan a los sujetos —*extraneus*— que no ostentan el deber especial.

14. En el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó lo siguiente: «*la duplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa [...] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción [...] y resultado derivado de la*

específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas».

15. Ahora bien, el Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80 CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.

16. De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen los funcionarios y servidores públicos por el poder que ostentan.

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*.

17. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei y extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va a conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88 CP que estatuye «*La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible*».

18. En suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor —dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP—, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la dúplica del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que legalmente sólo corresponde al autor.

19. Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, sólo responden por el delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices —sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó—, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal.

X. Renuncia a la prescripción

El art. 91 del CP nacional concede al imputado el derecho a renunciar a la prescripción de la acción penal y con este se cierra el título V, libro primero, del Código Penal dedicado a la «Extinción de la acción penal y de la pena».

Pues bien, conviene recordar que a través de este precepto se modifica la línea legislativa contenida en el Código Penal de 1924 y que establecía en su art. 129 el carácter irrenunciable de la prescripción. Este cambio de orientación ha sido calificado por el legislador penal de 1991 como «la innovación más importante de esta materia-extinción de la acción penal y de la pena».

Aunque para el profesor peruano Peña Cabrera la figura de la renuncia a la prescripción contenida en el art. 91 del actual CP es inoperativa a partir del obstáculo planteado por el principio constitucional de presunción de inocencia, dicha afirmación debe ser desechada de antemano, en primer lugar, porque la posición planteada por Peña Cabrera carece de fundamentación y, en segundo lugar, porque el principio constitucional de inocencia de modo alguno se contrapone con la figura de la renuncia a la prescripción, en la medida en que ambas operan a favor del ciudadano.

La *ratio legis* del art. 91 del CP —según parece desprenderse de la exposición de motivo del Código Penal— habría sido el posibilitar al imputado la salvaguarda de su reputación. A pesar de su vigencia y reconocimiento supranacional y constitucional del principio de presunción de inocencia, en el subconsciente social permanece internalizada la idea de que quien se ve involucrado en un proceso penal, merece reprobación social, que subsiste aun cuando se emite un pronunciamiento jurisdiccional que no suponga en puridad una condena (auto de prescripción de la acción penal).

La prescripción tiene, a partir del contenido esencial del art. 91 del Estatuto Penal, la condición de derecho de libre disposición y pierde, por ello, el carácter de beneficio que parecía evidenciar con anterioridad a la introducción de la figura de la prescripción o de simple facultad.

Ahora bien, la condición de derecho de libre disposición puede ser comprobada a partir de un aspecto emblemático de naturaleza procesal penal: la devolución de la caución en el proceso penal. Los términos del art. 188 del CPP limitan la devolución de la caución abonada en un procedimiento penal al imputado que haya sido absuelto o sobreseído. Esto significa que aquel ciudadano respecto a quien se ha emitido resolución que prescribe la acción penal deberá renunciar, si no quiere perder el importe abonado por caución penal, a la prescripción conforme lo faculta el art. 91 del CP.

Esto sucede justamente como el derecho de libre disposición que puede ser recuperado por el procesado en el momento que lo juzgue conveniente y

hasta que ello sea materialmente posible, es decir, antes de que su responsabilidad penal sea judicialmente declarada.

XI. Amnistía, indulto y derecho de gracia

Junto con la prescripción de la acción penal y de la pena se extinguen adicionalmente, por amnistía, indulto y derecho de gracia, figuras que expresan en breves términos un perdón por parte de los órganos políticos del Estado.

El indulto y la conmutación de penas —es decir, la mutación de la pena impuesta por una más leve— son manifestaciones del derecho de gracia reconocido constitucionalmente como una de las atribuciones del presidente de la República[1590].

A través del indulto, como señala Mir Puig, se reconoce al Poder Ejecutivo la posibilidad de intervenir en la esfera del *ius puniendi*[1591] extinguiendo la pena impuesta jurisdiccionalmente o aquella que puede ser potencialmente impuesta. Por su parte, la conmutación de penas vendría a ser, tal cual ha precisado el Tribunal Constitucional peruano, una especie de «indulto restringido dado que aunque no elimina o perdona la pena en su totalidad, sí extingue un determinado *quantum* de ella»[1592].

Esta atribución tiene su origen en el art. 118 de la Constitución Política del Perú que señala: «Corresponde al Presidente [...]: 21. Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria». Como se aprecia, el derecho de gracia puede ser ejercido no solo en personas condenadas, sino también en aquellas que tienen la condición jurídica de procesados[1593].

Es importante destacar la tendencia doctrinal a reconocer la posibilidad de control judicial de este tipo de actos de gobierno en aquellos casos en los que (i) el indulto o la conmutación de penas recaiga sobre penas no indultables ni conmutables, (ii) afecta el derecho de defensa o a la verdad exigido por el procesado y (iii) cuando no tiene motivación alguna[1594].

La amnistía, por el contrario, es una facultad reconocida al Poder Legislativo.

[1590] Bacigalupo: «Lección 11. Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito en el Código Penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil del delito», 347.

[1591] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 748.

[1592] STC del 11 de diciembre de 2011, recaída en el Expediente 0012-2010-PI/TC. Una calificación similar se encuentra en López Barja de Quiroga: *Derecho penal. Parte general IV*, 363.

[1593] Rubio Correa: *Para conocer la Constitución de 1993*, 208.

[1594] En ese sentido, *vid.* Zaffaroni, Alagia y Slokar: *Manual de derecho penal. Parte general*, 684.

Capítulo XII

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. La regla general: *societas delinquere non potest*. El Código Penal peruano no admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Aunque la criminología ha reconocido que la empresa constituye un factor criminógeno, pues constituye un entorno de generación de riesgos sobre los bienes jurídicos penalmente protegidos, y las reformas penales más trascendentes en nuestro entorno jurídico se vienen decantando a favor de un reconocimiento directo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (por ejemplo, España, Brasil, Chile, Colombia, Venezuela), en nuestro país dicha opción —la de responsabilizar directamente a las personas morales— es recusada por el art. 11 del CP.

Esto es debido a que la exigencia de que la responsabilidad penal dependa de la realización de una acción u omisión supone introducir la voluntad humana como precondición para calificar un comportamiento como penalmente relevante. Desconocer esta lógica enfrentaría las estructuras dogmáticas de una legislación penal fundada en una dogmática penal pensada para la persona natural. Con esto, por cierto, no queremos sostener que la responsabilidad penal de la empresa no sea viable, sino que dicha opción no es defendible *de lege lata*.

II. La Ley 30424 incorpora una responsabilidad *sui generis*

Podría sostenerse que la promulgación de la Ley 30424 ha supuesto ese cambio legislativo necesario para sostener la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta aseveración tiene una serie de matices.

El primero de estos matices guarda relación con la naturaleza jurídica de las medidas establecidas en la Ley 30424 sobre las personas jurídicas. Aunque este documento legislativo es denominado como ley de responsabilidad administrativa, tiene una serie de componentes y recurre a una semántica —evocadora de diversas instituciones del derecho penal— que hace difícilmente defendible la idea de una responsabilidad exclusivamente administrativa.

Sin embargo, aseverar que se trata de una responsabilidad de naturaleza penal también pasa por una serie de obstáculos que —aunque de momento no corresponde desarrollar— nos permiten anticipar que dicha responsabilidad es de naturaleza *sui generis* —comprende componentes penales y administrativos— cercana a la propia de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica.

III. Las sanciones penales para las empresas: las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

Que las personas jurídicas no sean penalmente responsables no significa que el sistema penal deba permanecer indiferente ante la criminalidad generada desde la empresa y en su beneficio. En estos casos, el Código Penal ha introducido una serie de medidas aplicables a las personas jurídicas de naturaleza mixta (penal y administrativa), regulada mediante el art. 105 del CP, denominada *consecuencias accesorias,* que han sido reproducidas posteriormente para ciertos espacios específicos (art. 17 de la Ley Penal Tributaria, art. 11 de la Ley de los Delitos Aduaneros, art. 8 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado).

Es importante reconocer la naturaleza *sui generis* de este tipo de consecuencias jurídicas de delitos. No se tratan de penas ni medidas de seguridad, pues no están reguladas por los arts. 28 y 71 del CP, que identifican cuáles son las penas y medidas de seguridad. Tampoco se tratan de medidas de naturaleza jurídico-civil en cuanto carecen de propósitos reparatorios o indemnizatorios.

Aunque cierto sector de la doctrina penal destaca la coincidencia entre el repertorio de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el art. 105 del CP con el catálogo usualmente utilizado por el derecho administrativo sancionador (por ejemplo, el cierre de locales), debe rechazarse la idea de considerar a las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica como meras sanciones administrativas, pues es innegable que la intervención de un juez penal en su imposición les dota de sentido expresivo distinto al meramente administrativo a dicha sanción. Esto explica el carácter *sui generis* que poseen las consecuencias accesorias.

Desafortunadamente, el Acuerdo Plenario 7/2009-CJ-116, emitido en el contexto del V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha perdido la oportunidad de dar claridad a esta cuestión, que fue debatida aun intensamente por la dogmática jurídico-penal peruana. La calificación, en el mencionado Acuerdo Plenario, de las consecuencias accesorias del delito como «sanciones de carácter penal» (párr. 6) o «sanciones penales especiales» (párr. 11) no hace

más que ensombrecer el poco claro panorama respecto a la cuestión de la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias.

En nuestra opinión, la calificación de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica como «sanciones de carácter penal» o «sanciones penales especiales» no resulta incompatible con la naturaleza *sui generis* de las mencionadas consecuencias accesorias. Dicho Acuerdo Plenario, aunque de modo poco directo, señala que esta calificación responde al hecho de que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas deben ser impuestas como consecuencia de una declaración judicial que recaiga sobre la persona jurídica y que las involucre en el hecho punible —esto es, que sea determinada por un juez luego de un proceso penal donde se determine su intervención en el delito— porque aquellas tienen necesariamente un contenido aflictivo de privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica (párr. 11 del Acuerdo Plenario 7/2009-CJ-116).

IV. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas han cumplido una función simbólica

El hecho de que el Código Penal peruano reconozca la imposición de cierto tipo de responsabilidad *sui generis* en la persona jurídica no implica que aquella tenga una función real en el objetivo de lograr prevenir la criminalidad de empresa: los datos provenientes de la jurisprudencia así parecen reconocerlo.

En efecto, pese a que el Código Penal peruano ha cumplido más de tres décadas de vigencia, las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica han sido aplicadas solo en tres casos conocidos: la discoteca Utopía, América TV y Bussiness Track.

En el caso Utopía —nombre de una discoteca donde se produjo un incendio en el cual murieron 29 personas—, la imposición de las consecuencias accesorias de disolución de la persona jurídica careció de sentido en la medida en que su imposición judicial tuvo lugar cuando los efectos reputacionales del incendio habían llevado a un cese de actividades de la persona jurídica, por lo que la disolución decretada judicialmente careció de sentido frente a la disolución que *de facto* había operado.

En el caso América TV, se impuso a esta empresa televisora no solo una consecuencia accesoria poco trascendente y meramente declarativa —según el Recurso de Nulidad 3766-2006, del 8 de agosto del 2006, emitida por la Segunda Sala Penal Especial, la consecuencia accesoria aplicada a dicha empresa era la prohibición «de concertar con algún funcionario público la entrega de su línea editorial a cambio de caudales estatales»— sino que la Corte Suprema la impuso pese a que dicha persona jurídica no había sido comprendida en el respectivo proceso penal como persona jurídica imputa-

da, sino como tercero civilmente responsable. En esta circunstancia última, la vulneración del derecho de defensa —la persona jurídica había ejercido su derecho de defensa con relación a la responsabilidad civil *ex delicto*, mas no de una posible consecuencia accesoria— determinó que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú anule la imposición de las consecuencias accesorias aplicadas a América TV.

En el caso Bussiness Track —una empresa de seguridad informática que tenía un giro ilícito, relacionado a la realización de interceptaciones telefónicas e informáticas—, la disolución de la persona jurídica decretada por la Segunda Sala Penal para Procesos Penales con Reos en Cárcel de Lima (Expediente 99-09 [527-09], del 23 de marzo de 2012), de modo similar al caso Utopía, resultó carente de eficacia práctica, pues la persona jurídica, *de facto*, había cesado sus actividades.

Precisamente ese escaso nivel de aplicación es el que llevó al Pleno Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú a adoptar el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116, el cual identifica, como problema a ser solucionado, la escasa aplicación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas por parte de los jueces y tribunales peruanos. En términos del Acuerdo Plenario citado:

> [...] a más de dieciocho años de vigencia del CP el desarrollo jurisprudencial producido en torno a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no ha sido relevante ni satisfactorio. Efectivamente, la imposición judicial y concreta de estas sanciones ha permanecido, todo ese tiempo, ignorada o muy alejada de la praxis funcional de la judicatura penal en todas las instancias. (párr. 7)

Asimismo, reconoce como causa del problema, por un lado, a la ausencia de previsiones legales, expresas en el art. 105 del CP, que instruyan a los jueces respecto a las condiciones de fundamentación y determinación de las consecuencias accesorias y, por otro lado, a los problemas de articulación procedimental de dichas medidas, dada la ausencia de una norma procesal dentro del antiguo Código de Procedimientos Penales que hubiese permitido, una vez incorporadas dichas medidas al Código Penal, su instrumentalización en los casos concretos.

Sin embargo, pese a que el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 lleva más de 13 años de haber sido emitido, no se han observado cambios significativos en la praxis jurisprudencial peruana, al punto que, de los casos reseñados, solo el último de ellos (el caso Bussiness Track) tuvo lugar con posterioridad a la emisión del mencionado Acuerdo Plenario.

V. La aplicación de las consecuencias accesorias requiere comprobar la *peligrosidad objetiva* de la persona jurídica

Resuelta la cuestión respecto a su naturaleza *sui generis*, corresponde ahora identificar cuál es su fundamento material, es decir, qué circunstancia es la que autoriza su imposición. En torno a esta cuestión, existe consenso doctrinal en reconocer que el fundamento material para la imposición de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica es *la peligrosidad objetiva de la persona jurídica*, que es entendida como la posibilidad de que su estructura sirva de medio para la realización de delitos.

Ahora, la *peligrosidad objetiva de la persona jurídica* —o *del negocio unipersonal,* en el caso de delitos tributarios y delitos aduaneros—, conforme se infiere del Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116, se constata a partir de tres elementos:

(i) La comisión de un hecho punible o delito

(ii) La utilización de la persona jurídica para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito

(iii) La condena penal al autor, físico y específico, del delito

Ahora, estas condiciones se reconocen en términos legales a partir de la exigencia de que el hecho punible «fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo» según estipula el art. 105 del CP.

Evidentemente, la verificación de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica debe producirse dentro del proceso penal y conforme a ciertas pautas de actuación que el mencionado Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 ha desarrollado. Sobre esta cuestión nos enfocaremos más adelante.

El catálogo de consecuencias accesorias aplicable a las personas jurídicas previsto en el Código Penal y en las leyes especiales comprende:

(i) Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo

(ii) Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité

(iii) Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años

(iv) Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar, en el futuro, actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito

A nivel de la legislación penal secundaria (leyes especiales), se reconocen algunas otras consecuencias accesorias que resultan aplicables exclusivamente en los escenarios legislativos que regulan específicamente. Así, el art. 17 de la Ley Penal Tributaria reconoce, como una de las medidas aplicables, la cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas concedidas a la persona jurídica.

De igual manera, el art. 11 de la Ley de los Delitos Aduaneros y el art. 8 del Decreto Legislativo 1106 introducen el mismo tipo de consecuencia accesoria aunque precisando que la cancelación de licencias comprende las municipales. Por su parte, el mismo art. 8 de este Decreto introduce la multa no menor de 50 ni mayor de 300 unidades impositivas tributarias como consecuencia accesoria.

Estas medidas, conforme establece el art. 105 del CP y la legislación penal secundaria que las reconocen, pueden ser dispuestas alternativa o copulativamente.

Como se aprecia, estamos frente a un catálogo bastante variado de medidas que tienen diversos efectos sobre la persona jurídica: algunas tienen carácter temporal (como la suspensión de actividades) y otras tienen carácter definitivo (como la disolución). Sin embargo, ni el art. 105 del CP (en su texto original) ni las leyes penales especiales fijaron reglas para la determinación de las consecuencias accesorias. Por ese motivo, el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 introdujo la posibilidad de recurrir al contenido del art. 110 del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora, creada por la Ley 29153.

En ese contexto, el mencionado Acuerdo Plenario señaló que los factores a ser tomados en cuenta para la determinación del tipo de consecuencias accesorias son (i) la modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho, (ii) la gravedad del hecho punible realizado, (iii) la extensión del daño o peligro causado, (iv) el beneficio económico obtenido con el delito, (v) la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible y (vi) la finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. Asimismo, se establece, como condicionante para la aplicación de la medida de disolución de la persona jurídica, que «resulte evidente que ella fue constituida y operó solo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas».

El Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 ha tenido significativo impacto legislativo, lo que explica que sus contenidos[1595] hayan sido reproducidos casi

[1595] Derivados —como se dijo anteriormente— del art. 110 del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por la Ley 29153.

en extenso en el texto del recientemente incorporado art. 105-A del CP[1596]. Este artículo, además de insistir en la exigencia de motivación de la decisión, establece que, para la imposición de consecuencias accesorias sobre la persona jurídica, debe prestarse interés, como criterios de fundamentación y determinación, lo siguiente:

1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
3. La gravedad del hecho punible realizado.
4. La extensión del daño o peligro causado.
5. El beneficio económico obtenido con el delito.
6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

Se establece, de modo similar a lo previsto en el Acuerdo Plenario, una cláusula restrictiva para la imposición de la medida de disolución de la persona jurídica, que consiste en la evidencia de que la persona jurídica «fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas».

VI. Efectos de las mutaciones en la persona jurídica

El art. 105 del CP y las normas de derecho penal secundario que establecen consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en espacios de criminalidad específicos han sido categóricos en precisar que: «El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas». Con esta cláusula se establece una solución para aquellos casos donde las personas naturales que se encuentran en la gestión de la persona jurídica han recurrido a maniobras destinadas a utilizar una nueva personería jurídica como factor de ocultamiento.

En estos casos se establece, en una especie de manifestación penal de la teoría del *levantamiento del velo societario*, que la aplicación de las consecuencias accesorias debe producirse pese a que su estructura o apariencia formal externa

[1596] El art. 105-A del CP fue incorporado por la segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley 30077, publicada el 20 de agosto de 2013. Según el artículo único de la Ley 30133, publicada el 20 de diciembre de 2013, la Ley 30077 está vigente desde el 1 de julio de 2014.

haya sido modificada a través del cambio de su razón social, de su personería jurídica o de sus cambios en el accionariado. La cuestión planteada no refleja problemas en aquellos supuestos donde la persona jurídica haya sufrido una reestructuración societaria que solo tenga efectos mínimos a nivel de la composición accionarial ni tampoco en aquellos casos donde se produce un mero cambio de razón social o personería jurídica sin efectos en la estructura material de la empresa.

VII. Condiciones procesales para la imposición de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

La eficacia de cualquier tipo de reacción que el derecho penal pretenda dirigir sobre las personas jurídicas depende de su efectiva aplicación y la vía para hacerlo es el proceso penal. Sobre esta cuestión se pueden reconocer dos escenarios dependiendo del distrito judicial donde se desarrolle el proceso penal:

- Si el proceso penal se desarrolla en un distrito judicial donde se encuentra vigente el Código Procesal Penal, se deberán observar las pautas establecidas por los arts. 90-93 del referido texto legal.
- Si el proceso penal se desarrolla en un distrito judicial donde aún se encuentra vigente el Código de Procedimientos Penales, las pautas que deben ser observadas son aquellas propuestas por el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 que adopta los postulados del Código Procesal Penal al Código de Procedimientos Penales.

Estos dos escenarios (CPP y C de PP), aunque se encuentran separados inicialmente, convergen en una idea común: la necesidad de aplicar a las personas jurídicas de modo general los derechos y garantías previstos a su favor por el Código Procesal Penal.

En efecto, los arts. 90 y 93 del CPP establecen una serie de disposiciones destinadas a regular la posición de la persona jurídica en el proceso penal, identificar los derechos que le asisten y establecer el modo y oportunidad en que pueden ser incorporados al proceso penal. A continuación, se exponen algunas ideas trascendentes en torno a esta cuestión:

- **Solo puede imponerse consecuencias accesorias a personas jurídicas emplazadas e incorporadas en el proceso:** Esta regla, propuesta por el art. 90 del CPP, tiene como propósito garantizar que la persona jurídica tenga conocimiento de los cargos que se le formulan y pueda, a partir de dicho conocimiento, ejercer a plenitud su derecho de defensa. El emplazamiento fiscal, según señala el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116, debe contener la descripción de la *cadena de atribución*, es decir, debe precisar cómo se conecta la persona jurídica con los actos de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible.

- **La incorporación de la persona jurídica en el proceso penal solo es posible a instancia de parte:** De esta regla puede extraerse una serie de consecuencias. La primera es la imposibilidad de que el juez pueda, de oficio, incorporar en el proceso a una persona jurídica; la segunda es que solo el Ministerio Público puede requerir que una persona jurídica sea emplazada e incorporada al proceso. Ahora, conforme al Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116, esto no impide que el actor civil, respecto al comiso (CP, art. 104), tenga legitimidad activa por permitirlo así los arts. 11, 104 y 105 del CPP.

- **La incorporación de la persona jurídica en el proceso penal solo puede producirse durante la investigación preparatoria:** El art. 91 del CPP establece la oportunidad en que puede formularse el requerimiento fiscal de incorporación de una persona jurídica en el proceso penal. En ese sentido, se señala con claridad que el requerimiento fiscal de incorporación procesal de la persona jurídica se puede formular una vez que se ha cumplido con comunicar al juez de investigación preparatoria que se ha formalizado tal investigación antes de la conclusión de esta.

- **El procedimiento de incorporación procesal de la persona jurídica no es parte inaudita:** El procedimiento de incorporación de la persona jurídica en el proceso penal debe realizarse con la intervención activa de la defensa técnica de la persona jurídica.

- **La representación procesal de la persona jurídica no puede recaer sobre el imputado**: La persona jurídica incorporada como imputada en el proceso penal debe actuar a través de un apoderado judicial que debe ser necesariamente una persona distinta al imputado en el proceso penal. Si la persona jurídica no designa un apoderado judicial en el plazo de cinco días, este será designado por el juez. Será a través del apoderado judicial que la persona jurídica podrá ejercer sus derechos procesales.

- **La persona jurídica incorporada en el proceso penal tiene todos los derechos y garantías del imputado:** Una vez producida la incorporación formal de la persona jurídica en el proceso penal, se adopta una posición análoga a la que ostenta el imputado y, por ende, le corresponden todos los derechos y garantías reconocidos a favor de este. En ese contexto, cabe recordar que el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 enfatiza en la necesidad de garantizar que la persona jurídica, dentro del proceso penal, pueda ejercer a plenitud el derecho al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, defensa procesal y presunción de inocencia.

Capítulo XIII

LA REPARACIÓN CIVIL *EX DELICTO**

El hecho delictivo genera consecuencias jurídicas de diversa naturaleza. A las consecuencias jurídico-penales (penas y medidas de seguridad), se suman las consecuencias jurídico-civiles (reparación civil derivada del delito) y las accesorias (comiso de objetos y ganancias y las aplicables a las personas jurídicas). Esta idea básica permite reconocer que el proceso penal, en tanto mecanismo instrumental para la imposición de las diversas consecuencias jurídicas derivadas del delito, tiene diversidad de objetos.

I. Estructura de la regulación de la reparación civil

La reparación civil derivada del delito se encuentra regulada en los capítulos I-IV, título V, libro I, del Código Penal español (en adelante, CPE) y en los títulos IV (libro I), X (libro II) y III (libro III) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante, LEC), además de la regulación de la cuestión contenida en diversos cuerpos normativos específicos, como la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM) y el Código Penal Militar español (en adelante, CPM).

En la estructura propuesta por el CPE, el mencionado título V se subdivide en cuatro capítulos donde se aborda lo siguiente: la responsabilidad civil y su extensión (capítulo I, arts. 109-115), las personas civilmente responsables (capítulo II, arts. 116-122), las costas procesales (capítulo III, arts. 123 y 124), la fijación de las reglas del cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias (capítulo IV, arts. 125 y 126).

Por una parte, la estructura de la LEC permite reconocer, en los arts. 100-117, título IV, libro I, a aquellas personas «a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y de las faltas»; por otra parte, en los arts. 615-621, título X, libro II, se regula «la responsabilidad civil de terceras

* En la medida en que las consideraciones sobre la reparación civil fueron formuladas de cara al contenido de la regulación española, las referencias normativas deben ser entendidas en correspondencia con la legislación hispana.

personas»; finalmente, en los arts. 689-700, título III, libro III, se regula la confesión de los terceros civilmente responsables.

Asimismo, la LORPM establece, mediante los arts. 61-64 del título VIII («De la responsabilidad civil»), una serie de reglas de carácter material y procedimental en torno a la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito.

Por último, tenemos que el CPM español, conforme a la Ley Orgánica 13/1985 (derogada) indicaba, en el art. 48, título V, libro I, sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, que este «es responsable civil subsidiario por los delitos que hubiesen cometido los militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la sentencia».

Para los fines del presente trabajo, examinaremos lo concerniente a ciertas cuestiones básicas correspondientes a la reparación civil *ex delicto*, conforme a los desarrollos propuestos en el CPE y la LEC.

II. La ejecución del hecho como factor generador de la responsabilidad civil derivada del delito. La acumulación de pretensiones penales y civiles en el proceso penal

El art. 109 del CPE establece, en su primer literal, lo siguiente: «La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados». Este precepto determina que el hecho delictivo no solo determina la imposición de una pena o medida de seguridad, sino que genera consecuencias de naturaleza civil. Esta misma cláusula se reproduce en el art. 100 de la LEC: «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible». Existe una *conexión heterogénea de objetos en el proceso penal*[1597]: penal y civil.

Una primera cuestión trascendente en torno al contenido de este precepto legal es que mediante el mismo se establece con claridad que la responsabilidad civil en este caso deriva de la *ejecución de un hecho descrito por la ley como delito*. Esta circunstancia determina que, por regla general, la emisión de una sentencia absolutoria no afecta la capacidad del juez penal para pronunciarse respecto del objeto civil del proceso penal. La responsabilidad civil *ex delicto* no depende de la declaración de culpabilidad de una persona, sino del hecho ilícito (comportamiento típico y antijurídico) que ha generado

[1597] Moreno Catena: *El proceso penal*, 608.

consecuencias dañosas en terceros[1598], esto es, de la causación de un daño civil claramente diferenciable de la ofensa penal[1599].

Es necesario advertir que el hecho de que la responsabilidad civil derivada del delito tenga como factor desencadenante precisamente el hecho delictivo no significa que dicha responsabilidad se origine con el delito, como la práctica parece establecer[1600]. La regulación de la reparación civil en el CPE —señala González Montes— ha generado confusión en cierto sector de la doctrina que ha entendido incorrectamente que la *responsabilidad civil ex delicto* constituye una forma autónoma de responsabilidad civil que funciona en paralelo a la regulación de la *responsabilidad civil extracontractual* establecida en el Código Civil español (en adelante, CCE).

A esta confusión abona el propio contenido del art. 1092 del CCE que remite al CPE «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos y faltas»[1601], lo que podría llevar a asumir que el CCE regula la responsabilidad civil extracontractual respecto de actos ilícitos irrelevantes penalmente, mientras que el CPE regula la responsabilidad civil extracontractual derivada del delito.

Sin embargo, la existencia de cláusulas paralelas no debe llevar a asumir que estamos frente a formas independientes de responsabilidad civil. En este sentido, resultan claras las precisiones de González Montes:

> [...] no existen dos tipos diversos de responsabilidad civil extracontractual: una derivada del delito, y otra derivada de actos ilícitos no penados por la ley, sino una sola; y, por tanto, la acción civil que puede ejercitarse en el proceso penal no nace del delito sino de un acto ilícito productor de un daño que, además, está tipificado como delito con una pena en el CP.[1602]

La responsabilidad civil *ex delicto* es, indudablemente, de naturaleza civil; por ello, es que las lógicas procesales que subyacen a su ejercicio son de tipo civil. En ese sentido, ya el Tribunal Constitucional español (en adelante, TCE) ha reconocido que el principio acusatorio no alcanza la pretensión civil, por lo que corresponde aplicar a ella el principio dispositivo, propio del derecho civil[1603].

[1598] Moreno Catena: *El proceso...*, *op. cit.*, 609; Gimeno Sendra: *Derecho procesal penal*, 238; Solé Riera: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, 160; Roig Torres: *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*, 101; Silva Sánchez: «*¿Ex delicto*? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal» en *In Dret*, 4.

[1599] Roig Torres: *La reparación...*, *op. cit.*, 119-121.

[1600] Tal cual advierte en Silva Sánchez: «*¿Ex delicto...*», *op. cit.*, 4.

[1601] González Montes: «Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal de menores. Especial referencia a los actos de violencia escolar», 549. En sentido similar, se aprecia la opinión de Roig Torres: *La reparación...*, *op. cit.*, 88.

[1602] González Montes: «Acción...», *op. cit.*, 550.

[1603] Moreno Catena: *El proceso...*, *op. cit.*, 618.

Precisamente, el hecho de que la determinación judicial respecto de si un hecho descrito en la ley como delito corresponda al juez penal determina que sea este el competente para determinar la reparación civil derivada del delito. Esta acumulación heterogénea de acciones (penal y civil) tiene origen en la conexión que ambas tienen —un mismo origen en la ejecución del delito[1604], a la que se hizo referencia anteriormente— y tiene como fundamento el principio de economía procesal[1605].

La titularidad en el ejercicio de la acción civil acumulada corresponde, por imperio del art. 108 de la LEC, de modo obligatorio, al Ministerio Fiscal y, de modo facultativo, en virtud del art. 109 del CPE, al perjudicado mediante el hecho punible. El Ministerio Fiscal —como señala Gimeno Sendra al referir a la STS del 12 de mayo de 1990— «actúa en nombre propio pero en interés del perjudicado», lo que constituye un supuesto de legitimación derivada o por sustitución procesal[1606].

En efecto, el art. 108 de la LEC señala lo siguiente:

> La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.

Por su parte, el art. 109 de la LEC precisa, en su modificatoria del 4 de noviembre de 2009:

> En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo le informará de la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que conforme a la legislación vigente puedan corresponderle.
>
> Si no tuviese capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante.
>
> Fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Secretario judicial procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente.
>
> En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

[1604] González Montes: «Acción...», *op. cit.*, 549.
[1605] Gimeno Sendra: *Derecho...*, *op. cit.*, 237; Silva Sánchez: «*¿Ex delicto...*», *op. cit.*, 4.
[1606] Gimeno Sendra: *Derecho...*, *op. cit.*, 243.

Esta circunstancia determina que sea la persona ofendida por el hecho delictivo quien detenta la legitimidad directa respecto al ejercicio de la acción civil derivada del delito, conforme expresamente reconoce el art. 110 de la LEC, según su modificatoria del 11 de marzo de 2003:

> Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan o solamente unas u otras, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones.

III. Contenido de la reparación civil

Conforme a los arts. 110 del CPE y 100 de la LEC, la reparación civil comprende la restitución, reparación e indemnización de perjuicios materiales y morales[1607].

La *restitución* está prevista en aquellos casos donde el delito haya producido alguna clase de afectación en algún bien. Conforme al art. 111 del CPE, dicha restitución supone la devolución del mismo bien y, en caso de que aquellos hayan sufrido alguna clase de daño, deberá asumir el costo correspondiente a los deterioros o menoscabos, tal cual sean estos determinados judicialmente.

Esta restitución corresponderá incluso cuando el bien se encuentre en poder de terceros, pese a que este lo haya adquirido legalmente y de buena fe. En este último caso, el art. 111 del CPE, reconoce el derecho del adquiriente de buena fe de repetir contra quien corresponda y, de ser el caso, el derecho de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta[1608].

Por su parte, la *reparación del daño*, generado mediante el delito, se produce mediante la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer que son fijadas por el juez o el Tribunal dependiendo de la naturaleza del daño y las condiciones personales o patrimoniales del responsable (CPE, art. 112).

Finalmente, la reparación civil comprende la *indemnización de daños materiales y morales* que se hubiesen generado sobre el agraviado por el hecho delictivo y los generados sobre las víctimas indirectas del mismo, esto es, familiares del agraviado o terceros (CPE, art. 113).

El art. 114 del CP establece una cláusula que habilita al juez o al Tribunal a morigerar el importe de la reparación o indemnización cuando se aprecia

---

[1607] En extenso *vid.* González Montes: «Acción...», *op. cit.*, 579 y ss.; Roig Torres: *La reparación...*, *op. cit.*, 149 y ss.

[1608] El num. 2, art. 111, del CPE establece, como excepción, aquellos casos donde el tercero haya adquirido el bien «en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable».

que la víctima ha contribuido con su conducta a la producción del daño o del perjuicio sufrido.

IV. Las personas civilmente responsables

A. La responsabilidad civil de las personas naturales o jurídicas responsables penalmente

El CPE establece como regla respecto a las personas naturales o jurídicas civilmente responsables que el condenado, como responsable penal de un delito o falta, es civilmente responsable por los daños o perjuicios derivados del hecho. En el caso de establecerse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su responsabilidad civil será solidaria con la correspondiente a las personas naturales condenadas por el mismo hecho (CPE, art. 116).

En el caso de condena múltiple (a dos o más personal), la cuota de la responsabilidad civil será determinada de modo individual por el juez o Tribunal. La responsabilidad de todos estos será solidaria y subsidiaria entre sí, pero respetando la lógica de la accesoriedad de la responsabilidad de los cómplices, de modo tal que la responsabilidad subsidiaria se ejecutará en primer lugar sobre los bienes de los autores y, posteriormente, sobre los bienes de los cómplices.

En los casos de responsabilidad subsidiaria de los codelincuentes, el art. 116 del CPE reconoce el derecho de repetición de los autores o cómplices que hayan pagado por las cuotas correspondientes a otros intervinientes en el hecho delictivo.

El CPE reconoce supuestos de subsistencia de responsabilidad civil en la persona natural procesada sobre quien no se ha formulado juicio de responsabilidad penal. Así, por ejemplo, ocurre en el caso de quien comete el delito en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o lo comete bajo la influencia del síndrome de abstinencias y que, por dichas circunstancias, se encuentre en incapacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o actuar conforme a dicha comprensión (CPE, art. 118.1.2).

Igual tratamiento se aprecia en los casos de error de tipo o de prohibición invencibles (CPE, art. 118.1.2). De modo similar, el art. 116 de la LEC reconoce que la extinción de la acción penal no provoca la extinción de la acción civil, salvo que aquella responda a la declaración judicial de inexistencia del hecho generador de la responsabilidad civil.

Esta idea —subsistencia de la responsabilidad civil, no obstante, la no declaración de responsabilidad penal— permite corroborar que el hecho

generador de la responsabilidad penal no es la pena impuesta sobre el imputado ni la existencia de una declaración de responsabilidad. Lo que se aprecia con mayor claridad a través del art. 116 de la LEC es lo siguiente:

> La extinción de la acción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firma que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer.

Esta declaración legal clarifica que la responsabilidad civil deriva del *hecho ilícito*.

B. La responsabilidad civil de terceros

La responsabilidad civil no solo afecta a los directamente involucrados, como autores o cómplices del hecho delictivo, sino que también puede alcanzar a terceros. Tal es el caso de las compañías aseguradoras, los tutores de inimputables no responsabilizados penalmente, los terceros que resultan beneficiados por la intervención del imputado no condenado y quien evitó la lesión de sus intereses (estado de necesidad), los causantes del miedo insuperable y los terceros civilmente responsables.

En el caso de las compañías de seguros, cuando se verifique en el proceso penal que el riesgo asegurado se haya producido, serán consideradas responsables civiles directas hasta el límite de la indemnización establecida legalmente o pactada convencional, por lo que se deja a salvo el derecho de repetir contra quien sea del caso (CPE, art. 117).

El CPE reconoce también la responsabilidad civil de los tutores de las personas declaradas exentas de responsabilidad penal conforme al art. 20.1 (anomalía o alteración psíquica) y 20.3 (alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia) del CPE. Esta responsabilidad civil dependerá de que se verifique que el tutor haya actuado negligentemente y se impondrá sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables condenados penalmente por el hecho.

Por su parte, en los supuestos donde el sujeto procesado penalmente no sea condenado por la concurrencia de un estado de necesidad (conforme al art. 20.5 del CPE), serán responsables civiles directos quienes hayan sido favorecidos por la intervención del procesado absuelto, esto es, aquellos a cuyo favor se realizó el comportamiento. Esta responsabilidad civil se realizará en proporción al perjuicio que se les haya evitado (CPE, art. 118.1.3).

Asimismo, en aquellos casos donde el imputado no condenado haya actuado por miedo insuperable (CPE, art. 20.6), la responsabilidad ci-

vil alcanzará a quien haya causado el miedo o haya ejecutado el hecho (CPE, art. 118.1.4).

Finalmente, se comprende la responsabilidad civil accesoria de los siguientes elementos:

(i) Los padres o tutores por los delitos o faltas cometidos por los mayores de 18 años de edad sujetos a su patria potestad o tutela que vivan en su compañía, en la medida en que haya actuado con culpa o negligencia.

(ii) Los titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares.

(iii) Las personas naturales o jurídicas, en los delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando sus responsables hayan infringido reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados al hecho delictivo.

(iv) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio por los delitos o faltas cometidos por sus empleados o dependientes.

(v) Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos, susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos, que son utilizados por sus dependientes o representantes o personas autorizadas (CPE, art. 120).

(vi) El Estado, las comunidades autónomas, la provincia, la isla, el municipio o demás entes públicos, por los daños causados por los penalmente responsables de los delitos causados por sus autoridades, agentes o contratados de la misma o funcionarios en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados (CPE, art. 121); los herederos o causahabientes del imputado fallecido, en cuyo caso la acción civil debe ser incoada en la jurisdicción civil (art. 115 de la LEC).

V. La disponibilidad del ejercicio de la acción civil: renuncia a la responsabilidad civil derivada del delito y la reserva de la responsabilidad civil derivada del delito

La exigibilidad de la pretensión civil depende de la voluntad de los legitimados para perseguirla, quienes tienen pleno poder de disposición respecto de la misma y, en tal virtud, quienes se encuentra facultados para renunciar a

ella o a reservarse el derecho a ejercitarla[1609]. Estas facultades guardan relación con la naturaleza unitaria de la reparación civil *ex delicto*[1610].

Respecto a la primera cuestión —renuncia al ejercicio de la acción civil— el art. 106 de la LEC[1611] reconoce la facultad de la persona ofendida por el delito de renunciar al ejercicio de la acción civil, que determina la extinción de la acción civil. Esta facultad, por imperio del art. 107 de la LEC[1612], no afecta a los ofendidos por el delito que no se hayan manifestado en dicho sentido, respecto de los cuales el ejercicio de la acción civil se encuentra habilitada.

Así pues, si bien el Ministerio Fiscal se encuentra obligado al ejercicio de la acción civil, de modo conjunto con el ejercicio de la acción penal, una vez que la persona ofendida renuncia a su derecho indemnizatoria, la posibilidad de que el fiscal ejercite la acción civil y que el juez determine la responsabilidad civil desaparece.

Ahora bien, dada la naturaleza de la reparación civil, la renuncia a la misma debe ser realizada conforme a las cláusulas previstas en la legislación civil (CCE, art. 6.2): que no contraríe el interés o el orden público, que no perjudique a terceros[1613] y —conforme se desprende del art. 110 de la LEC[1614]— que la renuncia al ejercicio de la acción civil se exprese por escrito.

El perjudicado por el hecho delictivo no está obligado a requerir que la *responsabilidad civil extracontractual* sea fijada por el juez penal, pues puede reservarse su reclamación en la vía correspondiente. En ese contexto, se hace referencia a dicha posibilidad en el art. 119 del CPE y el art. 112 de la LEC[1615].

[1609] Moreno Catena: *El proceso...*, *op. cit.*, 610.

[1610] González Montes: «Acción...», *op. cit.*, 549.

[1611] Art. 106 de la LEC: «La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida. Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan».

[1612] Art. 107 de la LEC: «La renuncia de la acción civil o de la penal renunciable no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere».

[1613] Moreno Catena: *El proceso...*, *op. cit.*, 611.

[1614] Art. 110 de la LEC, según su modificatoria del 11 de marzo de 2003: «[...] Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo menester que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera expresa y terminante».

[1615] González Montes: «Acción...», *op. cit.*, 571.

Jurisprudencia

Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 7 de abril de 2009

*(Expediente AV 19-2001)***

792. El artículo 93 del Código Penal, como se expresó, determina la extensión de la reparación civil en sede penal. Ésta comprende tanto la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, la indemnización de los daños y perjuicios. El artículo 101 de dicho Código estipula que la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

El Código Civil, a su vez, tiene como norma básica el artículo 1969, que estipula que «*Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo*». El artículo 1985 del citado Código regula la extensión de la indemnización; prevé 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...*».

793. Desde una perspectiva general es posible sostener que la responsabilidad civil comporta para el responsable la obligación de restablecer el patrimonio afectado al estado en que se hallaba con anterioridad a la comisión de la infracción punible —el propósito es, siempre, proceder a la reparación más integra del daño, neutralizar los efectos de la acción criminal, potenciales o en curso—. Desde esta perspectiva el legislador nacional ha previsto tres vías: restitutiva —que tiene un carácter preferencial y expresa una suerte de ejercicio de la acción reivindicativa en el proceso penal—, reparadora e indemnizatoria.

El Código Penal enlaza la vía *restitutiva* —como forma de restauración de la situación jurídica alterada por el ilícito penal— a la *reparadora* cuando en este último supuesto —vinculado a la privación de un bien como consecuencia de la conducta delictiva— no es posible la restitución —lo que incluye, obviamente, el abono de los deterioros y menoscabos que ha sufrido el bien, y que empero típicamente constituyen indemnización—; restitución que se materializa en el pago del valor del bien afectado, y que expresa la entidad del daño causado. Ello viene a significar, conforme ha precisado la Casación Penal Argentina —cuya norma base es similar a la peruana—, que la restitución no sólo comprende la devolución de la cosa a la persona desapoderada, sino que consiste en el restablecimiento de las cosas al estado anterior al delito.

La *indemnización*, por otro lado, es configurada como una vía idónea de compensación económica del daño privado, con independencia de que el bien lesionado sea una cosa corpórea o un interés distinto —la restitución, en todo caso, no impide una indemnización si del delito se han derivado perjuicios—. Estos daños y perjuicios deben derivar directamente del hecho punible —relación de causa/efecto—, y deben ser probados —exigencia de certidumbre— por quien pretende su indemnización, salvo, claro está, los daños a la persona y daño moral en tanto su existencia se desprenda inequívocamente de los hechos —el arbitrio judicial se proyecta razonablemente, pero, conforme al artículo 1984 del Código Civil, debe atenderse a su magnitud y al menoscabo producido a la víctima o a su familia: no existen, sin embargo, pruebas sobre las que establecer las bases in-

** A efectos de no generar confusiones al lector, se han suprimido las notas a pie que correspondían a la sentencia citada. El lector puede consultarlas en el texto íntegro disponible en internet.

demnizatorias aptas para cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, y por ello debe atenderse a la propia descripción del hecho punible—. En este último caso se fijan prudencialmente con criterio de equidad [Conforme: Casación civil número 47-1-1998]; el artículo 1984 del Código Civil precisa que la valuación del daño extrapatrimonial —se entiende moral y daño a la persona— está en función a la magnitud del mismo y al menoscabo producido a la víctima o a su familia, a cuyo efecto debe tomarse en cuenta la naturaleza del interés lesionado a propósito de la extrapatrimonialidad del bien jurídico, cuya solución dependerá de cada caso y de las condiciones personales de quien merece ser indemnizado, no debiendo limitarse a cálculos puramente matemáticos.

Los daños resarcibles son los materiales o patrimoniales, y los extrapatrimoniales: daños a la persona y daño moral. Los daños materiales o patrimoniales incluyen los daños a cosas y las lesiones físicas, esto es, la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada [en el delito de lesiones, por ejemplo, comprende los gastos sanitarios, la incapacidad para el trabajo, las molestias, dolores e incomodidades de la lesión y actos curativos, y las secuelas de las lesiones]. Los daños extrapatrimoniales, subdivididos en: ***i)*** daños a la persona, entendidos como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas —agravio o lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal—; y, ***ii)*** daño moral, entendido como el dolor y el sufrimiento psíquico —que incluye el ansia, la angustia y el sufrimiento físico— padecidos por la víctima y que tiene el carácter de efímero y no duradero conforme ha sido definido por la Corte Constitucional Italiana en la sentencia número 148 del catorce de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Así, por ejemplo, en los delitos contra la libertad personal, por su propia naturaleza, está justificada la imposición de una condena a indemnizar el daño a las personas y daño moral ocasionado. En este mismo sentido, la doctrina y legislación argentina entienden que la indemnización comprende la totalidad de las ganancias que cesaron para el ofendido, hasta el día en que fue plenamente restituido a su libertad, así como el daño emergente en caso hubiera existido, así como el daño moral.

Por lo demás, es de incluir dentro del daño patrimonial, el *daño emergente* y el *lucro cesante*; en rigor, se trata de dos categorías del daño patrimonial. El daño emergente se entiende como los daños patrimoniales y las lesiones personales, físicas o psíquicas, con o sin repercusión económica; el lucro cesante, como la falta de ganancias que lícitamente se hubiera producido a favor del perjudicado —que, como es obvio, es hipotético, es decir, supone una lectura probabilística del desarrollo de los hechos en el caso de que no hubiera intervenido el delito enjuiciado—.

Tratándose de los herederos —que es el caso de la mayoría de los actores civiles—, es posible descomponer la indemnización, siguiendo la jurisprudencia española, en tres componentes: gastos sanitarios y funerarios —que ofrecen una base probatoria segura—, desamparo económico —si dependían económicamente del difunto, radicados en los alimentos y en la pérdida de atención económica— y daño moral —que no necesita ser probado, va de suyo.

Los daños y los perjuicios que el Código Penal enuncia hacen referencia a una misma realidad: al menoscabo patrimonial o moral sufrido por una o varias personas como consecuencia de la comisión de un ilícito penal y que comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia que se ha dejado de obtener; se refiere, desde luego, a ganancias seguras, no a las meramente posibles y menos aún a los «sueños de ganancias».

794. La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario número 6-2006/CJ-116, del trece de octubre de dos mil seis, párrafo ocho, en esa misma perspectiva, estableció que el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar tanto **(1)** *daños patrimoniales*, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir —menoscabo patrimonial—; cuanto **(2)** *daños no patrimoniales*, circunscritos a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales —no patrimoniales— tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas —se afectan bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno—.

795. Es jurisprudencia constante de las Salas Penales de la Corte Suprema que la reparación civil tiene un ámbito de definición o extensión referida concretamente al resarcimiento patrimonial. El *petitum* de la pretensión civil en el proceso penal nacional es la de revestir, en la inmensa generalidad de los casos, la naturaleza de pretensiones de condena y, dentro de ellas, las de «dar». El artículo 93 del Código Penal, precisamente, estatuye que el objeto de la reparación civil es la de restituir el bien o, si no es posible, el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios. En los delitos, como los presentes, que no son delitos contra el patrimonio, no cabe restitución ni reparación —en tanto éstas se refieren sólo a los bienes patrimoniales [la reparación del daño consiste en efectuar un pago dinerario en orden al bien que no es posible restituir]—, sino una indemnización, que significa condenar al pago de una cantidad dineraria suficiente para cubrir todos los daños producidos por el delito.

796. La parte civil, empero, sin negar la vigencia de las medidas de indemnización, a las que se refiere la legislación interna, considera que el ámbito de la reparación incluye otras medidas, además de la indemnización y restitución: de satisfacción, de rehabilitación y de no repetición, incorporadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A este efecto, como ha quedado precisado en los párrafos 784 a 786, se sustenta en la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de fecha veintiuno de marzo de dos mil seis en su Sexagésimo Período de Sesiones, «*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*».

La indicada Resolución, en su segundo considerando, recomienda que los Estados tengan en cuenta esos principios y directrices básicos, promuevan el respeto de los mismos y los señalen a la atención, entre otros, de los miembros del Poder Judicial. En el Preámbulo de los Principios y directrices básicos *recuerda* diversas disposiciones que reconocen el derecho a un recurso a las víctimas de violaciones tanto de las normas internacionales de derechos humanos de carácter universal, entre ellas, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuanto de las normas internacionales de derechos humanos de carácter regional, como el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De otro lado, el citado Preámbulo *afirma* que los Principios y directrices básicos se aplican a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, que por su carácter muy grave constituyen una afrenta a la dignidad humana; y, *destaca* que las cláusulas que contiene indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

La Sección IX de los Principios y directrices básicos está dedicada a la «*reparación de los daños sufridos*». El Principio dieciocho establece que conforme al derecho interno y al derecho internacional se otorgará a las víctimas una reparación plena y efectiva bajo, en lo pertinente, cinco formas: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. La *restitución*, que tiene un sentido más amplio que la prevista en la ley interna, comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes (principio diecinueve). La *indemnización*, que tiene una dimensión que puede asemejarse a la ley interna, comprende todos los perjuicios económicamente valuables (principio veinte). La *rehabilitación* incluye la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales (principio veintiuno). La *satisfacción*, no prevista en el derecho interno, incluye diversas medidas como la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, una decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella, y una disculpa pública (principio veintidós). Las *garantías de no repetición* —que son ajenas al ordenamiento nacional— han de incluir, entre otras medidas, la revisión y reforma de las leyes, la educación y capacitación de funcionarios públicos, y el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial (principio veintitrés).

797. Sobre el particular, el argumento de la parte civil se centra en que el derecho de reparación debe incluir las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en atención a las características de los hechos, calificados de extrema gravedad y de violaciones a los derechos humanos. Es de aplicación la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hace mención a la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, y la sentencia de la CIDH recaída en el asunto VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ contra Honduras, del veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho, párrafo 166, que indica que «*...los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*»; principio jurisprudencial reiterado en la sentencia del veintiséis de septiembre de dos mil seis, recaída en el Asunto ALMONACID ARRELLANO y otros contra Chile, párrafo 110. La CIDH, desde estas premisas, en forma reiterada, ha ordenado, además de una indemnización compensatoria de los daños morales y materiales, medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

798. Las medidas de reparación dictadas por la CIDH se sustentan en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en la interpretación que ha realizado de la teoría de la responsabilidad internacional, en cuya virtud determina medidas reparatorias que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. En ese marco convencional se da el desarrollo de medidas específicas de reparación del sistema de protección regional, que buscan superar los obstáculos que enfrenta la reparación efectiva del daño sufrido por las víctimas, así como acotar la necesidad de dar una respuesta que permita resolver el caso planteado. La CIDH, en orden a lo posible, dispone la plena restitución a la situación anterior a la comisión de la violación (*restitutio in integrum*); y, si ello no es factible total o parcialmente, adoptar otras medidas destinadas a garantizar los derechos, reparar las consecuencias y compensar los daños, así como para asegurar que no se repitan hechos lesivos similares a los ocurridos en el caso.

799. En principio, el Tribunal acepta como sustento básico de su decisión en este ámbito la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las normas que lo integran son vinculantes, de aplicación directa e inmediata, en la medida que contengan normas más favorables a los derechos fundamentales de la persona que la contenida en la Constitución. En tal virtud, es del caso integrar esas normas —a partir de sus propios términos— en el ordenamiento interno, así como aplicar la jurisprudencia de la CIDH para decidir, en lo pertinente, los conflictos de intereses expresados en sede nacional. Las pautas interpretativas de la Convención Americana de Derechos Humanos y los principios jurisprudenciales que dimanan de la CIDH son, pues, además de una guía insoslayable para interpretar los derechos reconocidos en la Convención, vinculantes a este Tribunal. Esta doctrina, por lo demás, ha sido precisada por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 0217-2002-HC/TC, del siete de abril de dos mil dos, y reiterada en la sentencia número 2730-2006-PA/TC, del veintiuno de julio de dos mil seis, párrafo doce; y, enfatizada especialmente, por la Corte Suprema en la Ejecutoria vinculante número 18-2004, del diecisiete de noviembre de dos mil cuatro.

Es de recordar que, conforme a la jurisprudencia de la CIDH en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos, el Perú asumió la obligación de: ***i)*** respetar los derechos y libertades reconocidos por la Convención, ***ii)*** garantizar los derechos y garantías a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, ***iii)*** adecuar el ordenamiento jurídico y la actuación de todos los poderes públicos a fin de garantizar de manera efectiva los derechos, ***iv)*** tomar medidas de prevención que eviten violaciones de derechos, ***v)*** investigar las violaciones de derechos y sancionar a los responsables, y —entre otras— ***vi)*** cuando proceda, reponer el derecho vulnerado y reparar los daños producidos y, en su caso, pagar una indemnización.

800. Por consiguiente, en la medida en que los hechos enjuiciados puedan calificarse de «...*violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional,...*» (principio cuatro), será de aplicación en sede interna las disposiciones que entrañan los Principios y directrices básicos, tanto más si han sido incorporados por la constante jurisprudencia de la CIDH.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. *Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal.* Lima: AFA Editores, 1988.

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal». En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 13 (2003).

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas.* Lima: Idemsa, 1997.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano.* Lima: Palestra, 2001.

ACOSTA ESTÉVES, José. *Tutela procesal de los consumidores.* Barcelona: Bosch, 1995.

ACOSTA GALLO, Pablo. «Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia». En *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 11 (2006). Disponible en: <bit.ly/3o9TXO0>

ALBRECHT, Peter. «El derecho penal en la intervención de la política populista» (trad. Ricardo Robles). En INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.). *La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Comares, 2000.

ALBRECHT, Peter. «La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia criminal» (trad. Luis Reyna). En SCHÜNEMANN, Bernd y otros. *La víctima en el sistema penal.* Lima: Grijley, 2006.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal.* Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión del deber?* Buenos Aires: Ad Hoc, 2003.

ALCÓCER POVIS, Eduardo. *Introducción al derecho penal. Parte general.* Lima: INCIPP, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALIAGA IPARRAGUIRRE, Aníbal. *Revolución, terrorismo y pena de muerte*. Lima: Siglo 21, 1984.

ALTMANN SMYTHE, Julio. *Reseña histórica de la evolución del derecho penal*. Lima, 1944.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco. «Bien jurídico y Constitución». En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43 (1991).

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco. «Relaciones entre la parte general y la parte especial del derecho penal». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 46, vol. 3 (1993).

AMBOS, Kai. «El caso Pinochet y el derecho aplicable». En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 10 (2001).

AMBOS, Kai. «Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina». En *Revista Penal*, núm. 10 (2002).

AMBOS, Kai. «Legislación antiterrorista comparada: RFA, Gran Bretaña, Perú y Colombia». En *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, núm. 19 (1989).

AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*. Medellín: Diké, 1997.

AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1972.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Cuando es el Estado el que mata. Los derechos humanos frente a la pena de muerte*. Madrid: Edai, 1989.

ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milán: Giuffrè, 1983.

ANITUA, Gabriel. *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. «El abolicionismo en marcha: nuevos modelos de control». En *Cahiers de défense sociale*, núm. 30 (2003).

ANIYAR DE CASTRO, Lola. «Sistema penal y sistema social. La criminalización y la descriminalización como funciones del mismo proceso». En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 14 (1981).

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis, 1988.

ARMAZA GALDOS, Julio. «El error de prohibición». En *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50 (1993).

ARMAZA GALDOS, Julio. *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*. Arequipa: Adrus, 2004.

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.

AROCENA, Gustavo. *Inseguridad urbana y ley penal. El uso político del derecho penal frente al problema real de la inseguridad ciudadana*. Córdoba: Alveroni, 2004.

ARROYO ZAPATERO, Luis. «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución». En *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1 (1987).

ASENCIO MELLADO, José. *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

ASÍS ROIG, Rafael de. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery. *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. «¿Tiene rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?». En *Derecho Penal y Criminología*, núm. 18 (1982).

BACIGALUPO, Enrique. «La individualización de la pena en la reforma penal». En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. extra 3 (1980).

BACIGALUPO, Enrique. «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente». En *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*. Madrid: Akal, 1991.

BACIGALUPO, Enrique. «La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el derecho penal económico». En BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1987.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ara Editores, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. Tercera edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis, 1989.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal español II: el hecho punible.* Madrid, 1985.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general.* Madrid: Akal, 1991.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. «Lección 11. Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito en el Código Penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil del delito». En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan (coord.). *Introducción al derecho penal.* Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2011.

BARATTA, Alessandro. «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica» (trad. Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas). En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, 1984.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal.* México: Siglo XXI, 1986.

BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú.* Tomo IV. Lima: Editorial Universitaria, 1969.

BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas.* México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización?* Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (trad. José Navarro, Daniel Jiménez, Rosa Borrás). Barcelona: Paidós, 2006.

BELAUNDE, Víctor. *La Constitución inicial del Perú ante el derecho internacional.* Lima: Editorial Universitaria, 1981.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal* (trad. Sebastián Soler). Santiago de Chile: Olejnik, 2018.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo* (trad. Sebastián Soler). Buenos Aires: El Foro, 2002.

BENDA, Ernesto. «Dignidad humana y derechos de la personalidad». En BENDA, Ernesto y otros. *Manual de derecho constitucional.* Madrid: Marcial Pons, 1996.

BENITES SÁNCHEZ, Santiago. *Derecho penal peruano.* Lima, 1952.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de derecho penal. Parte general I. Instrumentos y principios básicos del derecho penal.* Barcelona: Praxis, 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de derecho penal. Parte general.* Barcelona: Praxis, 1996.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. «Derechos humanos y derecho penal». En *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XI (1988).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. «El medio ambiente como bien jurídico tutelado». En TERRADILLOS BASOCO, Juan (ed.). *El delito ecológico.* Madrid: Trotta, 1992.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. «El proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de parte general». En *Revista del Foro Canario*, núm. 87 (1993).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. «Prólogo». En RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*. Barcelona: PPU, 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico». En *Hacia el derecho penal del nuevo milenio*. México: INACIPE, 1991.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El delito de lesiones*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión*. Madrid: Tecnos, 1987.

BERGALLI, Roberto. «La instancia judicial». En BERGALLI, Roberto y BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dirs.). *El pensamiento criminológico II*. Bogotá: Temis, 1983.

BERGALLI, Roberto. «Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía». En LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco (coords.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BERGALLI, Roberto. «Principio de justicia universal y modernidad jurídica». En *Jueces para la Democracia*, núm. 42 (2001).

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

BIRNBAUM, J. «Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung». En *Archiv des Criminalrechts*. Tomo 15. Halle: C.A.Schwetschke und Sohn, 1834.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2001.

BOLADERAS, Margarita. *Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos*. Madrid: Tecnos, 1996.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel y GRACIA MARTÍN, Luis (coords.) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel y GRACIA MARTÍN, Luis (coords.). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel. *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*. Madrid: Civitas-Prensas Universitarias de Zaragoza, 1995.

BONETTO, Luis. «Corte Penal Internacional». En LASCANO, Carlos (dir.). *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*. Córdoba: Lerner, 2001.

BOTTKE, Wilfried. «Sexualidad y delito: las víctimas de los delitos sexuales». En REYNA ALFARO, Luis (coord.). *Victimología y victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2003.

BOTTOMORE, Tom. *Introducción a la sociología.* Décima edición. Barcelona: Ediciones Península, 1989.

BOVINO, Alberto. «Culpabilidad, cultura y error de prohibición». En *Thémis,* núm. 15 (1989).

BOVINO, Alberto. «La participación de la víctima en el procedimiento penal». En REYNA ALFARO, Luis (coord.). *Victimología y victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en derecho penal.* Lima: Ara Editores, 2003.

BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Código Penal anotado.* Lima: Editorial San Marcos, 2000.

BRAMONT ARIAS, Luis. «La pena de muerte». En *Temas de derecho penal.* Tomo III. Lima: Editorial San Marcos, 1990.

BRAMONT ARIAS, Luis. «Los principios rectores del nuevo Código Penal». En *Derecho,* núm. 46 (1992).

BRAMONT ARIAS, Luis. *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general.* Lima: Ediciones Jurídicas UNIFE, 2004.

BRAMONT ARIAS, Luis. *Derecho penal. Parte general.* Lima, 1972.

BRAMONT ARIAS, Luis. *La ley penal. Curso de dogmática jurídica.* Lima, 1950.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María. *Manual de derecho penal. Parte especial.* Cuarta edición. Lima: Editorial San Marcos, 1998.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Manual de derecho penal. Parte general.* Lima: Eddili, 2002.

BRICOLA, Franco. «Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi colettivi». En *La Questione Criminale,* núm. 1 (1976).

BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato.* Torino: Separata de Novissimo Digesto italiano, 1973.

BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo.* Barcelona: JM Bosch, 1995.

BUNSTER, Álvaro. «Acerca del sistema de doble vía en el Código Penal mexicano». En *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales,* núm. 1 (1999).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal.* Volumen I. Madrid: Trotta, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI PIJOÁN, Elena. *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas.* Barcelona: PPU, 1993.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel. *Derecho penal latinoamericano comparado.* Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1981.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. «Consideraciones en torno al injusto penal». En *Nuevo pensamiento penal.* Buenos Aires: Depalma, 1974.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. «In-seguridad y lucha contra el terrorismo». En LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco (coords.). *El derecho ante la glabalizacion y el terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. «Los bienes jurídicos colectivos». En *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho penal español. Parte general*. Barcelona: Ariel, 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal. Parte general*. Cuarta edición. Barcelona: PPU, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal. Parte general*. Tercera edición. Barcelona: Ariel, 1989.

CADOPPI, Alberto y VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale. Parte generale*. Milán: Cedam, 2002.

CALLANAN, Valerie. *Feeding the fear of crime. Crime related-media and support for three strikes*. New York: LBF Publishing, 2005.

CALLIESS, Rolf. *Theorie der Strafe im demokratischen und soziales Rechtsstaat*. Frankfurt, 1974.

CÁMARA DE DIPUTADOS. *La reforma del Código Penal*. Tomos I-III. Lima: Imprenta y Librería de San Pedro, 1918.

CANCIO MELIÁ, Manuel. «¿Derecho penal del enemigo?». En JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel. «Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito». En JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *El sistema funcionalista del derecho penal*. Lima: Grijley, 2000.

CANCIO MELIÁ, Manuel. «La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo». En *Estudios de derecho penal*. Lima: Palestra, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

CANO PAÑOS, Miguel. «¿Clemencia o justicia? Sobre las reticencias existentes en Alemania a la hora de poner en libertad a los últimos terroristas de la RAF». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2 (2007).

CARAMUTI, Carlos. «Dogmática y política criminal de la víctima en relación a la titularidad y ejercicio de la acción penal». En *Ciencias penales contemporáneas*, núm. 1 (2001).

CARBONELL MATEU, Juan. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CARO CORIA, Dino. «¿Relevancia penal de los "disturbios públicos"? Notas sobre la reforma penal mediante la Ley 27686». En *Legal Express*, núm. 16 (2002).

CARO CORIA, Dino. «¿Superación del pasado a través del derecho penal? Notas sobre la reforma del Código Penal peruano a diez años de su vigencia». En *Thémis*, núm. 44 (2002), pp. 197-214.

CARO CORIA, Dino. «"Sociedades de riesgo" y bienes jurídicos colectivos». En *Thémis*, núm. 37 (1998).

CARO CORIA, Dino. «Bienes jurídicos colectivos en la "sociedad del riesgo" y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo». En AA. VV. *Libro de ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Penal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

CARO CORIA, Dino. «Interés público, derecho penal y poder de Policía». En GONZÁLES MANTILLA, Gorki (ed.). *Derecho y ciudadanía. Ensayos de interés público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

CARO CORIA, Dino. «La enseñanza de la dogmática penal como *conditio sine qua non* para el éxito de la oralidad». En REYNA ALFARO, Luis; CUAREZMA, Sergio y URIBE, Alfredo (coords.). *El proceso penal en Iberoamérica*. México: Editorial Flores, 2016.

CARO CORIA, Dino. «La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». En SALMÓN, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

CARO CORIA, Dino. «Presentación». En JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Lima: Palestra, 2000.

CARO CORIA, Dino. «Presentación». En SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*. Lima: Gráfica Horizonte, 1999.

CARO CORIA, Dino. «Prólogo». En AMBOS, Kai. *El nuevo derecho penal internacional*. Lima: Ara, 1994.

CARO CORIA, Dino. «Seguridad ciudadana y "decretos de emergencia"». En *Informativo legal BM&U*, núm. 41 (1998).

CARO CORIA, Dino. «Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real». En *Thémis*, núm. 27-28 (1994).

CARO CORIA, Dino. *Derecho penal del ambiente*. Lima: Gráfica Horizonte, 1999.

CARO CORIA, Dino. *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal*. México: UNAM, 2002.

CARO CORIA, Dino. *La protección penal del ambiente*. Lima: BM&U, 1995.

CARO CORIA, Dino y REYNA ALFARO, Luis. *Derecho penal económico y de la empresa*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.

CARO CORIA, Dino y SAN MARTÍN CASTRO, César. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Lima: Grijley, 2000.

CARO JOHN, José. *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Lima: Grijley, 2003.

CASCAJO CASTRO, José y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel. *Constituciones extranjeras contemporáneas*. Tercera edición. Madrid: Tecnos, 1994.

CASCAJO CASTRO, José. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CASTILLO ALVA, José. «Artículo I». En *Código Penal comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

CASTILLO ALVA, José. *Principios de derecho penal. Parte general*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

CASTIÑEIRA, María. *El delito continuado*. Barcelona: Bosch, 1977.

CERETTI, Adolfo. «A homage to Louk Hulsman». En *Cahiers de défense sociale*, núm. 30 (2003), pp. 47-54.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general I*. Madrid: Tecnos, 1985.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito 2*. Madrid: Tecnos, 1993.

CERVINI, Raúl. «Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas». En CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel y GOMES, Luis. *Lavado de activos y secreto profesional*. Montevideo: Carlos Álvarez Editor, 2002.

CHAZARRA QUINTO, María. «El tratamiento penal del inmigrante en el derecho español: análisis de la aplicación del denominado "derecho penal del enemigo" a los delitos relacionados con la inmigración». En *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, núm. 1 (2006).

CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*. Lima: AFA Editores, 1986.

CHIRINOS SOTO, Francisco. *Comentarios al nuevo Código Penal del Perú*. Tomo I. Lima: Rhodas, 1993.

CHRISTIE, Nils. «Los conflictos como pertenencia». En MAIER, Julio (comp.). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

Cobo del Rosal, Manuel y Quintanar Díez, Manuel. «Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo». En Cobo del Rosal, Manuel (dir.). *Compendio de derecho penal español. Parte especial.* Madrid: Marcial Pons, 2000.

Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás. *Derecho penal. Parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Conso, Giovanni. *La legislazione dell' emergenza.* Volumen 12. Milán: Giuffrè, 1983.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. «Imputación "objetiva" en el delito imprudente». En *Cuadernos de derecho judicial.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos». En Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.). *La política criminal en Europa.* Barcelona: Atelier, 2004.

Córdoba Roda, Juan y Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal.* Tomo I. Barcelona: Ariel, 1972.

Costa Andrade, Manuel da. «Merecimiento de pena y necesidad de tutela como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito». En Silva Sánchez, Jesús (ed.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1995.

Cotler, Julio. *Clases, Estado y nación en el Perú.* Tercera edición. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2006.

Cousiño MacIver, Luis. *Derecho penal chileno. Parte general.* Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979.

Cubas Villanueva, Víctor. *La Cantuta. Crónica de la investigación fiscal.* Lima: Palestra Editores, 1998.

Cuello Contreras, Joaquín. «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* núm. monográfico extraordinario (1981).

Cuello Contreras, Joaquín. *El derecho penal español. Parte general.* Madrid: Dykinson, 2002.

Cuerda Riezu, Antonio y Ruiz Colomé, María. «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional». En Cerezo Mir, José y otros (eds.). *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López.* Granada: Comares, 1999.

Cuerda Riezu, Antonio. *La colisión de deberes en el derecho penal.* Madrid: Tecnos, 1984.

Cuesta Aguado, Paz de la. «Derecho penal económico y nuevas tecnologías». En Ruiz Rodríguez, Luis Ramón (ed.). *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

CUESTA AGUADO, Paz de la. «La protección penal del medio ambiente en Argentina: un objetivo aplazado». En *Ciencias Penales*, núm. 1 (2001).

CUESTA AGUADO, Paz de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Cuyo: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la. «La resocialización: objeto de la intervención penitenciaria». En *Papers D'estudis y formacio*, núm. 11 (1993).

CURY URZUA, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Amnistía vs. derechos humanos. Buscando justicia*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2001. Disponible en: <bit.ly/2VPpK4A>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000.

DELMAS MARTY, Mireille. *Modelos actuales de política criminal* (trad. Aurelia Richard, Juan Terradillos y Rocío Cantarero). Madrid: Ministerio de Justicia, 1986.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 50 (1997).

DERSHOWITZ, Alan. *Letters to a young lawyer*. New York: Basic Books, 2001.

DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991.

DÍEZ RIPOLLÉS, José. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Tercera edición. Barcelona: Ariel, 2008.

DIX SILVA, Tadeu. «Globalización y derecho penal brasilero: ¿acomodación o indiferencia?». En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, núm. 23 (1998).

DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale. La democracia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milán: Giuffrè, 2004.

DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. París: Felix Alcán, 1893.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Editorial Cuzco, 1987.

ESCRIVÁ GREGORI, José. «Algunas consideraciones sobre derecho penal y constitución». En *Papers. Revista de Sociología*, núm. 13 (1980).

ESCRIVÁ GREGORI, José. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias* (trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá). Madrid: Colex, 1995.

ESER, Albin. «Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, fasc. 3 (1996), pp. 1021 y ss.

ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César y PALOMINO MANCHEGO, José. «La jurisdicción militar en el Perú». En AA. VV. *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Grijley, 1997.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. «El derecho internacional y la pena de muerte». En *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, núm. 38 (1988).

FEDERICI, Renato. *Gli interessi diffussi. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo*. Padova: Cedam, 1984.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. «Delitos contra la Administración pública en el Código Penal español de 1995». En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 7-8 (1999).

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid: Colex, 1997.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en derecho penal*. Lima: Grijley, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La normativización del derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2007.

FELLER SCHLEYER, Claudio. «Orientaciones básicas del derecho penal en el Estado democrático de derecho». En AA. VV. *El sol en la ciudad. Estudios sobre prevención del delito y modernización penitenciaria*. Santiago de Chile: Editora Nacional de Derechos Humanos, 1993.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental I*. Bogotá: Temis, 1998.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores. «Los límites del *ius puniendi*». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47, fasc. 3 (1994), pp. 87 y ss.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional». En *Derecho*, núm. 48 (1994).

FERRAJOLI, Luigi. «El derecho penal mínimo». En *Poder y control*. Barcelona: PPU, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. «Il diritto penale mínimo». En *Dei delitti e delle pene*, núm. 3 (1985).

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma/Bari: Laterza, 1989.

FERRÉ OLIVÉ, Juan. «La extradición». En GARCÍA ARÁN, Mercedes y LÓPEZ GARRIDO, Diego (coords.). *Crimen internacional y jurisdicción universal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

FERRÉ OLIVÉ, Juan. *El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código Penal.* Barcelona: Praxis, 1988.

FERREIRA DE ABREU, Francisco. «¿Resocialización o inocuización? Acerca del derecho penal del enemigo en el contexto de la reforma penal venezolana». En *Capítulo Criminológico*, núm. 34.3 (2006).

FERRERO COSTA, Raúl. «Pena de muerte volvería héroes a terroristas. Entrevista realizada por Luis Alberto Chávez». En *Diario La República.* Lima, 1993.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general.* Bogotá: Temis, 2006.

FIANDACA, Giovanni. «Il "bene giuridico" come problema teorico e come problema criterio di politica criminale». En AA. VV. *Diritto penale in tranformazione.* Milán: Giuffrè, 1985.

FIANDACA, Giovanni. «La tipizzazione del pericolo». En AA. VV. *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del códice.* Milano: Centro Studi e Iniziative per la riforma dello Stato, 1987.

FIERRO, Guillermo. «Artículo 1». En BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio (dirs.). *Código Penal y normas complementarias.* Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

FIGUEIREDO DÍAS, Jorge de. «El derecho penal entre la sociedad industrial y la sociedad del riesgo». En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, núm. 33 (2001).

FIGUEIREDO DÍAS, Jorge de. *Direito penal. Parte geral.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FIGUEROA NAVARRO, Aldo y RENART GARCÍA, Felipe. «Limitación de días libres y arresto en fin de semana: aspectos comparativos». En *Anuario de derecho penal 97/98*, 1999.

FIORE, Carlo. «Decodificazione e sistematica del beni giuridico». En AA. VV. *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice.* Milano: Franco Angeli-Centro Studi e Iniziative per la riforma dello Stato, 1987.

FLETCHER, George. *Conceptos básicos de derecho penal* (trad. Francisco Muñoz) Conde.Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

FROSINI, Vittorio. *Teoría de la interpretación jurídica.* Bogotá: Temis, 1991.

GAMARRA HERRERA, Ronald. «El delito de terrorismo en la nueva Constitución». En *Ideele. Información, análisis y propuesta*, núm. 59-60 (1993).

GAMARRA HERRERA, Ronald. *Terrorismo. Tratamiento jurídico.* Segunda edición. Lima: IDL, 1996.

García Añón, José. «Los derechos humanos como derechos morales. Aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez». En Ballesteros, Jesús (ed.). *Derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1992.

García Arán, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*. Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982.

García Cavero, Percy. «La imputación objetiva en los delitos imprudentes: comentario a la Sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, RN NÚM. 4288-97 Áncash». En *Revista de Derecho*, vol. I (2000).

García Cavero, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: Ara Editores, 2003.

García Cavero, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. Barcelona: Bosch, 1999.

García Cavero, Percy. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2008.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1982.

García Pablos de Molina, Antonio. «Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del *ius puniendi*». En González Rus, Juan José (coord.). *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1996, pp. 249 y ss.

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

García Rada, Domingo. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Eddili, 1984.

García Rivas, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.

Garcilaso de la Vega, Inca. *Comentarios reales: el origen de los incas*. Barcelona: Bruguera, 1968.

Garland, David. *Punishment and modern society. A study in social theory*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

Garrido, Vicente; Stangeland, Per y Redondo, Santiago. *Principios de criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Gemma, Gladio. «Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire». En *Diritto e Societá*, núm. 3 (1986).

Gimbernat Ordeig, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?* Lima: Ara Editores, 2009.

Gimbernat Ordeig, Enrique. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1981.

Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2004.

GIUNTA, Fausto. «The punitive metaphor: from "punishment lost" to "punishment found"?». En *Cahiers de défense sociale*, núm. 30 (2003), pp. 147-156.

GÓMEZ BENÍTEZ, José. «Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)». En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 69 (1983).

GÓMEZ BENÍTEZ, José. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general.* Madrid: Cívitas, 1984.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. «Libertad, seguridad y "sociedad del riesgo"». En MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.). *La política criminal en Europa.* Barcelona: Atelier, 2004.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. «La prescripción del delito en el Código Penal». En SERRANO GÓMEZ, Alfonso (ed.). *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje al prof. José María Rodríguez Devesa.* Volumen I. Madrid: UNED, 1989.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. «Propuesta de un modelo de cuantificación de la pena pecuniaria según el sistema de días-multa». En *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 1 (1999).

GONZÁLEZ MONTES, José. «Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal de menores. Especial referencia a los actos de violencia escolar». En MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.). *El menor como víctima y victimario de la violencia social.* Madrid: Dykinson, 2010.

GONZÁLEZ RUS, Juan. *Bien jurídico y Constitución: (bases para una teoría).* Madrid: Fundación Juan March, 1983.

GONZÁLEZ RUS, Juan. *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal.* Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1986.

GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. «El terrorismo: la utilidad del miedo». En *Estudios políticos*, núm. 21 (2002).

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GRISOLÍA, Francisco. *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte general I-II.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1973.

GUAMÁN POMA DE AYALA, Felipe. *Nueva corónica y buen gobierno.* 1936. Disponible en: <bit.ly/404QEoT>

GUTIÉRREZ FRANCÉS, Luz. *Fraude informático y estafa. (Aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos).* Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus.* Heidelberg: C.F. Müller, 1980.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

HABERMAS, Jürgen y HELLER, Agnes. *Por una filosofía radical.* Barcelona: Ediciones 2001, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa.* Barcelona: Península, 1985.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa.* Volumen 2. Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos.* Madrid: Cátedra, 1989.

HAFFKE, Bernhard. «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal». En SILVA SÁNCHEZ, Jesús (ed.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1995.

HALPERIN DONGHI, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina.* Madrid: Alianza Editorial, 2004.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HASSEMER, Winfried. «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos». En *Pena y Estado*, núm. 1 (1991).

HASSEMER, Winfried. «Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones». En *Ciencias Penales*, núm. 9 (1997).

HASSEMER, Winfried. «Lineamientos para una teoría personal del bien jurídico». En *Doctrina Penal*, núm. 12 (1989).

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy* (trad. Patricia Ziffer). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal.* Bogotá: Temis, 1999.

HEREDIA, Ricardo. *Lecciones de derecho penal filosófico.* Lima, 1884.

HERRERA PAULSEN, Dario. *Derecho constitucional e instituciones políticas.* Segunda edición. Lima: Eddili, 1987.

HEYDE, Wolfgang. «Capítulo XV: La jurisdicción». En BENDA, Ernesto y otros. *Manual de derecho constitucional.* Madrid: Marcial Pons, 1996.

HIRSCH, Andrew von. *Censurar y castigar.* Madrid: Trotta, 1998.

HOBBES, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* (trad. Manuel Sánchez). San Juan: Editorial Universitaria de la Universidad de Puerto Rico, 1968.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. «Política penal en el Estado democrático». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* núm. 37 (1984).

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal).* Barcelona: PPU, 1991.

HÖRNLE, Tätjana. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación legal de la pena en Alemania.* Buenos Aires: Fabián Di Plácido, 2003.

HURTADO POZO, José. «A propósito de la interpretación de la ley penal». En *Derecho*, núm. 46 (1992).

HURTADO POZO, José. «Derechos humanos, bien jurídico y Constitución». En *Anuario de derecho penal.* Lima: Asociación Peruana de Derecho Penal, 1995.

HURTADO POZO, José. «La interpretación de la ley en el derecho penal». En *Derecho*, núm. 32 (1974).

HURTADO POZO, José. «Método de resolución de casos penales». En *Derecho*, núm. 46 (1992).

HURTADO POZO, José. *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú.* Lima: Cedys, 1979.

HURTADO POZO, José. *L'influence de la législation pénale suisse sur le Code Pénal péruvien (partie générale).* Neuchâtel: Imprimerie Anderegg-Guenin, 1972.

HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general I.* Tercera edición. Lima: Grijley, 2005.

HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general.* Segunda edición. Lima: Eddili, 1987.

INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.). *La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Comares, 2000.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *La justicia penal ante los nuevos retos de la actualidad.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios superiores del derecho penal.* Madrid: Dykinson, 1999.

JAKOBS, Günther. «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?» (trad. Manuel Cancio). En JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *El sistema funcionalista del derecho penal.* Lima: Grijley, 2000.

JAKOBS, Günther. «¿Superación del pasado mediante el derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político». En *Anuario de derecho penal y ciencias penales.* Tomo 47. Madrid: Ministerio de Justicia, 1994.

JAKOBS, Günther. «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en el derecho penal» (trad. Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá). En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo XLII. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989.

JAKOBS, Günther. «Crímenes del Estado, ilegalidad en el Estado: ¿penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana? ». En *Doxa*, núm. 17-18 (1995), pp. 445 y ss.

JAKOBS, Günther. «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo». En JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. «El concepto jurídico-penal de acción» (trad. Manuel Cancio Meliá). En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 3 (1994).

JAKOBS, Günther. «Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base a las condiciones de la vigencia de la norma». En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, núm. 1 (2000).

JAKOBS, Günther. «La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente (comentario)». En ESER, Albin; HASSEMER, Winfried y BURKHARDT, Björn (coords.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

JAKOBS, Günther. «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión». En *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. «La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (trad. Enrique Peñaranda, Carlos Suárez González y Manuel Cancio). En *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. «La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico penal en la comisión». En *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. «Representación del autor e imputación objetiva» (trad. Carlos Suárez González). En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

JAKOBS, Günther. «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» (trad. María Paula Díaz Pita). En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992.

JAKOBS, Günther. «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal» (trad. Joaquín Cuello Contreras). En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo XLVIII. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989.

JAKOBS, Günther. «Sobre la teoría de la pena». En *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Lima: Palestra, 2000.

JAKOBS, Günther. «Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional». En *Bases para una teoría funcional del derecho penal.* Lima: Palestra, 2000.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. Manuel Cancio Meliá). Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal.* México: Ángel Editor, 2003.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez). Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch.* Berlín-New York: Walter de Gruyter, 1983.

JANUS, Eric. «Civil commitment as social control. Managing the risk of sexual violence». En BROWN, Mark y PRATT, John (eds.). *Dangerous offenders. Punishment and social order.* London-New York: Routledge, 2000.

JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general I* (trad. Miguel Olmedo). Lima: Pacífico, 2014.

JESCHECK, Hans. «El nuevo derecho penal alemán en el contexto internacional». En *Universitas,* núm. 2, vol. XIII (1975).

JESCHECK, Hans. «El Tribunal Penal Internacional». En *Revista Penal,* núm. 8 (2001).

JESCHECK, Hans. «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal». En MIR PUIG, Santiago (dir.). *La reforma del derecho penal.* Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1980.

JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal. Parte general* (trad. José Luis Manzanares Samaniego). Cuarta edición. Granada: Comares, 1993.

JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal. Parte general* (trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde). Volumen I. Barcelona: Bosch, 1981.

JEWKES, Ivonne. *Media and crime.* London: Sage, 2004.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Derecho penal de la República del Perú.* Lima, 1987.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito. Principios de derecho penal.* Tercera edición. México-Buenos Aires: Hermes, 1954.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal.* Tomo I. Cuarta edición. Buenos Aires: Losada, 1964.

KAISER, Günther. *Criminología*. Segunda edición. Madrid: Espasa Calpe, 1983.

KAUFMANN, Armin. «La misión del derecho penal». En MIR PUIG, Santiago (ed.). *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.

KIESO, Douglas. *Unjust sentencing and the California Three Strikes Law*. New York: LBF Publishing, 2005.

KINDHÄUSER, Urs. «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad». En LUZÓN PEÑA, Diego y MIR PUIG, Santiago (dirs.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: McGraw Hill, 1999.

KIRCHMANN, Julius von. «Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft». En *Der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*. Darmstadt, 1960.

KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica* (trad. Juan Carlos Gardella). Bogotá: Temis, 1990.

KLUG, Ulrich. *Problemas de filosofía del derecho* (trad. Ernesto Garzón Valdés). Buenos Aires: Sur, 1966.

KLUG, Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho* (trad. Jorge Malem Seña). Barcelona: Alfa, 1989, pp. 7 y ss.

KUNICKA-MICHALSKA, Barbara. «La reforma del derecho penal en el Perú y sus antecedentes». En *Actualidad Penal*, núm. 9 (1995).

KUPERS, Terry. «Conversaciones: Dr. Terry Kupers. La orgía del encarcelamiento en Estados Unidos y la ideología que la sustenta». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7 (2005).

LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho penal*. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990.

LANDA ARROYO, César. «El proceso de formación contemporáneo del Estado peruano». En AA. VV. *La Constitución diez años después*. Lima: Constitución y Sociedad, 1989.

LANDA GOROSTIZA, Jon. *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*. Granada: Comares, 2001.

LANDECHO VELASCO, Carlos y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho penal. Parte general*. Quinta edición. Madrid: Tecnos, 1996.

LANDEO, Carlos. *177 casos de injusticia y error judicial en el Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1994.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, 2005.

LASCANO, Carlos. «La insostenible "modernización del derecho penal" basada en la "tolerancia cero" desde la perspectiva de los países "emergentes"». En *Cahiers de défense sociale* (2003).

LAURENZO COPELLO, Patricia. «Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma». En *Jueces para la Democracia*, núm. 38 (2000).

LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.

LEÓN PORTOCARRERO, Pedro de. *Descripción del virreynato del Perú*. Lima: Editorial Universitaria de la Universidad Ricardo Palma, 2009.

LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. José Sánchez-Vera). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.

LISZT, FRANZ VON. «Ueber den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts». En *Strafrechtliche. Aufsätze und Vorträge*. Reimpresión de la edición de 1905. Tomo II. Berlín, 1970.

LISZT, FRANZ VON. *La idea del fin en derecho penal*. Valparaíso, 1984.

LISZT, FRANZ VON. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. Madrid: Reus, 1927.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho penal. Parte general*. Tomos II y IV. Madrid: Marcial Pons, 2002.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Akal-Iure, 1999.

LÓPEZ GARRIDO, Diego. «La impunidad nacional de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos en Chile y Argentina». En GARCÍA ARÁN, Mercedes y LÓPEZ GARRIDO, Diego (coords.). *Crimen internacional y jurisdicción internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

LOZANO HIGUERO, Manuel. «La protección procesal de los intereses difusos». En *Boletín (Facultad de Derecho)*, núm. 9-10 (1983).

LÜDERSSEN, Klaus. «El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios "europeos tradicionales" o ¿adiós al "derecho penal europeo tradicional"?». En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, núm. 9 (1999).

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie I-II*. München: Reinbeckbei Hamburg-Rowohlt Taschenbuch Verlag Gmbh, 1972.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1984.

LUZÓN PEÑA, Diego. «Antinomias penales y medición de la pena». En MIR PUIG, Santiago (ed.). *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.

LUZÓN PEÑA, Diego. «Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (comentario a la Sentencia del Tribunal

Supremo del 27-01-84)». En AA. VV. *Derecho penal de la circulación (estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*. Barcelona: Bosch, 1985.

LUZÓN PEÑA, Diego. «La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 42 (1989).

LUZÓN PEÑA, Diego. «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 46 (1993).

LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas, 1996.

MANTOVANI, Ferrando. «El principio de offensività del reato nella costituzione». En *Scritti in onore de C. Mortati*. Volumen IV. Milano, 1977.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale*. Padova: Cedam, 1979.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Milano: Cedam, 2002.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tercera edición. Madrid: Civitas, 1996.

MAQUEDA ABREÚ, María. «El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del código penal del 25 de junio de 1983». En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 31 (1987).

MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Milán: Giuffrè, 2004.

MARINUCCI, Giorgio. «Problemi della riforma del diritto penale in Italia». En MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio (eds.). *Diritto penale in trasformazione*. Milán: Giuffrè, 1985, p. 365.

MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. «Reflexiones sobre la expansión del derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del "Big Crunch" y la selección de bienes jurídico-penales». En MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *Derecho penal económico. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús. *Curso de teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 2006.

MARTÍNEZ SERRANO, Alicia. «Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000». En ORNOSA FERNÁNDEZ, María (dir.). *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

MARTOS NÚÑEZ, Juan. «El principio de intervención penal mínima». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 40, fasc. 1 (1987), pp. 99 y ss.

MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*. Köln: Carl Haymanns Verlag, 1972.

MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Delincuencia informática y derecho penal.* Managua: Hispamer, 2003.

MAURACH, Reinhard y ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MAURACH, Reinhard; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general.* Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MAYER, Max. *Derecho penal. Parte general* (trad. Sergio Politoff). Buenos Aires: BdeF, 2007.

MAZUELOS COELLO, Julio. «Extradición activa: requisitos, recaudos y trámites». En *Control social y dogmática penal.* Lima: Editorial San Marcos, 1995.

MAZUELOS COELLO, Julio. «Sistema de justicia penal y asistencia judicial internacional». En *Control social y dogmática penal.* Lima: Editorial San Marcos, 1995.

MÉNDEZ, Juan. «El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos». En *Debate Defensorial*, núm. 3 (2001).

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas, 2001.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto.* Granada: Comares, 2001.

MERTON, Robert. *Teoría y estructura sociales.* México: Fondo de Cultura Económico, 1984.

MEZGER, Edmund. «¿Hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas esterizadoras?». En *Revista Penal*, núm. 10 (2002).

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal.* Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

MILITELLO, Vincenzo. «Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías». En ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y DÍAZ-SANTOS, María (coords.). *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías.* Madrid: Colex, 2001.

MIR PUIG, Santiago. «El objeto del delito». En *Enciclopedia jurídica.* Tomo XVII. Barcelona: Seix, 1982.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* Cuarta edición. Barcelona: PPU, 1996.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* Quinta edición. Barcelona: PPU, 1998.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* Segunda edición. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1985.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* Sétima edición. Buenos Aires: BdeF, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* Tercera edición. Barcelona: PPU, 1990.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.* Barcelona: Ariel, 1994.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho.* Segunda edición. Barcelona: Bosch, 1982.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método.* Barcelona: Bosch, 1976.

MIRA BENAVENT, Javier. «Un modelo de control penal: el no derecho». En PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.). *Mutaciones de Leviatán.* Madrid: Akal, 2005.

MOLINA, Cristobal de. *Relación de las fábulas y ritos de los incas.* Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2008.

MONTANO, Pedro. «La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal». En *Revista de Derecho*, núm. 3, vol. 2 (2003), p. 424.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. «Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs». En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MONTERO AROCA, Juan. «Capítulo I: La jurisdicción». En MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional. Parte general.* Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho jurisdiccional peruano.* Lima: Enmarce, 1999.

MONTESQUIEU, Charles y SECONDAT, Louis de. *El espíritu de las leyes.* Tomo I. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906.

MORENO CATENA, Víctor (dir.). *El proceso penal.* Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. *Curso de derecho penal español. Parte general.* Madrid: Marcial Pons, 1996.

MUGUERZA, Javier. «En torno a la lógica de la falacia naturalista». En AA. VV. *Teoría y sociedad. Homenaje al profesor Aránguren.* Barcelona: Ariel, 1970.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* Tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* Quinta edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. «El nuevo derecho penal autoritario». En LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco (coords.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. «El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los "extraños a la comunidad"». En *Revista Penal,* núm. 9 (2002).

MUÑOZ CONDE, Francisco. «Función de la norma penal y reforma del derecho penal». En *Nuevo Pensamiento Penal,* núm. 4 (1973).

MUÑOZ CONDE, Francisco. «La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo: ¿un paso para la "solución final de la cuestión social"?». En *Revista Penal,* núm. 10 (2002).

MUÑOZ CONDE, Francisco. «La prisión como problema: resocialización versus desocialización». En *Derecho penal y control social.* Jerez de la Frontera: Fundación Universitaria de Jeréz, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito». En MIR PUIG, Santiago (ed.). *Política criminal y reforma del derecho penal.* Bogotá: Temis, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco. «Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal». En *Revista Penal,* núm. 5 (2000).

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero, al derecho penal del enemigo.* Managua: ICEP, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social.* Jerez de la Frontera: Fundación Universitaria, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito.* Reimpresión de la segunda edición. Bogotá: Temis, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito.* Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Tercera reimpresión de la segunda edición. Bogotá: Temis, 2008.

MURÚA, Martín de. *Historia general del Perú*. Madrid: Dastin, 2001.

MÜSSIG, Bernd. «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal». En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, núm. 2 (2001).

NAVARRO ALTHAUS, Martín. «El sistema de penas en el CP peruano de 1991». En *Anuario de Derecho Penal*, núm. 97-98 (1999).

NINO, Carlos Santiago. «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos». En *Doctrina Penal*, núm. 12 (1979).

NOHL, Herman. *Introducción a la ética: las experiencias éticas fundamentales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1958.

NOVAK TALAVERA, Fabián. «Antecedentes históricos del Estatuto de Roma». En SALMÓN, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Causalismo y finalismo en derecho penal*. San José: Juricentro, 1980.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. Cuarta edición. México: Siglo XXI, 1980.

NÚÑEZ, Estuardo. *La influencia alemana en el derecho peruano*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1937.

O'MALLEY, Pat. «Risk societies and the government of crime». En BROWN, Mark y PRATT, John (ed.). *Dangerous offenders. Punishment and social order*. London/New York: Routledge, 2000.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y HUERTA, Susana. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Rafael Castellanos, 1985.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Sobre el concepto de derecho penal*. Madrid: Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1981.

OLMO, Rosa del. *Estudio criminológico de los delitos de tránsito en Venezuela*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1978.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Alternativas, 1999.

PADOVANI, Tulio. *Diritto penale*. Milán: Giuffrè, 2004.

PALAZZO, Francesco. *Introduzione al principi del diritto penale*. Turín: Giappichelli, 1999.

PARMA, Carlos. *El pensamiento penal de Günther Jakobs*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

PARSONS, Talcott. *El sistema social* (trad. Jiménez Blanco y Cazorla Pérez). Madrid: Alianza Editorial, 1984.

PARSONS, Talcott. *La estructura de la acción social I y II*. Madrid: Ediciones Guadamarra, 1968.

PASTOR ALCOY, Francisco. *La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 1996.

PASTOR, Daniel. *Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2004.

PEASE, Franklin. *Los incas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

PEDRAZZI, Cesare. «El bien jurídico en los delitos económicos». En BARBERO SANTOS, Marino (ed.). *La reforma penal. Los delitos socio-económicos*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1985.

PEÑA CABRERA, Raúl. «La culpabilidad». En *Debate Penal*, núm. 4 (1988).

PEÑA CABRERA, Raúl. «Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal». En AA. VV. *Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*. Lima: AFA Editores, 1988.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Terrorismo y ley penal*. Lima: AFA Editores, 1990.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal. Estudio programado de la parte general*. Tercera edición. Lima: Grijley, 1999.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del derecho penal». En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, núm. 3 (2001).

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Lima: Grijley, 1998.

PERDOMO TORRES, José. «El concepto de deber jurídico». En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

PÉREZ ALONSO, Esteban. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*. Granada: Comares, 1998.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*. Barcelona: Praxis, 1981.

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 1986.

PÉREZ PINZÓN, Alvaro. «Principios fundamentales del derecho penal». En *Debate Penal*, núm. 5 (1988).

PIZARRO BELEZA, Teresa y COSTA PINTO, Frederico da. *O regime legal do erro e as normas penais em branco*. Coimbra: Almedina, 2001.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría general del delito*. México: UNAM, 2000.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. «La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas ¿más derecho penal?». En JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El derecho penal ante las sociedades modernas*. Lima: Grijley, 2006.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima: Grijley, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en derecho penal*. Sevilla: Anales de la Universidad Hispalense, 1974.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima: Grijley, 2006.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. «Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal». En PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.). *Mutaciones de Leviatán*. Madrid: Akal, 2005.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos». En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 39 (1989).

POSADA MAYA, Ricardo. *Aspectos fundamentales del delito continuado*. Granada: Comares, 2012.

POZO PÉREZ, Marta del. «La extradición». En SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia y DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario (coords.). *Hacia un derecho penal sin fronteras*. Madrid: Colex, 2000.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. «Las penas en la reforma penal». En *Anuario de Derecho Penal*, núm. 89-90 (1991).

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. «Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa». En AA. VV. *Libro de ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Penal*. Lima: PUCP, 1997.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Comentarios al Código Penal de 1991*. Lima: Alternativas, 1993.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho penal y política*. Lima: Eddili, 1990.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*. Lima: Palestra, 1999.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Política criminal peruana: aborto, anticonceptivos, tráfico ilícito de drogas, delitos sexuales, reforma penal*. Lima: Cultural Cuzco, 1985.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I. Lima: Grijley, 1996.

PRATS CANUT, José. «De los delitos de terrorismo». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *Comentarios a la parte especial del derecho penal.* Pamplona: Aranzadi, 1999.

PRATS CANUT, José. «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el proyecto de Código Penal de 1980». En *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria.* Tomo II. Barcelona: Bosch, 1983.

PRATT, John. «Dangerousness and modern society». En BROWN, Mark y PRATT, John (eds.). *Dangerous offenders. Punishment and social order.* London-New York: Routledge, 2000.

PRITTWITZ, Cornelius. «Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del derecho penal?». En MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.). *La política criminal en Europa.* Barcelona: Atelier, 2004.

PULITANÓ, Domenico di. «La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche». En AA. VV. *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice.* Milano: Franco Angeli Centro Studi e Iniziative per la riforma dello Stato, 1987.

PULITANÓ, Domenico di. «La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione». En *La Questione Criminale,* núm. 1 (1981).

PUPPE, Ingeborg. *La imputación del resultado en derecho penal.* Lima: Ara Editores, 2003.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. «El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma». En *Revista Peruana de Ciencias Penales,* núm. 4 (1994).

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Derecho penal de la culpa (imprudencia).* Barcelona: Bosch, 1958.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «Delitos contra los intereses generales o derechos sociales». En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (1983).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de derecho penal. Parte general.* Barcelona: Cedecs, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal. Parte general.* Navarra: Aranzadi, 2000.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del derecho.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.

RAGUÉS I VALLES, Ramón. «El Tribunal Penal Internacional. La última gran institución del siglo XX (I)». En *La Ley,* núm. 5289 (2000).

RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Barcelona: Bosch, 1999.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale.* Turín: Giappichelli Editore, 2005.

RANSIEK, Andreas. «Colaboración neutral en organizaciones formales». En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, núm. 4 (2003).

REAÑO PESCHIERA, José. «Algunos aspectos dogmáticos de los delitos de corrupción de funcionarios». En *Revista Jurídica del Perú*, núm. 28 (2001).

RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.

RENART GARCÍA, Felipe. «La pena de trabajo en beneficios de la comunidad desde una perspectiva comparada». En *Anuario de Derecho Penal*, núm. 97-98 (1999).

REY GONZÁLEZ, Carlos. *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1999.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Primera edición. Bogotá: Temis, 1994.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Tercera edición. Bogotá: Temis, 2005.

REYNA ALFARO, Luis y CUARESMA TERÁN, Sergio (coords.). *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre las tensiones entre riesgos y seguridad*. Buenos Aires: BdeF, 2008.

REYNA ALFARO, Luis. «Cuestiones básicas del derecho penal del ambiente: reflexiones desde el derecho peruano». En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, núm. 41 (2003).

REYNA ALFARO, Luis. «El nuevo tratamiento legislativo de los delitos sexuales». En REYNA ALFARO, Luis (dir.). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Lima: Jurista Editores, 2005.

REYNA ALFARO, Luis. «El programa dogmático y político criminal del principio de legalidad». En *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, núm. 2 (2012).

REYNA ALFARO, Luis. «Estudio final: la víctima en el sistema penal». En SCHÜNEMANN, Bernd y otros. *La víctima en el sistema penal*. Lima: Grijley, 2006.

REYNA ALFARO, Luis. «Imputación objetiva, criminalidad de empresa y desarrollo jurisprudencial. A su vez, un análisis en torno a la necesidad de armonizar la teoría y la práctica penal». En CHAN, Gustavo; RODRÍGUEZ, Alexander y PARMA, Carlos (coords.). *Ciencias penales y derechos humanos. Homenaje al Prof. Dr. Javier Llobet Rodríguez*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2020.

REYNA ALFARO, Luis. «La individualización judicial de la pena y reforma penal». En AA. VV. *Dogmática penal del tercer milenio*. Lima: Ara Editores, 2008.

REYNA ALFARO, Luis. «La protección penal del ambiente: posibilidades y límites». En *Ciencias Penales contemporáneas*, núm. 4 (2003).

REYNA ALFARO, Luis. «Los delitos informáticos en el Código Penal peruano». En *Revista Jurídica del Perú*, núm. 31 (2002).

REYNA ALFARO, Luis. «Moral y derecho penal sexual». En REYNA ALFARO, Luis (dir.). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Lima: Jurista Editores, 2005.

REYNA ALFARO, Luis. «Presentación». En FIANDACA, Giovanni. *El derecho penal entre la ley y el juez*. Madrid: Dykinson, 2013.

REYNA ALFARO, Luis. *Comentarios a la legislación anticorrupción*. Lima: Jurista Editores, 2002.

REYNA ALFARO, Luis. *Derecho penal y violencia intrafamiliar*. Managua: ICEP, 2005.

REYNA ALFARO, Luis. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Iustitia, 2018.

REYNA ALFARO, Luis. *Derecho procesal penal*. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2022.

REYNA ALFARO, Luis. *El proceso penal aplicado conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Grijley, 2010.

REYNA ALFARO, Luis. *La terminación anticipada en el Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

REYNA ALFARO, Luis. *Los delitos informáticos: aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*. Lima: Jurista Editores, 2002.

REYNA ALFARO, Luis. *Manual de derecho penal económico. Parte general y parte especial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

REYNA ALFARO, Luis. *Tratado integral de litigación estratégica*. Bogotá: Temis, 2015.

RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo. «El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes». En *La Ley. Revista Universitaria*, núm. 3 (2003).

RIVERA PAZ, Carlos. *Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista*. Lima: Instituto de Defensoría Legal, 1999.

ROBERTS, Julian y otros. *Penal populism and public opinion. Lesson from five countries*. London: Oxford Press, 2003.

RODAS MONSALVE, Julio. *Protección penal y medio ambiente*. Barcelona: PPU, 1994.

RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. «La teoría de los sistemas y la prevención general positiva». En AA. VV. *II Congreso Internacional de Derecho Penal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

RODRÍGUEZ DEVESA, José y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*. Décimo octava edición. Madrid: Dykinson, 1995.

RODRÍGUEZ DEVESA, José. *Derecho penal español. Parte general*. Segunda edición. Madrid, 1971.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan. *El derecho penal en la actividad económica*. Buenos Aires: Abaco, 2000.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. «Consideraciones generales acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto». En *Debate Penal*, núm. 14 (1997).

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. «Alternativas a la protección penal del medio ambiente». En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 19 (1983).

RODRÍGUEZ, Nancy. *Persistent offender law. Racial disparity, patterned offences, and unintended effects*. New York: LFB Publishing, 2003.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José. «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional». En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, núm. 33 (2001).

RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge. *Teoría y práctica del derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1996.

ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTES VARGAS, Alberto. *Código Penal: 10 años de jurisprudencia sistemarizada*. Lima: Idemsa, 2001, pp. 48-49.

ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1992.

ROMANO, Mario. «"Merecimiento de pena", "necesidad de pena" y teoría del delito». En SILVA SÁNCHEZ, Jesús (ed.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995.

ROMEO CASABONA, Carlos. «Límites de los delitos de comisión por omisión». En *Debate Penal*, núm. 14 (1997).

ROSTWOROWSKI DE DIEZ CANSECO, María. *Historia del Tahuantinsuyo*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1992.

ROXIN, Claus y otros. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000.

ROXIN, Claus. «¿Qué es la complicidad?». En *Dogmática y política criminal*. Lima: Idemsa, 1998.

ROXIN, Claus. «¿Qué queda del principio de culpabilidad en derecho penal?». En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30 (1986).

ROXIN, Claus. «Acerca de la consolidación político criminal del sistema del derecho penal». En *Dogmática y política criminal*. Lima: Idemsa, 1998.

ROXIN, Claus. «Acerca del fundamento penal de la participación». En *Dogmática y política criminal*. Lima: Idemsa, 1998.

ROXIN, Claus. «Acerca del fundamento penal de la tentativa». En *Dogmática y política criminal*. Lima: Idemsa, 1998.

ROXIN, Claus. «Dominio de la organización y resolución al hecho». En *La teoría del delito en la discusión actual.* Lima: Grijley, 2007.

ROXIN, Claus. «El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo». En MIR PUIG, Santiago (ed.). *Política criminal y reforma del derecho penal.* Bogotá: Temis, 1982.

ROXIN, Claus. «El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo». En *Dogmática y política criminal.* Lima: Idemsa, 1998.

ROXIN, Claus. «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo». En *Problemas básicos del derecho penal* (trad. Diego Luzón Peña). Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, Claus. «La reparación civil dentro del sistema de los fines penales». En *Universitas,* núm. 3, vol. XXIV (1987).

ROXIN, Claus. «Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal». En *Problemas actuales de dogmática penal.* Lima: Ara Editores, 2004.

ROXIN, Claus. «Observaciones a la "prohibición de regreso"». En *Dogmática y política criminal.* Lima: Idemsa, 1998.

ROXIN, Claus. «Problemas actuales de la política criminal». En *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal.* México: UNAM, 2001.

ROXIN, Claus. «Problemas fundamentales del sistema del derecho penal». En ROXIN, Claus y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio.* Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2000.

ROXIN, Claus. «Recensión del libro: *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch,* de Günther Jakobs». En *Neue Juristische Wochenschrift.* Munich: CH Beck, 1984.

ROXIN, Claus. «Sentido y límites de la pena estatal». En *Problemas básicos del derecho penal* (trad. Diego Luzón Peña). Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal.* Madrid: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general: especiales formas de aparición del delito* (trad. Diego Luzón Peña y otros). Tomo II. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general: fundamentos de la teoría del delito* (trad. Diego Luzón Peña). Tomo I. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal.* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el derecho penal.* Lima: Idemsa, 1997.

ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal* (trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée). Barcelona: PPU, 1992.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. Francisco Muñoz Conde). Barcelona: Bosch, 1972.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeimer Teil, T. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.* Segunda edición. München: Beck, 1994.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil, T. I.* Tercera edición. München: Beck, 1997.

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal* (trad. Enrique Bacigalupo). Buenos Aires: Depalma, 1979.

RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Constitución y sociedad política.* Tercera edición. Lima: Mesa Redonda, 1988.

RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.

RUDOLPHI, Hans. «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico». En *Nuevo Pensamiento Penal,* núm. 5-8 (1975).

RUEDA MARTÍN, María. «Complicidad a través de las denominadas acciones cotidianas». En *Derecho Penal Contemporáneo,* núm. 3 (2003).

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *Interpretación del derecho e ideología.* Granada: Universidad de Granada, 1978.

SALMÓN, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

SAN MARTÍN CASTRO, César. «Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito». En *Gaceta Jurídica,* núm. 86 (2001).

SAN MARTÍN CASTRO, César. «Los principios de legalidad penal y de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». En SALMÓN, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

SAN MARTÍN CASTRO, César. «Proceso penal, anomalía síquica grave y delito». En AA. VV. *II Congreso Internacional de Derecho Penal.* Lima: PUCP, 1997.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal.* Volumen I. Lima: Grijley, 1999.

SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Dino y REAÑO PESCHIERA, José. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir.* Lima: Jurista Editores, 2002.

SÁNCHEZ GIRAO, Mónica. «El caso Fujimori/Montesinos. Binomio de criminalidad organizada y corrupción: un quiebre de la democracia». En SANZ MULAS, Nieves (coord.). *El desafío de la criminalidad organizada.* Granada: Comares, 2006.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. «Despenalización en el proyecto de Código Penal de 1986». En AA. VV. *Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal.* Lima: AFA Editores, 1988.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. «Aspectos para una reforma del derecho procesal penal español». En *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 4 (1997).

SANCINETTI, Marcelo. *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial.* Córdoba: Lerner, 1998.

SANCINETTI, Marcelo. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs.* Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995.

SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción.* Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica.* Bogotá: Temis, 1985.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SANZ MORÁN, Ángel. «Consideraciones al proyecto de ley orgánica de modificación del Código Penal». En *Eguzkilore*, núm. 15 (2001).

SAX, Walter. «Grundsätze der Strafrechtsplege». En *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundechte.* Segunda edición. Berlin: Dunkler & Humbolt, 1972.

SCHULTZ, Hans. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches.* Tübingen: Mohr Siebeck, 1966.

SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales.* Madrid: Tecnos, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana». En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 5 (1997).

SCHÜNEMANN, Bernd. «Teoría de la imputación objetiva». En *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. 1 (1999).

SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la criminología.* Sexta edición. Madrid: Dykinson, 2009.

SERRANO-PIEDECASAS, José. «Crítica formal del concepto de la omisión». En *Anuario de derecho penal y ciencias penales.* Tomo 46. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993.

SERRANO-PIEDECASAS, José. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal.* Lima: Gráfica Horizonte, 1999.

SGUBBI, Filippo. «L' interesse diffuso come oggetto della tutela penale. Considerazioni svolte con particolare riguardo alla protezione del consumatore». En AA. VV. *La tutela degli interessi diffussi nel Diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori.* Milán: Giuffrè, 1976.

SGUBBI, Filippo. «Tutela penale di "interessi difussi"». En *La Questione Criminale,* núm. 3 (1975).

SHAFFSTEIN, Friedrich. «Zur Problematik der teleologischen Begriffsbuildung im Strafrecht». En AA. VV. *Festschrichft der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Reinhardt Schmidt zum 1.* Leipzig, 1936.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «*¿Ex delicto*? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal». En *In Dret,* núm. 3 (2001). Disponible en: <bit.ly/41qpvO5>

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito». En WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg (eds.). *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal.* Madrid: Marcial Pons, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «Introducción». En SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno de derecho penal.* Buenos Aires: BdeF, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «La política criminal y la teoría del derecho penal ante los aspectos socio-culturales, políticos y jurídicos de la globalización». En SILVA SÁNCHEZ, Jesús y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración pública y otros problemas actuales del derecho penal.* Lima: Grijley, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «Límites en la responsabilidad por imprudencia». En *La Ley,* núm. 4 (1984).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito del nuevo Código Penal español». En *Revista Peruana de Ciencias Penales,* núm. 7-8 (1999).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo». En *Actualidad Penal,* vol. 1 (1996).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal». En *Revista de Derecho,* vol. I (2000).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «Sobre la interpretación teleológica en derecho penal». En DÍAZ, Miguel y GARCÍA, Juan (eds.). *Estudios de filosofía del derecho penal.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación». En *Estudios de derecho penal.* Lima: Grijley, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: JM Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Consideraciones sobre la teoría del delito*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general*. Barcelona: JM Bosch, 1996.

SILVA SANTISTEBAN, José. *Derecho natural o filosofía del derecho*. Lima: Tipografía El Heraldo, 1884.

SOLA DUEÑAS, Ángel de. «Alternativas a la prisión». En *Documentación jurídica*, núm. 1 (1983).

SOLÉ RIERA, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. «La delincuencia común, política y de cuello blanco». En AA. VV. *Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*. Lima: AFA Editores, 1988.

SOTO NAVARRO, Susana. *La protección de los bienes jurídicos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003.

STINGL, Miloslav. *El imperio de los incas. Esplendor y decadencia de los hijos del sol*. Buenos Aires: Losada, 2013.

STRATENWERTH, Günter. *Acción y resultado en derecho penal* (trad. Marcelo Sancinetti y Patricia S. Ziffer). Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general* (trad. Gladys Romero). Madrid: Edersa, 1982.

STRATENWERTH, Günter. *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Madrid: Universidad Complutense, 1980.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. «Estudio preliminar». En JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Civitas, 1996.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. «Derecho penal y realidad social». En SILVA SÁNCHEZ, Jesús y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Lima: Grijley, 2001.

SUAY HERNÁNDEZ, Celia. «Los elementos normativos y el error». En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 5 (1995).

TERRADILLOS BASOCO, Juan. «Función simbólica y objeto de protección del derecho penal». En *Pena y Estado*, núm. 1 (1991).

TERRADILLOS BASOCO, Juan. «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal». En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 63 (1981).

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995.

THAMAN, Stephen. «La protección de derechos humanos en el procedimiento penal de los EE. UU.». En *Capítulo Criminológico*, vol. 29.3 (2001).

TIEDEMANN, Klaus. «Constitución y derecho penal» (trad. Luis Arroyo). En *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33 (1991).

TIEDEMANN, Klaus. «La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas». En *Temas de derecho penal económico y ambiental*. Lima: Idemsa, 1999.

TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993.

TOCORA, Luis Fernando. *Principios penales sustantivos*. Bogotá: Temis, 2002, p. 147.

TORIO LÓPEZ, Ángel. «Relación de causalidad, indicaciones para una actualización». En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, núm. 2 (2001).

TRIMBORN, Hermann. *El derecho en las altas culturas de América*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1969.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José. «Grandes urbes e inseguridad ciudadana». En *Seguridad ciudadana y derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1999.

URQUIZO OLAECHEA, José. «El bien jurídico». En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 6 (1998).

URQUIZO OLAECHEA, José. «Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración pública». En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 12 (2002).

URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*. Lima: Gráfica Horizonte, 2000.

VALLE RIESTRA, Javier. *La extradición: principios legislativos y jurisprudencia*. Lima: AFA Editores, 1989.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. «Las normas rectoras del proyecto de Código Penal peruano de 1986». En *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1988 (2014), p. 26.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general.* Tercera edición. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997.

VIDAURRE, Manuel de. *Proyecto de Código Penal (texto completo, según la edición de Boston de 1828).* Arequipa: Consorcio Editorial del Sur, 1996.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. *Estudios jurídico-penales.* Guanajuato: Universidad de Guanajuato, 1997.

VIGGIANI BICUDO, Tatiana. «La globalización y las transformaciones en el derecho penal». En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, núm. 23 (1998).

VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general.* Lima: San Marcos, 1998.

VILLA STEIN, Javier. *La culpabilidad.* Lima: Ediciones Jurídicas, 1997.

VILLAMOR LUCÍA, Fernando. *La codificación penal en Bolivia.* La Paz: Ediciones La Paz, 1977.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado.* Lima: Grijley, 2001.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. «Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional». En SALMÓN, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. «Delitos de terrorismo en el proyecto de Código Penal». En AA. VV. *Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal.* Lima: AFA Editores, 1988.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general.* Lima: Grijley, 2007.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la criminología.* Lima: Grijley, 2000.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de derecho penal. Parte general.* Lima: Cultural Cuzco Editores, 1990.

VINCIGUERRA, Sergio. *Diritto penale italiano.* Volumen I. Milano: Cedam, 1999.

VIRGOLINI, Julio. «Estudio preliminar». En SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social* (trad. Julio Virgolini). Buenos Aires: Abaco, 1998.

VITERBO ARIAS, José. *Exposición comparada y comentada del Código Penal de 1863.* Volumen 1-3. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1900.

VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WALKER, Charles. *La rebelión de Túpac Amaru.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2015.

WARR, Mark. «El miedo al delito en los Estados Unidos: líneas para la investigación y la formulación de políticas» (trad. Mario Arroyo). En BARBERET, Rosemary y BARQUÍN, Jesús (eds.). *Justicia penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000.* Granada: National Institute of Justice, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: BdeF, 2002.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2003.

WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte general* (trad. Conrado Finzi). Buenos Aires: Depalma, 1980.

WOHLERS, Wolfgang. «Complicidad mediante acciones "neutrales". ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?». En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, núm. 4 (2003).

WOLTER, Jürgen. «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de derecho penal». En AA. VV. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995.

WOLTER, Jürgen. «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena». En WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg (eds.). *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

WROBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. «Nociones básicas sobre criminología y sistema penal». En *Separata de criminología*, núm. 2 (1990).

ZAFFARONI, Eugenio. «Culpabilidad por vulnerabilidad». En *Anthropos*, núm. 204 (2004).

ZAFFARONI, Eugenio. «Derechos humanos y sistemas penales». En *Cuadernos Panameños de Criminología*, núm. 16 (1989).

ZAFFARONI, Eugenio. «El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales». En AA. VV. *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio. «Introducción a la codificación penal latinoamericana». En *Los códigos penales latinoamericanos*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio. «La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo». En *Thémis. Revista de Derecho*, núm. 35 (1997).

ZAFFARONI, Eugenio. «La parte general del proyecto de Código Penal de abril de 1986». En AA. VV. *Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal.* Lima: AFA Editores, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio. «Seeking the enemy. From satan to cool criminal law». En ZAFFARONI, Eugenio y OLIVEIRA, Edmundo. *Criminology and criminal policy movements.* Maryland: University Press of America, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio. *El enemigo en el derecho penal.* Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio. *El origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal.* Buenos Aires: Ediar, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio. *En busca de las penas pérdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal.* Lima: AFA Editores, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio. *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar.* Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de derecho penal. Parte general.* Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAVALA LOAIZA, Carlos. *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú.* Lima: Librería e Imprenta Gil, 1941.

ZIMRING, Franklin. «Política criminal y legislación penal en la experiencia estadounidense reciente» (trad. Susana Soto). En DÍEZ RIPOLLÉS, José; PRIETO DEL PINO, Ana y SOTO NAVARRO, Susana (eds.). *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada.* Valencia: Tirant lo Blanch-Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2005.

ZIMRING, Franklin; HAWKINS, Gordon y KAMIN, Sam. *Punishment and democracy: three strikes and you're out in California.* New York: Oxford University Press, 2001.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal* (trad. Miguel Izquierdo). Madrid: Edersa, 1979.

ZUGALDÍA ESPINAR, José. «Límites al poder punitivo del Estado (I)». En ZUGALDÍA ESPINAR, José (dir.). *Fundamentos de derecho penal. Parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, José. «Seguridad ciudadana y estado de derecho (a propósito del "Código penal de la seguridad" y el pensamiento funcionalista)». En OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coords.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis». En SANZ MULAS, Nieves (coord.). *El desafío de la criminalidad organizada*. Granada: Comares, 2006.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «El nuevo Código Penal peruano». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 2 (1991).

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*. Barcelona: PPU, 1993.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2011.

Derecho Penal: parte general
Este libro se terminó de imprimir en mayo de 2023 en
las instalaciones de la imprenta Page & Design EIRL
por encargo de LP.